

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
Istituzioni e Mercati, Diritti e Tutele

Ciclo XXVI

Settore Concorsuale di afferenza: 12/B1

Settore Scientifico disciplinare: IUS/04

I DOVERI E LE RESPONSABILITÀ CONTABILI NELLA
CORPORATE GOVERNANCE DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

Presentata da: Eugenio Olmedo Peralta

Coordinatore Dottorato

Relatore

Prof. Giulio Illuminati

Prof. Vincenzo Calandra Buonauro

Esame finale anno 2013

*A Eugenio, mi abuelo
siempre en mi recuerdo*

NOTA PRELIMINAR

Llegué a Bolonia por primera vez el 8 de enero de 2011 habiendo sido becado por el Real Colegio de España y con el objetivo de realizar un *Dottorato di Ricerca* en la Universidad más antigua de Europa y concluir una investigación que ya había iniciado sobre la confluencia del derecho contable y el derecho de sociedades. A Bolonia llevaba varias cajas llenas de libros, fotocopias y distintos tipos de informes, pero no podía imaginar que Bolonia me ofrecería mucho más de lo que pudiera traer en el equipaje y mucho más que la formación que allí pudiera adquirir. Mis meses en Italia me han permitido convertirme en un *bolonio*. En consecuencia, puedo iniciar esta tesis sin un sucinto memorándum de cuanto aconteció mientras escribía estas páginas, ya que este estudio no podría entenderse sin ello, y sin ello ni siquiera habría podido existir.

Cuando se cruza por primera vez el portón que da ingreso al Real Colegio de España uno no es consciente aún de en qué medida ello va a suponer un cambio en su vida –aunque lo puede intuir-. En mi caso, tuve la ocasión de atravesar esa puerta acompañado de los que hoy son dos de mis amigos más queridos, José Miguel Martín y Germán Teruel. Mientras aún miraba con asombro las maravillas del palacio medieval que sería mi residencia durante dos cursos, no podía hacerme aún a la idea de que el valor real de la casa se encontraría en el elemento humano que contiene.

Entre los muros de más de seis siglos de antigüedad, además de historia y obras de arte, se encuentra presente el alma de su fundador, el Cardenal Gil Álvarez de Albornoz. Mi primer agradecimiento necesariamente debe estar dedicado a su memoria y a su obra eterna, capaz de dar tantos frutos hoy como cuando fue edificada, consiguiendo a diario que *florezcan las artes de la paz*. No obstante, no habría podido conocer ni amar la obra del Cardenal si no hubiera sido gracias a uno de sus más queridos artífices, mi amigo, el Magnífico Rector del Real Colegio de España, D. José Guillermo García Valdecasas y Andrada Vanderwilde. Además de mi Rector, ha sido compañero, confidente, maestro y, sobre todo, amigo. A él debo agradecer desde lo más profundo todo lo que nos ha aportado a todos los bolonios que hemos disfrutado de su rectorado, invirtiendo en almas, que es la única inversión de la que se obtienen –de seguro- los mayores beneficios. A menudo, me gusta recordar una de sus frases, que afirma que «un laurel no puede estar triste por no tener flores; sin embargo, nada hay más triste que un rosal que, pudiendo, no las da». Por haber dado todo cuanto estaba en su mano apostando por las flores futuras de nuestro esfuerzo –de las que él no dudó ni un instante-, tengo que destacar la huella que el Rector García Valdecasas ha dejado en esta tesis, haciéndola posible... y sobre todo por los frutos que, trascendiendo lo académico ha hecho germinar en mi personalidad.

Desde la academia, aunque sabiendo exceder los límites de aulas y bibliotecas, este trabajo es tributario de mi maestro, el profesor Juan Ignacio Peinado Gracia, quien desde el primer momento ha confiado en mi trabajo y ha

sabido guiar mis esfuerzos –y aportar los suyos propios- a mi crecimiento como investigador. Él impulsó que estudiara en la Universidad de Bolonia y desde su cátedra en la Universidad de Málaga ha sabido estimular mi inquietud y –confieso- pasión por el Derecho Mercantil; como espero que continúe haciéndolo por muchos años.

En la Universidad de Bolonia he tenido la suerte de ser apadrinado por el professore avvocato Vincenzo Calandra Buonauro, ordinario di Diritto Commerciale de esta universidad y uno de los grandes maestros actuales del Derecho Mercantil italiano. Difícilmente pueda llegar a resumir lo que he aprendido de sus numerosas conferencias y de lo leído en su obra, principalmente dedicada al Derecho de sociedades. He de quedarme con el trato afable que siempre me ha dispensado, con las interesantes charlas mantenidas con él y con el modo en que ha sabido magistralmente dirigir la construcción de este trabajo. Por toda la paciencia y por haberme acogido como doctorando suyo, este trabajo quedaría incompleto si no agradeciera la encomiable labor del profesor Calandra Buonauro, quien, como los grandes maestros, ha dejado su huella, más allá de lo estrictamente académico, en lo personal del doctorando.

Debo igualmente manifestar mi gratitud a todo el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Bolonia, coordinado por el saber hacer del profesor Gianluca Guerrieri. En particular he de reconocer lo aprendido de los profesores Francesco Vella, Paolo Felice Censoni y Stefano Poli; y, en especial al profesor Federico Maria Mucciarelli –de la Università degli Studi di Modena, por las magníficas mesas redondas organizadas junto al profesor Guerrieri-, y, sobre todo, al profesor Renzo Costi, *primus inter pares*, y quien, ante todo es y será siempre un Profesor Universitario. A él debo agradecer, también, haber querido formar parte de la commissione que enjuicia este trabajo.

Y a mis compañeros del Área de Derecho Mercantil de la Universidad de Málaga, su cariño y su apoyo se hace visible en estas páginas.

Regresando a mi Colegio de España, debo agradecer a todas las personas que han conseguido que los días, semanas y meses de elaboración de esta tesis puedan quedar en mi memoria como algunos de los mejores de mi vida. Por ello, he de empezar por mostrar mi cariño hacia el personal del Colegio y especialmente, a mi amigo Cosimo Rossi. Así como a los grandes amigos bolonios con los que compartí colegiatura y muy buenos momentos en el Colegio y fuera de él: *mis viejos*, Antonio Pérez Miras (por los desayunos con Barbara de Braganza), Julio César Muñoz (por las noches/madrugadas conversando en el cortile bajo las estrellas), Fran Ramos (mi padrino, mi decano); José Miguel Martín (a quien debo muchos de mis mejores momentos en Italia), Germán Teruel (por ser siempre un ejemplo); y *al pequeño* Juan Manuel Bermúdez (de quien tanto aprendí, pese a ser él *mi nuevo*). Así como a todos los demás compañeros de aventuras en el Colegio de España.

Pero el Colegio de España no se entendería sin la ciudad de Bolonia –ni Bolonia se entendería sin el Colegio de España-. Más allá de la encrucijada delle vie Saragozza, D’Azeglio y Farini, sobre una vieja bicicleta *verde, gialla e viola*, Bologna, la *grassa*, la *rossa*, la *dotta*, me ha querido dar buenos y grandes amigos que se mantendrán por siempre: sobre todo a mi gran amigo Giovanni Mansi –il presidente amalfitano-, Leonardo, Fabio, Luca, Rosella, Manu, Riccardo, Giacomo, Gianluca, Marcello, Claudio, Roberto, Giuseppe, Maurizio, Mauro, Elena, Francesca... Y a mis compañeros de Doctorado: Claudio Ghigi, Riccardo Ghetti, Roberto Benassi, Gianpaolo, Maria Assunta, Novella... a quienes especialmente debo agradecerles la ayuda que me han prestado en la revisión de la versión italiana de este trabajo.

Pero, sobre todo, nada de esto habría sido posible sin el apoyo y el cariño de mi familia, a quienes, sobre todo, va dedicado este trabajo: a mi madre, María Jesús; a mi padre, Miguel; a mis hermanos, Francisco y Elena; a mi abuela, Lola... y sobre todo, a la memoria de mi abuelo, Eugenio. Y a Patricia, porque sin serlo, la siento parte de la familia.

Porque, en palabras de mi Rector, *«cada paso hacia lo concreto implica la renuncia a un mundo de imposibles»*, sólo espero que los sacrificios propios y ajenos sumados en la elaboración de esta tesis hayan merecido la pena por el resultado alcanzado. Me reconforta en el corazón saber que, al menos, el camino se ha disfrutado y me ha permitido crecer.

Bolonia - Málaga
Enero de 2011 – Febrero de 2013

~ INDICE ~

IMPOSTAZIONE:
VERSO UN SISTEMA DELLE RESPONSABILITÀ CONTABILI
p. 19

Alcune precisioni dal piano metodologico _____ 28

CAPITOLO I:
SIGNIFICAZIONE DELLA CONTABILITÀ
NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI
p. 33

I. Finalità, interessi e funzioni della contabilità nelle Società di Capitali	46
A. Momento di rilievo esterno	48
i. Interesse dell'imprenditore stesso: conflitti d'interesse nel governo delle società di capitali	50
ii. Funzione di configurazione dei sistemi organizzativo e informativo dell'impresa	57
a) La contabilità nell'organizzazione della società	57
b) La contabilità nel sistema informativo dell'impresa	60
B. Momento di rilievo esterno	64
i. Interessi: il pubblico interesse della contabilità	69
ii. Funzioni della contabilità nel piano esterno all'impresa	75
a) Funzione di garanzia	75
b) Informazione sul valore della società	79
c) Informazione sul piano lavorativo	81
d) Informazione fiscale	81
e) «Non use benefits»	81
II. Caratterizzazione giuridica	83
A. Natura giuridica del dovere di contabilità	83
i. Il dovere contabile come obbligo	86
ii. Il dovere contabile come carica	89
iii. La contabilità come dovere	90
iv. Il «pubblico dovere» di contabilità	92
B. Natura giuridica delle dichiarazioni contabili	100
i. Natura giuridica dei libri contabili	102
a) Valore materiale dei libri di contabilità	104
b) Valore dei libri dalla prospettiva processuale generale: funzione probatoria	106
c) Valore di fronte ai procedimenti concorsuali	112
d) Valore dei libri all'interno dell'impresa: il segreto della contabilità	114

ii.	Natura giuridica del bilancio _____	117
-----	-------------------------------------	-----

CAPITOLO II:

CONFIGURAZIONE DEL DOVERE CONTABILE (I):

ATTRIBUZIONE SOGGETTIVA DEL DOVERE

p. 125

I.	Soggetto del dovere di contabilità _____	134
A.	Questione previa: la necessità d'adeguamento del sistema contabile alle caratteristiche dell'impresa _____	137
B.	La configurazione della contabilità come dovere dell'imprenditore _____	142
i.	Finalità dell'osservanza del dovere _____	146
a)	Il fattore della complessità dell'impresa _____	148
b)	Il concetto contabile d'imprenditore e l'esclusione del piccolo imprenditore _____	150
c)	L'imprenditore commerciale e gli imprenditori agricolo ed artigiano _____	155
d)	La tesi del ricorso al mercato di capitali _____	161
ii.	Elenco dei soggetti obbligati alla tenuta _____	164
a)	Singolo imprenditore _____	164
b)	Società commerciali _____	166
c)	Società cooperative e società di base mutualista _____	169
d)	Consorzi con attività esterna, Unioni Temporanee d'Imprese e Gruppi d'Interesse Economico _____	170
e)	Gli enti pubblici che svolgono un'attività commerciale _____	172
f)	Enti senza personalità giuridica _____	174
g)	Soggetti civili: Sociedades Agrarias de Transformación, associazioni e fondazioni _____	175
h)	Entità non assoggettate per la normativa commerciale _____	176
i)	Ricapitolazione: conclusioni sul piano soggettivo _____	177
j)	Pluralità d'aziende _____	178
iii.	La contabilità del imprenditore individuale. Effetti dei vizi del consenso nelle dichiarazioni contabili _____	181
a)	Capacità dell'imprenditore _____	181
b)	Vizi del consenso _____	185
II.	Attribuzione organica del dovere nelle società di capitali _____	187
A.	Considerazioni generali _____	187
i.	Sistemi normativi di distribuzione delle competenze _____	188
ii.	Distribuzione organica delle competenze contabili _____	191
iii.	Attribuzione di responsabilità _____	196
iv.	Specialità delle società in formazione e diventate irregolari _____	199
B.	Funzioni d'amministrazione: Organo d'amministrazione, Consiglieri delegati / comitati esecutivi, Direttori generali _____	204
i.	Circostanze personali degli amministratori _____	207
ii.	Forme di organizzazione dell'amministrazione: Consiglio di amministrazione _____	214
iii.	Delegabilità ed indelegabilità dei doveri contabili _____	217
iv.	Delega organica delle competenze: consiglieri delegati e comissioni esecutive _____	220
v.	Delega volontaria del dovere _____	227
a)	Forme della delega _____	227

b)	La direzione finanziaria e contabile	230
c)	L'azione dei ragionieri della società	231
i.	Responsabilità per i soggetti subordinati	233
vi.	Sostituzione legale degli amministratori	237
C.	Funzioni di supervisione: Collegio Sindacale	237
i.	Dovere d'assicurare che il sistema organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società sia adeguato ed abbia un corretto funzionamento	240
ii.	Revisione del progetto di bilancio	241
iii.	Dovere di rilevare e denunciare le irregolarità contabili	242
iv.	Approvazione del bilancio	243
D.	Funzione di Controllo Legale: la revisione legale dei conti	244
E.	Competenze dell'Assemblea generale	246
i.	Nomina dei revisori legali dei conti	249
ii.	Approvazione del bilancio e decisione sul destino degli utili	250
iii.	Censura degli amministratori	250

CAPITOLO III:

CONFIGURAZIONE DEL DOVERE CONTABILE (II):

CONTENUTO DEL DOVERE

p. 253

I.	Tenuta delle Scritture Contabili	262
A.	Contabilità formale	263
i.	Formalità estrinseche	268
a)	Passato? I doveri di bollatura e vidimazione dei libri contabili	269
b)	Presente? La tenuta della contabilità per mezzi informatici	274
1.	Modelli comparati di regolazione della contabilità elettronica: Germania, Italia, Svizzera, Francia	275
2.	L'assenza di regolazione nella normativa spagnola	279
c)	Futuro? Il linguaggio XBRL	290
i.	Formalità intrinseche. Principio di chiarezza: significato d'immagine veritiera e fedele	290
a)	Formalità nella pratica delle registrazioni	293
b)	Lingua nella quale si deve tenere la contabilità	295
ii.	Conseguenze giuridiche dell'inosservanza delle formalità	300
B.	Contabilità materiale	303
i.	Obiettivo della normativa: mostrare la immagine veritiera e fedelle dell'impresa	304
ii.	Principi contabili	312
II.	Formulazione del Bilancio (Cuentas Anuales)	317
A.	Elaborazione del progetto di bilancio	319
i.	Chiusura dell'esercizio sociale	319
ii.	Formulazione estemporanea del bilancio	324
iii.	La formulazione del bilancio come competenza organica degli amministratori	326
iv.	L'atto di formulazione del bilancio	330

v.	Differenze fra gli amministratori al riguardo della decisione di formulazione	338
B.	Controllo del progetto di bilancio: organo di supervisione, revisione legale	340
i.	Revisione dall'organo di supervisione	344
ii.	Revisione legale dei conti	348
C.	Presentazione del bilancio all'Assemblea Generale	353
i.	Competenza e convocazione dell'Assemblea	353
ii.	Diritto d'informazione	360
a)	Ambito soggettivo	360
b)	Contenuto del diritto	363
c)	Ambito temporale	366
d)	Oggetto dell'informazione	367
e)	Modalità d'accesso	370
f)	Specialità dell'accesso diretto all'informazione contabile nella srl	373
g)	Diritto a sollecitare informazione complementare	376
D.	Approvazione del progetto di Bilancio	378
i.	Decisioni dell'Assemblea	379
ii.	Modificabilità del bilancio presentato durante l'Assemblea	381
iii.	Natura giuridica della deliberazione d'approvazione del bilancio	385
iv.	Modificabilità della deliberazione d'approvazione	388
v.	Efficacia giuridica della deliberazione	390
E.	Approvazione della gestione sociale	392
i.	Relazione sulla gestione	392
ii.	Censura della gestione dall'Assemblea	397
F.	Decisione sull'applicazione del risultato dell'esercizio	398
i.	La determinazione del risultato dell'esercizio e la fissazione degli utili distribuibili	400
ii.	Il diritto del socio al dividendo	401
iii.	La protezione del capitale sociale	405
iv.	La nullità della deliberazione e l'irrepetibilità dei dividendi accordati	409
G.	Deposito del bilancio nel Registro delle Imprese. Pubblicità dell'informazione contabile	410
i.	Contenuto del dovere	411
ii.	Modalità di remissione dell'informazione contabile	418
a)	Spedizione telematica del bilancio per il suo deposito nel diritto italiano	420
b)	Spedizione telematica del bilancio per il suo deposito nel diritto spagnolo	422
iii.	Qualificazione del deposito	428
iv.	Pubblicità del deposito	430
v.	Conseguenze della mancanza di deposito	431
vi.	Efficacia giuridica del bilancio depositato	434
H.	Impugnazione della delibera d'approvazione. Ripercussioni della nullità	436
i.	Delibere nulle e delibere annullabili	438
a)	Irregolarità nel proceso di formazione dei conti	440
b)	Irregolarità nella celebrazione dell'Assemblea	444
c)	Irregolarità nel contenuto del bilancio	446
ii.	Legittimazione per l'impugnazione	447
iii.	Limite: la proibizione dell'abuso del diritto	450
iv.	Effetti dell'impugnazione	451
I.	Pubblicità dell'informazione contabile dalla società stessa	456
J.	Conservazione dell'informazione contabile	460
i.	Conservazione dei libri contabili	460
ii.	Conservazione del bilancio	463

CAPITOLO IV:
RESPONSABILITÀ CONTABILI
p. 465

I. Uno sguardo dalla prospettiva della Corporate Governance: forme di fare fronte all'inadempimento dei doveri contabili dal Buon Governo delle Società	469
II. Delimitazione soggettiva dell'ambito di responsabilità: Imputabilità e Colpevolezza del danno	475
A. Ambito di responsabilità degli amministratori	478
i. Amministratori nelle società non quotate	480
ii. L'amministrazione nelle società quotate	483
a) Distinzione fra consiglieri esecutivi e consiglieri esterni (<i>managers vs independents</i>)	484
b) Comitato Audit e Comitato per il controllo sulla gestione	486
c) Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari	488
iii. Ambito di responsabilità degli amministratori di fatto	490
iv. Il parametro di diligenza richiesto agli amministratori	492
v. La colpa come requisito	496
vi. L'informazione contabile di fronte all'applicazione della <i>Business Judgement Rule</i>	500
B. La Responsabilità dei Direttivi e Gestori	502
i. Regime generale: Trattazione come fattori	503
ii. Possibile riconoscimento di responsabilità diretta come amministratori di fatto	506
iii. Costruzione organica della Direzione Generale nel Diritto italiano	510
C. Ambito di responsabilità dell'organo di supervisione	512
i. Sistema monistico "corretto" delle società quotate spagnole	513
a) La supervisione e controllo contabile da parte del Comitato Audit	516
b) Funzioni del Comitato Audit	516
c) Trattazione del Comitato Audit nei Codici di Buon Governo	519
d) La responsabilità del Comitato Audit	523
ii. Sistema tradizionale italiano	527
iii. Sistemi dualistici puri: modello tedesco e dualistico italiano	532
D. Ambito di responsabilità dei revisori legali dei conti (external audit)	536
i. Caratterizzazione della relazione giuridica e del tipo di responsabilità	536
ii. La relazione dei revisori: finalità e contenuto	537
iii. La diligenza dovuta: la <i>Lex Artis</i> del revisore	541
iv. Elementi oggettivi: la condotta antiggiuridica, il danno, la relazione di causalità. In concreto, il no rilevamento d'irregolarità e sbagli	543
v. Forme d'esigere la responsabilità	547
a) Responsabilità contrattuale di fronte alla società. Applicazione dell'azione sociale di responsabilità	551
b) Responsabilità extracontrattuale di fronte ai terzi. Applicazione delle norme di responsabilità per danni	554
c) Concorrenza di colpa con gli amministratori	558
III. Elementi strutturali determinanti della responsabilità degli amministratori	559
A. Condotta o omissione antiggiuridica (remissione)	564

B. Produzione di un danno	568
i. Danno derivato dalla mancanza di fedeltà dell'informazione contabile	570
ii. Danno derivato dall'inattività degli amministratori nell'adempimento dei loro obblighi contabili	575
iii. Danno derivato dall'inadempimento del dovere di deposito del bilancio approvato	578
a) Danno patrimoniale direttamente sofferto dalla società	580
b) Danno derivato dell'adozione di decisioni sulla base di un'informazione inadeguata	581
C. Relazione di causalità	582
IV. Forme di esonero dalla responsabilità	583
A. Prima premessa: l'inderogabilità delle norme di responsabilità	583
B. Seconda premessa: l'autorizzazione assembleare non esime di responsabilità	585
C. Norma di distribuzione: solidarietà	588
D. Eliminazione della categoria della colpevolezza	589
E. Possibilità di trasferire il «costo indennizzatorio» della responsabilità: l'assicurazione dell'amministratore	594
V. Sistema di concorrenza di colpe	595
A. Schema delle responsabilità concorrenti	597
i. Natura giuridica del dovere: organico o contrattuale	597
ii. Titolo giuridico dell'attribuzione del dovere: attribuzione originaria o derivativa	598
iii. Contenuto del dovere: adempimento diretto o supervisione	598
B. Rapporto di responsabilità	600
i. Regola generale: solidarietà degli organi	600
ii. Modulazione in funzione dell'ambito delle sue attribuzioni	603
a) Rapporto fra l'organo d'amministrazione e l'organo di controllo	603
b) Rapporto fra gli organi d'amministrazione e controllo e la revisione legale dei conti	604
c) Rapporto fra l'organo d'amministrazione e i suoi delegati organici e volontari	606
iii. Rapporti interni: possibilità di azioni per individualizzare la colpa	607
VI. Esercizio d'azioni di responsabilità nei confronti degli inadempimenti contabili	608
A. Azione sociale di responsabilità	610
i. Esercizio dell'azione da parte della società	611
ii. Esercizio dell'azione da parte del Collegio sindacale	613
iii. Esercizio dell'azione da parte dei soci	614
iv. Esercizio dell'azione da parte dei creditori	616
v. Esercizio dell'azione sociale ad opera dei curatori fallimentari	617
B. Azione individuale di responsabilità	618
VII. Sull'opportunità di stabilire sanzioni dirette contro gli amministratori per gli inadempimenti contabili	623
VIII. Specialità della responsabilità personale degli amministratori per i debiti sociali	625
IX. Specialità della responsabilità fallimentare	629

CONCLUSIONI

p.631

CONCLUSIONES (Spagnolo)

p. 661

BIBLIOGRAFÍA

p. 691

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

p. 723

A.	Sentencias españolas	725
B.	Resoluciones DGRN (España)	728
C.	Jurisprudencia Italiana	729

INDICE DELLE ABBREVIATURE IMPIEGATE

ADC	Anuario de Derecho Concursal
AEIE	Agrupación Europea de Interés Económico
AIE	Agrupación de Interés Económico
AktG	Aktiengesetz, (g. del 6 settembre 1965)
AP	Audiencia Provincial
Art./artt.	Articolo/s
BiRiLiG	Bilanzrichtliniengesetz
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
C. de c.	Código de Comercio spagnolo (R.D. del 22 agosto 1885)
C.c. esp.	Código Civil spagnolo (R.D. del 25 luglio 1889)
C.c. ita.	Codice Civile italiano (R.D. del 16 marzo 1942, n. 262)
CA	Companies Act)
Cap.	Capitolo
Cass.	Cassazione
CE	Constitución Española
CI	Costituzione Italiana
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CONSOB	Commissione Nazionale per le Società e la Borsa
CPC	Codice di Procedura Civile
CPesp	Código Penal spagnolo
CPita	Codice Penale Italiano
D.A.	Disposición Adicional
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DN	Derecho de los Negocios
E. de M.	Exposición de Motivos
EBOR	European Business Organization Review
ECGI	European Corporate Governance Institute
Giur. Comm.	Giurisprudenza Commerciale
HGB	HandelsGesetzBuch
IASB	International Accounting Standards Board
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
IV-D	IV Direttiva - 78/660/CEE del Consiglio del 25 luglio 1978, relativa ai conti annuali di taluni tipi di società
JM	Juzgado de lo Mercantil
l.	Legge / Ley
LAC	Ley de Auditoría de Cuentas (RD Leg. 1/2011, del 1 luglio)
LAIE	Ley de Agrupaciones de Interés Económico (Ley 12/1991, del 29 aprile)
LC	Ley Concursal (Ley 22/2003, del 9 luglio)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, del 7 gennaio)
LFall	Legge Fallimentare (R.D. del 16 marzo 1942, n. 267)
LFE	Ley de Firma Electrónica (Ley 59/2003, del 19 dicembre)

LH	Ley Hipotecaria (Decreto del 8 febbraio 1946)
LMV	Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, del 28 luglio)
LSA / TRLSA	Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RD Leg. 1564/1989, del 22 dicembre)
LSA 1951	Ley de Sociedades Anónimas 1951 (Ley del 17 luglio)
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/1995, del 23 marzo)
NICs/IAS	Principi Contabili Internazionali
NIIFs/IFRS	Principi Internazionali d'Informazione Finanziaria
Num.	Numero
p. / pp.	Pagina/e
PGC	Plan General de Contabilidad (R.D. 1514/2007, del 16 novembre)
PGC pymes	Plan General de Contabilidad de pymes (R.D. 1515/2007, del 16 novembre)
pyme	Pequeña y Mediana Empresa
R.E.	Relazione Esemplificativa
RD	Real Decreto
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RGD	Revista General del Derecho
RLCA	Revisión Legale dei Conti Anuali
RM	Registro Mercantil
RMC	Registro Mercantil Central
RMV	Revista del Mercado de Valores
ROAC	Registro Oficial de Auditores de Cuentas
RRM	Reglamento del Registro Mercantil (R.D. 1784/1996, del 19 luglio)
S.	Sentenza
SA / spa	Sociedad Anónima / società per azioni
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Secc. / Sez.	Sección / Sezione
SRL / srl	Sociedad de Responsabilidad Limitada / società a responsabilità limitata
ss.	Successivi
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TUF	Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. del 24 febbraio 1998, n. 58)
UE	Unión Europea / Unione Europea

IMPOSTAZIONE: VERSO UN SISTEMA DELLE RESPONSABILITÀ CONTABILI

La regolazione dell'informazione economica delle imprese è involta in un processo di trasformazioni radicali. Le riforme sviluppate dal legislatore europeo in materia contabile perseguono in larga misura la protezione degli interessi involti nella corretta tenuta della documentazione contabile delle aziende, i quali in occasioni trascendono la struttura di queste. Questo processo di riconoscimento d'interessi *pubblici* nella contabilità esige una certa obiettivazione delle forme di rappresentare l'informazione, così come un rafforzamento dei doveri di dotarli di pubblicità. Questi cambiamenti ci portano a chiederci se si può costruire un sistema di responsabilità dell'imprenditore per la sua contabilità e quali dovrebbero essere i parametri coi quali profilare i suoi contorni¹.

¹ Nell'elaborazione del Diritto della contabilità, la dottrina si inizia a questionare se questo si trova già in un grado di sviluppo sufficiente che permetta la costruzione d'un sistema di responsabilità

La costruzione di questo sistema di responsabilità si assesta su un piano anche troppo complesso. La contabilità è un ambito di studio molto fertile dalle scienze economiche ed aziendalistiche, ma dalla prospettiva giuridica è stata oggetto di poche attenzioni. Quando si è fatto un certo avvicinamento dalla visione giuridica agli aspetti contabili delle aziende, questo si è fatto dalle diverse branche, fondamentalmente dalle prospettive commercialista e tributarista. Naturalmente, l'analisi delle responsabilità derivate della contabilità compete –almeno principalmente- al Diritto Commerciale².

Nella costruzione del Diritto contabile, la logica economica offre i criteri necessari per orientare le norme giuridiche e definire i tratti dei doveri che

contabili. In questo senso, BOCCHINI, E., *Scritture contabili*, in *Diritto della contabilità delle imprese*, vol I., UTET, Milano, 2008, p. 11.

Questo sistema di responsabilità, d'altro lato, non è niente di nuovo, giacché è un'esigenza che si deriva dalla propria IV Direttiva (art. 50 quater), in quanto obbliga agli Stati membri a garantire che le sue disposizioni legali, regolamentare e amministrative sulla responsabilità vengano applicate ai membri degli organi d'amministrazione, direzione e supervisione, quanto meno di fronte alla società, per il conculcamento degli obblighi di redigere e pubblicare l'informazione contabile sull'impresa.

² A dispetto di trattarsi d'un ambito centrale nelle strutture del Diritto dell'impresa, si rivela la disattenzione con la quale la dottrina giuridica passa sopra le istituzioni contabili. Come si è reso manifesto, con la progressiva giuridificazione di queste «regole dell'arte» contabile non solo si incrementa l'ambito di studio del giurista, ma anche questo incremento ha luogo pure in una zona ove il Diritto, per essere estratto direttamente dal settore dell'Economia, obbliga all'interprete a una familiarizzazione con conoscenze che scappano al suo processo di formazione tradizionale. Questo spiega l'insufficiente attenzione che i giuristi, in particolare la dottrina giuridico-commercialistica di tutti i paesi ha prestato al Diritto della contabilità, senza che i contributi dalle altre branche, come quelle procedenti dall'area del Diritto fiscale o dei propri coltivatori delle scienze economico-imprenditoriali giustificchino, né possano supplire in realtà quel abbandono, perché il «plus» che rappresenta la conversione in norme giuridico-private di queste regole e principi contabili obbliga ad operare con una particolare logica di ragionamento nel maneggio di questo materiale normativo, la propria dal «privatista», che non può mica essere considerata come divulgata. Così, GONDRA ROMERO, J.M., "Significado y función del principio de «Imagen Fiel» («True and fair view») en el sistema del nuevo Derecho de Balances", in *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pp. 588-589, nt. 52.

Di fronte a questo difficile panorama, risultano stimolanti le parole dal professore VICENT CHULIÁ, F., "En torno al concepto y fuentes del Derecho contable", in AA.VV. a cura di Iglesias Prada, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol I., Civitas, Madrid, 1996 p. 612, quando ragiona che il Diritto contabile aspetta che i commercialisti spagnoli s'avvicinino a questo con più sicurezza, con gli utensili concettuali ben affilati del Diritto privato, senza complessi per non conoscere la ragioneria, per studiare quello che è della sua stretta competenza: Cosa è il Diritto contabile come congiunto di norme giuridiche, scritte o meno, cosa regola, ché caratteristiche peculiari ha, ché soggetti sono sottomessi al medesimo, da ché modo viene creato ed applicato e ché questioni o conflitti risolve.

s'impongono ai soggetti in questo piano. Questa logica permette di spiegare le opzioni legislative e getta le fondamenta per il suo sviluppo: contribuisce alla definizione delle norme contabili e offre i criteri di valutazione più adeguati. Nonostante ciò, preciseremo un ragionamento giuridico *-rectius*, giuridico-privato- per indurre il sistema di responsabilità che si possono esigere all'imprenditore quando si contravvenga la normativa sulla contabilità. A questo fine, nella nostra analisi utilizzeremo il ragionamento giuridico per analizzare come le istituzioni proprie del Diritto privato provano ad offrire una soluzione ai conflitti d'interessi che si possono generare nel adempimento dei doveri contabili nelle società di capitale. Da questa lega di sostanze economica e giuridica dedurremo che il Diritto, ancora, è dietro alle necessità sociali ed economiche, e che le istituzioni giuridico-private non sempre sono sufficientemente adeguate come per offrire una soluzione soddisfacente a tutti i problemi che si possano plantare sul piano contabile³.

Lo scopo di questo studio è precisamente analizzare i fini che da una logica economico-contabile si esigono alle norme giuridiche che regolano i doveri contabili e studiare come queste regole provano ad offrire soluzione alle controversie che dai loro inadempimenti si derivano. Per questo, studieremo come le istituzioni proprie del Diritto commerciale possono essere utilizzate per rispondere ai problemi di esigenza di responsabilità nei diversi momenti. Con questo si pretende ugualmente, fare una modesta asportazione all'elaborazione del Diritto contabile come settore dell'ordinamento che chiede un rafforzamento dalle sue proprie basi.

Come abbiamo avvertito, per la costruzione del sistema, in primo luogo, dovremo considerare quali siano i principali scopi che si perseguono attraverso la ragioneria e gli interessi che possono vedersi affetti per la corretta o meno tenuta

³ Così si è sposto affermando che «È, allora, evidente l'esigenza scientifica di ripensare il contenuto e i limiti dell'adattamento alla materia contabile di teorie e istituti di diritto civile (relativi ai beni, all'invalidità, alla responsabilità) fondamentalmente pensati per i contratti di scambio, in attesa che il legislatore voglia dettare una disciplina organica della materia. E su questa strada il legislatore ha cominciato a muoversi, dettando per esempio, una disciplina speciale della invalidità (delle delibere di approvazione) dei bilanci nell'art. 2434 bis c.c.», BOCCHINI, E., *Scritture contabili, Op. cit.*, p. 11.

di contabilità, ugualmente sarà necessario plantare se questi interessi meritano protezione giuridica e di quale tipo. Una volta identificati gli interessi *-astratti-*, si dovrà passare ad analizzare come l'ordinamento giuridico configura *-in concreto-* il «dovere» di contabilità, il quale ci porterà, primieramente, a considerare la sua natura giuridica per, posteriormente, considerare gli elementi che lo compongono, i soggetti che a questo si sottomettono e le condotte nelle quali cristallizza. In scarsi e determinati supposti, l'inadempimento di questi doveri porterà implicita una sanzione diretta, come succede nel piano dei mercati finanziari, davanti all'informazione contabile di certi tipi d'impresa, ma nella maggioranza dei casi, le sanzioni avranno una piega indiretta. Comunque, il sistema delle responsabilità contabili potrà essere riguardato da due prospettive: una prima responsabilità *ex ante* o interna dentro il marco della propria impresa, che si centrerà nell'analisi del modo in cui disporre di un'informazione contabile inadeguata può affettare negativamente lo sviluppo dell'attività d'impresa⁴; in secondo luogo, una responsabilità *ex post*, versata generalmente all'estero dell'impresa, e tendente al risarcimento d'un danno che sia generato come conseguenza della contravvenzione delle norme contabili. Allo stesso tempo, questo secondo ambito di responsabilità potrà avere luogo in diversi momenti della vita imprenditoriale, il quale determinerà che si debba canalizzare il suo inoltro attraverso diverse istituzioni giuridiche, vale a dire, le azioni di responsabilità contro gli amministratori della società, la possibilità d'incorrere in un reato di fallimento colposo, la esigenza di responsabilità personale per debiti agli amministratori delle società come conseguenza d'fracapitalizzazione di queste e, alla fine, le eventuali responsabilità di carattere sanzionatorio derivate dell'inadempimento di prescrizioni imperative penali o amministrative.

⁴ «In realtà la vera sanzione che l'imprenditore riceve dalla violazione dell'obbligo di documentare la vita della propria impresa è costituita dalla debolezza che siffatta carenza organizzativa comporta di per sé per l'impresa inficiandone la produttività», RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile delle imprese*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 84. Essendo questo vero e dato che le decisioni di governo sono adottate in larga misura dall'organo d'amministrazione, la nostra premessa sarà chiederci come gli interessati nella società possono far valere i suoi diritti per conseguire che l'organizzazione non si svaluti.

Nelle società commerciali confluisce un cumulo di relazioni contrattuali tra una molteplicità di soggetti: azionisti, lavoratori, creditori, debitori, clienti. In conformità a questi nessi viene configurata la complessa struttura organizzativa della società. Si è detto che questa struttura si sostiene grazie a relazioni di fiducia⁵. Questo collega l'informazione contabile con la *corporate governance* o, meglio, il buon governo delle società-. All'offrire una maggiore informazione e di migliore qualità, sulla situazione economica e patrimoniale dell'impresa, l'imprenditore riuscirà a fortificare queste relazioni, consolidando le basi che sostengono queste relazioni di fiducia. D'altronde, i soggetti vincolati con la società, al disporre di dati reali sulla situazione e attività di questa, saranno rivestiti d'una maggiore fiducia nell'adempimento delle promesse ricevute, le quale gli permetteranno migliorare i suoi rapporti col complesso imprenditoriale. Al contribuire a rinforzare queste relazioni, la società, in definitiva, si fa più competitiva. Al contrario, una società opaca per quanto riguarda alla sua informazione contabile, incorrerà in maggiori costi al intrecciare i rapporti che conformano la sua struttura. A meno informazione, la fiducia che possono depositare altri soggetti, con gli stessi prezzi, sarà minore: la società dovrà affrontare costi di transazione superiori che la collocheranno in posizione di svantaggio al rispetto delle sue competitori⁶.

Il giudizio sull'opportunità di regolare il modo in cui viene elaborata, il contenuto e la forma di presentazione dell'informazione contabile deve essere fondata, seguendo la logica di Coase, sui costi di transazione implicati a tale regolazione. A mio avviso, disporre d'informazione contabile sull'andamento dell'impresa è un bisogno strutturale d'ogni sorte di negozio. Il proprio

⁵ MACEY, J.R., *Corporate Governance, promises kept, promises broken*, Princeton University Press, Princeton, 2008, p. vii, chi fa pure dipendere il buon governo d'una società della capacità che abbia il suo organo d'amministrazione di compiere queste promesse: «Good corporate governance, then, is simply about keeping promises. Bad governance (corporate deviance) is defined as promise-breaking behaviour» (p.1).

⁶ Questo non è altro che un'altra constatazione della selezione naturale delle imprese per il Mercato: «The history of corporations has been that firms failing to adapt their governance structures are ground under by competition», EASTERBROOK, F.H./FISCHEL, D.R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1996, p. 13.

funzionamento di ogni forma imprenditoriale, considerando la sua natura «permanente», non si può concepire senza disporre di un'informazione periodica sullo stato dell'attività e i suoi risorsi⁷. Non prendiamo adesso in considerazione se c'è il bisogno o meno dell'informazione contabile cosa che, considero seguendo la dottrina più autorizzata, è un bisogno ontologico d'ogni organizzazione che abbia uno scopo economico-, ma il fatto che questa sia retta da degli standards, obietti di regolamentazione giuridica. Cioè, potrebbero gli interessi delle parti vincolati alla società essere sufficientemente informati in materia contabile se lasciamo l'adempimento di questi obblighi all'autonomia negoziale? Oppure, al contrario, è necessario l'intervento del legislatore al riguardo, fissando dei sistemi uniformi e certi obblighi minimi d'informazione?⁸

Come sarà giustificato, penso sia più adeguata la necessità d'intervenzione giuridica sulle forme e contenuti della contabilità, così come fissando certi doveri di pubblicità. Su questa base, i soggetti che vengono riconosciuti come “interessati nella contabilità” (cioè, gli interessi protetti, che conformano quello che

⁷ Ad esempio, se non si potesse prendere come riferimento periodi parziali dell'attività e si riguardasse l'impresa come un solo atto, non si potrebbe conoscere se questa ha generato profitti o se ha sofferto perdite, sino al momento della liquidazione, non essendo possibile la distribuzione degli utili. Ugualmente, non si potrebbe reagire con celerità di fronte a situazioni avverse nel Mercato. Come si vede, i rischi dell'impresa, così intenduti, sparirebbero.

⁸ Anche se da una logica giuridica di protezione degli interessi implicati con l'impresa e i suoi bisogni d'informazione si possa difendere la necessità d'una informazione obbligatoria ed elaborata secondo criteri standardizzati, non sono poche le voci che considerano che, in certi supposti, l'elaborazione di tale informazione di fronte agli investitori e creditori è più costosa e meno espressiva che quella che si potrebbe ottenere lasciando l'adempimento dei «doveri informativi» alla semplice autonomia della volontà. Così lo considera MACEY, *Corporate Governance...*, *Op. cit.*, p. 157, seguendo i postulati dello Stigler: «mandatory disclosure rules are of little use to investors because private contracting would produce more finely tailored, flexible disclosure». La exigibilidad de información contable, desde esta óptica, descansa en las propias normas del Mercado: «private contracting and capital market incentives would punish companies that failed to generate reliable financial data for investors and (...) mandatory disclosure would produce too much useless information and not enough important information».

Secondo me, nel seno dell'Unione Europea, non si può condividere questa visione sulla possibilità di lasciare la trasparenza dell'informazione contabile nelle mani dell'autonomia della volontà. In primo luogo perché esporre il giudizio della situazione economico-finanziaria d'una società ad una agenzia di «rating» genera una visione parziale della realtà, in attenzione agli interessi “del cliente”, restando sprotetti gli interessi che i soggetti meno poderosi potrebbero avere nell'informazione sulla situazione dell'impresa. In secondo luogo, questa visione sconosce l'interesse che il proprio imprenditore deve avere sulla disposizione d'informazione adeguata e che sia stata elaborata utilizzando parametri omogenei che permettano la sua comparabilità.

chiameremo *l'interesse pubblico* nella contabilità imprenditoriale) potranno intavolare le azioni che considerino procedenti quando stimino che i suoi legittimi interessi, legalmente riconosciuti, sono stati vulnerati. Questo si deve a che non c'è un sistema diretto di sanzione per inadempimento dei doveri contabili salvo, forse sia conveniente ricordare, per quanto riguarda la chiusura del Registro dell'Imprese spagnolo ed alle multe in caso non sia depositato il bilancio, cosa che, d'altra parte, affetta soltanto ad una parte della contabilità, la quale si riferisce pure esclusivamente al suo aspetto più formale e non per quanto riguarda al contenuto. Conseguenza di questo è che si debba optare per sistemi indiretti di controllo dell'adempimento di questi doveri, materializzati nella speciale responsabilità di fronte ai supposti di fallimento colposo e quella nella quale si può sbocciare come conseguenza dell'esercizio di azioni contro gli amministratori. Ovviamente, il sistema di controllo diretto della contabilità non risulterebbe economicamente redditizio, al meno dalla prospettiva della possibilità d'arbitrare un sistema di controllo dai poteri pubblici, perché questo implicherebbe lo stabilimento d'una struttura le cui diffide oltrepasserebbero con larghezza i profitti che con la medesima si potrebbero ottenere⁹.

La letteratura anglosassone offre sempre la sua visione sulla *disclosure* e l'informazione contabile dalla prospettiva della *corporate governance*. Le basi di pensiero commerciale in questi paesi si costruiscono sull'autonomia della volontà

⁹ Come viene detto, gli inadempimenti contabili non implicano una sanzione diretta: «Non sussiste cioè sanzione né per la mancata tenuta, né per la tenuta irregolare. Né d'altronde la soluzione sarebbe potuta essere differente considerando le obiettive difficoltà di accertamento della violazione dell'obbligo di tenuta delle scritture», RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, Op. cit., p. 83. Rispetto a questa difficoltà, «se si volesse rafforzare l'osservanza della legge, minacciando normalmente una pena, per es. una multa a chi non tiene regolarmente i libri prescritti, bisognerebbe creare un sistema d'ispezioni periodiche ed ufficiali nell'azienda del commerciante e colpirlo, mentre egli è ancora nell'esercizio del suo commercio, con una condanna che potrebbe togliergli il credito di cui gode, a pregiudizio degli stessi creditori che si vorrebbero proteggere», VIVANTE, C., *Trattato di diritto commerciale*, vol. I., Vallardi, Milano, 1928, p. 184. Di modo che determinati intenti per superare la difficoltà della mancanza di sanzione non fanno altro che aggravare il pregiudizio che gli inadempimenti contabili possono generare sui creditori della società. «L'unico modo di verifica del rispetto dell'obbligo di tenuta non potrebbe che essere costituito da ispezioni o controlli periodici di tipo amministrativo: strumento questo sicuramente macchinoso e destinato all'insuccesso sotto il profilo operativo. Inoltre, come già sottolineato da antica e autorevole dottrina, questi controlli verrebbero per via riflessa a danneggiare quegli stessi creditori che si verrebbero proteggere», RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, Op. cit., p. 84.

e viene questionata la redditività economica delle norme prima di essere messa in funzionamento. Gli scandali finanziari delle ultime decadi negli Stati Uniti furono il punto d'inizio, anche nel paradigma anglosassone, del bisogno di regolare ed imporre certi obblighi d'informazione e pubblicità contabile, così come di verificare la correttezza di questa. Così ebbe nascita la controversa *Sarbanes-Oxley Act*. Comunque, ed anche se prendiamo come punto di riferimento la visione dall'Europa Continentale, la materia mette le sue radici sul piano della *corporate governance*. Ogni impresa costituisce un'organizzazione nata dalla messa in comune di nessi negoziali dei quali nascono obblighi e diritti per le parti, sebbene questi con diversi contenuti, e nelle quale, quando la sua struttura arriva ad essere d'una certa entità (grandi società di capitali), il controllo e la direzione di queste viene alle mani dei suoi amministratori, i quali saranno di solito indipendenti. L'adozione delle principali decisioni sulla gestione della società¹⁰ è competenza di questi amministratori, cosa che resta potere agli azionisti, titolari del capitale sociale¹¹. In questo marco, gli amministratori assumono fiduciarmente il dovere della corretta amministrazione della società¹², cercando «l'interesse sociale»¹³ e

¹⁰ Anzi, in Italia tutte, dopo la riforma dell'art. 2380-bis C.c., "La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori".

¹¹ Questa dinamica suppone la costatazione del processo di trasformazione delle basi delle società di capitali già avvertita dalla dottrina dagli inizi dello secolo scorso e che coinvolge, necessariamente, il transito da una concezione democratica della Società per Azioni alla sua visione tecnocratica in mani degli amministratori nelle quali si precisa di un adeguato sistema di contrappesi a scampo degli abusi di potere da parte di questi. Queste idee furono già appuntate da GARRIGUES, J., *Nuevos hechos, nuevo derecho de Sociedades Anónimas*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, esp. pp. 81 e ss.; seguite ed ampliate posteriormente da MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1974, esp. pp. 35-55; e riviste alla luce dell'influsso della normativa comunitaria ed il frustrato progetto di Quinta Direttiva da OLIVENCIA RUIZ, M., "Managers' revolution / independents' counter-revolution (ensayo sobre una nueva fase en la evolución de la Sociedad Anónima)", in *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 2173-2193.

¹² Il conflitto generale fra il principale e l'agente per disparità d'interessi di entrambi trova pure una manifestazione nell'ambito della società per azioni attraverso il conflitto permanente fra azionisti ed amministratori. In questo senso, il professore PEINADO GRACIA, J.I., *El contrato de comisión: cooperación y conflicto (La comisión de garantía)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, pp. 26-27, nt. 8, considera che questo conflitto non è altro che un altro riflesso dei fenomeni di separazione fra controllo e rischio, controllo che normalmente viene esercitato dall'organo amministrativo (oppure il gruppo degli azionisti che lo sostiene) quando attua a rischio e ventura dalla società e, per ende, dal congiunto dei soci. Per questo si è considerato che di fronte all'abituale configurazione dell'assemblea come espressione della suprema volontà sociale, ogni volta viene mostrata più adeguatamente la realtà d'un organo deliberativo che solo è formalmente sovrano. L'antecedente descrizione, riguardata in chiave economica, può essere pienamente identificata con il conflitto delle relazioni d'agenzia, sebbene quest'impostazione è inabituale fra la nostra dottrina. Poiché

non quello proprio. Il conflitto tra questi interessi si rivela un prisma abbastanza complesso, che pure eccede in occasioni lo stretto piano de lo giuridico. Gli sguardi del nostro studio si dirigeranno verso l'analisi dei meccanismi attraverso i quali gli azionisti e gli altri interessati nel funzionamento della società possono mettere in valore il compromesso della corretta gestione assunto dagli amministratori per quanto riguarda all'informazione contabile e la situazione patrimoniale dell'impresa; così come dei meccanismi con cui questi interessati contano per far valere i loro diritti in caso di deviazioni.

Il problema sottostante è il conflitto per l'informazione. Essendo stato costatato il conflitto d'interessi che si genera nel marco delle società di capitali fra gli *shareholders* e gli *stakeholders* (o se si preferisce: i soci e i soggetti esterni alla società ma vincolati con questa), sembra cruciale disporre d'informazione adeguata sulla situazione *reale* della società. Il nostro lavoro pretende offrire un avvicinamento su come con i meccanismi che il diritto privato della contabilità attuale ci offre si può fare fronte alle lesioni che, come conseguenza dell'incorretto adempimento dei doveri contabili, si possono irrogare ai diversi soggetti implicati. Questo inadempimento o, nel suo caso, incorretto adempimento di questi doveri si

questa visione del socio come principale, e gli amministratori come agenti, non può sorprenderci che sia il dovere d'informazione la principale soluzione considerata per affrontare il conflitto, ove sviluppa, al mio giudizio, un ruolo cruciale l'informazione contabile sull'andamento dell'impresa.

¹³ Non penso che questo sia il luogo adeguato per discutere quale il significato dell'espressione «interesse sociale». Nonostante, per quanto serve a queste riflessioni, considero abbastanza accertate le riflessioni di COSTI, R., "La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano", in *La responsabilità dell'impresa, Atti del Convegno di Bologna per i trent'anni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2006, esp. pp. 102 e ss., al affermare che l'interesse principale nelle società capitaliste deve essere quello d'aumentare il suo valore (ed in conseguenza quello delle sue azioni), ma questo può essere eseguito insieme al perseguimento di scopi sociali al riguardo della corporate social responsibility –la quale, comunque, non deve essere sempre presente-. Così, anche se oggi il potere di gestione delle società è in mano degli amministratori, questi non possono attuare liberamente, ma devono perseguire l'interesse dei soci. Il riferimento ovvio deve essere fatto all'opera di JAEGER, P.G., *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 1964; con la revisione da essi fatta nel 2000, *idem.*, "L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)", in *Giur. Comm.*, Nov-Dic. 2000, pp. 795-812; così come l'apporto di OPPO, G., "Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni", *Rivista di Diritto Civile*, 2003, pp. 471-488; e la risposta offerta da COTTINO, G., "Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto da Giorgio Oppo)", *Rivista delle Società*, 2005, pp. 693-709. La dottrina spagnola non si è fermata così tanto su questo punto come quella italiana, nonostante dobbiamo richiamare le riflessioni di ARROYO, I., "Reflexiones en torno al interés social", *RDM*, num. 240, 2001, pp. 421-440; e per le società quotate, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada", *RDM*, num. 246, 2002, pp. 1653-1726.

tradurrà, in ultima istanza, in un *fallimento di informazione*. L'informazione economico-contabile che si mostra dalla società è inesatta e da questa si derivano pregiudizi che meritano una riparazione giuridica. È per quello che la nostra analisi si occuperà delle diverse prospettive di controllo privato dell'adempimento dei doveri contabili, vale a dire, d'offrire un'analisi su come le istituzioni proprie del *Diritto privato* (e del Diritto commerciale principalmente) possono servire per esigere responsabilità di fronte all'inadempimento del *dovere pubblico* che la normativa contabile impone agli imprenditori e che ha come scopo la protezione d'un *interesse anche pubblico*.

ALCUNE PRECISIONI DAL PIANO METODOLOGICO

Come sposto, il centro delle nostre riflessioni è fare fronte ad un conflitto d'interessi che sorge nel seno dell'impresa, coinvolto con l'informazione contabile che in questa viene generata. Ma per l'analisi adeguata della situazione non basta ormai con l'impiego d'una logica conflittuale, al contrario, devono essere adattati gli strumenti metodologici dai quali ci dobbiamo avvicinare allo studio delle istituzioni.

Da un lato, la scelta al rispetto di quali valori debbano prevalere sugli altri deve essere fatta in un ambito tale come quello dell'impresa e le società commerciali- utilizzando una logica d'analisi economica delle norme, secondo la quale la decisione più adeguata sarà quella che permetta ottenere un maggiore benessere complessivo nei soggetti implicati, consumando per quello la minore quantità possibile di risorse. Il conflitto sull'informazione generata e diffusa nel piano contabile rispetto dall'impresa in concreto dovrà essere risolto a favore di quelle opzioni che conducano ad una situazione nella quale il sommatorio delle valutazioni del benessere ottenuto dai diversi implicati sia superiore (con indipendenza da a chi corrisponda il medesimo), e che implichi una minore

intromissione imponendo costi non necessari¹⁴. La situazione, per tanto, è quella di trovare il punto di massimizzazione del benessere che supponga i minori costi di transazione possibili, in termini di Coase¹⁵.

Da questa prospettiva, due sono le principali scelte che il legislatore può adottare all'ora di raggiungere che l'edificio della contabilità imprenditoriale ripose su basi imperative solide. In primo luogo, c'è l'opzione di stabilire una normativa legale nella quale si dettino le operazioni concrete e le norme contabili che debbano essere eseguite dal imprenditore nell'elaborazione e pubblicità dell'informazione contabile e, quello che potrebbe essere più interessante, nell'adozione di scelte con posteriorità alla creazione di quest'informazione. In secondo luogo, la possibilità sviluppata soprattutto nei paesi del mondo anglosassone consiste nella configurazione meno rigida di questi doveri, lasciando un ambito d'autonomia gestionale agli amministratori delle società, i quali, nonostante, avranno una responsabilità maggiore per le conseguenze economiche pregiudizievoli che si possano derivare dalle sue scelte inidonee ai soggetti implicati.

D'altra parte, le circostanze del contesto nel quale si deve produrre la scelta di valori prevalenti e soggiacenti hanno cambiato considerevolmente negli ultimi anni a causa della rivoluzione operata dalla società dell'informazione. I cambiamenti economici prodotti negli ultimi lustri hanno supposto un'autentica rivoluzione tecnologica, che conforma un cambiamento nel paradigma tecnico-

¹⁴ Questa è la nozione dell'analisi economica del Diritto che impiega DENOZZA, F., *Norme efficienti: L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2002, e che al mio avviso è completamente condivisibile in questa sede. Così, considera che «L'analisi economica del diritto assume come obiettivo la formazione di regole che garantiscano la realizzazione delle transazioni (cioè di quegli scambi e di quelle assegnazioni di risorse) che sono in grado di massimizzare il benessere complessivo» (p. 4), perché secondo essi, «il tema della efficienza delle regole, intesa come qualità dichiaratamente distinta e, se del caso, anche contrapposta alla giustizia, è al centro dell'elaborazione dell'analisi economica del diritto» (p. 3), «Si tratta (...) di decidere quale sia la combinazione ottimale delle due attività, quale sia cioè il livello dell'una e dell'altra che assicura il massimo benessere collettivo» (p. 7).

¹⁵ Ci rimettiamo all'opera che sintetizza i principali articoli pubblicati dall'autore in COASE, R.H., "The problem of social cost", *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, Oct. 1960, pp. 1-44.

economico¹⁶. La nuova situazione economica ha implicato il transito verso l'attuale «società dell'informazione» nella quale l'oggetto delle principali transazioni economiche non sono già i beni, o i servizi, come nelle rivoluzioni anteriori, ma propriamente, l'informazione. Tra le note che caratterizzano la nuova tappa meritano essere elencate la dematerializzazione del oggetto delle transazioni; la sostituzione del lavoro umano per quello informatizzato; così come l'importanza che acquisisce la ricchezza finanziaria; e, alla fine, il cambiamento del contesto dei mercati verso un ambito globale e di carattere ubiquo sia per quanto riguarda allo temporale sia per quanto riguarda allo spaziale.

Questo protagonismo dell'informazione, la dematerializzazione degli oggetti delle transazioni e la astrazione geografica dei rapporti che sono stati indotte dallo sviluppo dell'informatica, affettano in lunga misura allo sviluppo dell'impresa e l'attività delle società commerciali. Seguendo il detto latino «*ubi societas, ibi ius*» in questa nuova società ubiqua, nonostante, ci siano società e transazioni economiche, cosa che richiede la regolamentazione giuridica dei rapporti in questa articolati. Per la normalizzazione del nuovo spazio non c'è solo il bisogno d'un diritto «della» nuova economia, o un diritto della società dell'informazione, che disciplini le nuove situazioni create; ma serve pure, l'adattamento del diritto già esistente «alla» nuova economia, lo cui implica un'adattamento delle norme già esistenti al nuovo contesto¹⁷.

¹⁶ BOCCHINI, E., *Diritto commerciale nella società dell'informazione*, Vol. I, Seconda Edizione, CEDAM, Verona, 2011, p. 8, distingue questi dei cambiamenti del sistema tecnologico dei processi di produzione a causa dei maggiori effetti sull'economia in globale che producono le rivoluzioni. Così, i cambiamenti di sistema tecnologico solo producono alterazioni dentro il processo di produzione o commercializzazione d'un determinato prodotto o settore economico, in cambio, le rivoluzioni affettano alla forma di capire il complesso del sistema economico.

¹⁷ La distinzione viene fatta per Bocchini, *Ibid.*, p. 14, che distingue fra il «diritto *della* new economy» ed il «diritto *nella* new economy»: «Il diritto *della* new economy è l'insieme delle norme giuridiche che disciplinano le nuove tecnologie dell'informazione. Il diritto *nella* new economy, invece, non è un sistema di norme aventi ad oggetto la disciplina delle nuove tecnologie dell'informazione, ma un metodo di analisi di tutto il diritto del mercato (e il diritto privato e il diritto pubblico) che si propone di studiare tutti gli istituti giuridici dal punto di vista dell'informazione, perché considera il mercato un sistema di informazioni e intende, perciò, il diritto commerciale, essenzialmente, come diritto dell'informazione». Propriamente, le norme di diritto contabile sono norme sull'informazione, elemento questo centrale nel nuovo marco economico, in conseguenza la sua regolamentazione dovrà essere adatta alle nuove necessità del contesto.

Quindi, intendiamo che le norme che disciplinano l'informazione sulla situazione economica dell'impresa ed il modo in cui debba essere elaborata, pubblicata ed utilizzata tale informazione debbono essere analizzate da questa doppia logica: quella propria di un'analisi economica del diritto e quella propria d'un analisi adattativo di queste alle nuove esigenze della società dell'informazione. Le imprese devono sviluppare la sua attività in questo nuovo contesto sorto tra la rivoluzione dell'informatica, conseguentemente con gli effetti che ha provocato in tutti gli aspetti dell'economica. Per quanto riguarda all'organizzazione di queste, le società hanno cresciuto e si compongono da una struttura patrimoniale più ampia, più aperta e nella quale convergono interessi diversi: soci, titolari di strumenti finanziari, creditori, lavoratori i quali ogni volta in più richiedono un'informazione sull'andamento e la situazione economica e patrimoniale dell'impresa. Ma allo stesso tempo, i propri soggetti incaricati dell'amministrazione dell'impresa avranno bisogno d'informazione sull'andamento del negozio per l'adozione delle sue scelte sulla società e che spiegheranno i suoi effetti su questo cumulo di soggetti. Situazioni vincolate all'andamento ed alle decisioni che sono stato adottate nell'impresa si fanno dipendere in lunga misura della disposizione e qualità dell'informazione della quale dispongano gli amministratori della società. L'informazione contabile può essere così impiegata come strumento per valutare la correttezza dell'attuazione degli amministratori, utilizzandosi come criterio per delimitare se questi attuarono diligentemente oppure se è possibile l'esercizio d'azioni di responsabilità contro la sua attuazione. Quest'informazione, come risulta logico, acquisterà speciale rilievo di fronte a possibili situazioni di fallimento. Disporre di un'informazione contabile affidabile, elaborata secondo criteri economici stabili e generalmente accettati, può servire per valutare la diligenza nella condotta degli amministratori e salvare la sua responsabilità, operando così come un porto sicuro («*safe harbour*» nella letteratura anglosassone) che protegga le sue decisioni di gestione di fronte alle vicissitudini del mercato.

Finalmente, la disposizione di quest'informazione e la considerazione del modo in cui si compiono i doveri contabili offre basi di giudizio di grande rilievo all'ora di valutare il *buon governo* della società dalle mani dei suoi amministratori.

**CAPITOLO I – SIGNIFICAZIONE DELLA CONTABILITÀ
NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI**

SIGNIFICAZIONE DELLA CONTABILITÀ NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

I. Finalità, interessi e funzioni della contabilità nelle Società di Capitali

A. Momento di rilievo esterno

- i. Interesse dell'imprenditore stesso: conflitti d'interesse nel governo delle società di capitali
- ii. Funzione di configurazione dei sistemi organizzativo e informativo dell'impresa
 - a) La contabilità nell'organizzazione della società
 - b) La contabilità nel sistema informativo dell'impresa

B. Momento di rilievo esterno

- i. Interessi: il pubblico interesse della contabilità
- ii. Funzioni della contabilità nel piano esterno all'impresa
 - a) Funzione di garanzia
 - b) Informazione sul valore della società
 - c) Informazione sul piano lavorativo
 - d) Informazione fiscale
 - e) «*Non use benefits*»

II. Caratterizzazione giuridica

A. Natura giuridica del dovere di contabilità

- i. Il dovere contabile come obbligo
- ii. Il dovere contabile come carica
- iii. La contabilità come dovere
- iv. Il «pubblico dovere» di contabilità

B. Natura giuridica delle dichiarazioni contabili

- i. Natura giuridica dei libri contabili
 - a) Valore materiale dei libri di contabilità
 - b) Valore dei libri dalla prospettiva processuale generale: funzione probatoria
 - c) Valore di fronte ai procedimenti concorsuali
 - d) Valore dei libri all'interno dell'impresa: il segreto della contabilità
- ii. Natura giuridica del bilancio

Le modifiche legislative che si sono introdotte negli ultimi anni nella regolamentazione della contabilità degli imprenditori permette di osservare una nuova configurazione del ruolo che questa gioca nella struttura dell'impresa, ove i fini che è chiamata ad adempire e degli interessi che dipendono dal suo corretto sviluppo. Rimangono ormai lontane le prime concezioni che intendevano la contabilità come uno strumento ausiliare dell'imprenditore, che era totalmente libero nella sua tenuta perché soltanto su di lui ripercuoteva l'informazione contenuta nei suoi libri, e il cui contenuto, d'altronde, rimaneva riparato da un segreto contabile forse troppo ampiamente inteso. I primi trattati e metodi di contabilità, il cui più remoto precedente si trova nell'opera di Luca Paccioli, *Summa de arithmetica, geometria, proporcioni et proporcionalita*, si limitavano ad offrire ai commercianti medioevali raccomandazioni su come dovevano tenere la documentazione dei suoi affari affinché questa risultasse utile e loro potessero estrarre da quella l'informazione necessaria per l'adozione delle sue decisioni¹⁸. Con lo sviluppo e l'espansione delle relazioni commerciali, e nella stessa misura in cui si sviluppa la regolamentazione dell'esercizio dell'attività commerciale, i

¹⁸Paccioli si pronuncia in questo senso all'iniziare il congiunto d'istruzioni che offre nella sua opera ai mercanti affermando che, come è ben saputo, quelli che volessero dedicarsi al commercio ed agire con la efficacia dovuta, ha bisogno fondamentalmente di tre cose. La principale di queste è il denaro in contanti (pecunia numerata) o qualsiasi altro bene patrimoniale riducibile a denaro, perché senza denaro o mezzi di pagamento difficilmente si può negoziare. Nonostante, non si deve sconoscere che c'è chi si dedica agli affari senz'altro che la sua buona fede e che, pur avendo iniziato a negoziare sulla base di crediti scrupolosamente rimborsati, sono riusciti ad accumulare grandi ricchezze. La seconda cosa che si precisa per il traffico commerciale è essere un bravo contatore e sapere fare i conti velocemente. La terza è ultima cosa necessaria è quella di registrare ed annotare tutti i negozi in modo ordinato, con l'obbiettivo di poter avere notizia di ognuno di quegli con velocità, sia per quanto riguarda ai debiti come ai crediti, perché il commercio non sa d'altro. E quest'ultima cosa è fra tutte la più utile, perché sarebbe impossibile gestire bene gli affari se non si registrassero disciplinatamente le operazioni. Senza questo registro, la mente dei mercanti non avrebbe riposo e dovrebbe essere continuamente in attivo. Perciò, ho composto la presente trattazione (...) al obbietto di spiegare, capitolo per capitolo il modo di effettuare ogni sorte di annotazioni ed scritture. (Stratto da PACIOLI, L., *Summa de Arithmetica, Geometria, Proportioni et Proportionalita*, Título Noveno, Tratado XI, De Computis et Scripturis, Venecia, 1494; versión en castellano preparada por HERNÁNDEZ ESTEVE, E., *De las cuentas y las Escrituras*, AECA, 1994, pp. 149-151).

legislatori prendono coscienza dal rilievo che le scritture contabili spiegano nel esercizio del commercio e dall'utilità di questi, non solo per l'imprenditore stesso, ma pure per l'insieme delle relazioni che questi ordino nel mercato. Dunque, si offre una prima configurazione positiva dei più essenziali doveri contabili. Da questo modo, sebbene l'impiego dei libri e le tecniche contabili abbia inizio come una pratica libera, volontaria e generalmente accettata dai commercianti¹⁹, fu conformando un uso del commercio che permetteva agli imprenditori avere notizia minuziosa sul andamento dei suoi affari, finché, alla fine, quest'attività viene positivizzata, generandosi un autentico dovere per quei che si dedicano a attività commerciali. Questa tendenza compie il paradigma evolutivo generalmente eseguito dalla normativa commerciale, che passa dei fatti agli usi del commercio che, quando sono percepiti dal legislatore e considerati degni di positivazione, finiscono plasmati in leggi che offrono sicurezza giuridica e permettono una più adeguata protezione degli interessi implicati nel suo adempimento.

Nei primi risultati codificatori della materia commerciale, nonostante, si offre una configurazione dei doveri contabili come un obbligo essenziale da sviluppare per tutti quanti esercitano il commercio, conformandosi così, i primi rudimenti dello statuto giuridico dell'imprenditore, come un complesso di norme di carattere imperativo al quale si devono sottomettere quelli che svolgono un'attività commerciale. Questo passo suppone qualcosa di più che la semplice evoluzione d'una norma consuetudinaria a una legale, poiché comporta pure il riconoscimento da parte del legislatore della necessità dell'istituto e dell'importanza che la sua garanzia implica per il corretto funzionamento del

¹⁹ Come si vede, la contabilità non ha avuto sempre un carattere imperativo per l'imprenditore. Così, quando «nelle loro origini storiche le scritture contabili avevano per l'imprenditore commerciale una pura funzione mnemonica, la documentazione continuata di attività mancava di rilevanza giuridica e in linea di fatto la relativa tenuta non costituiva un obbligo del commerciante. Solo nel momento in cui si riconosce l'esistenza di interessi alieni che possono comunque essere coinvolti nello svolgimento della attività sorge l'esigenza di rappresentare simbolicamente e fissare a futura memoria, quanto meno, quelle vicende a cui più particolarmente sono legati interessi alieni e donde più facilmente potrebbero sorgere lesioni (in atto o in potenza) di tali interessi», PANUCCIO, V., *La natura giuridica delle registrazioni contabili*, Jovene, Napoli, 1964, pp. 164-166.

mercato²⁰. Prescindendo da un'analisi in dettaglio dell'evoluzione normativa della contabilità commerciale fino ai nostri giorni²¹, quello che bisogna notare è che nel processo evolutivo si percepisce un'alterazione sostanziale del ruolo che si dà alla contabilità nella struttura dell'impresa.

Si è affermato che il Diritto Commerciale conforma una categoria storica e non una categoria logica. La sua configurazione, le sue strutture, fini e oggetto si sviluppano man mano che si sviluppa la società e la realtà economica²². Non possiamo sconoscere nemmeno questo fenomeno per quanto riguarda all'ambito della regolazione della contabilità imprenditoriale. Così le cose, il Diritto Commerciale ha trafitto diverse tappe nella sua storia, passando dall'epoca dei

²⁰ In Spagna, la tenuta dei libri veniva già delineata come obbligo nelle Ordenanzas de Bilbao di 1737, il cui Capitolo Nono aveva la rubrica "*De los mercaderes, libros que han de tener, y con que formalidad*", e dentro di questo capitolo si stabiliva nella sua prima sezione che «Todo Mercader Tratante, y Comerciante por mayor, deberá tener, a lo menos, cuatro libros de cuentas, es a saber: un Borrador, o Manual, un Libro mayor, otro para el asiento de cargazones, o facturas, y un Copiador de cartas, para escribir en ellos las partidas correspondientes, y demás que en cada uno respectivamente se deba, según, y de la manera que se declarará, y prevendrá en los números siguientes». Sembra che da questo testo si deriva l'obbligo dei commercianti di tenere certi libri, il quale, nonostante, soltanto comportava delle sanzioni indirette in caso di necessità probatoria ante lite o nel caso di fallimento.

In seguito, il Codice di Commercio di 1829 insisteva su l'obbligatorietà della contabilità commerciale, collocando la sua regolazione dentro del Capitolo Secondo del Libro Primo, sotto la rubrica "*De las obligaciones comunes a todos los que profesan el comercio*", per considerare nel suo articolo 32 che ogni commerciante è obbligato a tenere i conti delle sue operazioni in al meno tre libri, che sono: il libro diario, il libro maggiore o di conti correnti, il libro degli inventari. Questo Codice -redatto da Pedro Sáinz de Andino-, sebbene suppone una riduzione in quanto al numero dei libri obbligatori, incrementa l'imperatività delle disposizioni contabili, stabilendo una penale «che non sarà inferiore ai reali mille, ne superiore ai ventimila» ai commercianti i cui libri si trovino inattendibili o difettosi (art. 43), e quello sebbene le eventuali sanzioni criminali in caso di falsità (art. 44). A questo s'aggiunge la penale di trai reali seimila e trentamila al commerciante che omette nella sua contabilità alcuno dei libri obbligatori (art. 45).

Nel caso italiano, il Codice Commerciale di 1866 fissava nei suoi articoli 16 e 17 che «Il commerciante deve tenere un libro giornale (...), conservare in fascicoli le lettere e i telegrammi che riceve, e copiare sopra un libro le lettere e i telegrammi che spedisce (...) [e] fare in ciascun anno un inventario (...) copiarlo d'anno in anno e firmarlo sopra un libro a ciò destinato». Il Codice italiano, pese a l'imposizione di questo "dovere", lo vincolava soltanto con la sua utilità come mezzo di prova.

²¹ Per un'analisi più dettagliato dell'evoluzione storica della regolamentazione della contabilità rinviamo a MARTÍN MOLINA, P.B. /VEIGA COPO, A. B., "Los libros de contabilidad: un apunte histórico", *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, 1998, núm. 13, págs. 395-414.

²² Sembra obbligatoria la referenza al padre di queste idee nella sua costruzione della storia del Diritto Commerciale, il professor GALGANO, F., *Lex Mercatoria*, il Mulino, Bologna, 1976 (quinta edizione del 2010), con traduzione allo spagnolo a cura di BISBAL, J., *Historia del Derecho Mercantil*, Ed. Laia, Barcelona, 1981.

mercanti alle rivoluzioni industriali, dovendo adattare le sue strutture ai bisogni d'ogni momento. Oggigiorno si osserva che il Diritto Commerciale deve fare fronte ad un nuovo paradigma di configurazione, il quale deriva dalla rivoluzione tecnologica e dalla società dell'informazione. Diversi caratteri definiscono questa tappa, fra i quali spiccano la maggiore rilevanza che assume l'informazione dentro l'attività commerciale (e, dentro di questa, anche l'informazione contabile), la celerità del traffico giuridico derivata delle nuove possibilità che offrono le tecnologie dell'informazione, la dematerializzazione nella prestazione dei beni e servizi e l'innalzamento di un nuovo «Mercato» (nel senso materiale del termine), un nuovo ambito di relazioni di carattere immateriale ed immanente qual è Internet. Tutte queste dinamiche colpiranno necessariamente l'adempimento degli obblighi contabili ed al modo in cui si deva elaborare e diffondere l'informazione delle imprese²³.

Nelle società di capitali la contabilità imprenditoriale è in procinto di occupare un ruolo centrale nella sua struttura. La limitazione di responsabilità che caratterizza queste società rende necessario estremizzare la cautela sulla determinazione quantitativa delle risorse di cui dispone l'imprenditore. La società risponderà dai suoi debiti *solo* con il suo proprio patrimonio, senza che si possa estendere questa responsabilità ai soci; ma, allo stesso tempo, risponderà *con tutto* il suo patrimonio. Da questo si deriva la necessità di delimitare quali sono le risorse che conformano la società, nel doppio senso di esigere che la società abbia le risorse sufficienti per lo sviluppo della sua attività, e di permettere la delimitazione chiara del montante patrimoniale che è proprietà della società e quello che è proprio dei soci. D'altro canto, di fronte all'attuale dibattito sulla funzione che il

²³ In quest'ambito sono di grande interesse le riflessioni di BOCCHINI, E., *Diritto Commerciale nella società dell'informazione*, Op. cit., il cui afferma che, «(...) il diritto commerciale, come il fiore dell'*ibiscus*, muore come diritto dell'impresa della società industriale, per rivivere come "diritto dell'informazione" nella società post-industriale, perché il mercato è un sistema di informazioni decentrate e spontanee che può fallire per asimmetria informativa e solo il diritto può salvare l'economia dal fallimento (...)», in este marco, «Lo *ius novum* (si pensi solo per fare qualche esempio alla disciplina della firma digitale o delle azioni dematerializzate o del registro delle imprese informatizzato o della contabilità informatizzata, ecc.), che ogni giorno viene fuori nel segno dell'informatica e della dematerializzazione, manca, invero, di ogni disegno organico che, partendo dal dato esteriore della informatizzazione, sappia scoprire il dato strutturale secondo il quale il mercato è, in primo luogo, un sistema informativo» (pp. 4-5).

capitale sociale deve svolgere nell'ambito del Diritto societario europeo, al nostro avviso, come posteriormente verrà trattato, l'informazione contabile debba giocare un ruolo centrale nella definizione di un nuovo sistema di responsabilità e garanzie che supera a quello in cui la cifra del capitale sociale, più formale che protettrice, serve a poco ai creditori²⁴.

Ma la contabilità non spiega efficacemente al livello esterno, ma, internamente, i propri organi incaricati della gestione societaria hanno bisogno dell'informazione contabile per l'adozione di decisioni e l'organizzazione della stessa struttura della società, lo quale ci mette di fronte al prisma della *Corporate Governance*.

La correlazione d'interessi interni ed esterni giustifica le vicissitudini che caratterizzano lo sviluppo della normativa regolatrice della contabilità

²⁴ Senza occorrenza di esautività, si può affermare che nello svolgimento di questo dibattito, la dottrina italiana adotta una posizione centrale, sia per la sua implicazione nella materia, sia per la qualità dei contributi. Per capire i profili della questione sembra interessante la discussione dottrinale tenuta fra i professori Denozza ed Enriques, che non è altro che lo scontro fra i sistemi di protezione anglosassone e quello dell'Europa continentale. *Vid.* ENRIQUES, L./MACEY, J., "Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale", *Rivista delle Società*, 2002 (47), p. 78 e ss.; articolo criticato da DENOZZA, F., "A che serve il capitale? (Piccole glosse a L. Enriques-J.R. Macey, Creditors versus capital formation: the case against the European legal capital rules)", *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 585 e ss; così come la contro-critica di ENRIQUES, L., "Capitale sociale, informazione contabile e sistema del netto: una risposta a Francesco Denozza", *Giur. Comm.*, 2005, I, p. 607 e ss. Nella dottrina spagnola, *vid.* ALONSO LEDESMA, C., "Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores" en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal: Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 127-157; ugualmente, da una prospettiva più generale, LLEMBOT MAJÓ, J. O., "La geometría del capital social", *RDM*, 1999, num. 231, pp. 37-89. Dalla prospettiva anglosassone, FERRAN, E., "The place for creditor protection on the agenda for modernisation of company law in the European Union", *European Corporate Governance Institute (ECGI) Law Working Paper No. 51/2005*, University of Cambridge; PELLENS, B. / SELLHORN, T., "Improving creditor protection through IFRS reporting and solvency test", *European Company and Financial Law Review*, Special Issue 1/2006; SCHÖN, W., "The Future of Legal Capital", *EBOR*, num. 5, 2004, pp. 429-448; ARMOUR, J., "Legal Capital: An Outdated Concept?", *EBOR*, núm. 7, 2006, pp. 5-27; SANTELLA/TURRINI, "Capital Maintenance in the EU: Is the Second Company Law Directive Really That Restrictive?", *EBOR*, num. 9, 2008, pp. 427-461.

Può essere anche interessante considerare l'analisi fatto per incarico degli organismi europei alla consulente KPMB sulla possibilità di sistemi alternativi a quello del capitale sociale nell'ambito della Seconda Direttiva, *vid.* KPMG, *Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/ECC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU-accounting regime*, Contract ETD/2006/IM/F2/71, Main Report.

imprenditoriale, che la guidano verso l'esigenza di una maggiore pubblicità dell'informazione e di un maggiore controllo degli atti con trascendenza economica nel interno dell'impresa. Questo bisogno si collega con la coscienza sul nuovo ruolo che l'informazione contabile deve disimpegnare nel sistema socio-economico attuale. Questa evoluzione demanda la coordinazione fra le misure destinate a proteggere gli interessi interni ed esterni ad essa, cercando con quello, di raggiungere un equilibrio²⁵. Solo attraverso l'analisi di questa relazione d'interessi sarà possibile individuare il limite di penetrabilità nell'*interna corporis* dell'impresa, che si svolgerà attraverso il veicolo dell'informazione contabile, che serve allo stesso tempo come strumento di pubblicità e di controllo²⁶. In questa sede potremmo avvertire conflitti fra la protezione degli interessi esterni all'impresa e la protezione dei diritti alla libertà d'impresa ed alla autodeterminazione informativa dell'organizzazione imprenditoriale.

Per risolvere questi conflitti ci vuole una certa regolazione giuridica di questa informazione, così come dei metodi impiegati per l'elaborazione e rappresentazione dei dati. Si collega di questo modo la scienza contabile con la necessità della sua regolazione giuridica, sorgendo così la necessità di articolare un Diritto della contabilità dell'impresa che si occupi di regolare di una forma giuridica i criteri secondo i quali si possa considerare che l'informazione contabile offerta da un imprenditore risponde a certi parametri che consentono di fidare nella sua veracità, che sono generalmente accettati in modo di garantire la sua comparabilità, e che sono stato sufficientemente consensuati in modo da

²⁵ Come osservato dalla dottrina, a maggiore trasparenza informativa delle società dovrebbe rimanere un minore spiraglio per l'esigenza di responsabilità agli imprenditori per gli atti realizzati sulla base di quest'informazione. In questo senso si pronuncia BOCCHINI, E., *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, CEDAM, Padova, 2002, p. 20, quando afferma che «Il principio di responsabilità informativa, secondo il quale a minor trasparenza e simmetria informativa deve corrispondere maggiore responsabilità, onde la responsabilità deve essere il surrogato della mancanza di informazione, in una filosofia di trasparenza».

²⁶ NIGRO, A., "Le scritture contabili", in *L'impresa*, Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia, diretto da F. Galgano, Vol. II, Cedam, Padova, 1978, pp. 306-307.

permettere la sua comprensione dai soggetti estranei alla struttura dell'impresa alla quale vengono riferiti²⁷.

Sull'autonomia, contenuto e caratteri del Diritto contabile si è discusso parecchio²⁸. In questo piano risulta necessario fare un approccio al concetto giuridico di contabilità. Non si tratta di riflettere un concetto tecnico-economico su questa scienza, ma di sottolineare le note giuridiche che caratterizzano il fenomeno della contabilità. Così, si può considerare la contabilità come il complesso delle norme e tecniche imperative che reggono in modo obiettivo il procedimento di selezione dei dati, la sua quantificazione, registro, analisi, rappresentazione e creazione documentale in registrazioni che permettano, dopo la sua analisi, ottenere informazione su fatti con trascendenza economica relativi al patrimonio e l'attività dell'impresa. Per considerare completa l'informazione proporzionata dalla contabilità, questa deve essere riferita ai tre versanti economiche che affettano all'attività del soggetto, vale a dire il versante patrimoniale riflesso dall'insieme dei beni e diritti che sono titolarità di questo, la struttura finanziaria che determina le fonti di finanziamento ovvero di conseguimento delle risorse impiegate e l'ambito dei risultati indicativi dei guadagni o le perdite che, nello svolgimento della sua attività, ha subito il soggetto²⁹.

²⁷ Ciò nonostante, non mancano le voci rinomate che relativizzano l'importanza dell'utilizzazione di parametri standardizzati nell'elaborazione dell'informazione contabile. In questo senso, MACEY J.R., *Corporate Governance...*, *Op. cit.*, p. 156, avverte che «those who argue in favor of uniform formatting focus, obsessively in my view, on the concern that uniform presentation of accounting information is necessary to permit investors to make “apples and apples” comparisons of financial results across various companies. This argument fails to comprehend that competition among rival methods of presenting accounting information would be a good thing, and that deviation from conformity with existing norms sometimes reflects useful innovation rather than harmful obfuscation».

²⁸ Su questo punto in particolare troviamo una delle migliori contributi nell'opera di VICENT CHULIÁ, F., “En torno al concepto y fuentes del Derecho contable”, in *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 605-649.

²⁹ Si sono elaborati diversi approcci sul concetto di contabilità da un punto di vista giuridico. Fra queste spicca l'offerta dal professore GIRÓN TENA, J., “Las cuentas anuales de la SA”, *RdS*, num. 1, 1993, p. 13, il quale afferma che *in un senso dinamico e cronologico la contabilità, attraverso la constatazione in rilevazioni o registrazioni sui libri e i conti adeguati, esprime il movimento patrimoniale di valori che nell'impresa si produce; cambi che, in ragione dell'attività economica di questa, si producono in quello. Ogni registrazione è una constatazione d'un fatto economico espressivo d'una mutazione nel patrimonio. Statica e sistematicamente con l'ordinazione dei conti e poi con la sistematizzazione di questi e delle sue registrazioni si fa possibile quello di grande rilievo che si*

Su questa concezione in lettura giuridica della contabilità, la definizione del Diritto contabile non si mostra nemmeno un compito di facile adempimento. Azzardando un avvicinamento al concetto, riteniamo che il Diritto contabile è l'insieme delle norme giuridiche che disciplinano la contabilità, cioè, il corpo normativo che ingloba le regole che reggono in modo oggettivo e con portata imperativa il processo conducente all'ottenimento e diffusione d'informazione economica che rifletta i fatti con trascendenza patrimoniale sviluppati da un'impresa. Affinché quest'ordinamento acquisisca un'effettività piena, le norme contabili non devono limitarsi alla regolamentazione delle attività di selezione dei dati *che conformano i «fatti contabili» e sono, perciò, degni di essere considerati nella contabilità?*, la sua quantificazione nonché *ripercussione economica (in termini quantitativi) ha per l'impresa un determinato fatto contabile?*, registro *come si rappresenta in forma scritta quest'informazione?* e *quale struttura deve avere per essere intendibile più semplicemente?*, analisi *in cui rilevanza ha ognuno dei dati compresi nell'andamento dell'impresa?* e rappresentazione *di come si sintetizzano i dati in documenti che offrono un'informazione reale e sintetica dell'avvenire dell'attività?*; ma, oltre a questo, il Diritto contabile deve arbitrare un compendio di norme necessarie per garantire che l'informazione offerta si stringa alla realtà della situazione economica dell'impresa (immagine vera e fedele), così come un altro gruppo di norme ugualmente imperative che impongano all'impresa un obbligo di diffusione di quest'informazione generata in modo tale che questa rimanga accessibile e possa essere utilizzata dai destinatari o interessati

chiama l'Analisi dei Bilanci, la «lettura» dei Bilanci che è, precisamente, l'ultimo scopo che la contabilità permette d'ottenere da se stessa, indicandoci l'informazione precisa al riguardo della composizione, mutazioni nel patrimonio imprenditoriale e della sua affettazione alla gestione. VICENT CHULIÁ, F., "Reforma contable y Derecho Mercantil", Revista de Contabilidad, Vol. 7, Número Monográfico, p. 162, offre, allo stesso modo, una concezione strutturale della contabilità, considerando che è l'attività del commerciante di registro ordinato e sistematico, in adempimento di un dovere pubblico, delle operazioni commerciali, attraverso dichiarazioni di conoscenza o verità. Queste "riconoscono" fatti (ad esempio descrizione del patrimonio nell'inventario iniziale; sinistri = «perdite realizzate»; «crediti di realizzazione dubitata»; «inesigibili» = «perdite realizzate»), atti giuridici (consegna di merci, pagamenti) e negozi giuridici (per esempio, emissione d'obbligazioni, aumento di capitale). Il riconoscimento esige la sua quantificazione, con la sua "valutazione" oppure "stima". La contabilità come attività è un concetto più ampio di quello della contabilità/documentazione.

nell'informazione contabile. Questi due ultimi scopi si conseguono attraverso l'attività di revisione contabile e la pubblicità dei bilanci³⁰.

Siccome c'è un compendio di norme tendenti a regolare la generazione dell'informazione contabile che s'articola al oggetto di proteggere gli interessi interni ed esterni al funzionamento dell'impresa, il Diritto contabile non può sconoscere la necessità di stabilire parallelamente un sistema di responsabilità all'occorrenza che le sue norme non vengano eseguite. Questo sarà l'oggetto delle nostre riflessioni, che partiranno dalla considerazione degli interessi protetti dalla contabilità e le funzioni che questa è chiamata a svolgere nel sistema attuale di diritto societario, per analizzare le condotte concrete attraverso le quali il Diritto contabile cerca di raggiungere questa protezione. Giacché a poco serve arbitrare un complesso sistema normativo destinato all'elaborazione e pubblicità di informazione economica *utile* sull'andamento delle imprese se dal inadempimento di queste prescrizioni non si deriva nessuna sorta di responsabilità, vale a dire, se non si dispongono i mezzi necessari attraverso i quali i soggetti interni o esterni all'impresa, che si sono visti danneggiati, possono ottenere una compensazione. Perciò ci impegneremo per offrire un'analisi sistematica dei diversi mezzi per i quali si può far valere questa responsabilità nei diversi momenti della vita dell'impresa³¹.

³⁰ Come corpo normativo, secondo il professore Vicent, il *Diritto Contabile ampio sensu* è costituito da tutte le norme giuridiche che regolano l'attività di registro, di documentazione scritta e di valutazione o stima quantitativa formulate necessariamente [in euro], delle operazioni e fatti economici, presenti e futuri, che affettano alle imprese private e pubbliche -in senso tecnico-giuridico, ai patrimoni privati e pubblici-, VICENT CHULIÁ, F., "En torno al concepto y fuentes...", *Op. cit.*, p. 607.

³¹ Con questo si continua la dinamica dell'evoluzione attuale del Diritto Commerciale già fatta presente dal professore Bocchini, considerando che «(l')impegno scientifico della dottrina commercialistica costituisce anche un atto di impegno civile che si concreta nella tutela degli interessi deboli e delle "nuove povertà" dei consumatori e degli utenti nella società post-industriale, ma anche nella prefigurazione delle "nuove responsabilità" non solo degli imprenditori ma anche dei consumatori-cittadini attivi», BOCCHINI, E., *Diritto commerciale nella società...*, *Op. cit.*, p. 5. La responsabilità si vale così come l'ultimo anello nella costruzione del complesso sistema del Diritto contabile.

I. FINALITÀ, INTERESSI E FUNZIONI DELLA CONTABILITÀ NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

L'articolazione giuridica delle norme contabili deve seguire una doppia logica: da un lato, quella di essere d'utilità all'imprenditore che adempie quelli doveri, in modo tale da permettere un'organizzazione razionale della struttura della sua impresa; d'altro lato, una logica tutelare, destinata a proteggere dati interessi che trascendono l'organizzazione imprenditoriale e che, nonostante, si considerano degni di protezione. Il sistema delle norme giuridico-economiche³² su come l'ordinato imprenditore deve raccogliere, analizzare, rappresentare e dare pubblicità alla sua informazione contabile deve risultare utile per questo, così da permettergli disporre di una informazione più completa sulla situazione attuale³³ della sua impresa. Ma, oltretutto, sarà d'utilità ai soggetti che hanno relazioni con l'impresa e che hanno bisogno di qualche informazione su di questa. Sarà pure necessario che l'accesso a questa venga garantito e che questa informazione venga elaborata osservando dei criteri oggettivi, generalmente accettati e che permettano di fidarsi nella sua veridicità.

Su questo difficile bifrontismo che caratterizza il Diritto contabile alcuni autori hanno insistito nelle sue costruzioni sul predominio di uno dei momenti della contabilità –interno od esterno-, il cui suppone, in somma, predisporre un insieme d'interessi in un piano superiore dall'altro³⁴. Possiamo anticipare da

³² A dispetto dell'artificialità del termine preferiamo di considerarle come norme giuridico-economiche invece di economiche-giuridiche, allo scopo di rendere evidente il segno –a volte ignorato- che, nonostante il suo carattere manifestamente economico, le norme contabili sono propriamente norme giuridiche. Così, VICENT CHULIÀ, F., "En torno al concepto...", *Op. cit.*, p. 607. Quest'affermazione può essere completata con il commento di FIGÁ TALAMANCA, G., *Bilanci e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 1-2, quando afferma che la contabilità dalla prospettiva giuridica compone «un sistema le cui componenti elementari sono regole di comportamento: di qui l'esigenza di rendere intelligibile il linguaggio dei bilanci in termini di *situazioni giuridiche soggettive* e di *attribuzioni* di queste situazioni».

³³ Sebbene, sempre preterita, giacché la contabilità finanziaria –anche intenda di raccogliere gli aspetti più recenti- avrà sempre dati retrospettivi su fatti già accaduti nell'impresa.

³⁴ Secondo NIGRO, A., *Le scritture contabili...*, *Op. cit.*, p. 259, questo ci porta ad affrontare «il problema della funzione delle documentazioni di impresa o, se si preferisce, della individuazione

questo momento la nostra posizione al riguardo considerando che le norme di Diritto contabile soddisfano tutti i due gruppi d'interessi e debbono cercare l'equilibrio adeguato fra le funzioni d'organizzazione e di garanzia che è chiamata a coprire la contabilità. Questo riconoscimento d'interessi, d'altronde, rappresenta l'evoluzione ed il cambio di paradigma nella regolazione giuridica del fenomeno contabile. Quando nelle sue origini storiche la tenuta della contabilità semplicemente aveva funzioni mnemoniche per l'imprenditore, la documentazione continuata della sua attività era priva di trascendenza giuridica e, infatti, la sua tenuta non costituiva un obbligo per l'imprenditore. Solo in un momento posteriore, quando verrà riconosciuta l'esistenza d'interessi alieni che possono essere implicati nello svolgimento di quest'attività e, soprattutto, al rivelare i vantaggi processuali che la disposizione di un mezzo probatorio privilegiato può offrire, sorge l'esigenza di rappresentare simbolicamente e lasciare plasmati quei dati ai quali, in concreto, vengono vincolati interessi alieni all'imprenditore, ed in relazione ai quali si possono derivare danni –di fatto o potenzialmente- a questi interessi³⁵.

Logicamente, riguardare il fenomeno contabile da una prospettiva o l'altra comporta, alla fine, fronteggiare il modo in cui attraverso il Diritto contabile commerciale si offre protezione ai diversi tipi d'interessi, così come il riconoscimento alle sue norme di una serie di scopi in concreto. Così, il processo informativo-contabile interno è diretto alla corretta gestione dell'impresa –il suo governo-, mentre che il processo dell'informazione esterna viene diretta a soddisfare le esigenze d'informazione e controllo dei soci di minoranza, dei terzi e dello stesso mercato, così come ugualmente permette la ricostruzione in forma analitica del patrimonio dell'imprenditore ed avere notizia dei negozi celebrati con altri soggetti³⁶.

degli interessi al cui soddisfacimento e tutela esse, e la relativa disciplina, devono considerarsi preordinati».

³⁵ PANUCCIO, V., *La natura giuridica...*, *Op. cit.*, pp. 164-166.

³⁶ BOCCHINI, E., *Scritture contabili...*, *Op. cit.*, p. 61.

A. Momento di rilievo esterno

Da una prima prospettiva si può considerare che la contabilità imprenditoriale spiega efficacia giuridica in un piano interno alla struttura della società, avendo questa la funzione essenziale d'imporre all'imprenditore, nel suo proprio interesse, uno strumento di garanzia dell'adeguata gestione e controllo sul funzionamento della sua impresa, cosa che s'intende completamente necessaria per la stessa natura dell'attività che svolge³⁷. Il registro e la documentazione dei fatti con trascendenza contabile che affettano all'imprenditore conformano un'attività derivata dalla capacità di autogestione che glielie riconosce nell'ambito del diritto alla libertà d'impresa. Le concezioni più rigorose al riguardo partono dalla premessa che la contabilità deve rimanere nell'ambito dell'autoresponsabilità dell'imprenditore, perché questo è il soggetto che sopporta il rischio d'impresa³⁸. Invece di questa situazione, l'ordinamento giuridico riconosce e considera degni di protezione determinati interessi vincolati con l'adeguato funzionamento dell'impresa e che richiedono la sottrazione dell'appello alla responsabilità dell'imprenditore nell'adempimento delle prescrizioni contabili. Sebbene è vero che l'imprenditore è quello sul quale gravita il rischio dell'attività, non è meno vero che ci sono altri elementi implicati con l'adeguato andamento dell'impresa che necessitano un'informazione corretta.

Sulle basi di questa prospettiva, ormai superata, della contabilità come elemento di rilievo esclusivamente interno nel piano dell'impresa, erano costruite le specialmente sul segreto della contabilità. Nello svolgimento della sua libertà d'impresa, l'imprenditore poteva decidere come organizzare la struttura

³⁷ BOCCHINI, E., *Scritture contabili...*, *Op. cit.*, p. 55.

³⁸ RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 4. Nello stesso senso, su queste idee del rischio dell'organizzazione, *vid.* BUONOCORE, V., *L'impresa*, Trattato di diritto Commerciale dir. da Vincenzo Buonocore, Giappichelli Editore, Torino, 2002, sp. cap. IV: "Attività d'impresa, comportamenti dell'imprenditore, rischio d'impresa e responsabilità", pp. 221 e ss.; *idem*, "Responsabilità dell'impresa...", *Op. cit.*, sp. pp. 30 e ss.

documentale e informativa dei suoi affari e, ugualmente, aveva il diritto a conservare quest'informazione sotto il suo esclusivo controllo³⁹.

In questo momento, le immagini della contabilità che sottolineano il suo rilievo dal piano sterno non ignorano che il dovere contabile –oltre alla sua funzione nell'ambito dell'organizzazione imprenditoriale- ha una rilevanza di fronte alla protezione degli interessi sterna all'impresa. Tutto l'opposto, partono dal presupposto che la finalità essenziale alla quale deve servire la contabilità come elemento strutturante della gestione ed organizzazione dell'impresa, sprigionandosi dallo sviluppo di questa funzione conseguenze che superano l'ambito proprio dell'impresa. Difatti, la contabilità non sarebbe soltanto uno strumento utile per l'imprenditore, ma, piuttosto, sarebbe un elemento *essenziale* dell'impresa in quanto organizzazione, oggettivandosi rispetto dalla persona dell'imprenditore, e configurandosi come la trama necessaria intorno alla quale ed attraverso la quale si svolge l'attività⁴⁰.

Su queste premesse il professore Nigro nella dottrina italiana ha stabilito che la tenuta della contabilità è sostanza inerente all'impresa –e non

³⁹ Nella protezione di questo segreto contabile si è visto anche uno dei mezzi di cui si serve l'imprenditore per differenziarsi dai suoi concorrenti nel mercato. Così, NIGRO, A., *Le scritture contabili...*, *Op. cit.*, p. 241, nt. 115, considera che «il segreto commerciale, come interesse primario dell'imprenditore, tutelato dalla legge (non solo nel campo delle scritture contabili, ma anche in numerosi altri settori, come ad esempio quello delle invenzioni), si trova in relazione fra l'altro al mantenimento della capacità concorrenziale dell'impresa».

⁴⁰ NIGRO, A., *Le scritture contabili...*, *Op. cit.*, p. 301, chi aggiunge a queste idee che è caratteristica propria dell'impresa come organizzazione la sua neutralità funzionale, in modo tale che «il fenomeno organizzativo, di per sé, esprime il come, ma non il perché e tanto più l'organizzazione, per così dire, si rapprende in moduli o strutture stabili, tanto più questo carattere di neutralità tende ad accentuarsi. Finché, quindi, ci si limiti a considerare le norme che disciplinano le strutture contabili come norme (organizzative) che «registrano» una struttura organizzativa, l'interrogativo a proposito della funzione è destinato a restare aperto (e potenzialmente suscettibile delle risposte più diverse)». Così, non si offre una risposta definitiva alla funzione che deve assumere il sistema informativo contabile dentro delle strutture imprenditoriali finché non si renda conto che la contabilità è un elemento congiunturale alla propria impresa come struttura. Nella dottrina spagnola, questa nozione di neutralità è stata sottolineata da VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales de la Sociedad Anónima*, in *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Dir. Uría/Menéndez/Olivencia, Tomo VIII, Vol. 1º, Civitas, Madrid, 2000, p. 13, affermando che il diritto contabile commerciale costituisce un linguaggio speciale diretto a esprimere fatti sulla realtà patrimoniale ed economica. È un Diritto neutrale, che viene giustificato da se stesso, per il bisogno di esprimere e comunicare in modo oggettivo i valori patrimoniali messi in gioco nell'economia.

all'imprenditore-, come elemento vertebratore della struttura delle relazioni e componenti materiali ed immateriali che conformano l'azienda, e come flusso organizzativo necessario per lo svolgimento dell'attività d'impresa. Questa visione troverà supporto, come si vedrà, nell'esigenza di una contabilità adeguata all'attività dell'impresa.

La contabilità svolge, pertanto, una funzione strutturale per la formazione dell'insieme di elementi e relazioni che conformano l'impresa. Sarebbe chiamata a coprire due funzioni fondamentali: offrire il supporto sul quale s'asesta la organizzazione del conglomerato di elementi che conformano l'impresa – prestando un'attenzione speciale alle relazioni fra questi- e, con uguale importanza, costituire il sistema informativo interno all'impresa dal cui si possono estrarre i dati sul funzionamento di questa che permettono di adottare decisioni presenti e future, indicatori da la direzione verso la quale si devono dirigere i fatti di questa. Dal adempimento di entrambe le due funzioni che, come viene detto, formano parte essenziale della struttura dell'impresa, il primo interessato nel suo corretto svolgimento sarà l'imprenditore, finché, da un lato, è il titolare dell'impresa e, dal altro, come soggetto obbligato al adempimento delle specificazioni normative sulla contabilità.

i. Interesse dell'imprenditore stesso: conflitti d'interesse nel governo delle società di capitali

Nell'intenzione di offrire una risposta sufficientemente ampia al interrogativo di a cosa serve la contabilità imprenditoriale, la prima contestazione deve essere che questa è utile al proprio imprenditore, pertanto, serve d'utilità per raggiungere lo scopo dell'impresa. Nel nostro caso, quando si considera la contabilità delle società di capitali, dobbiamo considerare che la contabilità deve risultare utile alla struttura sociale, cioè, deve servire per l'adempimento dell'interesse sociale. Su cosa se ne deve capire si è svolto un profondo dibattito al quale ci abbiamo ormai riferiti, il quale, nonostante avere una difficile soluzione,

pensiamo deva essere risolto partendo dalla causa che origina il contratto di società. Dunque, la causa della società si configura sulla realizzazione di apporti da parte dei soci che permettano l'esercizio in comune di un'attività economica con la quale si possono raggiungere dei profitti da distribuire fra i soci⁴¹. Per permettere che questa finalità si possa portare a termine, si richiederà pure dei mezzi materiali per convertire gli apporti in utili attraverso l'esercizio dell'attività economica, un sistema organizzativo ed informativo che permetta l'adozione delle decisioni adeguate in tale processo, così come il monitoraggio del modo in cui questi risorse si trasformano in profitti.

L'interesse della società sarà dunque l'ottenimento di profitti. Ma questo interesse sociale non significa necessariamente il riparto dei maggiori utili possibili, nemmeno che tutto il beneficio sociale si deva canalizzare verso i soci. In primo luogo, dopo l'ampio e complesso dibattito su quale deva essere l'interesse sociale, la dottrina tende a considerare che questo consiste nella massimizzazione del valore della società, dalla quale ne consegue l'incremento del valore delle azioni e partecipazioni dei soci e, in certa misura, sarà determinante dell'adozione di accordi sociali di distribuzione di dividendi con i quali si retribuiscano gli apporti dei soci⁴². Accanto a questo, e soprattutto nelle ultime decadi, si considera che i profitti della società non debbano ripercuotere soltanto sulla propria struttura di

⁴¹ Così, COSTI, R., *Società in generale, società di persone, associazioni in partecipazione*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Dir. Walter Bigiavi, Torino, 1967, pp. 7-12. Nello stesso senso, FERRARA, F. (jr.), *Gli imprenditori e le società*, 4^a Ed., Giuffrè, Milano, 1962, pp. 197-201.

⁴² Nuovamente, si fa riferimento al classico dibattito sulle finalità della società che, anche se non sono esclusive, infrenano da qualche tempo a quei che sono sostenitori della funzione retributiva dei soci che devono disimpegnare le società di capitali, e quei più coscienti del rilievo dello sviluppo dello scopo dell'impresa. Su questo particolare, condividiamo gli apprezzamenti di consenso offerti da ASQUINI, A., "I battelli del Reno", *Riv. Soc.*, 1959, pp. 617-633; *vid.* anche la completa analisi sull'idea dell'interesse sociale sviluppata da JAEGER, P.G., *L'interesse sociale...*, *Op. cit.*, essendo specialmente interessanti le pp. 116 e ss. Partendo dalla prospettiva dell'interesse dei soci ad ottenere redditività delle sue partecipazioni nella società in conflitto con il conseguimento dell'interesse sociale, PETTITI, D., *Contributo allo studio del diritto dell'azionista al dividendo*, Giuffrè, Milano, 1957, sp. pp. 15-56.

questa, ma anche al contesto nel cui questa si svolge. Così, si canalizzano le concezioni sulla responsabilità sociale corporativa delle entità commerciali⁴³.

Dunque, in cosa si materializza questo interesse dell'imprenditore nella contabilità? La risposta, nonostante essere logica, non deve essere omessa. L'imprenditore –soprattutto nelle imprese con forma societaria- precisa d'informazione sull'andamento degli affari, cioè, ha bisogno di controllare in ogni momento come si svolge l'attività economica dell'impresa nell'applicazione dei risorsi che hanno messo i soci a disposizione della società a lo scopo di ottenere profitti – redditività del suo investimento- (si integrano così i tre elementi ai quali si ha fatto riferimento previamente). Ma allo stesso tempo, l'utilità per l'imprenditore implica una carica obbligatoria. L'imprenditore non solo se ne profitta dell'informazione che dispone della sua impresa, ma anche, l'imprenditore *diligente* –e questa diligenza viene richiesta ad ogni imprenditore- *deve* essere adeguatamente informato sui mutamenti economici attraversati dalla sua organizzazione.

Nelle imprese con forma societaria, come oggetto centrale della nostra analisi, la concrezione dell'interesse dell'imprenditore sull'informazione presenta diverse sfumature. Qui, l'imprenditore non è già una persona fisica individualizzata, ma una persona giuridica, privo di elementi volitivi e cognitivi, conformata da organi social: ripresentativi del capitale sociale (Assemblea generale, come insieme dei soci, in quanto che *apportatori* delle risorse che servono allo sviluppo dell'attività d'impresa, e come beneficiari del risultato di questa attività), incaricati della gestione (amministratori della società, in quanto che responsabili di che l'attività economica svolta da questa in applicazione delle risorse messi a disposizione dai soci sia adeguata al raggiungimento dello scopo

⁴³ Distaccano le riflessioni di COSTI, R., "La responsabilità sociale...", *Op. cit.*, sp. pp. 90-92, il cui – penso che convenientemente- conclude che l'impresa capitalista nel sistema attuale del Diritto societario non ha come fine necessario la persecuzione di interessi diversi alla massimizzazione del profitto degli azionisti; nonostante lo quale, nello svolgimento dell'autonomia statutaria e rispettando i criteri dell'economicità dell'impresa, si può limitare lo scopo di lucro ammettendo che nelil conseguimento dei profitti, si debbano rispettare gli interessi di soggetti diversi agli azionisti stessi.

dei profitti –sia questo orientato o meno all’adempimento dei fini sociali-) e, in caso, organi di supervisione e controllo (Consiglio Sindacale, revisori contabili e società di auditing, incaricati di verificare l’adeguamento dell’attività degli amministratori, al riguardo della protezione degli interessi dei soci).

Di fronte a questa struttura, sebbene si può affermare con la stessa rotondità che il corretto adempimento dei doveri contabili svolge effetti favorevoli per l’imprenditore (considerando come tale, ora, alla società in particolare), è necessario snocciolare com’è utile ai diversi *organi* che conformano la *struttura* della società. Forse, l’applicazione più semplice sia quella che afferma l’utilità per l’organo di gestione. Nelle società commerciali quest’organo ha la missione di portare a termine le attività di direzione necessarie per ordinare le risorse che conformano l’impresa in modo tale che permettano il raggiungimento dello scopo sociale. Per questo sarà di grande utilità conoscere qual è la situazione sia degli elementi che conformano l’impresa, sia delle attività e i risultati ottenuti. D’altro canto, e senza voler entrare nelle vecchie discussioni sul mandato o la rappresentazione degli amministratori al riguardo dei soci⁴⁴, è vero che questi sono responsabili di fronte a quelli delle conseguenze dei loro atti e decisioni, dovendo sviluppare il contenuto della loro carica con la diligenza di un imprenditore ordinato⁴⁵, per lo quale se ne richiede, necessariamente, attuare in modo informato⁴⁶.

⁴⁴ Sebbene condividiamo la visione di CAMPOBASSO, G.F., *Diritto delle società*, 7^a Ed., UTET, Milano, 2010, p. 360, il quale considera che si tratta di una relazione tipica non inquadrabile entro nessun altra categoria, perché «le ampie ed articolate funzioni di cui gli amministratori sono per legge investiti, il carattere in larga parte inderogabile delle stesse, la posizione di formale autonomia rispetto all’assemblea, sono tutti dati che depongono, in modo univoco e pacifico, contro la possibilità di risolvere la figura degli amministratori di società per azioni in quella di semplici mandatarî, sia pure generali».

⁴⁵ Nei termini dell’art. 225 della LSC. Forse risulterà meno espressiva –per la minuziosità- la espressione dell’art. 2392 C.c. ita. quando considera che gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge o dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze.

⁴⁶ Ora, nei termini dell’art. 2381.6^o C.c. ita.: «Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato (...)».

Per quanto riguarda ai soci come titolari del capitale sociale, la contabilità risulta utile per la censura delle attuazioni degli amministratori ai quali viene attribuito il governo della società nella sua rappresentanza. Non in vano, il contenuto basilico ed essenziale dell'assemblea ordinaria nelle società di capitali è l'approvazione del bilancio⁴⁷ ed il rendiconto degli amministratori sulle attuazioni svolte durante l'esercizio economico. In questo modo, i primi adempiono il dovere d'informare ai secondi sulla situazione dell'impresa, e questi allo stesso tempo trovano soddisfazione al suo diritto a essere informati sull'andamento di questa⁴⁸. Allo stesso tempo, decideranno se la gestione svolta da quei che li rappresentano si considera adeguata o meno, perché in caso contrario, si potrà decidere la revocazione di alcuni o tutti questi o, in caso, promuovere le azioni di responsabilità verso l'inadeguata gestione degli amministratori⁴⁹. Ugualmente, la normativa regolatrice della SRL li offre il diritto alla consulta dei libri contabili sui quali si ha elaborato il progetto di bilancio presentato per la sua approvazione all'Assemblea, con il quale si consegue, da un lato, una maggiore informazione di questi su quale sia il vero stato della società della quale sono proprietari –si deve avere presente che il bilancio è soltanto uno stadio di sintesi- e, in secondo luogo, offre la possibilità di una nuova revisione della correttezza dei dati offerti da questi

⁴⁷ Non è così nel ordinamento italiano per le società che adottano il modello dualistico nelle quali esiste il Consiglio di sorveglianza. In queste società la funzione di supervisione ed approvazione del bilancio presentato dagli amministratori corrisponde a questo Consiglio, fermo restando come competenza dell'Assemblea generale la decisione sulla distribuzione degli utili –ex art. 2364bis, in relazione con il 2364, che fa riferimento alle società con sistemi tradizionale o monistico-. Questo sistema è ugualmente tenuto nel sistema dualistico “puro” dell'AktG tedesca.

⁴⁸ Diritto che, come saputo, non si limita soltanto alla conoscenza del contenuto del progetto di bilancio presentato all'Assemblea dagli amministratori, ma che include, ugualmente, il diritto all'esame previo della contabilità, per comprovare che l'informazione offerta da essi come rendiconto e sintesi dell'attività del esercizio corrispondano alla realtà degli affari. Su questo particolare ci rimettiamo all'analisi più completa offerta da PULIDO BEGINES, J.L., *El derecho de información del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, Civitas, Madrid, 1997, sp. pp. 67 e ss.

⁴⁹ Come tanti altri problemi di regolazione in Diritto societario, si tratta di offrire una soluzione al problema dei costi di agenzia che si producono quando i titolari dell'impresa affidano la sua gestione negli amministratori. Così si generano due tipi di norme di controllo: una soluzione normativa *ex ante*, che persegue di definire i codici di condotta che gli amministratori devono seguire; e una soluzione *ex post*, che permette al principale esigere responsabilità per la possibile negligenza dell'agente nell'adempimento dei suoi doveri. La trasparenza nella gestione e la pubblicità dei dati contabili dell'attività serviranno come base per lo svolgimento di questo controllo *ex post*. Su questo incrocio di strategie per ridurre i costi di agenzia si pronunciano ARMOUR, J./HANSMANN, H./KRAAKMAN, R., “Agency Problems and Legal Strategies”, in *The Anatomy of Corporate Law*, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 35-53, sp. 46-49.

amministratori. Assume l'Assemblea in questa forma societaria certi doveri di controllo sull'organo di amministrazione, ai fini di attuare come contrappeso dei suoi ampi poteri.

L'interesse dei soci nella contabilità –e, principalmente, nell'adeguata tenuta di questa- si stabilisce ugualmente sul fatto che la possibilità di distribuire gli utili dipenderà della determinazione che, attraverso questa, si fa dei risultati del esercizio. Il diritto dei soci alla partecipazione negli utili si trova in evoluzione costante⁵⁰. Comunque, e salvo le situazioni nelle quali normativamente si rafforza questo diritto⁵¹, la decisione sulla destinazione degli utili (ripartibili) ottenuti – calcolati dal risultato contabile- sarà competenza dell'Assemblea generale a proposta del organo d'amministrazione.

L'elaborazione dell'informazione contabile svolge ugualmente uno strumento necessario per l'adempimento delle funzioni degli organi di supervisione e controllo della gestione delle società di capital. Così, nei sistemi giuridici che conformano le società di capitali secondo una struttura complessa⁵²,

⁵⁰ Per far riferimento ad alcune opere classiche nella materia, *vid.*, SÁNCHEZ CALERO, F., *La determinación y la distribución del beneficio neto en la Sociedad Anónima*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma, 1955; ILLESCAS ORTIZ, R., *El derecho del socio al dividendo en la Sociedad Anónima*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1973; *idem*, "El derecho del socio al dividendo hoy: un apunte", *DN*, num. 21, 1992, pp. 29-31; PETTITI, D., *Contributo allo studio...*, *Op. cit.*; o più recentemente, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La aplicación de resultados en las sociedades mercantiles (estudio especial del artículo 213 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, Civitas, Madrid, 1997.

⁵¹ Si fa riferimento all'art. 248 bis LSC che aveva supposto una novità nella Legge e che è rimasto recentemente sospeso, nel quale si riconosce ai soci un diritto di separazione in caso di non distribuzione di utili per importe di, almeno, un terzo degli utili legalmente ripartibili ottenuti nel esercizio anteriore, sempre che non siano trascorsi più di 5 anni dalla iscrizione della società e che questo socio abbia votato favorevolmente nell'Assemblea generale ordinaria in cui questa distribuzione sia stata discussa.

⁵² Come l'italiano o quello tedesco, che contano con diversi organi dentro la sua struttura (Collegio sindacale, Aufsichtsrat...) incaricati di censurare l'attuazione degli amministratori della società, a differenza del sistema unicefalo spagnolo, nel quale la gestione corrisponde in modo esclusivo agli amministratori. Questi sistema si mostrano più vicini a quello che si prova di conformare come modello europeo di amministrazione delle società per azioni, nonostante l'insuccesso della proposta di V Direttiva sulla struttura delle società per azioni ed i poteri e obblighi dei suoi organi sociali, presentata dalla Commissione al Consiglio il 9 ottobre 1972 (pubblicata nel DOCE del 13 dicembre 1972). Nonostante essere rimasto in sospensione, questo progetto risulta interessante perché configura un sistema dualistico del organo amministrativo delle società per azioni europee, per la cui armonizzazione si doveva, necessariamente, imporre questo sistema attraverso la

nasce il bisogno della contabilità per la censura della condotta degli amministratori e per lo svolgimento delle sue cariche. Al riguardo della contabilità, le funzioni di questi organi di controllo fondamentalmente sono due: da un lato, analizzare l'informazione contabile che elaborano gli amministratori per giudicare l'adeguatezza delle decisioni da questi assunte al suo riguardo; e, d'altro lato, sono tenuti a verificare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile⁵³ adottato dalla società sia adeguato per la generazione di una informazione contabile utile e completa⁵⁴. Il sistema informativo che presuppone la contabilità si configura così come un circuito di controllo delle decisioni, che si devono adottare di conseguenza con i dati sulla situazione reale dalla quale si parte. Accanto a questo, la normativa disegna ugualmente un sistema di verifica esterna ed oggettiva de che l'informazione contabile generata nell'impresa sia adeguata e sia stato elaborata secondo i parametri della scienza contabile.

Direttiva, giacché, in caso contrario, sarebbe difficile l'integrazione volontaria di questo modo d'organizzazione nei sistema giuridici che, come lo spagnolo, si afferrano alle strutture monistiche di amministrazione delle sue società di capitali.

⁵³ Nella materia che ci occupa, l'art. 2403 C.c. ita. determina i doveri di questo Collegio sindacale, fra i quali si trovano la vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento. Ugualmente, nei casi dell'art. 2409bis (quando così previsto dallo statuto delle società che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato) la funzione di controllo contabile sarà esercitata dal Collegio Sindacale.

Nel sistema tedesco, l'Aufsichtsrat si incarica della supervisione della gestione della società (§ 111.1 AkG), ed in particolare può ispezionare e revisionare i libri ed i documenti della società, così come gli elementi del suo patrimonio, in speciale la cassa della società ed il portafoglio di titoli e merci. Incarica ai revisori contabili la revisione della chiusura annuale dei registri, della società e del gruppo (§ 111.2 AkG). Si stabilisce ugualmente il dovere dell'organo di amministrazione d'informare a questo Consiglio di vigilanza sulla politica di affari prevista, la sua evoluzione e deviazioni; la redditività della società e, specialmente, del capitale proprio; l'andamento delle operazioni, in particolare le vendite e la situazione della società (§ 90.1 AkG). In definitiva si desume che gli amministratori devono comunicare all'Aufsichtsrat tutte le informazioni contabili di rilievo per l'andamento dell'impresa, dalla quale si deriva il dovere del Consiglio di avere questa in considerazione per giudicare l'attuazione della direzione. Nel sistema tedesco, il culmine di questa distribuzione di competenze, come si vedrà più avanti, si può osservare con l'incarico all'Aufsichtsrat della competenza in materia di approvazione del progetto di bilancio redatto dal Vorstand.

⁵⁴ Infatti, nel sistema tradizionale italiano, quest'organo è composto da tre o cinque membri, dei quali almeno uno effettivo ed un supplente devono essere revisori legali, cioè, essere qualificati -ed iscritti nel registro corrispondente- come revisori contabili.

ii. Funzione di configurazione dei sistemi organizzativo e informativo dell'impresa

Le premesse affermate fino ad adesso hanno fatto riferimento all'utilità della contabilità per l'imprenditore, analizzando le funzioni concrete che questa può svolgere per ciascuno degli organi che lo conformano nei casi d'imprenditore sociale. Ora dobbiamo inoltrarci nell'analisi della funzionalità della contabilità entro la struttura stessa della società.

a) La contabilità nell'organizzazione della società

Non è strampalato condividere ancora oggi le tesi svolte da Coase sul motivo che da origine all'impresa: le imprese si genereranno sempre che –ed in misura in cui- produrre da se stesse beni o servizi risulti marginalmente più redditizio che l'acquisto di questi nel Mercato⁵⁵. Da questo si disuma necessariamente che le imprese che potranno ottenere i profitti maggiori (per tanto, realizzare meglio il fine sociale) saranno quelle che si configurino in modo tale che la sua capacità di gestire la produzione dei beni o servizi sia comparativamente superiore a quella delle sue competitori nel mercato, sempre che con quello la produzione dei medesimi –nella misura e con i caratteri concreti- risolte economicamente più interessante che il suo acquisto nel Mercato. Come si desume, oltre a disporre strategicamente di certi risorsi di carattere scarso⁵⁶, quello che fa differenziare certe imprese dalle altre sarà giusto l'efficienza della sua struttura organizzativa.

⁵⁵ COASE, R.H., "The nature of the firm", in *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988, sp. pp. 37-42; originariamente pubblicato in *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 4, Num. 1, 1988, pp. 3-47.

⁵⁶ Si pensi tanto per quanto riguarda agli elementi del capitale (disporre del monopolio derivato da un brevetto, disporre l'impresa di una ubicazione geografica determinata, concessioni amministrative...), come per quanto riguarda agli elementi personali (disporre di determinati lavoratori specialmente idonei per lo svolgimento di certi posti).

Il vantaggio comparativo che suppone una migliore struttura organizzativa nelle società di capitali non solo si deriva della possibilità di perfezionare la struttura produttiva, vale a dire, di sviluppare la capacità di ridurre i costi di produzione; ma affetta pure -in uguale oppure maggiore misura- agli altri sistemi che compongono l'impresa. Dunque, la struttura adeguata di questa serverà per configurare un apparato informativo sufficientemente efficace da permettere canalizzare i flussi d'informazione adeguati per quanto riguarda all'interrelazione dell'impresa con i clienti ed i creditori, ugualmente permetterà l'adozione di decisioni strategiche nelle diverse aree che la compongono: marketing, gestione del personale, somministrazioni... Ed addirittura, al analizzare le reazioni del mercato alle diverse iniziative dell'impresa, servirà per dedurre che modificazioni si possono svolgere sul prodotto per fare questo più innovativo e competitivo nel mercato. In somma, si perseguirà con quello ridurre gli effetti della tendenza apodittica secondo la quale a maggiore complessità, diversificazione della produzione e misura della struttura imprenditoriale, i costi organizzativi ai quali essa ne dovrà fare fronte saranno maggiori⁵⁷ -sebbene, dall'altro canto, servirà per avvalersi dai benefici generati con la creazione di economie di scala nel seno dell'impresa-. Allo stesso tempo, il passo delle imprese da un sistema orientato alla produzione generale ad un sistema di produzione centrato sul Mercato e le esigenze di questo, porta di conseguenza che la principale sfida che devano affrontare gli imprenditori non sia disporre degli strumenti e la capacità tecnica per produrre, ma quello di essere in grado d'impiegare i necessari processi informativi che permettano adottare velocemente le decisioni adeguate nel Mercato⁵⁸.

Così le cose, la contabilità conforma la struttura attraverso la quale si concretizza lo schizzo organizzativo dell'imprenditore⁵⁹, collegandosi le due facce dell'impresa come «attività organizzata» e come «attività organizzatrice». Ma

⁵⁷ Tendenza già considerata dal COASE, *ibid.*, p. 43.

⁵⁸ In questo senso, RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 30.

⁵⁹ La contabilità conforma «la struttura portante in cui ed attraverso cui si concretizza il disegno organizzativo dell'imprenditore», NIGRO, A., *Le scritture contabili*, *Op. cit.*, p. 293.

questa funzione organizzatrice che sviluppa la contabilità dentro dell'impresa si sussume in un processo ancora più ampio, il processo informativo in generale, il quale ingloba ogni acquisizione, conservazione e trasmissione di dati (interni o esterni all'impresa), necessari per la direzione, l'organizzazione e il controllo dell'impresa⁶⁰. L'impiego di un'informazione adeguata per l'organizzazione dell'impresa e l'adozione di decisioni è una cosa essenziale nella condotta razionale ed efficiente dell'imprenditore. Così, nelle attuali concezioni d'impresa – soprattutto da un'ottica economica-, il processo decisionale è il centro intorno al cui gira tutta l'organizzazione imprenditoriale, giocando l'informazione contabile un ruolo di speciale rilievo in tale processo⁶¹.

Perciò, il dovere di documentazione contabile deve essere giustificato sul concetto di organizzazione, distante da quei di soggetto o di attività. Il dovere si scollega dall'esercizio di una attività commerciale, come si può osservare attraverso il fatto che le società con forma commerciale sono obbligate alla tenuta della contabilità, anche quando non svolgono un'attività commerciale, perché il dovere nasce dall'organizzazione e non dall'attività⁶². La società non è altro che

⁶⁰ Nella dottrina spagnola, questa visione organizzista viene svolta da GONDRA ROMERO, J.M., "La estructura jurídica de la empresa (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho)", *RDM*, num. 228, 1998, p. 565, quando afferma che l'impresa è un patrimonio affetto ad un fine. Ma è più di questo. È un patrimonio con unità di collegamento strutturale, oggettiva. Unità gliela offre il soggetto-titolare, il cui dispone, combina e accoppia i diversi elementi oggettivi-patrimoniali, conformando con l'insieme così integrato un'unità oggettiva superiore, che costituisce un bene economico unitario, con una unità (economica) propria, diversa dal semplice aggregamento delle utilità che possono proporzionare i diversi elementi che lo compongono considerati nella sua individualità. In questo ambiente, la contabilità diventa strumento necessario per l'articolazione razionale di questo insieme di elementi di pieghe diverse.

⁶¹ La contabilità svolge due processi dentro dal piano organizzativo dell'impresa: il processo di rendicontazione economico-amministrativa ed il processo informativo, il primo riferito alla determinazione del risultato del esercizio e la fissazione della struttura patrimoniale dell'impresa, ed il secondo che permette all'imprenditore disporre dei dati necessari per la direzione ed il controllo dell'impresa. In questo senso, anche BOCCHINI, E., *Scritture contabili*, *Op. cit.*, p. 56. Nella dottrina spagnola è chiarificante MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., "Información y contabilidad: una reflexión sobre su reciente regulación legal", *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, num. 11, 2004, p. 10, chi considera che le relazioni umane, indipendentemente dal contenuto che impostino, si sostentano sul potere che l'informazione somministra, fino al punto che, in occasioni, si considera consigliabile l'inazione che l'adozione di una decisione mancante di un sostegno informativo solido.

⁶² Quest'interpretazione si potrebbe contestare considerando che esistono determinati tipi di organizzazioni –si pensi nella società civile, oppure nelle associazioni- che, nonostante avere una struttura nella quale si sistemano diversi elementi, non si trovano obbligate alla tenuta della contabilità. In questo caso succede che la minore accentuazione dell'autonomia patrimoniale,

una forma particolare de l'organizzazione dell'impresa: una forma di organizzazione che non si consuma nell'ambito della sua titolarità, vale a dire, della sua imputazione, ma che, è prima di tutto un'organizzazione di un'attività, concretamente, l'attività d'impresa, e come tale organizzazione deve essere soggetta a certi doveri contabili, necessari per dare forma e solidità alla sua propria struttura. In caso di mancanza di realizzazione dei doveri contabili, la società sarà inefficace e non potrà concorrere nel Mercato.

Disporre da un sistema d'informazione contabile è assiologico ad ogni organizzazione imprenditoriale, indipendentemente dalla sua stensione e settore al cui si occupi⁶³. Affermare questo, nonostante, non implica l'applicazione di una tabula rasa come criterio generale per tutte le imprese. Come succede di solito in materia di Diritto delle società, *one size hardly ever fits*. Perciò la normativa –ogni volta più- stabilisce diversi regimi differenziati nel momento di regolare gli obblighi contabili⁶⁴, ai quali si farà riferimento più avanti quando verrà preso in considerazione l'aspetto soggettivo del dovere di contabilità.

b) La contabilità nel sistema informativo dell'impresa

Oltre al predetto rilievo della contabilità come fattore organizzativo dalla prospettiva dell'adozione di decisioni e la comunicazione fra i diversi sistema della società, questa offre informazioni vitali sul funzionamento dell'impresa. Così,

insieme all'elementarità dell'organizzazione che, ugualmente è vincolata all'esercizio di un'attività non imprenditoriale, non fanno consigliabile l'intervento del legislatore imponendo un dovere che, in tale caso –considerata la carica che presuppongono e gli scarsi benefici che se ne derivano dalla sua imposizione-, non risulterebbe efficiente.

⁶³ «In sostanza, per le imprese che richiedono un certo coefficiente organizzativo, il legislatore ha riconosciuto le scritture contabili come componente ineliminabile di questo minimum ed in questa chiave ne ha imposto l'obbligo», NIGRO, A., *Le scritture contabili*, Op. cit., p. 293.

⁶⁴ Aspetto che, come si può dedurre da un primo momento, può essere valorato positiva e, allo stesso tempo, negativamente. Positivamente perché è ovvio che le necessità d'informazione contabile di una società differiranno sostanzialmente in funzione di quali sono le caratteristiche e la dimensione di questa (branca d'attività, forma sociale...). Invece, negativamente, per il fatto che la pluralità normativa e lo stabilimento di diversi regimi può generare certa confusione ed insicurezza giuridica, allo stesso tempo che difficolta la comparabilità d'informazione e le trasformazioni fra i diversi tipi societari.

nell'impresa sociale il principale dato che offre la contabilità è il risultato di esercizio, che sarà basico per l'adozione di decisioni sull'applicazione di questo e, ugualmente, per la retribuzione –se possibile- ai soci per i loro apporti alla società. Dalla correlazione dei risultati dei successivi esercizi si deduce la situazione economica attuale della società, rappresentazione sulla quale si potrà analizzare quali sono stati i fattori che hanno generato le diverse mutazioni patrimoniali e determinare il motivo della situazione attuale della società. Dunque, in caso d'ottenimento di grandi profitti, la contabilità offrirebbe informazione sull'efficacia degli amministratori nell'esercizio delle loro cariche; o bene, in caso di situazioni di crisi finanziaria dell'impresa, permetterà determinare se questa fu stata generata come conseguenza del rischio congiunturale ad ogni attività economica (*business judgement rule*) o se, al contrario, è attribuibile alla condotta degli amministratori, risultando possibile, di conseguenza, esigerli responsabilità attraverso le procedure fallimentari.

Questo bisogno di una struttura organizzativa nelle società di capitali si mostra, allo stesso tempo, come un'esigenza propria del Mercato. Così, il corretto funzionamento di questo esige che tutti i soggetti che ne partecipano si sottopongano alle stesse regole e che queste siano generalmente adempite⁶⁵.

Se, come sosteniamo, la contabilità forma parte della struttura organizzativa dell'impresa, questa non potrà derivarsi ma di certe manifestazioni del diritto alla libertà d'impresa, in concreto, del diritto all'autodeterminazione informativa nel seno di questa. Così, il riconoscimento dell'autonomia e la capacità di autogestione nello svolgimento dell'attività imprenditoriale coinvolge la sottomissione a certi doveri informativi imposti dalla normativa in beneficio dei terzi, tentando con quello di superare i rischi in cui incorrono al relazionarsi con le organizzazioni

⁶⁵ Sulla base del dovere di fare pubblico il bilancio, corollario del sistema dei doveri contabili, VÁZQUEZ CUETO, J.C., "Depósito y publicidad de documentos contables en las sociedades de capital", *RDM*, núm. 226, 1997, p. 1708, chi afferma che la generalizzata inosservanza di questa fase del processo contabile può condurre (e in certo modo, così è successo in Spagna) ad una situazione completamente contraria alla libera e leale concorrenza che deve prevalere nel mercato. Perciò non sembra opportuno affidare il libero accesso ai bilanci di parte dei terzi alla discrezionalità dell'entità obbligata a dare pubblicità ai suoi conti.

imprenditoriali. Al inserirsi la libertà d'impresa dentro di un marco normativo di doveri si stanno prefissando certe norme di condotta che trattano di garantire –nei limiti del possibile- il corretto esercizio dell'attività, offrire informazione su di questa e servire come base sulla quale si possano depurare responsabilità ed imporre eventuali sanzioni⁶⁶.

La configurazione della struttura informativa imprenditoriale ha la sua base costituzionale nella messa in comune dei diritti all'autodeterminazione informativa e la libertà d'impresa⁶⁷. Collegare l'organizzazione contabile di una società con questi due diritti fondamentali ci deve portare a prendere in considerazione il ruolo che gioca il segreto della contabilità, aspetto che in questo momento trascende la nostra riflessione e che verrà considerato più avanti in questo capitolo. Nonostante, possiamo affermare qui che la garanzia della privacy della contabilità ha lo scopo di fomentare la concorrenza fra le imprese, la quale deve essere necessariamente modulata dalla pubblicità di certa informazione al riguardo che sia di portata pubblica. Il legislatore fissa un margine d'informazione contabile che imperativamente si deve fare pubblica in modo tale da configurare il marco di trasparenza e privacy al cui si debbono sottomettere le imprese per concorrere nel Mercato⁶⁸.

Non si deve confondere in questo piano la capacità dell'imprenditore di decidere sull'attività economica dell'impresa e il modo in cui si deva organizzare questa –che presupporrebbero atti di gestione- con il riflesso contabile che si deva

⁶⁶ Così viene affermato da LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas anuales en el Registro Mercantil*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 2. Allo quale si può aggiungere che «Si individua, ormai, nella contabilità –attesa la sua stabilità e standardizzazione- una struttura organizzativa necessaria, anche se non sufficiente, da sola, per la condotta razionale ed efficiente dell'attività d'impresa», BOCCHINI, E., *Scritture contabili*, *Op. cit.*, p. 56.

⁶⁷ *Vid. ibid.* p. 47. Si collegano così le disposizioni degli artt. 20.1.d) e 38 della Costituzione Spagnola, come, nel caso italiano, degli artt. 15 e 41 della sua.

⁶⁸ Senza che da questo si desuma limitazione di diritti fondamentali, perché l'obbligo di fare pubbliche informazioni del tipo contabile-finanziario non affetta alla libertà d'accesso al mercato né alla libertà di creazione di un'impresa nemmeno alla sostanza dell'attività ma alla forma e modo di esercizio dell'attività d'impresa, che, in ogni caso, deve svolgersi secondo le esigenze della economia generale la cui determinazione corrisponde ai poteri pubblici. Così, LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, p. 47.

dare a questi atti, i quali, invece, rimangono sottomessi in modo imperativo alle esigenze della tenuta delle registrazioni contabili secondo i principi di una ordinata contabilità. La sottomissione a queste regole, nonostante, non elimina il ruolo organizzativo della contabilità e, perciò, il potere-dovere di scelta che corrisponde all'imprenditore⁶⁹.

Addirittura dentro questo piano interno della gestione della società, l'imposizione del dovere pubblico di adempiere certi doveri contabili attraverso norme imperative svolge la funzione di potenziare la correttezza nella gestione dell'impresa. Da qui s'inferisce che l'adempimento delle premesse che il dovere di contabilità esige, soprattutto da quelle prescrizioni che hanno per oggetto la pubblicità degli stati finanziari, favorisce che gli amministratori svolgano un'adeguata gestione dell'impresa, sebbene, non la possono garantire. Da questo si deriva il rilievo delle norme di responsabilità come meccanismo *ex post* di sanzione degli inadempimenti.

Dentro di questo punto di vista dell'organizzazione della società, la normativa attribuisce alla contabilità una funzione strutturale nella configurazione patrimoniale delle società di capitali. Questa funzione strutturale si rende manifesta fondamentalmente in due settori. Il primo di questi è l'adempimento della funzione di determinare quale sia il risultato dell'esercizio per decidere sulla base di questo il destino che si deva dare agli utili ottenuti –ambito dei risultati-, oppure, in caso contrario, per adottare le decisioni su come procedere per ridurre i possibili effetti delle perdite. La seconda delle funzioni è vincolata con il compito che adempie l'istituto del capitale sociale di costituire l'ossatura della società. Così, la contabilità serve a costatare la situazione patrimoniale della società per determinare le misure di adeguamento necessarie per l'osservanza dei presupposti normativi del sistema di protezione attraverso il capitale sociale –ambito di garanzia patrimoniale-. Questo coinvolge, allo stesso tempo, tre conseguenze: (1) La costatazione dell'insostenibilità della situazione di perdite che lascino ridotto il

⁶⁹ RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, Op. cit., p. 37.

patrimonio al di sotto della metà del capitale sociale, che richiederà procedere allo scioglimento della società salvo operazioni di aumento o riduzione del capitale sociale in misura sufficiente, o l'adozione delle opportune attuazioni in caso di un eventuale fallimento; (2) Il divieto di procedere alla distribuzione di utili che non rispondano a guadagni effettivamente ottenute o a riserve libere accumulate in esercizi precedenti; (3) L'obbligatorietà di procedere, con il risultato positivo dell'esercizio, alla dotazione per coprire le riserve stabilite dalla legge o dallo statuto. In questo modo, partendo dal predicato carattere di neutralità della contabilità, questa configurerà un marco oggettivo e non superabile dentro il quale si devono ubicare le possibili decisioni di gestione degli amministratori.

B. Momento di rilievo esterno

Malgrado le connotazioni interne della contabilità come elemento strutturale dell'impresa al servizio ed interesse dello stesso imprenditore, nelle ultime decadi ha sta tomando preminenza la considerazione de che la contabilità è chiamata ad svolgere, pure, punizioni di fronte ai soggetti sterna alla struttura dell'impresa. Questa diversa concezione della contabilità, che potremmo considerare che ha significato un cambiamento di paradigma giuridico-contabile, si è visto motivata, in parte, da un'evoluzione nella stessa nozione d'impresa⁷⁰. L'attività imprenditoriale non è più concepita come una massa patrimoniale orientata alil conseguimento di un fine -essenzialmente lo scopo di lucro-, per essere intesa come un *compositum* di elementi orientati a raggiungere diversi fini,

⁷⁰ Una scommessa in favore del cambiamento di percezioni l'offriva decadi fa BENAVIDES DEL REY, J.L., "La publicidad de los estados financieros y el Registro Mercantil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, num. 543, 1981, p. 376, considerando che questa considerazione [a favore della responsabilità sociale dell'impresa] suppone invertire il tradizionale, in virtù del quale, tutto è riservato eccetto quegli aspetti che espressamente si considerano pubblici, per arrivare ad una nuova attitudine secondo la quale, tutto sarà pubblico salvo quello che per motivi validi (confidenzialità dei rapporti con i clienti, segreto professionale o di carattere privato dei sistemi e le strategie che la concorrenza nel mercato impone) marchi i limiti ed i contorni naturali del denominato diritto pubblico soggettivo all'informazione. Così, come ricordava GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. I, Ed. Aguirre, Madrid, 1982, p. 645, «*quia mercatores gerunt quasi publicum officium*».

fra i quali sta guadagnando sempre più importanza la sua funzione sociale. Si supera così la vecchia concezione patrimonialista dell'impresa che, agli effetti dell'informazione, riconosceva come unici interessati nel funzionamento di questa al titolare dell'azienda o alle persone dei suoi soci⁷¹. Sarebbe fittizio ignorare nell'attualità la molteplicità degli elementi che si mettono in gioco nello svolgimento dell'attività imprenditoriale, perché questa non può già essere intesa esclusivamente come l'insieme dei fattori di produzione procedenti da diverse fonti d'investimento, ma, al di là degli apporti patrimoniali, l'impresa produce i suoi effetti in una sfera che trascende ai suoi titolari: affetta ai lavoratori che, dai suoi contributi a quella ottengono le risorse che precisano per la sua sussistenza; produce esternalità che affettano all'ambiente ed all'andamento generalizzato dell'economia; consuma risorse pubbliche ed, allo stesso tempo, suppone un'importante fonte di finanziamento dello Stato attraverso della soggezione della sua attività a tributi...⁷² In somma, poiché l'attività dell'impresa produce effetti al di là del suo ambito strettamente privato, deve incorporare alla sua politica d'attività una serie di obiettivi orientati al benessere sociale⁷³. Non trovano inquadro in questa logica i postulati stabiliti da Milton Friedman basati sulla considerazione che l'unica cosa che si poteva esigere alle imprese è la sua redditività e la produzione di profitti, limitando a quello la sua funzione sociale, giacché queste esigenze permettono la crescita economica e, con quello, lo sviluppo sociale e

⁷¹ MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Lex Nova, Valladolid, 1992, p. 37.

⁷² Non è passata inavvertita nell'analisi della materia la considerazione che l'impresa, come ente che ha dei rapporti con il suo ambiente, produce effetti che trascendono i suoi confini, risultando la contabilità un elemento nel cui si fa specialmente evidente questa considerazione. Già GARRIGUES, J., *Curso...*, *Op. cit.*, p. 638, considerava la necessità di proteggere, attraverso la contabilità, più interessi da quegli dell'imprenditore stesso. Così, se la legge avesse avuto presente solo quest'interesse del commerciante nell'osservazione della sua situazione economica, non avrebbe dettato le attuali norme di contabilità. Ha preso in considerazione l'interesse delle persone che hanno rapporti con il commerciante concedendoli crediti, generalmente senz'altra garanzia di quella di un'amministrazione ordinata e, in caso necessario (lite, fallimento), visibile per tutti attraverso una contabilità regolare. La concorrenza di questo doppio interesse –del commerciante e dei terzi– spiega il carattere coattivo dei precetti di contabilità formale. Le considerazioni di Garrigues, nonostante, devono essere ampliate e adattate alla realtà della nostra epoca.

⁷³ Già in 1981, BENAVIDES DEL REY, J.L., "La publicidad de los estados...", *Op. cit.*, p. 376, parlava che l'emissione d'informazione verace e completa da parte delle imprese formava parte dell'idea della responsabilità sociale dell'impresa. Vale a dire, l'impresa come persona giuridica, soggetto di responsabilità sociale, esercendo funzioni di senso civico con diritti e doveri di natura non molto differente a quelli che corrispondono alle persone individuali.

politico. Si considera che le imprese debbano portare a termine autentiche politiche attive che servano a compensare le esternalità e a sfruttare le sinergie che la sua attività produce. L'informazione all'esterno si concepisce come un elemento imprescindibile per conseguire che questi fini trovino una vera proiezione. Questo suppone la superazione di un individualismo estremo che oggi si trova superato⁷⁴.

Soprattutto le grandi imprese hanno il potere d'incidere –come, infatti, lo fanno- sugli interessi di tutti gli stakeholders implicati con la società e devono, perciò, rispondere dell'utilizzo che si fa da questo potere⁷⁵. Da una visione contrattualistica dell'impresa, secondo i postulati di Coase e Williamson, questa nasce da un accordo ideale (un gioco cooperativo) sul quale azionisti, fornitori, dipendenti e consumatori originano la struttura dell'impresa per potere realizzare con questa un *surplus*, una sinergia, che deriva dalla confluenza delle sue contrattazioni nel mercato, e si attribuisce agli amministratori l'autorità per integrare questi contratti (*nexus of contracts*)⁷⁶. È perciò che si da origine a un'importante responsabilità per gli amministratori, che dovranno attuare secondo l'interesse di tutti gli stakeholders⁷⁷ della società, cercandosi di ottenere un riparto adeguato di questo surplus generato dall'impresa⁷⁸. Da questo piano della responsabilità *ad externo* dell'impresa, la documentazione contabile si configurerebbe come uno strumento di controllo dell'attività di gestione degli amministratori in tutela degli interessi altrui⁷⁹.

⁷⁴ MORÁN BOVIO, D., "La contabilidad de los empresarios", in *Derecho Mercantil I*, vol. 1º, Coord. Jiménez Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 145.

⁷⁵ Osservazioni seguite da COSTI, R., "La responsabilità sociale...", *Op. cit.*, pp. 89-90.

⁷⁶ In questo senso, COSTI, R., *ibid.*, p. 91.

⁷⁷ Nello successivo utilizzeremo l'anglicismo stakeholder per fare riferimento ad ogni soggetto esterno alla società che si relaziona con questa, includendosi così dentro di questo diffuso termine a qualsiasi soggetto interessato nel funzionamento di questa: creditori, potenziali investitori, fornitori, lavoratori...

⁷⁸ In questo modo, «la gestione imprenditoriale non può avere come obiettivo soltanto l'interesse degli azionisti, soltanto il profitto, ma deve tendere ad assicurare il soddisfacimento di tutte le parti che concorrono alla costituzione e allo sviluppo dell'impresa», *ibid.*, p. 92.

⁷⁹ In uguale senso, NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 260.

Allo stesso tempo, se si prendono in considerazione le implicazioni esterne della contabilità –e, principalmente, dell’informazione contabile– da una prospettiva di analisi economica, questa potrebbe adempiere la funzione essenziale di ridurre i costi di transazione nelle relazioni contrattuali che si stabiliscano fra l’impresa ed i diversi generi di *stakeholders*. Dare adempimento alle prescrizioni contabili generando un compendio d’informazione economica sulla struttura patrimoniale, lo stato finanziario ed i risultati economici dell’impresa secondo parametri oggettivi, paragonabili e comprensibili dai soggetti esterni alla propria impresa permettono conoscere quale sia la situazione di questa da parte dei soggetti che pretendano contrattare con quella. In questo modo si riducono i costi d’informazione previa nei quali, in caso contrario, dovrebbero incorrere i soggetti che volessero avere rapporti con l’impresa.

Esiste al riguardo un’interessante discussione dottrinale sulla convenienza d’imporre alle imprese certi obblighi d’informazione dal piano normativo o se, per il contrario, fare che le parti che contrattano negozino loro stessi gli *inputs* informativi sulla situazione dell’impresa. Sarebbe il caso di considerare se sia economicamente più efficiente imporre ex ante degli obblighi di generazione e pubblicità d’informazione attraverso norme imperative, oppure, permettere ai soggetti interessati che questi conseguano l’informazione che ne hanno bisogno di forma privata attraverso l’analisi dell’impresa, ottenendosi così le informazioni che precisano⁸⁰.

L’opzione della regolazione *ex ante* dell’informazione basica di carattere obbligatorio che devono offrire tutte le imprese, così come del procedimento ed le richieste per la sua elaborazione e garantire la sua correttezza offre come

⁸⁰ Quello che si discute è dunque «whether regulation should compel the reporting of certain financial results through the promulgation of mandatory disclosure rules or leave the decision about whether and how much information to disclose to investors to the realm of contract», MACEY, J.R., *Corporate Governance...*, *Op. cit.*, pp. 156-157.

In molti casi la questione si osserva dalla prospettiva dell’informazione che si abbia nei mercati mobiliari sul valore della società. Così, EASTERBROOK/FISCHEL, *The Economic Structure...*, *Op. cit.*, pp. 276 e ss. analizzano la dicotomia fra l’analisi contabile del valore reale dell’impresa di fronte all’analisi del valore attuale delle sue azioni nel Mercato.

principale vantaggio la possibilità d'accedere alla stessa da parte di qualsiasi soggetto interessato. Questo sistema, paradigmatico nel diritto societario europeo in considerazione della IV Direttiva, permette garantire che tutte le imprese offrano uno standard informativo accessibile –sia materialmente come per quanto riguarda alla sua comprensibilità- per qualsiasi soggetto. In questo caso, i costi d'offrire tale informazione pesano sullo stesso imprenditore che dovrà articolare nella sua struttura i mezzi umani e materiali necessari per assolvere queste prescrizioni normative e offrire quest'informazione. D'altra parte, ci sarà il bisogno d'alcun organismo pubblico che offra diffusione a tale informazione contabile una volta elaborata e fatta pubblica –il Registro delle Imprese come norma generale, sebbene le società quotate sono tenute ad specifici obblighi di pubblicità sul Internet⁸¹-.

Quei che si battono in favore dell'opzione dell'autoregolamentazione contrattuale dell'informazione contabile che risulti necessaria, criticano di questo sistema che offrirebbe un'informazione asettica ad un costo elevato, la quale può, oltre a questo, risultare «troppa informazione» -per quanto riguarda al interesse della società di non far conoscere determinati dati strategici della sua struttura-, o d'informazione «incompleta» o «poco espressiva»⁸² -in quanto in quella non si raccolgono i dati effettivamente cercati dal soggetto interessato-⁸³. Si opterebbe in questo caso per permettere che il soggetto interessato in conoscere la situazione dell'impresa per avere rapporti con quella (investitori, creditori, fornitori...) ottengano contrattualmente tale informazione per via privata. In questo modo, i costi di generazione dell'informazione sarebbero assunti dal soggetto interessato e non s'incorrerebbe sempre negli stessi ma soltanto nei casi ed al riguardo dei soggetti che fosse necessario. Si adduce ugualmente che con questo sistema si proteggerebbe più adeguatamente il segreto contabile dell'impresa, permettendo a

⁸¹ *Cifr.* art. 528 LSC, art. 154Ter TUF.

⁸² Ancora, *one size doesn't fit*.

⁸³ «Creditors derive few benefits from firm's adherence to such provisions, but debtors still bear their costs», ARMOUR, J./HERTIG, G./KANDA, H., "Transactions with Creditors", in *The Anatomy of Corporate Law*, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 148-149.

questa sviluppare le sue strategie concorrenziali. Nonostante questi argomenti, dalla mia prospettiva, quest'opzione si trova di fronte ad un enorme ostacolo: se si seguono queste premesse soltanto saranno in grado di proteggersi gli interessi informativi degli *stakeholders* che siano predisposti ad incorrere in un costo – anche questo sia minore di quello in cui s'incorrerebbe compressivamente in caso di adottarsi l'altra opzione-. I soggetti *minori* che stabiliscano rapporti con l'impresa non potranno fare fronte a questo costo informativo e saranno sprovvisti dei dati affidabili sui quali sostenere i suoi rapporti. Ugualmente non si approfitterebbe dell'informazione compressivamente, in modo tale che ogni soggetto interessato per ottenere i dati che desidera dovrà fare l'indagine sulla situazione dell'impresa al riguardo dei punti che siano del suo interesse, senza poter approfittarsi dell'informazione che sulla stessa impresa sia stata ottenuta di forma previa da altro soggetto.

Per questi motivi la mia opinione al riguardo è considerare che il sistema che minimizza i costi di transazione all'ora di ottenere informazione economica sullo stato della società come presupposto per stabilire rapporti di diversi segni fra l'impresa e gli *stakeholders* è quello che si costruisce su un sistema normativo che esige dei minimi d'informazione ad ogni impresa per il fatto di partecipare nel Mercato. Questo non esclude che, per stabilire certi rapporti giuridici, i soggetti interessati possano ottenere un plus d'informazione attraverso la contrattazione privata dell'impresa. Si pensi, ad esempio, negli auditing specifici che si svolgono di fronte a certi tipi d'operazioni, com'è il caso delle analisi in profondità che precedono alle OPAs o alle operazioni di fusione.

i. Interessi: il pubblico interesse della contabilità

Si può desumere da quanto fino a questo punto sposto che la contabilità non è più chiamata ad adempiere soltanto una funzione d'utilità –sia finalista, sia strutturale- per l'imprenditore, ma che svolge pure utilità nella protezione e soddisfazione degli interessi di soggetti altrui alla struttura

dell'impresa⁸⁴. In questo punto è necessario distinguere le «funzioni» dagli «interessi» al riguardo della contabilità⁸⁵.

Per quanto concerne ai *soggetti* interessati, questi, in ogni caso, possono essere aggruppati in due grandi insiemi: soggetti interni alla propria impresa (organi societari, azionisti attuali) e soggetti esterni (spettro nel quale si includono ogni sorte di *stakeholders*, così come l'interesse generale dell'economia nel adeguato andamento delle imprese di un paese). Dalla sua parte, le *funzioni* della contabilità fanno riferimento alla sua utilità pratica, la quale può essere impiegata da qualsiasi di questi soggetti interessati. Ovviamente, l'elenco delle funzioni sarà più ampio e difficile di individuare a causa dei diversi usi che si possono fare dalla contabilità. Nonostante, si può enucleare alcune:

- a) *Funzione informativa*, perché la contabilità offre l'espressione numerica della situazione economica e patrimoniale dell'impresa, il riflesso dei movimenti in questa realizzati ed il risultato del esercizio, informazione che può essere utile a qualsiasi soggetto interessato.
- b) *Funzione programmatica*, in quanto all'offrire informazione si possono formulare diverse ipotesi d'attuazione futura dai diversi stakeholders.
- c) *Funzione organizzativa*, alla cui abbiamo fatto estenso riferimento previamente nel epigrafe precedente.

⁸⁴ In un certo tentativo d'individuare gli interessi che deve perseguire la contabilità, BLANCO CAMPAÑA, J., *El derecho contable en España*, Instituto de Planificación Contable, Madrid, 1983, p. 25, enunciava alcuni di questi, vale a dire: l'interesse dello stesso imprenditore –messo di manifestò nel bisogno di conoscere l'andamento dei suoi affari; l'interesse dei creditori e dei terzi in generale –in base a che la contabilità permette di precostruire le prove e per il fatto di risultare il commercio un'amministrazione di capitali altrui-; l'interesse generale nella prosperità delle aziende; le esigenze dello Stato e la Pubblica Amministrazione –affinché si possa elaborare la contabilità nazionale e riscuotere le imposte-; e, finalmente, la necessità di procedere, in caso di fallimento, alla ricostruzione delle mutazioni patrimoniali e qualificare la condotta dell'imprenditore.

⁸⁵ Si può condividere qui il concetto d'interesse di JAEGER, P.J., *L'interesse sociale*, *Op. cit.*, p. 3, capito come «la relazione tra un soggetto, cui fa capo un bisogno, e il bene idoneo a soddisfare tale bisogno, determinata nella previsione generale ed astratta di una norma». Jaeger parte dall'opinione –penso sia adeguata- che il termine interesse non viene rivestito dalla normativa di connotazioni soggettive (ma che tali s'includeranno nell'ambito del *motivo*). Perciò, per interesse la normativa farà riferimento a una relazione generale ed astratta fra un soggetto (*recte*, una classe soggettiva) e la necessità di soddisfare dentro della configurazione che la normativa offre a questo vincolo. Di fronte a quello, ricordiamo che Ihering stabiliva la differenza fra un interesse soggettivo ed un interesse oggettivo (*cit.* JAEGER, p. 6, nt. 5). Differenze semantiche d'altra parte, il senso della distinzione può essere qui lo stesso.

- d) *Funzione moralizzatrice*, nel senso che, quando si riflettano le conseguenze dei suoi atti e decisioni nell'informazione offerta dalla contabilità, gli amministratori della società tratteranno di adempiere il meglio possibile gli obblighi inerenti alla loro carica.
- e) *Funzione di controllo*, conseguenza del compito predetto, perché la contabilità permette di controllare gli atti portati a termine dagli amministratori in quanto agenti degli azionisti.
- f) *Funzione di censura*, sulla quale si centerà la nostra analisi, perché dall'informazione e la corretta osservazione dei doveri contabili si potrà determinare il merito o la responsabilità degli amministratori nei risultati dell'impresa.
- g) *Funzione processuale*, giacché la contabilità, quando si tiene secondo le prescrizioni della normativa, conforma un mezzo probatorio privilegiato ed specialmente utile in caso di lite.

L'importanza di considerare i soggetti ai quali la contabilità imprenditoriale tratta d'offrire alcun tipo d'utilità viene giustificata dalla necessità di determinare in ché casi l'ordinamento giuridico riconosce che questi interessi nell'informazione contabile sono meritevoli di tutela. Di conseguenza, per i fini del nostro studio, la concrezione di questi avrà l'interesse di permetterci individuare ché soggetti avranno riconosciuta processualmente azione per promuovere pretese giurisdizionali in esigenza di responsabilità agli amministratori social quando questi, nel esercizio delle sue funzioni, inosservino i doveri contabili e da questo gliene derivate alcun tipo di danno.

Lasciando a un lato la questione delle funzioni che può assolvere la contabilità, dalla prospettiva dei soggetti interessati non c'entra il dubbio ormai che questi vanno oltre al proprio imprenditore⁸⁶. Si ha affermato che l'informazione contabile ha il carattere di *bene pubblico*, considerandosi per tale un

⁸⁶ «Coniugando l'interesse dell'imprenditore con l'interesse dei terzi si è andata quindi affermando una tesi cosiddetta "pluralistica", che valorizza le differenti funzioni interne ed esterne che le scritture contabili assolvono», RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 3.

bene che non è suscettibile di consumo individuale ed esclusivo⁸⁷. Spetta questionarsi su questo punto come sia possibile che la contabilità sia tenuta a soddisfare interessi interni ed esterni alla società stessa se questi, in principio, possono essere scontrati. La risposta si ottiene dalla pretesa –anche non sempre raggiunta– neutralità dei registri contabili⁸⁸. La contabilità si basa su principi di verità oggettiva, indipendentemente dal soggetto che deva utilizzare l'informazione che in questa viene rifletta; l'utilizzo della medesima potrà interessare, dunque, ai soggetti di diverso segno perché offre sempre la stessa immagine della realtà economica.

Ciò nonostante, sarà difficile fare un'individualizzazione concreta del numero dei soggetti che possono essere interessati nell'adeguata tenuta della contabilità dagli imprenditori⁸⁹. È perciò che, al nostro parere, la soluzione più corretta sarebbe quella di considerare, come fa parte della dottrina scientifica⁹⁰, la esistenza di un «interesse pubblico» soggiacente nella contabilità imprenditoriale. Così, oltre all'interesse dei soci –ai cui consideriamo soggetti interni all'impresa–, esiste un interesse dei creditori in disporre d'informazione sull'andamento dell'impresa e, allo stesso tempo, sul fatto che l'impresa tenga questa informazione in modo adeguato ed addotte le sue decisioni conseguentemente con questa, perché di questo dipenderà in certa misura la sua continuazione e, di conseguenza,

⁸⁷ LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, p. 15, nt. 41.

⁸⁸ In questo senso, NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 262, considera che la neutralità delle registrazioni contabili converte la contabilità in uno strumento potenzialmente idoneo per la soddisfazione dei più diversi interessi.

⁸⁹ Questa difficoltà fu già messa in rilievo da NIGRO, A., *ibid.*, p. 263, chi affermava che «Innanzitutto, la stessa incertezza nella identificazione degli interessi esterni o alieni che si assumono tutelati (...), la loro indubbia eterogeneità (...), la mera eventualità dell'emersione di taluni di essi (...), rendono evanescente il quadro complessivo e non consentono una precisa saldatura fra disciplina normativa e funzione dell'istituto, finendo così con l'indebolire e rendere meno credibile la tesi di fondo».

⁹⁰ L'apporto fondamentale al riguardo è quello offerto da BISBAL, J., "El interés público, protegido mediante la disciplina de la contabilidad", *RDM*, num. 160, 1981. Sebbene tale idea soggiace ormai nel comune della dottrina che si occupa del Diritto contabile. Così, VICENT CHULIÀ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*; *idem*, "En torno al concepto y fuentes...", *Op. cit.*; RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, pp. 2-3; NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 267, fra tanti altri. Si tratta, dunque, da un presupposto sul quale viene costruito attualmente l'edificio del Diritto contabile. Ugualmente, BISBAL, J., *Íbid.*, p. 269.

le garanzie di riscossione dei loro crediti. Ma oltre a questi creditori, i lavoratori stessi dell'impresa saranno interessati in disporre di quest'informazione, al uguale che i potenziali investitori in una società, l'adeguato funzionamento dei mercati mobiliari, e dallo stesso tempo che lo Stato –sia per quanto compete alla Amministrazione tributaria, sia per quanto compete agli altri versanti dell'Amministrazione dentro della sua funzione di pianificazione economica-. Ci sarà, in somma, un interesse collettivo, difficilmente individuabile nell'interesse di soggetti concreti, nel adempimento delle prescrizioni sulla contabilità. L'esistenza di questi interessi sparsi e astratti permette di giustificare la decisione dello Stato di giuridificare questo dovere⁹¹.

In cosa si concretizza questo pubblico interesse? Abbiamo ormai affermato che esiste una molteplicità di soggetti difficilmente elencabile che si trova interessata nella contabilità dell'imprenditore. Questo interesse può avere diverse concrezioni. In primo luogo, è un interesse nel regolare funzionamento delle imprese che compongono l'economia di un paese, lo quale esige che questi compiano le prescrizioni che legalmente s'impongono nel piano contabile⁹². Allo stesso tempo, si tratta di un interesse a disporre d'informazione sulla situazione economica di queste imprese di fronte al possibile stabilimento di relazioni economiche con questi soggetti. In terzo luogo, si tratta di un interesse a che le imprese siano adeguatamente gestite, il quale implica che si mantengano in ogni momento certi parametri contabili legalmente stabiliti⁹³. Finalmente –anche senza

⁹¹ BISBAL, J., "El interés público...", *Op. cit.*, pp. 273 e 286.

⁹² Esiste una convinzione sufficiente, nell'ambito comunitario, al riguardo dell'idea che le imprese, specialmente quelle più grandi, sono troppo rilevanti per potere circoscrivere la sua azione nell'ambito privato, BISBAL, J., *Íbid.*, p. 287. Ugualmente, le norme contabili tendono, come elemento di organizzazione, a garantire che l'attività imprenditoriale si regga da criteri di economicità, vale a dire, che si dispongano i suoi elementi al conseguimento del lucro. Con questo si beneficia l'insieme dell'economia di un paese, in modo tale che i doveri contabili rispondono «all'esigenza di protezione dell'interesse pubblico alla prosperità e dallo sviluppo dell'economia nazionale che –specialmente nell'ottica particolare del legislatore del 1942- trova evidentemente nella produttività e lucratività delle imprese, singolarmente e globalmente considerate, il suo asse portante», NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 303.

⁹³ In questo senso la STS del 21 febbraio 1976 affermava che l'osservanza dei doveri contabili degli imprenditori suppone una garanzia o salvaguardia degli interessi di quei che anno rapporti con gli imprenditori e fanno che sia possibile in caso necessario di conoscere la sua vera situazione economica. Così, come viene affermato da LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas anuales...*,

pretensione di fissare un elenco chiuso-, l'interesse pubblico nella contabilità si concretizza nella possibilità di disporre di mezzi di prova ed informativi al riguardo di situazioni di crisi d'impresa⁹⁴. Il diritto fallimentare stabilisce dei procedimenti che determinano come procedere ante la situazione d'insolvenza, i quali si trovano cementati sulla constatazione contabile dei movimenti che hanno avuto luogo nell'impresa in momenti precedenti alla constatazione dell'insolvenza.

Come argomento contrario all'esistenza di questo pubblico ed astratto interesse nella contabilità che implica il rilievo esterno di questa si ha addotto l'inesistenza di una sanzione generale per l'imprenditore che inosserva il dovere di tenuta della contabilità⁹⁵. Qua, consideriamo che questa percezione debba essere scartata. In primo luogo, perché consideriamo che il motivo dell'inesistenza di questa pretesa sanzione diretta non si deve alla mancanza di volontà del legislatore di proteggere questi interessi, ma alla mancanza di proporzionalità dei mezzi che si dovrebbero impiegare per il raggiungimento di questo fine. Cioè, stabilire un sistema sanzionatorio diretto dallo pubblico per le imprese che non osservino adeguatamente i doveri contabili comporterebbe incorrere in costi di supervisione e controllo esorbitanti per l'obbiettivo che si persegue. D'altro canto, se non si volesse proteggere quest'interessi, non si avrebbe stabilito una regolazione positiva così dettagliata e l'adempimento della contabilità sarebbe lasciato sul piano discrezionale dell'imprenditore. Finalmente, il riconoscimento di quest'interessi esterni non sempre si deve fare permettendo una sanzione diretta, ma, come si pretende di sostenere qui, il legislatore permette d'impiegare i

Op. cit., p. 45, l'imposizione legislativa dei doveri contabili suppone la constatazione della sua funzione ausiliare imprescindibile alla gestione imprenditoriale in base alla quale il legislatore tratterebbe di proteggere, da un piano istituzionale gli interessi del traffico in considerazione ai rischi implicati in ogni attività imprenditoriale.

⁹⁴ Infatti, il rilievo fallimentare è quello che ha portato a certi autori a considerare l'importanza esterna della contabilità. In questo senso, RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, pp. 2-3, quando afferma che «la valorizzazione del ruolo delle scritture contabili nel processo in genere, e nelle procedure concorsuali in particolare, ha indotto parte della dottrina a privilegiare il momento esterno di rilevanza giuridica della contabilità, intesa quale strumento apprestato dall'ordinamento a tutela dei creditori e di quanti in genere entrano in rapporti con l'imprenditore. La dottrina si è spinta talvolta fino ad affermare l'esistenza, sotto il profilo che qui interessa, di un *interesse pubblico al regolare funzionamento delle imprese*» (il corsivo è nostro).

⁹⁵ RACUGNO, G., *ibid.*, p. 3.

meccanismi privati –le azioni di responsabilità- da parte di quei soggetti, interni o esterni all’impresa, che vedono lesi i loro legittimi interessi come conseguenza dell’inadempimento della normativa sulla contabilità.

ii. Funzioni della contabilità nel piano esterno all’impresa

Considerando che la contabilità imprenditoriale è un bene pubblico sul quale si trovano interessati una pluralità di soggetti difficilmente individualizzabile, che ci fa parlare di un *interesse pubblico* ed astratto in che le imprese tengano un’ordinata contabilità, corrisponde ora analizzare, sebbene succintamente, alcune delle funzioni che questa svolge e che rivestono un speciale interesse pubblico.

a) Funzione di garanzia

Le società di capitali si costruiscono nel paradigma del Diritto continentale sulla base della limitazione di responsabilità, la cui si fonda –ancora- nel ruolo centrale che in queste svolge il capitale sociale. La normativa ha stabilito un sistema di strutturazione delle società in torno all’apporto di una cifra patrimoniale considerata sufficiente per lo sviluppo degli affari, così come un insieme di norme di funzionamento tendenti a mantenere questa cifra come elemento di garanzia per i creditori che hanno rapporti con la società⁹⁶. Queste

⁹⁶ *Vid.*, altro alla bibliografia ormai citata sul dibattito attuale sulla convenienza o meno di mantenere il sistema tradizionale del capitale sociale, PORTALE, G.B., “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata”, in *Tratatto delle società per azioni*, Dir. Colombo/Portale, vol. 1 – *Capitale, Euro e azioni, Conferimenti in denaro*, UTET, Torino, 2004, pp. 3 -166.

Le statistiche del RMC spagnolo rendono di manifesto la relatività della garanzia che può comportare il capitale sottoscritto nella costituzione di una società, a causa della tendenza più che evidente a costituire società con un capitale sociale inferiore a quello che il normale sviluppo della società reputerebbe adeguato. Così, fra le SA spagnole costituite in 2011, un 54% si feci con un capitale sociale compreso fra i 60.000 € ed i 63.000 €; un 18% con un capitale compreso fra i 63.000€ ed i 180.000 €; un 95 con un capitale fra i 180.000 ed i 600.000 €; e, soltanto, un 19% con un capitale superiore ai 600.000 €. Ma forse i dati relativi alle società per azioni non siano così espressivi perché in multipli occasioni la normativa specifica del esercizio di certi oggetti sociali richiede un capitale minimo superiore al generico legalmente stabilito nella LSC. I dati relativi alle SRL sono più demolitori: un 74% delle società a responsabilità limitata costituite in Spagna nell’anno 2011 si costituì con un capitale fra i 3.000 ed i 3.300 € (per tanto, la maggior parte delle società a responsabilità limitata di nuova creazione si situano in cifre prossime al limite minimo

norme si fondano su tre regole fondamentali: (1) la fissazione di un capitale sociale minimo per ogni tipo di società di capital –ed, in certi casi, un capitale legale minimo diverso per determinati settori dell’attività economica-; (2) l’esistenza di certe norme per evitare la despatrimonializzazione della società, che obbligano al mantenimento di un determinato equilibrio fra le cifre di patrimonio e di capitale sociale; e (3) il divieto di procedere alla distribuzione degli utili se non è a carico di profitti effettivamente realizzati e solo dopo di dare dotazione alle riserve fissate dalla legge o dallo statuto⁹⁷.

Se le società di capitali si costruiscono precisamente su questo capitale come fondamento della limitazione di responsabilità dei soci, questo implica la necessità che l’impresa sia sufficiente ed adeguatamente capitalizzata, cioè, che si evitino le situazioni di descapitalizzazione nominale e materiale. Il primo tipo, avrà luogo quando l’impresa sia dotata dei mezzi necessari per lo svolgimento della sua attività, ma questi non provengano dei fondi propri –vale a dire, apporti dei soci-, ma che si svolga grazie a capitale di credito da parte dei soci –cioè, attraverso la concessione diretta o indiretta dei prestiti concessi dai soci-. Il secondo tipo ha luogo quando si manifesta che esiste un’evidente sproporzione fra il capitale e l’oggetto sociale che la società deve svolgere⁹⁸.

legale); un 16% ampliava queste cifre fino ai 18.000 €; un 5% si costituì con un capitale fra i 18.000 ed i 60.000 e soltanto un 5% delle limitate spagnole si costituì superando la cifra dei 60.000 €.

⁹⁷ La visione garantista sul capitale sociale è stata la predominante in momenti preteriti, essendo considerata come la giustificazione centrale del sistema contabile delle società di capitali. Così, il professore SÁNCHEZ CALERO, F., *La determinación y la distribución del beneficio...*, *Op. cit.*, pp. 15-17, considerava che la contabilità ha come fine la determinazione non solo qualitativa, ma anche quantitativa delle operazioni dell’impresa che costituisce l’oggetto della S.A., così come la classificazione e rappresentazione dei dati che nascono di queste operazioni. E tutto questo col doppio fine di mostrare tutte le mutazioni patrimoniali e d’indicare il risultato di profitti o perdite che in ogni esercizio si produce. L’intervento del Diritto in questo problema della determinazione degli utili netti nella S.A. è dovuto a diversi motivi, ma il dominante è la protezione del capitale sociale.

Queste opinioni, nella dottrina spagnola, tomavano base sulla propria legge di Società per Azioni del 1951, la quale considerava nella sua Relazione Illustrativa che *la difesa del capitale sociale nella Società per Azioni è, dunque, un postulato indeclinabile, e questa difesa solo si può attuare durante la vita della società, attraverso certe norme giuridiche sulla contabilità, che il nostro Codice di Commercio ha dimenticato e che tendono di evitare che si riduca il patrimonio vincolato ai creditori distribuendo utili che in realtà non sono tali.*

⁹⁸ Su questa differenza fra le diverse forme di discapitalizzazione, specialmente sviluppata sulla base della dottrina tedesca delle ultime decadi, *vid.* PORTALE, G.B., “Capitale sociale...”, *Op. cit.*, pp.

Al di là delle questioni sulla garanzia reale che il capitale sociale svolge, la necessità di una effettiva capitalizzazione dell'impresa e le situazioni in cui si trapassa il limite della responsabilità nelle società di capitali, quello che è vero è che questo, nella sua configurazione legislativa attuale, conforma una cifra che corrisponde ad un patrimonio che deve rimanere immobilizzato nel seno dell'impresa e che serverà come garanzia per il conseguimento del oggetto sociale⁹⁹. Perciò la struttura legislativa delle società di capitali stabilisce una serie di norme patrimoniali il cui corretto adempimento deve essere confermato dagli amministratori sociali e che hanno per obiettivo che questa cifra non venga annullata, offrendo, così, garanzia ai creditori della soddisfazione dei loro crediti. Nell'adempimento di questa funzione acquisisce speciale rilievo l'informazione contabile, perché sarà quella che determina in ogni momento quale sia la situazione di corrispondenza fra patrimonio e capitale e sarà quella che avverta sulla necessità d'adottare misure per evitare i possibili squilibri¹⁰⁰.

Questo rapporto diretto fra l'adempimento del dovere contabile e la stabilità patrimoniale delle società si mette di rilievo nella normativa fallimentare, al stabilirsi la presunzione iuris et de iure di *bancarotta fraudolenta* in quei casi in

41-43 così come la bibliografia che ci cita. La sentenza del Bundesgerichtshof tedesco del 26 marzo 1984, stabilisce la dottrina della necessaria capitalizzazione delle società, affermando addirittura che «Esiste una responsabilità del socio per il corretto finanziamento dell'impresa».

⁹⁹ Molto interessante nella materia è la recente opera di SÁNCHEZ RUS, H., *El capital social, presente y futuro*, Civitas, Madrid, 2012, sp. per quanto qui ne concerne pp. 61 e ss.

¹⁰⁰ Il collegamento fra la configurazione dei doveri contabili e la struttura delle società di capitali in base alla limitazione di responsabilità di queste è più che evidente. È stato giustificato il fatto che le società di capitali devono adempiere dei doveri contabili più dettagliati e precisi che le altre forme d'impresa, precisamente perché le società personaliste ed il singolo imprenditore persona fisica risponderanno universalmente con tutto il suo patrimonio (il personale del imprenditore o quello dei soci collettivi nelle società personaliste) dei debiti sociali. Questa deduzione si trova ugualmente sopportata dal art. 41.2 del C. de c. sp., il quale, dopo la riforma del 1995, per la quale s'inserisce che, ugualmente, devono pubblicare i suoi bilanci nel Registro delle Imprese le società personaliste i cui soci illimitatamente responsabili siano società di capitali. Qual è l'obiettivo di questo? Nelle società personaliste non si esige la pubblicazione del bilancio perché i soci risponderanno illimitatamente, ma quando si stabilisce alcun tipo di limitazione a questa forma di rispondere è quando nasce il dovere imperativo di dare pubblicità all'informazione sulla situazione economica dell'impresa. In questo caso, giacché i beni con i quali si risponderebbe sono limitati, è necessario che, almeno, si conosca la capacità di affettazione, in ultima istanza, la cifra del capitale sociale. In questo senso, LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, pp. 73 e ss.

cui il debitore legalmente obbligato alla tenuta della contabilità inosserva sostanzialmente quest'obbligo, avesse doppia contabilità oppure avesse commesso delle irregolarità di rilievo per la comprensione della sua situazione patrimoniale o finanziaria in quella che avesse¹⁰¹. Con questa norma di sanzione indiretta –anche non perciò meno effettiva- dell'inosservanza dei doveri contabili, si collega la corretta realizzazione delle prescrizioni nella materia con le garanzie dei requisiti necessari per assicurare il funzionamento delle società in modo tale che permetta garantire un funzionamento del mercato che non produca danni ingiustificati ai terzi che tengano i loro rapporti con l'impresa.

Come si è affermato¹⁰², i rischi nei quali incorrono i creditori quando contrattano aumentano se l'altra parte adotta la forma di un'impresa sociale, specialmente se è una società di capital. Allo stesso tempo, la situazione e i rischi di tale contrattazione dipenderanno ugualmente dalla posizione del soggetto che fa i suoi rapporti con la società. Così, se nella contrattazione in concreto il creditore è un soggetto situato in una posizione economica di preminenza (i così detti *adjusting creditors*) –si pensi nelle banche, le imprese assicuratrici, i grandi fornitori...- potrà imporre al debitore garanzie aggiunte alla soddisfazione dei suoi crediti, le quali potranno includere, anche, uno specifico controllo o una speciale informazione sulla sua situazione contabile. La situazione è particolarmente difficile per i piccoli creditori, che non si trovano in grado d'imporre speciali garanzie (*non-adjusting creditors*) –al di là della garanzia ultima per la

¹⁰¹ Cifr. art. 164.2.1 LC. In senso simile, l'art. 216.2 della Legge Fallimentare (LFI) che considera come presupposto del reato di bancarotta fraudolenta a chi «ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari». Fra entrambe le norme, nonostante, capisco che c'è una differenza sostanziale per quanto riguarda al elemento personale, quale sarebbe l'esigenza di un componente volitivo, vale a dire, "lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori", sebbene è vero che, da per se, entrambe figure non possono essere paragonate, al trattarsi il «concurso culpable» di una sanzione per la gestione, mentre che la «bancarotta fraudolenta» è un completo reato, più cercano, pertanto, al art. 261 del Codice Penale spagnolo.

¹⁰² Così, ARMOUR, J./HERTIG, G./KANDA,H., "Transactions with creditors", *Op. cit.*, p. 116, i cui, nel piano dell'informazione sulla società contrattante affermano: «*Ex ante* –before contracting- debtors may lie about their assets to obtain an agreement. *Ex post* –after contracting- they may alter risks in violation of the terms of the agreements with their creditors».

soddisfazione dei suoi crediti che presuppone la cifra del capitale sociale- e che, nemmeno possono fare fronte ai costi aggiunti (anche siano semplicemente negoziali) di richiedere una specifica informazione. È per ciò che per questi soggetti disporre dell'informazione contabile proporzionata dal bilancio pubblicato dalla società gioca un ruolo speciale¹⁰³.

In questo modo, se il capitale suppone una garanzia per i creditori e fonda la limitazione di responsabilità nelle società di capitali, gli amministratori, nell'adempimento dei loro doveri, sono obbligati a verificare l'osservanza delle norme che l'articolano, dunque, sono tenuti a impiegare tutta la diligenza necessaria per garantire il suo mantenimento e, allo stesso tempo, ad essere informati sufficientemente su quale sia la sua situazione in ogni momento per l'adozione delle decisioni di gestione necessarie per non snaturare tale garanzia.

b) Informazione sul valore della società

Come abbiamo affermato precedentemente, l'interesse sociale nelle società di capitali si orienta verso l'aumento del valore dell'impresa. Sebbene le società si costituiscono a partire degli apporti patrimoniali dei soci che passano a conformare il capitale sociale, le azioni di questi, come parti aliquote in cui il capitale viene diviso, rappresentano la partecipazione che hanno i soci sul totale della società. Da qui si evince che l'incremento di valore dell'impresa suppone un incremento del valore delle azioni dei soci, cosa che si manifesterà, se c'è sufficiente ed adeguata informazione economica sull'impresa, nella possibilità dei soci di vendere le sue azioni ad un prezzo maggiore, cioè, quando il valore di

¹⁰³ In questo senso, LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 57, chi afferma che la pubblicità registrale obbligatoria dei bilanci delle grande società risulta particolarmente adeguata in attenzione ai piccoli creditori. Infatti, questa classe di creditori non si trova in una posizione che li permetta di fare pressione ad una società di grandi dimensioni per fargli conoscere i suoi stati contabili. La trascendenza di queste motivazioni si mettono di rilievo nel obbligo di pubblicare i bilanci delle entità che si dedicano al commercio, imposta dalla Ley de Ordenación del Comercio Minorista (DA 4.^a) [Legge d'Ordinazione del Commercio al Minuto]. Collega così, pure, la necessita d'informazione con l'esercizio del commercio al minuto.

mercato delle azioni sia superiore al suo valore nominale. Comunque il valore di un'impresa non è –almeno non è sempre- uguale all'addizione del valore di tutti gli elementi patrimoniali che la compongono e la detrazione delle cariche ed i debiti che questa deve sopportare, al contrario, esistono determinati elementi immateriali –clientela, prospettive di negozi, immagine dell'impresa...- che influiscono sul suo valore e che non si costatano su elementi materiali. Ebbene, disporre di un'informazione contabile completa, adeguata ed aggiornata permette considerare meglio il valore reale dell'impresa in ogni momento e, per tanto, fare che il valore di mercato delle azioni sia più conseguente con il valore reale dell'impresa, evitandosi condotte speculative ed stimolandosi l'adeguato funzionamento dei mercati mobiliari.

Al riguardo dei potenziali investitori nella società, l'adozione delle sue decisioni nel mercato dipenderà, necessariamente, dell'informazione messa alla sua disposizione. In questa situazione, contare con un'informazione completa sul prodotto (in questo caso, la società, le azioni che s'intende di acquistare) implicherà una maggiore trasparenza nel mercato ed una migliore formazione dei prezzi. La disposizione d'informazioni asimmetriche sulla situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa, suppone lo svolgimento di condotte opportunistiche nel mercato. Ugualmente, nel mercato di controllo sulle imprese, cioè, nel piano delle offerte pubbliche d'acquisto, disporre di un'informazione sulla situazione patrimoniale dell'impresa che non sia stata presa in considerazione dal mercato permetterà alla società offerente di realizzare un'offerta sulla target nella quale si renda di manifesto che il valore di questa che la acquirente considera è superiore al valore di mercato di quella, cosa che gli spingerà a pagare un prezzo superiore per ottenere il suo controllo e, così, poter sviluppare le potenzialità che si percepisce che non se ne stanno profittando¹⁰⁴.

¹⁰⁴ In un senso simile, LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 57. Sulla rappresentazione del valore della società attraverso le azioni, l'obiettivo di questa è massimizzare il suo valore e l'opportunità degli amministratori d'adottare meccanismi di difesa verso le OPAs, *vid. MUCCIARELLI, F.M., Società per azioni e offerta pubblica d'acquisto: le difese successive contro offerte pubbliche d'acquisto di azioni quotate*, Giuffrè, Milano, 2004, sp. pp. 86 e ss.

c) Informazione sul piano lavorativo

I lavoratori dell'impresa richiedono d'informazione sull'andamento di questa giacché di questa dipenderanno le sue prospettive di lavoro. Allo stesso tempo, si riconosce ai rappresentanti dei lavoratori certi diritti d'informazione e controllo speciali sulla contabilità, in modo che si possa con quello garantire che determinate decisioni organizzazionali dell'imprenditore, per quanto riguarda alla sua struttura di personale, siano stati adottate secondo parametri reali. Una manifestazione importante del riconoscimento del interesse dei lavoratori in questa informazione è l'integrazione dei rappresentanti di questi nell'Aufsichtsrat delle società per azioni tedesche, che dovranno necessariamente rappresentare almeno un terzo dei membri di quest'organo sociale di controllo.

d) Informazione fiscale

Come risulta evidente, la contabilità costituisce il punto di partenza per la determinazione dei risultati del esercizio e la determinazione degli utili o le perdite che si producano nello stesso. Essendo questo il fatto imponibile dell'Imposta sulle Società, il corretto svolgimento dei doveri contabili sarà necessario per, dopo le modifiche tributarie necessarie, determinare l'importo della base imponibile per il calcolo della quota tributaria dell'imposta¹⁰⁵. Questo giustifica che si possa considerare allo Stato come soggetto interessato nel adeguato adempimento dei doveri contabili che, oltre al suo dovere di garante nel corretto funzionamento dell'economia del paese, ottiene parte delle risorse pubbliche dalla riscossione di quest'imposta diretta.

e) «Non use benefits»

¹⁰⁵ Così, la base imponibile si determina in applicazione di certe correzioni (artt. 10-25 de la Ley del Impuesto de Sociedades, Real Decreto Legislativo 4/2004 del 5 marzo) sul risultato contabile commerciale. La correzione nella determinazione del risultato, per tanto, sarà essenziale per la corretta determinazione del importo del tributo.

Come complemento ultimo a queste funzioni della contabilità, si genera un valore aggiunto al quale la dottrina denomina «non use benefits»¹⁰⁶, potendo concepirsi questi come i benefici che si diffondono dall'informazione per se stessa, anche non sia utilizzata dai suoi destinatari. Lo sviluppo e la generalizzazione dell'adempimento degli obblighi contabili e la stensione nella somministrazione d'informazione economica e finanziaria da parte delle imprese genera una serie di esternalità che non si riflettano direttamente su nessun soggetto –sia questo destinatario interno o diretto, esterno o indiretto- ma nel collettivo in generale¹⁰⁷. In questo modo, l'offerta di un'informazione completa da parte di tutte l'entità sul suo andamento e situazione economica conferisce trasparenza ai mercati, con lo quale la libera concorrenza in quei si dimostrerà più solida, al depurare il mercato gli sbagli di asimmetria informativa. Parallelamente, al conoscere i dati economici e finanziari delle altre imprese del settore, le concorrenti investiranno maggiori sforzi in ottenere risultati superiori a quei delle rivali¹⁰⁸.

D'altra parte, e su questa base del diritto della concorrenza, si può considerare che la tenuta della contabilità, la sua pubblicità e –quando sia richiesta- la verifica di questa, formano parte della regolazione dell'attività concorrenziale, con la quale, nel caso in cui un'impresa inosservasse questi obblighi generando un pregiudizio per la concorrenza, si potrebbero promuovere azioni legali per violazione delle norme sulla base del articolo 152 della Ley

¹⁰⁶ Espressione coniata dal professore VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. I, 22ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 228.

¹⁰⁷ Vid. VÁZQUEZ CUETO, J.C., *Las cuentas y la documentación...*, *Op. cit.*, p. 19, dove approfondendo su questo concetto considera che precisamente la difficoltà di concretare con esattezza i precisi contorni che individuano questi interessi in ogni caso ha fatto che il legislatore spagnolo abbia assegnato la sua tutela di forma generica (secondo il precedente comunitario) ai poteri pubblici generando il così detto «pubblico interesse della contabilità» attraverso il quale si vuole garantire che l'informazione sull'andamento degli affari sociali sia divulgata ad incertam personam, senza bisogno di accreditare un interesse legittimo particolare al riguardo.

¹⁰⁸ Dentro di questi non use benefits si potrebbero anche considerare due vantaggi in più che si derivano dalla tenuta della contabilità: l'interesse generale in che le imprese siano prospere, il cui richiede della tenuta di una contabilità adeguata; e le esigenze dello Stato e della Amministrazione, affinché si possa elaborare la contabilità nazionale e fare correttamente la riscossione delle imposte. Così, BLANCO CAMPANA, J., *El Derecho contable en España*, *Op. cit.*, p. 25.

3/1991, de Competencia Desleal¹⁰⁹, oppure, nel caso italiano secondo le Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, l. num. 287, del 10 ottobre 1990.

II. CARATTERIZZAZIONE GIURIDICA

Come si ha giustificato, sotto all'adempimento delle prescrizioni contabili stanno degli interessi interni ed esterni alla propria impresa. Ugualmente, come si è potuto considerare, la contabilità si caratterizza per essere un elemento essenziale ad ogni organizzazione imprenditoriale. È il momento ora di risolvere nella nostra analisi quale sia la natura giuridica, sia della tenuta di contabilità, sia dell'informazione contenuta nei libri e documenti contabili che si generano nell'osservanza di queste prescrizioni. Nel primo dei casi si deve indagare qual è la natura giuridica dell'imposizione dell'adempimento di un insieme di atti nel piano contabile, allo scopo di offrire al mercato –ed alla stessa struttura della società– un'informazione; nel secondo dei casi, verrà considerata la natura giuridica dell'oggetto, vale a dire, delle registrazioni contabili che si sono elaborate in soddisfazione di questo dovere, al fine di considerare quale sia il suo valore giuridico e le utilità che di queste se ne possono decantare.

A. Natura giuridica del dovere di contabilità

Tutto il sistema del Diritto contabile si costruisce sulla base del mandato legale fatto all'imprenditore di *tenere una contabilità ordinata, adeguata all'attività della sua Impresa*¹¹⁰. Se si adotta l'immagine kelseniana che considera che il Diritto

¹⁰⁹ Al riguardo aggiunge VICENT CHULIÁ, F., "En torno al concepto y fuentes...", *Op. cit.*, p. 616, che la concorrenza nel mercato senza tenuta della contabilità è illecita perché mette in pericolo il fondamento stesso di questo mercato, che è la trasparenza. Il nuovo Diritto contabile ha come scopo fondamentale raggiungere il massimo possibile di questa trasparenza (*disclosure*)».

¹¹⁰ Il sistema di Diritto contabile nel ordinamento spagnolo deve costruirsi sulla base di questo mandato contenuto nell'articolo 25.1 del C. de c., nel cui s'inizia tutta la regolazione imponendo il dovere generico di tenere *una* contabilità. In altri ordinamenti giuridici –come quello italiano– questo dovere di contabilità viene enunciato in modo meno generico nel contenuto del articolo 2214 C.c. ita. che indica che l'imprenditore che svolge un'attività commerciale dovrà tenere una

(e pure il contabile) si può rappresentare sistematicamente come una piramide, sul suo vertice si troverà il dovere di contabilità, costituendo il resto degli imperativi giuridici-contabili, l'insieme intrecciato delle pietre che conformano il poliedro¹¹¹, e senza la cui solidità non si raggiungerebbe la stabilità del complesso. La logica di questa percezione è chiara: si deve partire da un dovere generico, di pretese onnicomprensive, di mantenere un registro chiaro ed ordinato delle operazioni economiche svolte dall'imprenditore, perché da questo dovere si stacchi l'insieme degli obblighi concreti che si devono adempiere per garantire la consecuzione dei fini che si perseguono. Così, la base ultima di questo schema sarebbe il monitoraggio del valore economico delle operazioni dell'impresa e la sua raffigurazione documentale secondo i criteri della normativa contabile. Da questo nucleo comune si distaccano gli atti concreti in cui si manifesta il dovere, tale come gli obblighi di pubblicità dell'informazione contabile, il diritto di accesso a questi dati, la responsabilità –di diversa natura- derivata dalla sua inadeguata tenuta, la necessità di sottoporre gli stati contabili ai sistemi di verifica, etc.

Il necessario tentativo d'inserire il diritto contabile nella sua forma più generica dentro delle strutture giuridiche elementari, non è una questione originale perché la dottrina ha dedicato una certa attenzione a determinare quali sono i caratteri che definiscono questo peculiare dovere. Nonostante, si sarà

serie di libri di contabilità. Questo sistema si stabilisce pure nel HGB tedesco, il cui § 238 determina che ogni commerciante è obbligato a tenere in modo ordinato dei libri di commercio, ed a riflettere in questi i suoi affari e la situazione del suo patrimonio.

Dalla mia prospettiva, per la vera costruzione d'un Diritto contabile è necessario partire dall'esistenza d'un «dovere di contabilità» di carattere più ampio che la semplice tenuta dei libri contabili –anche se questi conformano una parte essenziale del suo contenuto-. Così, il dovere di contabilità implicherebbe l'insieme di operazioni tendenti a generare informazione sulla situazione patrimoniale, finanziaria e di risultati dell'impresa, così come a utilizzare, interpretare e dare la pubblicità dovuta a quest'informazione. Come si capisce, questo dovere eccede i doveri semplici di tenuta dei libri contabili o di elaborazione e pubblicazione del bilancio.

¹¹¹ Questa percezione del sistema normativo contabile come una struttura piramidale è impiegata dal professore VICENT CHULIÁ, F., "En torno al concepto y fuentes...", *Op. cit.*, p. 616, che afferma che il vertice di questa piramide del Diritto contabile è costituita indubitatamente dal dovere pubblico di contabilità. Questo dovere ha oggi come presupposto costituzionale la libertà d'impresa nel marco dell'economia di mercato riconosciuta dall'articolo 38 della Costituzione spagnola. Così, se il sistema contabile nel suo complesso si considera come una piramide, essendo il pezzo finale di questa costruzione il dovere pubblico di contabilità, come le altre pietre componenti della figura si troveranno le diverse concrezioni che questo dovere manifesta.

originale nella nostra impostazione la prospettiva dalla quale partiamo: il cambiamento del paradigma dal cui si contempla la normativa contabile¹¹², il quale avrà delle conseguenze al definire gli elementi che caratterizzano questo centro del sistema. Nell'attualità, la contabilità conforma un sistema nel quale, come si è visto, le implicazioni esterne acquistano sempre più rilievo, potendosi addirittura dire che si è passato da una *contabilità al servizio dell'imprenditore*¹¹³, ad un *imprenditore obbligato dalla contabilità*. In questo contesto di evoluzione, penso che per offrire una risposta alla natura giuridica del dovere, si deve adottare nella nostra analisi una logica d'interessi ed una prospettiva finalista.

In modo parallelo al cambiamento che si è operato nella considerazione dei fini e degli interessi del diritto contabile, si produce un cambio nella configurazione giuridica del «dovere di contabilità» -nel senso più ampio del termine-. L'ottica strettamente privatista dalla quale si guardava la contabilità come uno strumento utile per l'imprenditore, ridotta, in conseguenza, al suo carattere interno, faceva chiedersi alla dottrina se si trattava di una carica, oppure di un obbligo in termini giuridici. Con le nuove considerazioni che vedono ormai la contabilità come uno strumento al servizio sia d'interessi privati sia d'interessi pubblici, si produce un cambiamento dall'ottica al considerare la natura giuridica della contabilità imprenditoriale. Così, si passa da una visione privatista a una nuova prospettiva che sistema l'adempimento delle norme contabili in un piano più vicino al pubblico, facendosi carico della sua missione di proteggere un pubblico interesse sottostante dietro la tenuta di una contabilità ordinata ed adeguata, ed essendo in conseguenza, lo Stato la fonte dalla quale emana tutta la operatività delle disposizioni contabili¹¹⁴.

¹¹² Questo cambio di paradigma fu già augurato in 1981 da BISBAL, J., "El interés público...", *Op. cit.*, p. 269, che considerava che al consacrare la IV Direttiva l'attribuzione alla contabilità della funzione di difesa dell'interesse pubblico, questo produrrà una certa alterazione nella costruzione dogmatica della materia.

¹¹³ In allusione all'opera classica francese al riguardo, SAVATIER, R., *Le droit comptable au service de l'homme*, Dalloz, Paris, 1969, versione spagnola con traduzione a carico di F. Martín Lamouroux, pubblicata come *El Derecho Contable al servicio del hombre*, Biblioteca de Ciencias Empresariales Cibernos, Madrid, 1974.

¹¹⁴ È giusto questo cambiamento di prospettiva dal privato allo pubblico, quello che ci deve far riconsiderare la natura giuridica dei doveri contabili. Così, se l'interesse esprimeva, nel caso dei

i. Il dovere contabile come obbligo

Dalla prospettiva giuridico-privata, le prime visioni che si offrono su quale dovrebbe essere la natura giuridica delle prescrizioni contabili, sono quelle che la considerano una carica oppure un obbligo. Entrambe le visioni, nonostante ciò, risultano oggi poco adeguate alla realtà della contabilità imprenditoriale.

Considerare la contabilità come un obbligo dell'imprenditore deve essere rifiutato perché, come si è giustificato¹¹⁵, l'obbligo è un vincolo giuridico¹¹⁶ che determina doveri, comportamenti giuridici, insieme all'acquisto di diritti, facoltà. Si tratta, in conseguenza, della generazione d'una relazione di carattere duale, dalla quale derivano due posizioni giuridiche di segno opposto. Di questo modo, dall'obbligo nasce una relazione interpersonale fra due posizioni, quella del debitore, obbligato a realizzare una prestazione consistente in dare, fare o non fare qualcosa (il cui contenuto necessariamente patrimoniale¹¹⁷, nonostante, è discusso dalla dottrina); e quella del creditore, come interessato nell'adempimento dell'obbligo, dal quale ottiene alcun beneficio. Il principale motivo per il quale si deve rifiutare questa configurazione e allontanarci dalla considerazione di che le prescrizioni contabili costituiscono propriamente degli obblighi, è il carattere dell'esigibilità: si considera che un obbligo è una reazione logica fra un diritto

diritti dei soggetti particolari nell'antica concezione il contenuto di questo diritto –la stessa relazione obbiettiva che stabilisce la norma-, nel caso dei diritti dello Stato, l'interesse della collettività è il mezzo che permette di giustificare la decisione dello Stato di giuridificare una determinata situazione, BISBAL, J., "El interés público...", *Op. cit.*, p. 273.

Infatti, da un determinato momento, che la dottrina trova nella IV Direttiva, la tendenza verso lo pubblico esprime una notevole accentuazione. L'avanzamento è significativo. Il carattere strumentale della disciplina contabile si mette al servizio della giuridificazione dell'attività dello Stato, *ibid.*, p., 286.

¹¹⁵ MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, p. 64.

¹¹⁶ Si abbia presente l'origine etimologico della parola obbligo, derivato dei termini latini *ob-* e *ligare*, il cui senso letterale alluse alle idee di unire, legare intorno.

¹¹⁷ Per contro al silenzio del Código civil spagnolo, il Codice italiano, nel suo art. 1174 afferma che «La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione económica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore».

soggettivo –d'un creditore- ed un dovere giuridico –che pesa sul debitore- per la quale il primo può richiamare dal secondo l'adempimento della prestazione¹¹⁸, oppure, in caso del suo inadempimento o la sua negativa a farlo, la soddisfazione alle sue spese, o invece l'ottenimento d'un indennizzo per danni e pregiudizi¹¹⁹.

Come si può dedurre, nel dovere di contabilità manca questa nota di esigibilità, giacché di fronte all'inadempimento degli obblighi contabili da parte dell'imprenditore nessun soggetto è legittimato –ed anzi, non esistono neanche i meccanismi legali che lo consentono- per esigere il suo forzoso adempimento¹²⁰. Il dovere di tenuta di contabilità non conferisce sotto nessun presupposto un diritto soggettivo dei terzi a esigere l'adempimento dal imprenditore di queste prescrizioni¹²¹. Dunque, l'imperatività della normativa contabile si trova

¹¹⁸ Il concetto appare ben definito dal professore DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, Las relaciones obligatorias, Civitas, Madrid, 1996, p. 89, dove considera che l'obbligo si concepisce tradizionalmente come una situazione bipolare formata da una correlazione d'un diritto soggettivo e d'un dovere giuridico. In quella si legano il diritto del creditore, che è, secondo la tesi tradizionale, un diritto soggettivo che tiene per oggetto la persona del debitore ed un dovere giuridico, il debito, che è un dovere d'adottare un determinato comportamento o condotta di prestazione.

¹¹⁹ *Ex arts. 1089 e 1101 C.c. esp. e arts. 1218 e 1223 C.c. ita.*

¹²⁰ GARRETA SUCH, J.M., *Introducción al derecho contable*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 112; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, p. 64.

¹²¹ Così è stato sottolineato da RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 3, al considerare che «la giurisprudenza, seppure risalente, ha avuto modo di affermare che la norma che pone all'imprenditore l'obbligo di tenuta della contabilità non è costitutiva di un diritto soggettivo del terzo a che l'imprenditore provveda alla trascrizione dell'affare compiuto nella sua contabilità e, quindi, il fatto che l'imprenditore non assolva l'obbligo di regolare tenuta dei libri contabili non implica, di per sé, una violazione dell'altrui sfera giuridica ai sensi dell'art. 2043». Ugualmente, la sentenza app. Firenze del 21 giugno 1950, in *Giur. Tosc.*, 1950, p. 332. Su questo punto incide ugualmente (sebbene facendo riferimento in concreto a certe prescrizioni contabili) LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, p. 40, chi considera che si tratterebbe propriamente d'un obbligo di Diritto pubblico, perché non si riconosce un diritto soggettivo d'un particolare che possa esigere il suo adempimento. Quest'autore (*ibid.* nt. 10) esemplifica questo carattere confrontandolo con altri diritti soggettivi che si sorgono nel ambito della contabilità, tali come il diritto ad ottenere informazione che hanno gli azionisti, così come il suo diritto ad ispezionare i documenti; di fronte a questi, la società è obbligata a proporzionare quest'informazione ed a mettere alla sua disposizione questi documenti. In questo caso, come si considera, si ci troveremmo di fronte alle strutture archetipiche dell'obbligo. Negare la considerazione d'obbligo, ugualmente, implicherebbe in nostra opinione –condividendo la visione de LEÓN- il fatto che l'adempimento concreto di certe prescrizioni contabili (pubblicazione del bilancio, ad esempio) non potrà essere eseguita in via giudiziaria attraverso un procedimento civile, perché se la Legge non riconosce diritto soggettivo alcuno ai particolari, non ci sarà nemmeno azione per esigere il suo adempimento (*ibid.* p. 41). Radicalmente diverse saranno le azioni giudiziarie che s'articolino rispetto alla comunicazione e l'esibizione dei libri contabili (ambiti nei quali, come sosteniamo, sí hanno i soci un diritto

configurata, come si vedrà, di forma indiretta, in modo tale che soltanto riesce a costringere all'obbligato in sede fallimentare.

Nonostante questa considerazione, sembra che la configurazione giuridica della contabilità nel Código de Comercio spagnolo del 1829 rispondeva alle strutture obbligazionali. Così, nel suo articolo 49 si stabiliva che non si può fare inchiesta d'ufficio da tribunale né autorità alcuna, per indagare se i commercianti tengono o meno i suoi libri in modo ordinato. Scompare, dunque, qualsiasi sfumatura di carattere pubblico nell'imposizione. Ugualmente, in questo Codice si prevedeva per l'inadempimento dei doveri contabili una sanzione diretta attraverso l'imposizione di multe pecuniarie¹²². Lontana da questa visione, la redazione originaria del Código de Comercio spagnolo attuale –di 1885–, considera la contabilità come uno strumento al servizio esclusivo dell'imprenditore, consacra il segreto della contabilità ed allo stesso tempo cancella ogni sanzione diretta dal inadempimento delle prescrizioni contabili, giacché le considera contrarie al fomento del commercio (R. E.). Queste prime visioni positive ci offrono delle configurazioni di carattere radicalmente privato, che difficilmente si può conservare nell'attualità.

soggettivo), così come le azioni dirette ad esigere responsabilità, che saranno il nucleo centrale del nostro studio. Quest'opinione dell'assenza d'azione per esigere in via giudiziaria l'adempimento, nonostante, è controversa *vid.* ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales*, in *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Dir. Uría/Menéndez/ Olivencia, Tomo VIII: Las cuentas anuales de la Sociedad Anónima, Volumen 2º, Civitas, Madrid, 1993.

¹²² Disponeva l'articolo 43 del testo di Sáinz de Andino che incorrerà anche il commerciante i cui libri, in caso d'una occupazione o riconoscimento giudiziario si trovino informali o difettosi, in una multa che non starà sotto i mille reali, né sopra i ventimila. I giudici la gradueranno prudenzialmente, attendendo tutte le circostanze che possano aggravare o attenuare l'infrazione in cui ne sia incorso il commerciante titolare dei libri. Analoga regolazione si poteva contemplare nell'articolo 45 per il caso in cui non si tenesse alcuno dei tre libri obbligatori. La dottrina, nonostante, ha fatto una critica di questa situazione perché considerava insoddisfacente una sanzione diretta di questo stilo, la quale poteva risultare, secondo spiega la Relazione Illustrativa del Código de Comercio vigente, depressiva per il commercio, così, DE LA CUESTA RUTE, J.M., "La contabilidad en el Código de Comercio", *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, Vol. II, num. 4, 1973, p. 330. Un'analisi in profondità sulla regolazione della materia contabile nel primo Código de Comercio spagnolo si può trovare in BERNAL LLORÉNS, M., "En torno a la regulación contable en el Código de comercio de 1829", *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, Vol. XXVII, num. 97, 1998, pp. 887-912.

Comunque, la risoluzione dogmatica della questione sembra più chiara in Italia, dove l'attuale redazione dell'articolo 2214 C.c. utilizza la parola «deve», sistemando la configurazione della materia più vicina alle strutture proprie del dovere che a quelle dell'obbligo. Similare visione offriva il Codice di Commercio di 1865, che considerava che il commerciante deve tenere una serie di libri contabili obbligatori, impiegando sempre il verbo «dovere». Il termine «obbligo», da altra parte, è presente nella normativa tedesca, disponendo il § 238 HGB, che ogni commerciante è *obbligato (ist verpflichtet)* a tenere in modo ordinato dei libri di commercio.

Seguendo questi ragionamenti, dobbiamo scartare l'adeguazione delle prescrizioni contabili dentro delle strutture obbligazionari.

ii. Il dovere contabile come carica

La seconda delle soluzioni privatiste che si sono considerate e su quale sia la natura giuridica del dovere di contabilità, è quella che si basa di stimare che queste norme conformino una carica che s'impone all'imprenditore. La figura della carica si caratterizza, a differenza dell'obbligo, per trattarsi d'un imperativo d'adempire con una determinata prestazione della cui realizzazione il principale beneficiario sarà il soggetto che l'adempie, che otterrà un certo vantaggio o miglioramento nella sua posizione giuridica come derivazione dell'adempimento. Si tratterebbe, per tanto, della realizzazione di un comportamento dal quale unicamente ottiene un beneficio il soggetto che lo realizza¹²³.

Questa considerazione, nonostante, ignora che, sebbene dalla carica si deriverà principalmente un beneficio per quello che l'adempie, si possono staccare da questa esternalità positive di fronte ad altri soggetti. Si pensi in uno degli esempi più evidenti di carica che esistono nell'attualità: l'iscrizione dell'acquisto di un bene immobile nel Registro della Proprietà. Per mezzo di quella, sebbene il

¹²³ MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, Op. cit., p. 65.

principale beneficiario sarà il titolare che iscriva, che avrà nel suo favore un mezzo di prova privilegiato sulla proprietà del bene, dall'iscrizione, si deriverà pure una serie di effetti riflessi, come possono essere una maggiore trasparenza nel traffico giuridico ed il rafforzamento delle strutture legali in quanto ai diritti reali.

Per quanto riguarda all'imprenditore, è chiaro che dalla tenuta della contabilità questo ottiene un profitto. Oltre a facilitare la gestione dell'entità eviterà situazioni speciali di responsabilità, così come la chiusura del Registro delle Imprese (Registro Mercantil) nel caso di mancanza di pubblicazione dei suoi bilanci, avrà un certo mezzo di prova delle sue operazioni commerciali...¹²⁴ Ma pensiamo che queste considerazioni non si possano configurare come vantaggi propriamente intessi, ma che, meglio, dovrebbero essere intesse come «esigenze» del Mercato¹²⁵.

iii. La contabilità come dovere

Cercando di superare il bifrontismo fra obbligo e carica¹²⁶, si è ritenuta l'opportunità di considerare la contabilità come un autentico «dovere»

¹²⁴ Parte della dottrina considera, per questi motivi, che nella figura dei doveri contabili si trova insita una carica. Così, RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, pp. 3-4, chi stima che «sicuramente l'imprenditore che omette di tenere le scritture contabili obbligatorie, o non le tenga regolarmente, si troverà a non poterle utilizzare in relazione alla funzione probatoria che le stesse assolvono nelle controversie civili: sotto questo profilo, pertanto, quello della tenuta delle scritture si presenta più che come un obbligo privo di sanzione piuttosto come un onere, dalla cui inosservanza discende l'impossibilità per l'imprenditore di fruire di determinati vantaggi connessi alla regolare tenuta delle scritture contabili».

¹²⁵ Nella dottrina spagnola, l'opinione che considera che si tratta d'una carica fu mantenuta da DE LA CUESTA RUTE, J.M., "La contabilidad en el Código...", *Op. cit.*, p. 330, affermando -sulla base della normativa dell'epoca- che il suo inadempimento impedisce di profittarsene delle conseguenze favorevoli che nell'ordine civile si producono in altro caso. Così, non potrà il commerciante ricorrere all'amministrazione controllata (*suspensión de pagos*), né evitare la qualificazione del fallimento in modo tale da cancellare il concordato ed impedendo la riabilitazione, né, finalmente, avrà alla sua disposizione un mezzo di prova privilegiato. Nonostante, si ammetteva la possibile imposizione di sanzioni dirette dalla prospettiva fiscale -elemento che, *per se*, supererebbe i caratteri propri delle cariche-.

¹²⁶ L'incapacità d'offrire un sostegno coerente al dovere per le categorie della carica o l'obbligo fu già stata messa di manifesto da DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., voce "Libros de comercio", in *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XV, Seix Barral, Barcelona, 1974, p. 504, chi considerava che il Código de Comercio di 1885, più d'accordo con la tecnica attuale, trasformi l'obbligo di tenere la contabilità

dell'imprenditore, concetto questo di sfumature meno precise che, nonostante, sembra di accomodarsi meglio agli schemi legali. Si è argomentato che un dovere è quello che si deve fare e la ragione per la quale si deve fare; è «si deve fare» perché così viene stabilito da una norma giuridica, mentre la risposta al «perché» risponde ad una pluralità di ragioni, vincolate in ogni caso con le funzioni proprie attribuite alla contabilità e con gli interessi che stanno sotto l'informazione che questa somministra sull'impresa, estrapolabili in grande misura alla stessa esistenza di uno statuto giuridico speciale¹²⁷.

Altre a tutto questo, la stessa autonomia concettuale del «dovere» come categoria giuridica privata autonoma può essere messa in dubbio, perché dal punto di vista giuridico, il *debitum* è soltanto una fase preliminare, pregiuridica per così dire, dalla responsabilità, che è l'unica cosa che costituisce la vera sostanza o nocciolo giuridico dell'obbligo. I particolari non sono obbligati dalle norme, ma semplicemente esposti a soffrire una sanzione se si presentano le ipotesi contemplate dalle norme. Sul debitore non pesa un dovere, il debitore si trova esposto ad una sanzione¹²⁸.

Questa è la concezione in termini privati che ci potrebbe risultare più corretta. Ricorrere alla categoria eterea del dovere giuridico permette, seguendo queste considerazioni, partire dal carattere essenzialmente libero di ogni attività umana –l'attività d'impresa come una di queste-, per la quale oggettivamente nessuno può essere costretto a realizzare una determinata prestazione, il quale condurrebbe a che l'elemento determinante dell'imperatività sia propriamente la sanzione, la responsabilità nella quale incorrerebbe il soggetto che non porte a termine la condotta prescritta dalla norma. Con questo concetto di «dovere» ci

in una carica (*onus*). Vale a dire: un terzo non può esigere che un commerciante abbia i suoi libri, né che, salvo in certi casi eccezionali, gli esibisca. Di fronte a questo, il processo di commercializzazione delle relazioni fra i privati e come conseguenza del nuovo ruolo assegnato all'imprenditore nell'economia moderna, è insufficiente la considerazione come carica del dovere di tenere una contabilità ordinata.

¹²⁷ MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, Op. cit., p. 65.

¹²⁸ Questa è la tesi mantenuta da DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil...*, Op. cit., p. 90.

allontaniamo della necessità di disporre d'un creditore, titolare d'un diritto soggettivo procedente del dovere, che possa esigere l'adempimento della condotta. Potendosi prescindere di quello, resta direttamente legato il soggetto all'adempimento del dovere di contabilità, a meno di dovere fare fronte al sistema delle responsabilità e delle sanzioni legalmente articolate¹²⁹.

Su queste previsioni si ha considerato che la contabilità imprenditoriale suppone l'adempimento d'una normativa imperativa d'organizzazione con carattere strumentale¹³⁰. Evidentemente, le norme contabili sono norme d'organizzazione. La necessità d'intervenzione giuridica in forma positiva sulla regolazione di come si deva strutturare un'organizzazione –l'impresa- tiene per oggetto offrire un sostegno legale agli interessi di altri soggetti che possono stare dietro di queste forme funzionali che si costruiscono¹³¹. Dunque, determinare che ogni imprenditore deve adempiere determinate prescrizioni contabili suppone, in ultima istanza, garantire una minima struttura organizzativa ed informativa su la quale i soggetti, interni ed esterni all'impresa, possano contare in ogni momento.

iv. Il «pubblico dovere» di contabilità

¹²⁹ BLANCO CAMPAÑA, J., *El derecho contable en España*, *Op. cit.*, p. 28, lo categorizza come un «dovere giuridico particolare», nel senso che si tratta d'osservare un comportamento, ma è un dovere attraverso il quale non si scopre, almeno in modo immediato, un correlativo diritto soggettivo, fermo restando che la sua violazione sia sanzionabile in determinati casi e costituisca un atto illecito rispetto delle persone a cui si protegge. Similare considerazione di dovere la offre LÁZARO SÁNCHEZ, M.J., "La contabilidad como obligación profesional del empresario", in *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, num. 12, 1994, pp. 427-428.

¹³⁰ «Con una espressione, trapiantata dal diritto pubblico, la dottrina parla, a proposito della normativa sulle scritture contabili, di normativa imperativa di organizzazione a carattere strumentale», RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 73.

¹³¹ Si può considerare, in conseguenza con quello che affermavamo al analizzare i fini, che le norme contabili sono norme d'organizzazione e che in quanto tali «non hanno tanto lo scopo di costruire un apparato, ma piuttosto quello di darvi evidenza giuridica, di renderne le strutture giuridicamente rilevanti di fronte ad altri soggetti: esse non hanno finalità meramente «descrittive» ma traducono sul piano organizzativo dei valori che si vogliono proteggere. In altri termini, l'emersione a livello giuridico di una struttura organizzativa avviene nel momento in cui si innestano, sull'interesse proprio di colui (o coloro) che agisce (agiscono) attraverso l'organizzazione, interessi altrui», NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 302.

Se si continua con questa logica nell'indagine sulla natura giuridica delle imposizioni contabili, presto si sboccherà nel punto in cui si abbandona l'ambito del *privato*, per entrare in un terreno più *pubblico*. Se si considera il Diritto privato come quello che si occupa d'arbitrare le relazioni giuridiche fra particolari¹³², non sarà estraneo che il dovere di contabilità non si fonda in una relazione *inter pares* –ben si in una carica, in un obbligo–, ma più precisamente nell'imposizione di un dovere a un soggetto, che nasce dalla forza imperativa d'una norma in favore della protezione d'interessi che oltrepassano l'ambito delle relazioni *inter privatos*. Questo potrebbe, dunque, significare che ci addentriamo nell'ambito della regolamentazione di carattere pubblico¹³³.

Le impostazioni sulla natura giuridica del dovere di contabilità devono essere ripensate da un'ottica un po' più pubblicista alla quale si sta facendo riferimento¹³⁴. Da questa prospettiva, la contabilità avrebbe una vocazione di

¹³² Infatti, sebbene risulta abbastanza complesso stabilire in modo dogmatico la differenza fra Diritto pubblico e privato, si può affermare che in ogni caso sono note caratteristiche di quest'ultimo (1) essere orientato all'utilità dei particolari, (2) essere conformato da regole arbitrate da loro stessi all'oggetto di regolare le sue specifiche relazioni fra di loro, (3) che i soggetti implicati si trovano in posizioni d'uguaglianza, creandosi relazioni di coordinazione, (e 4) l'autonomia della volontà è la fonte ultima di questa categoria giuridica. Queste note sono state considerate in DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 45-47.

¹³³ Parte della dottrina più autorevole si posiziona favorevole a quest'opinione. Così, LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, p. 40, considera che si qualifica l'obbligo di Diritto pubblico nel senso che non si tratta di un'ordinazione delle relazioni intersoggettive. Comunque, la finalità pressa in considerazione è quella del sostegno istituzionale agli interessi del traffico privato imprenditoriale.

¹³⁴ Sulla base della natura privata del pubblico dovere risultano interessanti le riflessioni di SANZ GADEA, E., "El resultado contable en el marco del Derecho contable", *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm., 189, p. 209, chi considera che si potrebbe pensare che esiste una certa contraddizione fra la pertinenza del Diritto contabile al Diritto privato ed il dovere pubblico di tenuta di contabilità, perché, infatti, è un carattere del Diritto privato l'autonomia della volontà individuale nella conformazione delle relazioni giuridiche, in quanto nel Diritto pubblico la volontà individuale ha una funzione molto più ristretta. Il dovere pubblico di tenere contabilità non configura una relazione giuridica fra lo Stato ed i cittadini inquadrata nelle funzioni del potere pubblico e sovrano di questo. Su quest'affermazione, nonostante, dobbiamo manifestare il nostro disaccordo giacché è precisamente questo pubblico potere uno dei principali interessati nell'informazione contabile, così come essendo la regolazione di questa sottoposta in certi aspetti all'esercizio di funzioni proprie dell'amministrazione, tali come la consegna registrale dei bilanci delle società di capitali o la pubblicazione nella Gazzetta questo deposito. Allo stesso tempo, la tenuta d'una contabilità adeguata ed ordinata è il presupposto basilico per l'ulteriore calcolo della base imponibile per l'imposta sulle società.

BLANCO CAMPAÑA, J., *El derecho contable en España*, *Op. cit.*, p. 28, considera che ci troviamo di fronte ad un dovere giuridico-pubblico degli integranti d'un gruppo sociale –la classe

servire al interesse pubblico, configurandosi come un elemento essenziale di funzionamento del Mercato, e interessandosi in quella l'insieme dell'andamento dell'economia¹³⁵. Allo stesso tempo, le norme contabili si configurano come presupposto richiesto dalla normativa per l'esercizio dell'attività imprenditoriale, requisito minimo di esigenza legale per la costruzione della struttura dell'impresa. Tutto questo conduce a inserire questa condotta dentro della nozione di «pubblico dovere»¹³⁶, categoria che supera le premesse privatiste e che fa riferimento alle precisioni d'interesse pubblico che si trovano sotto la sua imposizione, mostrandosi, in conseguenza, più vicina ai concetti di «esigenza d'ordine pubblico» che alle nozioni privatiste di «obbligo»¹³⁷.

imprenditoriale- che si deriva d'un ordine superiore e che si traduce in una condotta. Questo impone un comportamento regolato in parte e pure libero in un'altra parte.

¹³⁵ Questa visione è mantenuta pure dal BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio d'esercizio*, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Dir. F. Galgano, CEDAM, Padova, 2007, pp. 19-20, il cui partendo dell'esistenza d'un pubblico interesse nel regolare svolgimento delle attività economiche, considera il carattere pubblico degli interessi protetti dall'istituto.

¹³⁶ Questo concetto, con altri caratteri, fu già adottato previamente da VICENT CHULIÁ, F., "En torno al concepto y fuentes...", *Op. cit.*, p. 616, considerando che questo dovere ha come presupposto costituzionale la libertà d'impresa nel contesto di un'economia di mercato, riconosciuta nell'articolo 28 della Costituzione Spagnola.

La Costituzione conforma pure la fondamentazione positiva ultima del cambiamento nella forma di capire il Diritto contabile. L'articolo 28 della Magna Carta spagnola, nel cui viene riconosciuta la libertà d'impresa nel contesto d'un economia di mercato, dovendo i pubblici poteri garantire e proteggere il suo esercizio e la difesa della produttività sulla base delle esigenze dell'economia in generale ed, in caso, della pianificazione, cosa che mette già di rilievo che l'impresa è una realtà che produce effetti al di là della sua stessa struttura. È ormai evidente il fatto che, uguale che il diritto alla proprietà privata –consacrato nell'articolo 33 di questo testo-, la libertà d'impresa è soggetta alla sua finalità sociale, ed i poteri pubblici hanno il dovere di tutelare quest'attività d'impresa con il fine di fomentare, in questo modo, il buon andamento dell'economia. Questo ci fa arrivare al riconoscimento della possibilità, ed anzi, della necessità che si stabiliscano delle norme imperative attraverso le quali si modula l'esercizio dell'attività d'impresa in modo tale che da questo si derivino dei profitti che si ripercuotano sul migliore andamento del Mercato come insieme. Tutto questo perché, a volte, la mano invisibile smithiana ha bisogno d'una mano visibile che tutele gli interessi sociali implicati.

Questo senso è ugualmente condiviso dalla dottrina spagnola più recente. Così, ALONSO ESPINOSA, "El deber de documentación de la empresa y de llevanza de contabilidad tras la ley 16/2007, de 4 de julio", *RMV*, num. 5, 2009, p. 2, considera che si tratta d'un dovere legale di carattere pubblico il cui fondamento ultimo si trova nella promozione dell'adeguato funzionamento del sistema dell'economia di mercato.

¹³⁷ Su quest'aspetto considera LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, p. 42, che in Germania, l'opinione prevalente afferma che l'ordinazione giuridica della contabilità ha la considerazione di norma di Diritto pubblico. In Spagna, Blanco Campaña e Vicent Chuliá, il quale sebbene afferma che l'obbligo di tenere la contabilità ha la natura di pubblico dovere considera pure che le norme contabili contenute nel Código de Comercio s'integrano come una parte del

La visione pubblica dell'imposizione del dovere di contabilità la possiamo giustificare ugualmente, allontanandoci da una logica giuridica e optando per una economica. La regolazione dei Mercati ha come uno dei suoi fini primordiali la riduzione dei costi di transazione¹³⁸. Se non ci fosse un dovere pubblico di contabilità, le imprese dovrebbero investire risorse ogni volta che volessero stabilire rapporti di una certa entità –incrementando, con quello, i costi di transazione- in rilievo un'immagine reale della sua solvenza e della sua situazione finanziaria. La regolazione del dovere di contabilità come requisito che devono adempiere le imprese per accedere al mercato, ha come obiettivo ridurre questi costi di transazione, i quali, allo stesso tempo, devono essere osservati sia dalla prospettiva dell'imprenditore, sia dall'ottica dei soggetti che hanno rapporti con essi.

Un maggiore approfondimento nelle concezioni pubbliciste potrebbe avvicinarci a considerare che, effettivamente, la contabilità nasce come una esigenza essenziale per l'esercizio dell'attività d'impresa nel Mercato. In questo modo, si riaffermerebbe il suo rilievo all'interno dello «statuto giuridico dell'imprenditore», inteso come l'insieme degli obblighi professionali ai quali se ne deve sottoporre l'imprenditore commerciale come soggetto integrato nel

Diritto commerciale in quanto Diritto privato speciale, *vid.* l'interessante e dettagliata analisi che fa di questa concezione come Diritto pubblico nella dottrina tedesca.

Infatti, VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales de la Sociedad Anónima...*, *Op. cit.*, p. 9, afferma che il pubblico dovere di contabilità costituisce il vertice della piramide del Diritto contabile, il cui, ciò nonostante, è Diritto privato perché regola relazioni *inter privados*.

¹³⁸ Come non può essere in modo diverso, si deve fare riferimento su questo punto agli apporti di Coase. Nella sua visione sui costi di transazione considera che «for anything approaching perfect competition to exist, an intricate system of rules and regulations would normally be needed». E optando per questa necessità di regolare certe condizioni d'accesso delle imprese al mercato, aggiunge che queste regolazioni «exist in order to reduce transaction costs and therefore to increase the volume of trade», COASE, R.H., "The firm, the market and the law", in *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988, p. 9. Con questo si può osservare che quando s'impone dal pubblico potere il dovere di tenuta di contabilità si riducono i costi transazionali nel mercato e con quello si favoriscono gli scambi. Disporre d'informazione economica sull'impresa con la quale si contratta, se i doveri di *disclosure* dell'informazione contabile sono stato adeguatamente articolati, sarà più semplice e ridurrà i costi di contrattare, avvicinando sempre più le strutture del mercato a quelle proprie della concorrenza perfetta.

Mercato¹³⁹. Forse sarebbe consigliabile, *de lege ferenda*, dotare di maggiore rotondità al sistema coercitivo nel adempimento del dovere di contabilità, in modo che si configurasse effettivamente come un presupposto necessario per l'accesso al Mercato¹⁴⁰. Fondamentalmente, nel mercato dei capitali si arbitra una serie di norme essenziali sulla diffusione dell'informazione contabile dei soggetti che ne partecipano: le transazioni portate a termine nel mercato mobiliare, ad esempio, devono svolgere in un contesto d'informazione, che è offerta in modo generalizzato ed omogeneo a tutti i suoi destinatari –corollario logico dal quale si afferma il divieto dell'informazione privilegiata-.

Questa esigenza si trova pure sostenuta attraverso i codici di buone pratiche nel governo delle società, che si battono in favore dell'importanza della trasparenza o –facendo uso del termine anglosassone più diffuso- *disclosure* sulla gestione. Da questa prospettiva, il *Código Olivencia sobre el buen gobierno de las sociedades* stabilisce che la politica di trasparenza informativa *impone a queste società l'obbligo di somministrare al mercato un informazione precisa ed affidabile sulle sue attività e risultati*, completando questa considerazione, per quanto riguarda all'informazione finanziaria considerando che *l'informazione finanziaria annuale costituisce un elemento fondamentale nella politica di trasparenza e, per questa ragione, la Legge circonda la sua elaborazione di ogni sorte di cautele, inclusa la sua verifica da un revisore legale esterno. Nonostante, i mercati di capitali hanno bisogno d'un flusso informativo più frequente, ed è aldilà che la normativa dei mercati finanziari imponga anche l'obbligo d'informare semestralmente e pure trimestralmente e che, in tanti casi, la propria prudenza esiga che l'organo di*

¹³⁹ Vid. ILLESCAS, R., "El empresario mercantil individual...", *Op. cit.*, p. 107. Dalla sua parte, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, p. 119, afferma su questa premessa che i libri di contabilità costituiscono praticamente l'unico degli elementi di carattere strutturale che i legislatori hanno considerato necessario per l'imprenditore, con indipendenza della sua concreta configurazione organizzativa, integrando allo stesso modo una parte del suo statuto giuridico. Allo stesso modo, NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 215.

¹⁴⁰ Questa pretesione aveva ormai stato osservata da MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, p. 66, considerando che questo può far pensare che in un futuro più o meno vicino, il legislatore si trovi obbligato a revisionare in profondità la materia oggetto di commento, nella linea di stabilire un vero e proprio obbligo di contabilità dell'imprenditore, se, si pensi, sul suo risultato si deposita l'efficacia d'uno strumento di controllo come l'attività di revisione legale oppure la difesa d'un pubblico interesse come nel caso delle situazioni fallimentari.

governo della compagnia offra informazione finanziaria in periodi ancora più brevi. Appare qui evidente questa configurazione della contabilità come esigenza del mercato, che deve pure rispettare i criteri contabili, perché si consiglia nel informe che l'informazione finanziaria messa a disposizione dei mercati si elabora secondo gli stessi principi, criteri e pratiche professionali con la quale si elaborano i bilanci, per garantire così la trasparenza all'ora di trasmettere ai mercati ed investitori "l'immagine sull'attività, i risultati e la ragionabilità nella continuità" della compagnia.

Dalla sua parte, l'*Informe Aldama para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas* si mostra più consapevole sul rilievo dell'informazione contabile, anche le sue previsioni sulla trasparenza vanno al di là dalla semplice offerta d'informazione finanziaria e patrimoniale. Così, malgrado il manifestato dissenso sul cambiamento dei criteri di valutazione adottati per la normativa comunitaria dopo l'adozione delle Norme Internazionali di Contabilità, considera che *il nostro sistema di trasparenza è essenzialmente orientato all'informazione quantitativa (economica e contabile) ed a quella d'impatto più immediato (fatti rilevanti), ma che ancora si deve sviluppare di più in relazione all'informazione qualitativa e, specificamente, in materia di corporate governance*. Si deriva da questo informe che l'informazione finanziaria offerta deve raccogliere un insieme di caratteri:

- a) Deve essere un'informazione completa. *Lo sviluppo dei mercati e delle società fanno che nell'attualità gli investitori hanno bisogno di più chiarezza e quantità d'informazione per potersi formare una "immagine fedele" di una società quotata. Non è sufficiente che si abbia accesso all'informazione contabile della società; è preciso, ugualmente, avere accesso ai dati che nei mercati attuali hanno un rilievo sempre maggiore e fra i quali distaccano tutti quei riferiti al governo delle società. Perciò, un'informazione realmente completa è quella che offre più dati di quei che generalmente sono richiesti dagli obblighi contabili.*
- b) L'informazione contabile deve essere *corretta*, perché *l'esperienza recente degli Stati Uniti ha dimostrato che la contabilità, il linguaggio*

finanziario delle imprese, deve servire per trasmettere un'informazione corretta al mercato, e non per occultare o distorcere quest'informazione.

Scandali come il caso ENRON o Parmalat in Italia esemplificano che se l'informazione contabile non si aggiusta alla realtà o non è elaborata secondo dei modelli adeguati, perde tutta la sua effettività. L'informe difende l'estensione di questa garanzia di correzione a le altre forme d'informazione che le società sono tenute ad offrire.

- c) Alla fine, l'informazione deve essere *equitativa* e *simmetrica*, permettendo che tutti i partecipanti nel mercato abbiano accesso ad un'informazione sostanzialmente uguale nello stesso orizzonte temporale.

Nel caso italiano, il *Codice di Autodisciplina* elaborato dal *Comitato per la Corporate Governance* centra la sua attenzione nello stabilimento di un sistema di controllo interno e di gestione dei rischi (art. 7), lavoro normalmente sviluppato dal comitato di controllo e rischi. Stabilisce la norma l'obbligatorietà di dotarsi d'un insieme di norme, provvedimenti ed strutture d'organizzazione che permettano l'identificazione, misura, gestione e monitoraggio dei principali rischi ai quali l'impresa deve fare fronte. Questo sistema, contribuisce ad una gestione dell'impresa coerente coi suoi obiettivi e *favorisce l'adozione di decisioni informate*.

Ma questa configurazione esterna come dovere giuridico carente di contropartita attiva in favore d'un terzo in ordine alla sua esigibilità, deve essere precisata in un piano interno, nel seno della società. Qualunque sia la forma in cui l'organo di amministrazione si organizza, il vero è che questo è vincolato alla società per una relazione –che personalmente consideriamo più organica che contrattuale, come lo fa la nostra dottrina da ormai qualche decade¹⁴¹-, di modo che, sebbene di fronte ai terzi le prescrizioni contabili si mostravano come un

¹⁴¹ Ci rimettiamo qua alle considerazioni sulla natura dell'organo d'amministrazione mantenute da GARRIGUES, J., "Órganos de la Sociedad. De los Administradores", en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. II, Garrigues/Uría, Madrid, Imprenta Aguirre, 1ª Ed., 1953, pp. 14-20.

dovere giuridico inesigibile coercitivamente, nel ambito intrasocietario, in quanto questa formulazione serve alla ricapitolazione della gestione svolta, si traduce nella rendicontazione del lavoro che si ha fatto di fronte alla società¹⁴², obbligo inerente al carico di amministratore della società.

Come conclusione di tutto ciò fin qui esposto, si può capire che le disposizioni legali sulla contabilità conformano un autentico dovere che, in funzione degli interessi generali che tratta di proteggere, adotta certi tracci di pubblico. La categoria dei doveri, come si è affermato, si mostra molto diafana, risultando la nota più essenziale di questa precisamente la responsabilità dei soggetti sui quali s'impongono. Ogni soggetto, di per se, è libero nel suo comportamento, essendo soggetto per l'imperatività delle leggi al adempimento di certe prescrizioni. Queste prescrizioni lo leggeranno nella sua attuazione dal punto che l'inadempimento delle medesime gli può arrecare una responsabilità – pecuniaria, penale...-, che si deriva sia dalla sanzione che questo dovere ha adatto – quando questo succeda-; o bene, da un danno che il suo inadempimento abbia occasionato ad un altro soggetto, danno che genererà, a causa del dovere di risarcimento, una responsabilità di riparare il pregiudizio che si è irrogato.

Partendo dalla tesi del professore Vicent, affermeremo che il dovere di contabilità ha un carattere pubblico nella sua configurazione, ma sulla base di questo non solo si costruiscono delle relazioni *inter privatos*, e dunque, di carattere privato; ma che si svolgono anche sulla base del dovere pubblico di contabilità altre relazioni di carattere pubblico, ad esempio, nel ambito della responsabilità penale originata per i reati contabili, oppure nella responsabilità amministrativa da cui si deriva, nel piano dei mercati finanziari, dalla diffusione dell'informazione contabile inesatta.

¹⁴² VÁZQUEZ CUETO, J.C., *Las cuentas y la documentación contable en la Sociedad Anónima*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 116-118.

B. Natura giuridica delle dichiarazioni contabili

Abbiamo appena considerato che l'osservanza delle prescrizioni in materia contabile implica l'adempimento d'un dovere di carattere pubblico, perché questo risponde alla soddisfazione di un insieme di fini che oltrepassano la stessa struttura del soggetto al quale vanno riferiti e nel suo corretto adempimento si trova interessata un congiunto indeterminato di soggetti. Ma una questione è valutare quale sia la natura giuridica del dovere, e dunque, dell'attuazione –in termini generali-, ed un'altra quale sia la natura giuridica delle dichiarazioni che si emettono in adempimento di questo, vale a dire, la natura giuridica del oggetto derivato dagli atti d'adempimento del dovere. Così, l'adeguato adempimento dei doveri contabili, nella sua configurazione legale esige dell'emissione d'una serie di dichiarazioni su qual è lo stato contabile della società, alcune delle quali rimarranno nell'ambito stretto dell'impresa ed altre, invece, saranno soggette al dovere di pubblicità e saranno accessibili da tutti i soggetti interessati. La risposta che si offrirà a questa questione ha un grande rilievo per la nostra analisi giacché se il nostro scopo è studiare le conseguenze giuridiche che l'inadempimento del pubblico dovere di contabilità ha nel piano della responsabilità degli obbligati per questo, dalla natura giuridica che si offra alle dichiarazioni di questi soggetti, si potrà derivare –o meno- il danno sul quale si costruiscano le pretese processuali di responsabilità.

Su questo piano, nonostante, si trova con maggiore evidenza il bifrontismo che caratterizza l'elaborazione dell'informazione contabile. Come abbiamo avuto occasione di analizzare, la contabilità svolge un'importante funzione organizzativa e informativa dentro della struttura della società stessa, informazione che, in certa misura, deve essere salvaguardata dalla necessità di confidenzialità propria della libertà d'impresa e necessaria per lo svolgimento di strategie concorrenziali. Ma allo stesso tempo, abbiamo considerato che data la coesistenza d'interessi pubblici nell'informazione contabile delle imprese si deve articolare alcun dovere di offrire pubblicità ai dati contabili sulla situazione imprenditoriale ed i suoi risultati. Le

norme, sia al livello dell'Europa continentale, sia nel mondo anglosassone, ogni volta investono più sforzi nella costruzione d'una teoria della trasparenza (*disclosure*), riconoscendo, ancora, il carattere quasi pubblico degli atti degli imprenditori, specialmente delle grandi società aperte. Ciò non significa, nonostante, che l'informazione contabile che si gestisce dentro l'impresa e che, in principio, non è destinata a rendersi conosciuta dal pubblico abbia, per ciò, un carattere strettamente privato. Queste informazioni, anche nei suoi profili più interni, hanno un'importante funzione per la gestione e l'adozione di decisioni dentro l'impresa. E questo si rende manifesto sia dalla prospettiva dei possibili pregiudizi, che la negligenza nell'adempimento di questo dovere pubblico possa supporre per i soggetti che contano, che l'impresa sia gestita con l'adeguata osservanza dei doveri che s'impongono alla sua amministrazione: come dal piano della *governance* e delle relazioni d'agenzia fra i titolari dell'impresa e i suoi gestori. Ugualmente è distaccabile il ruolo che quest'informazione può giocare nel piano della prevenzione delle situazioni d'insolvenza così come, arrivato il caso, dello chiarimento delle cause e la depurazione delle responsabilità per questa.

Entrando nell'analisi della natura giuridica dei registri contabili, si deve partire dalla concettualizzazione di che un registro contabile sarà qualsiasi trascrizione sistematica in espressione matematica dei fatti con rilievo economico realizzati dall'impresa, che permetta alla persona che acceda a questa di farsi un'immagine sulla situazione economica dell'impresa oppure, semplicemente, della realizzazione di uno o vari atti giuridici che abbiano affettato alla struttura patrimoniale e finanziaria di questa¹⁴³. I registri contabili occuperanno un ruolo centrale dentro dell'organizzazione razionale ed efficiente dell'impresa.

¹⁴³ In senso simile e, consideriamo che paragonabile, si pronuncia NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, pp. 213-214, il cui considera che con l'espressione «*scritture contabili*» «si definiscono i documenti contenenti la rappresentazione simbolica, vale a dire in termini monetari o, anche, quantitativi, dell'attività d'impresa e dei suoi risultati: documenti che (...) l'imprenditore (...) è obbligato a tenere, secondo certi criteri e certe formalità». Così, i libri contabili inglobano un insieme documentale che si materializza in quei che, sia imperativa, sia contestativamente, l'imprenditore è obbligato o decide di tenere, con i complementi ugualmente documentali che in ogni caso risultano necessari, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., "La función de los libros de contabilidad", in *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 2115.

Nonostante, dal primo momento dobbiamo considerare che i caratteri e gli effetti di questi saranno diversi in funzione del tipo di documento contabile al cui vengano incorporati. In questo modo, per quanto serve qui, sarà necessario tracciare una distinzione fra la natura giuridica dei registri contenuti nei libri di contabilità –obbligatori e facoltativi- e la natura giuridica del bilancio¹⁴⁴.

i. Natura giuridica dei libri contabili

¹⁴⁴ Probabilmente l'opera dottrinale più importante al riguardo continua essendo oggi –nonostante le numerose modifiche legislative che hanno avuto luogo-, PANUCCIO, V., *La natura giuridica delle registrazioni...*, *Op. cit.* Nella dottrina classica spagnola, merita essere distaccato lo studio di GARRIGUES, J., "Valor probatorio de los libros de comercio", *RDM*, num. 13, 1948, pp. 45-54. Nel suo studio, Panuccio fa un ripasso sulle considerazioni sulla natura giuridica dei registri contabili che si sono prodotti fino alla promulgazione del C.c. ita. in 1942. Così, originariamente, sulla base degli articoli 1328 e 1329 del C.c. ita abroato e degli articoli 44 e 48 del C. de c. di 1882 (pure abrogato dal C.c. del 1942), si sosteneva una considerazione originaria dei registri contabili come un tipo di confessione stragiudiziale, considerandosi possibile la prova in contrario dei libri di commercio (in similare senso, Hamel, Lagarde, Ripert, Pothier). Nell'anno 1930 s'inizia la polemica nella dottrina italiana sulla base dell'opinione di ASCARELLI, T., "Registrazioni nei libri di commercio e confessione", *Riv. Dir. Proc.*, 1930, p. 338 e ss.; che consideravano che i registri non sarebbero dichiarazioni al non essere dirette ad una controparte né essere accompagnate dalla volontà d'emettere una dichiarazione. Perciò, per esso non costituiscono dichiarazioni, ma sono semplici fatti (registri) ai quali il nostro sistema, per motivi d'intuitiva efficienza, offre un valore probatorio senza per quello volergli assimilare alla confessione. In quello stesso anno, CARNELUTTI, F., "Documento e testimonianza", *Riv. Dir. Proc.*, 1930, I, pp. 342-344, concluse che i registri non sono confessioni, ma non per il fatto di non essere dichiarazioni, ma perché non si tratta di dichiarazioni recettizie. Quest'opinione del suo carattere di non-dichiarazione fu dibatta da BIONDI, A., "Registrazione e dichiarazione", *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1931, I, pp. 134-144, il cui affermava la sua natura di confessione giudiziaria, giacché al realizzare i registri contabili, l'imprenditore sa che quello che scrive servirà domani, in caso di lite, al giudice; perciò, l'interlocutore reale sarà il giudice. Ascarelli rifondò la sua tesi sulla base di queste critiche ("Registrazione e dichiarazione", *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1931, I, pp. 342-354), differenziando i concetti di dichiarare (comunicare agli altri la propria volontà) e registrare (prendere nota di determinati atti o fatti, con indipendenza della volontà di volergli comunicare), affermando che «chi registra non dichiara» (*ibid.*, p. 343) perciò non sarebbero gli allibramenti contabili un atto di carattere recettizio. Per Ascarelli è logico che si possa comunicare il contenuto dei registri, avendo gli stremi propri d'una confessione, ma come il suo oggetto sarebbe lo stesso registro, il valore probatorio di questa confessione sarà il proprio dei registri e non quello delle dichiarazioni. Così, i registri dei libri di commercio conformerebbero manifestazioni di scienza e non dichiarazioni né tanto meno confessioni in senso tecnico. Il dibattito dottrinale si completai con l'apporto di MESSINEO, F., "Valore giuridico del bilancio di società per azioni e delle registrazioni nei libri sociali", in *Studi di Diritto delle Società*, Giuffrè, Milano, 1958, 2^a ed., pp. 129-162 (pubblicato previamente nel *Foro it.*, 1938, I, pp. 1427 e ss.), il cui considerava che i registri dei libri sociali sì che hanno un destinatario e, perciò, si tratta di dichiarazioni confessorie extragiudiziarie recettizie. In questo momento, si produce la promulgazione del C.c. ita del 1942, e con quello, la materia passa ad essere ripresa nel contenuto degli articoli 1709 e 1710 il cui contenuto letterario non è stato modificato sino ad oggi, ed ai quali si farà riferimento più avanti in questo studio.

Prima di procedere all'analisi di quale sia la natura giuridica dei libri contabili, si deve fare una considerazione osservata qualche anno fa dalla dottrina¹⁴⁵, si tratta del fatto che tradizionalmente si è stata offerta una visione parziale su quale sia la natura giuridica dei libri contabili, perché questi erano considerati soltanto dalla prospettiva del suo rilievo esterno e, dunque, centrando la sua analisi sulla efficacia probatoria che, in caso di lite, questi possono svolgere. Di fronte a questa visione parziale e riguardante al suo rilievo esterno – processuale- dei libri contabili, una visione interna ci deve fare considerare questi libri come uno strumento di controllo sull'andamento dell'impresa e dell'attività dei suoi dipendenti¹⁴⁶. Sebbene, come si può dedurre, entrambe le prospettive non sono esclusive ma che, giusto al contrario, si devono completare reciprocamente.

Per determinare in modo giustificato quale sia la natura giuridica dei libri di contabilità, si deve realizzare previamente un'analisi delle caratteristiche e le funzioni che definiscono entrambi. Per fare questo, si deve stabilire prima una discriminazione fra i libri contabili tenuti in adempimento della normativa –vale a dire, il libro giornale e il libro degli inventari¹⁴⁷, così come quei richiesti dalle Leggi o disposizioni speciali, secondo la natura e la dimensione dell'impresa- ed i libri potestativi, di tenuta volontaria dal imprenditore. La differenza fondamentale fra i due è ovvia: mentre i primi sono tenuti per l'imperativo d'una norma legale che li richiede, i secondi rispondono ad una decisione volontaria dell'imprenditore che considera che la tenuta di queste registrazioni è un'attività conveniente per la migliore organizzazione del suo negozio. Questi libri, nonostante trattarsi d'un elemento materiale, non hanno un carattere statico, ma sono il risultato e, allo

¹⁴⁵ Così, NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 256, avvertiva che «(...) il discorso sulla natura giuridica delle registrazioni contabili, per quanto riguarda il loro contenuto, non può essere condotto nell'ottica ristretta della loro efficacia probatoria, con riferimento cioè a quella che è soltanto una delle possibili utilizzazioni di esse». In senso similare, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, p. 112.

¹⁴⁶ MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Íbid.*, p. 108.

¹⁴⁷ *Cifr.* art. 25.1 C. de c., art. 2214 C.c. ita. Di fronte a questi, il HGB -§ 238-239-, non determina quali sono i libri obbligatori che l'imprenditore deva tenere, limitandosi a stabilire come si devono svolgere le registrazioni in quei che si decidano d'utilizzare.

stesso tempo, oggetto d'una attività continuata, com'è il registro, l'analisi e l'espressione dei fatti con rilievo economico che accadono nell'ambito dell'impresa.

a) Valore materiale dei libri di contabilità

Dalla prospettiva materiale, risulta evidente che i libri di contabilità conformino un compendio documentale, sono un insieme di documenti di formazione progressiva nei quali si contengono dati economici sull'impresa. E dentro certi tipi di documenti, non vi è insinuato alcun dubbio, che si tratta di documenti privati, giacché nella sua elaborazione non ha avuto luogo l'intervento di nessuno dei soggetti ai quali la normativa attribuisce la possibilità di creare o intervenire nella creazione di documenti pubblici¹⁴⁸. In qualsiasi caso, il fatto di rilievo al riguardo non è tanto il supporto materiale sul quale si verte l'informazione (libro, foglie mobili, files informatici...), ma le registrazioni – allibramenti- trascritte¹⁴⁹ in questi. Saranno precisamente queste registrazioni quelle che offriranno la configurazione giuridica ai libri, che adotteranno il carattere proprio di quello che contengono¹⁵⁰.

Comunque, c'è un complesso numero di caratteri che definiscono ai libri di contabilità come documenti privati. In primo luogo, che si tratta di registri contabili tenuti nel seno dell'impresa, secondo delle regole per la sua registrazione –alle quale si farà riferimento più avanti-, ma che non devono essere firmati dall'imprenditore¹⁵¹. La dottrina stabilisce un certo legame fra la firma dei

¹⁴⁸ Non sembra così di rilievo considerare se si tratterebbe semplicemente d'un documento privato oppure d'un «*documento commerciale*», categoria che esclusivamente appare utilizzata nella normativa penale per qualificare come specificamente aggravati certi tipi di falsità (*cifr. arts. 390 e ss CP esp.*).

¹⁴⁹ Così, NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 255, afferma che il problema della natura giuridica affetta non tanto al documento come al «documentato». Su questo aggiunge RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 86, che il documentato «può definirsi come «registrazione contabile» o «dichiarazione contabile», va classificato tra le dichiarazioni di scienza (o di verità) non recettizie».

¹⁵⁰ In questo senso PANUCCIO, V., *La natura giuridica delle registrazioni...*, *Op. cit.*, pp. 56-57.

¹⁵¹ In modo diverso a quanto accade nella dottrina italiana, la dottrina e la giurisprudenza spagnola negano il fatto che la firma abbia alcun effetto all'ora di considerare la natura giuridica dei documenti contabili, essendo di rilievo soltanto quella contenuta nella decisione di formulazione

documenti contabili e l'assunzione da parte dell'imprenditore delle eventuali responsabilità che si potrebbero derivare dei dati contenuti in essi. I libri di contabilità dovranno essere bollati (almeno in Spagna) dal Registro delle Imprese (Registro Mercantil)¹⁵² –sia in anticipo o posteriormente alla chiusura dell'esercizio economico-, ma nessuna norma richiede che siano firmati dallo stesso imprenditore. Questo ha fatto alla dottrina italiana affermare che questi libri contabili non hanno il carattere di documenti privati¹⁵³ *stricto sensu*.

Così, in un primo momento, la dottrina considerò che i libri di commercio presentino il carattere proprio di una confessione extragiudiziaria, ammettendosi nonostante, la prova in contrario. Secondo la tesi dell'Ascarelli¹⁵⁴, si deve negare questa possibilità, giacché questi libri non suppongono una dichiarazione diretta alla controparte ed accompagnata della volontà di trasmettere tale dichiarazione. Approfondendo nei motivi per negare il carattere confessorio dei libri contabili, dobbiamo tenere presente che è possibile, e legalmente riconosciuto, modificare o correggere in qualsiasi momento i libri e le dichiarazioni in loro contenuti, sempre che per ciò s'adempiano i tramiti e le cautele legalmente previsti. Si possono affermare due note al riguardo delle tesi negative di considerare che si tratti di una confessione extragiudiziale: in primo luogo, che le registrazioni contenute nei libri di contabilità non si producono con la volontà di dichiarare, cioè, che si svolgono all'oggetto d'offrire un'informazione in utilità dell'imprenditore stesso sullo stato e l'andamento del suo negozio, con indipendenza che l'adempimento di questi atti comporti la soddisfazione di un dovere legalmente stabilito. In secondo luogo, non si tratta in nessun caso di una dichiarazione di carattere recettizio: l'imprenditore annota nei libri contabili registrazioni all'oggetto di utilizzarle lui stesso come informazione sulla sua impresa, e non con lo scopo di lasciarle al libero accesso dai soggetti esterni. Dunque, le registrazioni contabili, nonostante che possano

del bilancio. Così, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, p. 113, e la sentenza del TS del 10 giugno 1965.

¹⁵² Nel sistema italiano, come si vedrà, gli obblighi di bollatura e vidimazione dei libri contabili sono stati aboliti dal d.l. n. 357, del 10 giugno 1994.

¹⁵³ In questo senso NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, pp. 254-255.

¹⁵⁴ ASCARELLI, T., "Registrazioni nei libri...", *Op. cit.*, p. 338 e ss.

assumere rilievo esterno all'impresa, in modo generale non sono destinate a terzi estranei, ma invece, allo stesso imprenditore, anche se sono tenuti al suo deposito o esibizione¹⁵⁵. Così, come si ha proposto, al massimo si potrebbe parlare di «autorecettività»¹⁵⁶. Ugualmente, malgrado quanto argomentato in qualche occasione da certi autori, dobbiamo scartare la tesi che considera che le registrazioni contabili costituiscano un tipo di confessione, perché ciò sarebbe contraddittorio con la possibilità di prova in contrario che ammettono le registrazioni contabili¹⁵⁷, così come con la possibilità di correggergli o modificargli dal suo proprio autore¹⁵⁸.

b) Valore dei libri dalla prospettiva processuale generale: funzione probatoria

Dunque, una dichiarazione implicherebbe la volontà di manifestare un'informazione perché questa si renda accessibile ad altri soggetti in concreto. Invece, quello che succede nei libri contabili è un registro, vale a dire il contenuto di manifestazioni su determinati fatti a modo che risultino d'utilità al soggetto che accede normalmente a quei, cioè, l'imprenditore. Sebbene quest'affermazione non ammette un facile oppugnatione, dobbiamo chiederci perché il legislatore attribuisce efficacia giuridica probatoria al contenuto dei libri contabili e se questi sono semplici registri destinati all'imprenditore. La risposta, si deve trovare nelle caratteristiche proprie di quello che si registra. In questo senso, le registrazioni contabili si praticano in interesse dell'imprenditore stesso –unico soggetto sul quale producono effetti, salvo in caso di lite nella quale potrebbero svolgere

¹⁵⁵ NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 257.

¹⁵⁶ Facendosi uso del termine impiegato da SIMONETTO, E., "Recensione a Panuccio, La natura giuridica delle registrazioni contabili", *Riv. Dir. Civ.*, 1967, I, p. 104.

¹⁵⁷ In questo senso, PANUCCIO, V., *La natura giuridica...*, *Op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁸ Scarta ugualmente il suo carattere di confessione, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, p. 116. Per il contrario, sempre nella dottrina spagnola, affermava questo carattere nella decada dei quaranta, GARRIGUES, J., "Valor probatorio de los libros...", *Op. cit.*, p. 46; ugualmente, nel suo *Curso...*, *Op. cit.*, p. 532.

efficacia probatoria-, la pratica di questi si realizza secondo l'insieme delle norme dettate dalla disciplina della contabilità, che fanno considerare che il suo contenuto non è una semplice opinione, ma una *manifestazione di scienza o verità*, che presenta anche carattere non recettizio¹⁵⁹. Questo significa che i dati contenuti nella contabilità, avendo seguito un procedimento regolato di elaborazione –IAS, Pianificazioni contabili...- non implicano semplici opinioni del suo autore, ma presentano un carattere altamente oggettivo. Trattarsi di registrazioni di carattere oggettivo non significa che siano sempre esatti, perché la contabilità può essere corretta e modificata *a posteriori* secondo i meccanismi di salvaguardia arbitrati e sempre che non implichi la distruzione totale dei registri precedenti. Giacché si tratta di un registro nel quale si contengono manifestazioni di scienza o verità e che può svolgere effetti dimostrativi molto utili in casi di lite, il legislatore decide di dotargli d'un valore probatorio superiore al proprio di qualsiasi altro registro e nonostante che le registrazioni contabili siano sprovviste dal carattere di dichiarazione.

Per giunta, si è affermato¹⁶⁰ che si tratta di dichiarazioni di scienza *di secondo grado*, in quanto riflettono fatti che sono stati costatati nella pratica su un documento. Non possono aggiungere o togliere alla dichiarazione di primo grado alla cui si riferiscono, né rivelare di per se una situazione giuridica preesistente. Queste dichiarazioni di secondo grado, presuppongono l'esistenza e validità d'un

¹⁵⁹ Condividiamo, così, l'opinione fondata dall'Ascarelli, e che ancora nell'attualità sembra maggioritaria. Fra gli autori attuali, RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 86, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, pp. 111-123. Dal suo canto, sembra interessante la conclusione alla cui arriva BOCCHINI, E., *Scritture contabili*, *Op. cit.*, p. 113, affermando che «La natura giuridica delle registrazioni contabili è discussa e discutibile. La dottrina più antica attribuiva alle registrazioni contabili la natura di confessioni stragiudiziali o giudiziali, mentre la dottrina più moderna, pur riconoscendo che confessioni e registrazioni contabili appartengono allo stesso *genus* di dichiarazioni di verità, distingue, all'interno della categoria, le dichiarazioni confessorie, che sarebbero dichiarazioni libere o spontanee e incontestabili da parte dell'autore, dalle dichiarazioni non confessorie, come le registrazioni contabili, che sarebbero dichiarazioni obbligate di verità suscettibili, però di prova contraria, a contenuto variabile, non sempre contrario all'imprenditore».

Dopo la sua completa analisi arriva alla stessa conclusione PANUCCIO, V., *La natura giuridica...*, *Op. cit.*, p. 63, stimando che «Le registrazioni contabili sono dichiarazioni, non sono confessioni, sono dichiarazioni di verità, e infine dichiarazioni scritte, cioè documentazioni».

¹⁶⁰ PANUCCIO, V., *La natura giuridica...*, *Op. cit.*, p. 143; RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile*, *Op. cit.*, p. 143.

atto giuridico separato e diverso, dotato dai suoi propri requisiti di sostanza e di forma (dichiarazione di primo grado) che offre la base di verità e pure di efficacia del fatto contabile (dichiarazione di secondo grado)¹⁶¹. L'efficacia, per tanto, delle dichiarazioni contabili sarà *probatoria* –e pensiamo, che non sempre sufficienti per fare prova-, mentre che quella delle dichiarazioni di primo grado hanno forza costitutiva, modificativa o estintiva delle relazioni giuridiche sul piano sostantivo.

In aggiunta, la sua configurazione giuridica deve essere quella di conformare una dichiarazione di scienza o verità di carattere obbligatorio, perché si emettono in adempimento d'una norma, la quale riconosce l'esistenza d'interessi implicati nel contenuto della dichiarazione che oltrepassano quei dell'emittente stesso¹⁶². Il carattere di dichiarazione di scienza si estende sia al suo aspetto materiale (la manifestazione si deve fare), come al riguardo del suo contenuto (deve trattarsi di una dichiarazione verace, secondo i criteri della normativa contabile).

Per continuare l'analisi si deve considerare il valore giuridico che la normativa offre ai libri contabili. Come è ormai stato considerato dalla migliore dottrina decenni fa, ai libri di commercio si deve concedere una forza probatoria *sui generis*¹⁶³. Così, nel caso italiano, l'art. 2709 C.c.¹⁶⁴ afferma che i libri ad altri documenti contabili delle imprese obbligate ad iscriversi nel Registro fanno prova contro l'imprenditore¹⁶⁵; sul quale aggiunge l'art. 2710, che i libri contabili

¹⁶¹ Così era già considerato da GARRIGUES, J., *Curso...*, *Op. cit.*, p. 642, il cui considerava che a differenza del Diritto Romano, nel Diritto moderno gli allibramenti nei libri dei commercianti non hanno da per se sostanza giuridica: accreditano fatti e modifiche di carattere patrimoniale (entrate ed uscite nel patrimonio del commerciante), ma non fatti giuridici direttamente. Oggetto di registrazione non sono mai i contratti, ma le prestazioni patrimoniali derivate dei contratti. Solo per la via della deduzione potremo risalire al contratto causante della prestazione.

¹⁶² In questo senso, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Íbid.*, pp. 118-119.

¹⁶³ GARRIGUES, J., "Valor probatorio de los libros...", *Op. cit.*, p. 45.

¹⁶⁴ Con identica dizione che l'art. 1330 del Code Civil francese: «Les livres des marchands font preuve contre eux; mais celui qui en veut tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention».

¹⁶⁵ Nel diritto spagnolo la regolazione è simile, anche se si riferisce in modo generale ai documenti privati. Così, l'articolo 1228 C.c. esp. afferma che gli allibramenti, le registrazioni e le

vidimati e bollati, quando siano tenuti in modo regolare, possono fare prova tra imprenditori per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa. Di questi due precetti si possono estrarre una serie di conclusioni. In primo luogo, che la norma attribuisce efficacia ai registri contabili contro l'imprenditore –anche quando siano tenuti in modo irregolare, incompleto oppure senza adempiere le esigenze di bollatura e vidimazione-. Questo è dovuto, al nostro parere, al semplice fatto che il legislatore impone all'imprenditore (art. 2214 C.c.) il dovere di tenere corretta ed adeguatamente i libri contabili, in modo tale che questi possano offrire un'immagine vera e fedele sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa. Si presume, perciò, che l'imprenditore li tenga adeguatamente e dunque il contenuto registrato in questi libri implica una manifestazione oggettiva (dichiarazione di scienza) sulla situazione reale dell'impresa. In caso d'inesattezza in tali documenti, l'imprenditore non farebbe altro che sopportare le conseguenze del suo inadempimento del dovere generale di tenere una contabilità adeguata. È per quello che l'art. 2709 aggiunge che tuttavia chi vuol trarne vantaggio non può scinderne il contenuto, in modo tale che si considerano i libri contabili come un'unità.

Si potrebbe discutere l'ambito soggettivo di queste due norme. Così, quando i libri di contabilità, con indipendenza di come siano tenuti possono essere utilizzati contro l'imprenditore; mentre i libri vidimati, bollati e regolarmente tenuti possono fare prova delle relazioni fra gli imprenditori. Ci si potrebbe chiedere il perché di questo ambito soggettivo, e se questa seconda norma affetta soltanto ai rapporti fra gli imprenditori oppure anche di qualsiasi altro soggetto con l'imprenditore. Il motivo per il quale i libri contabili soltanto pregiudichino all'imprenditore con indipendenza della regolarità della sua tenuta è, fondamentalmente, che non avrebbe senso favorire a questo del contenuto dei documenti che lui stesso predispone e che, in conseguenza, sarebbero facilmente manipolabili (si continua così il principio generale di cui nessuno può costruire un titolo al suo proprio vantaggio: *nemo sibi titulum constituere potest*). Questa stessa

scritture private unicamente fanno prova contra quello che li ha scritti in tutto quello che consti con chiarezza; ma quello che se ne vuole profittare dovrà accettarli pure nella parte che li pregiudicano.

ragione può avvalersi per considerare che i libri degli imprenditori tenuti regolarmente possono fare prova delle relazioni fra questi, e soltanto –pensiamo– quando entrambi abbiano lo statuto d'imprenditori. La causa è che se entrambi due sono imprenditori, dovranno avere tenuto conto e registro della stessa operazione e con gli stessi caratteri, anche se, ovviamente, di segno opposto, che permettano al giudice incaricato di dirimere la lite confrontando entrambe le registrazioni.

In secondo luogo, per quanto riguarda all'articolo 2710, solo quando l'imprenditore abbia adempito regolarmente la sua tenuta adeguata di contabilità permetterà l'ordinamento giuridico che questo s'avvalga dal contenuto registrato nei suoi libri contabili per fare prova dei rapporti economici con gli altri imprenditori¹⁶⁶. In questo caso, come si osserva, si richiede un *plus* con rispetto all'utilizzo dei registri contabili contro l'imprenditore, consistente nel fatto che questi siano tenuti in modo regolare (dunque, secondo le specificazioni della normativa contabile) e che i libri siano vidimati e bollati. Se si adempiono queste previsioni, la normativa presume che l'imprenditore adempie diligentemente i suoi doveri di registro e, per tanto, li permette di trarne vantaggio dei dati che questo abbia consegnato nelle sue operazioni commerciali, perché si considera che conformano autentiche manifestazioni di scienza.

Le registrazioni contabili hanno una presunzione di veracità, giacché suppongono la manifestazione di secondo grado dei fatti accaduti nel traffico economico dell'impresa. Questo giustifica che si richieda all'imprenditore di procedere al controllo ed il mantenimento della sua esattezza. Qualsiasi divergenza fra il fatto reale e quello che si desume della dichiarazione, qualsiasi sia la causa dello sbaglio, e abbia carattere oggettivo o soggettivo, comporterà la necessità di

¹⁶⁶ La normativa contabile spagnola previa al 1973 stabiliva tre norme nella valutazione provatoria della contabilità quando si trattava di liti fra imprenditori. Così, in caso di disaccordo fra le annotazioni dei libri di due commercianti, faranno prova i libri del commerciante che li tenga secondo Diritto, di fronte a quello che non li abbia in modo regolare. Se un commerciante tiene o apporta libri e l'altro no, si attenderà al contenuto dei libri di quello che li consegna, ammettendosi in questo caso, come in quello previo, la prova in contrario. E, finalmente, se due commercianti tengono libri –ed entrambi i due in modo corretto– il giudice impiegherà altri mezzi di prova. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., "Sobre las reformas legislativas...", *Op. cit.*, p. 2985.

rettificazione della registrazione contabile. Si costata così l'efficacia semplicemente dichiarativa della dichiarazione¹⁶⁷, in modo tale che l'imprenditore rimane sempre vincolato dalle sue proprie dichiarazioni, avendo la possibilità –e, pensiamo, pure il dovere- di rettificare quelle che siano sbagliate, mantenendosi sempre la prevalenza della realtà su quello registrato in modo erroneo (*substance over form*). Questo è l'unico modo di conseguire la realizzazione del principio d'immagine vera e fedele, leitmotiv della regolazione dell'informazione contabile.

Dagli articoli 2219 C.c. italiano e 29 del C. de c. spagnolo, si desume il dovere di rettificare le incorrettezze delle scritture contabili quando queste siano osservate. Parte della dottrina¹⁶⁸ è dall'opinione, che non condividiamo, che esiste un limite per procedere alla rettificazione delle registrazioni contabili, che sarebbe il momento nel quale le scritture escono dall'ambito di disposizione esclusiva dell'imprenditore. La questione deve essere considerata con cautela, giacché le scritture contabili si guidano dal principio del legame, in modo tale che suppongono una documentazione continuata, la quale implica che gli eventuali sbagli si portano dietro. Bocchini¹⁶⁹ ha proposto una serie di requisiti, più o meno condivisibili, che si devono osservare per poter procedere alla rettificazione delle registrazioni contabili. Altre alla nota della tempestività, che deve essere intesa come che la rettificazione si deve svolgere immediatamente dopo che lo sbaglio sia percepito; e della realizzazione delle rettificazioni in modo cronologico, il quale è ovvio, giacché in caso contrario, dato che questi si portano dietro, i risultati non quadrebbero; la rettificazione deve adempiere il requisito di essere collegata all'allibramento o allibramenti che rettifica, nel senso che deve far riferimento alla data e numero di allibramento che modifica, in modo tale che la sua pratica non ripercuota sul resto della documentazione. Ugualmente, la rettificazione deve essere motivata, anche sia succintamente, esigenza che si deriva del principio di

¹⁶⁷ RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile*, Op. cit., p. 88.

¹⁶⁸ PANUCCIO, V., *La natura giuridica...*, Op. cit., p. 140.

¹⁶⁹ BOCCHINI, E., *Scritture contabili*, Op. cit., p. 92.

tenuta di una contabilità ordinata, e, allo stesso tempo, giustificazione necessaria della responsabilità dell'imprenditore nella tenuta dei suoi registri.

Nonostante, come si è considerato, i documenti contabili della società hanno efficacia probatoria di fronte ai terzi, ma non dentro delle relazioni interne fra la società ed i suoi soci¹⁷⁰.

c) Valore di fronte ai procedimenti concorsuali

Non è stato ancora considerato in modo sufficiente dalla giurisprudenza dogmatica –o, almeno, non con l'approfondimento richiesto- gli effetti giuridici dei registri contabili dentro delle procedure concorsuali¹⁷¹. Alcuni autore ha affermato il rilievo dei libri contabili nel fallimento, giacché da questi si possono derivare conseguenze di carattere penale o determinare la qualificazione del fallimento / considerare il reato di bancarotta fraudolenta¹⁷². Ciò nonostante, consideriamo che questa visione non sia totalmente completa, e che il ruolo delle scritture contabili nel fallimento è più semplice e simile a quanto fin qui argomentato. In primo luogo, pensiamo che la responsabilità degli amministratori delle società insolventi in caso di concorso qualificato come colposo / in caso di reato di bancarotta fraudolenta per motivi contabili, non si deriva in nessun caso dai libri, dal suo contenuto o da come si abbiano fatto le registrazioni; si deriveranno propriamente dell'inadempimento di uno dei dovere essenziali al carico d'amministratore, com'è la tenuta d'una contabilità ordinata. Per tanto, il presupposto della responsabilità fallimentare in questi casi, non si deve cercare tanto nei libri contabili ma nell'attuazione negligente degli amministratori che non osservano alcuni dei suoi doveri fondamentali¹⁷³.

¹⁷⁰ COSTI, R., *Società in generale...*, *Op. cit.*, p. 229.

¹⁷¹ Questa materia è stata considerata dalla dottrina spagnola molto recentemente, *vid.* VÁZQUEZ CUETO, J.C., "La reforma del régimen de las cuentas anuales de la sociedad de capital en concurso", *RdS*, núm. 38, 2012, pp. 19-54.

¹⁷² Così, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., "La función de los libros...", *Op. cit.*, p. 2118.

¹⁷³ Non ignoriamo con quello che la finalità perseguita dal legislatore al articolare i procedimenti concorsuali sia ancora guidata dall'obbiettivo della protezione dei creditori, restando relegate ad un

In secondo luogo, i libri contabili nel fallimento svolgono semplicemente una funzione di sostegno documentale, di giustificazione, di prova della situazione fattuale d'insolvenza della società. Il presupposto oggettivo del fallimento, *grosso modo* –perché non è questa la sete adeguata per approfondire al riguardo-, è la situazione d'insolvenza, considerata come quello stadio nel quale il debitore non può fare fronte in modo regolare ai suoi crediti esigibili. Si tratta, per tanto, d'un presupposto che fa riferimento ad una situazione della pratica. Risulta evidente, che questa situazione si costaterà normalmente sulla base dei dati della contabilità dell'imprenditore, ma questo non ci deve far sconoscere che si tratta d'una cosa che va al di là di quanto si abbia riflesso nei libri contabili dell'imprenditore.

Una volta constatata la situazione d'insolvenza e iniziato la procedura fallimentare, i registri contabili dell'imprenditore acquisiranno, di nuovo, la funzione d'istrumenti probatori –in questo caso consideriamo, *in contra* dell'imprenditore- sulla situazione ed i movimenti patrimoniali che hanno avuto luogo nell'impresa. Nel momento di dover qualificare il fallimento sarà quando i documenti contabili acquiscano un'efficacia probatoria diversa, utilizzando, in questo caso, come mezzo per argomentare se gli amministratori hanno attuato o meno in modo diligente nel adempimento dei suoi doveri contabili.

Per quanto riguarda al piano funzionale, si deve considerare che non si possono estrarre conclusioni troppo ampie al riguardo, giacché gli effetti giuridici concreti che si derivano d'ogni libro dipenderanno dalle caratteristiche e le funzioni proprie che queste abbiano affidate. Così, non è uguale il contenuto del libro giornale, che quello degli inventari; come neanche –anche non abbiano carattere contabile- hanno la stessa finalità il libro-registro dei soci o il libro di

secondo piano le funzioni sanzionatorie dell'imprenditore. Così, PEINADO GRACIA, J.I., "La protección de los acreedores en el concurso: ¿Quién es el acreedor?", in *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, núm. 3, 2010 (Ejemplar monográfico sobre Derecho concursal en homenaje a D. Antonio Pérez de la Cruz), pp. 74-75.

operazioni con il socio unico in una società unipersonale, anche se a questi si applichino determinate norme generali sulla tenuta¹⁷⁴.

d) Valore dei libri all'interno dell'impresa: il segreto della contabilità

Lasciando a un lato l'ambito degli effetti esterni dei libri contabili e, dunque, la sua efficacia processuale, si deve considerare, ancora, il piano di utilità interna che i libri contabili svolgono per il proprio imprenditore. Oltre all'effetto vertebratore e organizzativo della società al cui abbiamo ormai fatto riferimento, si deve considerare che la realizzazione di manifestazioni economiche nei libri di contabilità suppongono la fissazione di manifestazioni che integrano un preteso *diritto all'intimità* dell'impresa¹⁷⁵. Derivato dal diritto costituzionale alla libertà d'impresa, l'imprenditore può organizzare il suo negozio nel modo che consideri più efficiente, così come adottare le strategie nel mercato che consideri più adeguate. Alla consecuzione di questi fini può contribuire il fatto che l'informazione sulla situazione economica e l'organizzazione dell'impresa abbiano un certo carattere *riservato*. I registri contabili conformano così una manifestazione del diritto all'autodeterminazione informativa dell'imprenditore. La scomposizione del contenuto di questo diritto, e dalla parte dell'informazione contabile che sia accessibile fuori dalla struttura dell'impresa, precisa di realizzare un'analisi d'interessi a proteggere, nei quali si confrontino gli interessi dei terzi e l'interesse dell'imprenditore alla gestione efficiente della sua propria impresa.

¹⁷⁴ Per un'analisi dettagliata dell'evoluzione storia dell'efficacia probatoria dei libri di contabilità dai tempi romani, *vid.* DE LA CUESTA RUTE, J.M., "La contabilidad en el Código...", *Op. cit.*, pp. 355-362.

¹⁷⁵ Sebbene consideriamo più opportuno, come segnala LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, p. 46, considerare che si fa riferimento all'ambito della privacy, che è più ampio di quello dell'intimità, e collegare, in conseguenza, il segreto della contabilità più al diritto all'informazione (autoinformazione) che al diritto all'intimità, tutt'altro, più predicabile delle persone fisiche.

Ugualmente, la dottrina spagnola si mostra favorevole a considerare alle imprese come possibili titolari del diritto all'intimità personale costituzionalmente protetto, permettendosi, incluso, la sua protezione per via indennizzatoria del danno morale. Così, PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., "Sobre las reformas legislativas...", *Op. cit.*, p. 2979. In questo senso si pronuncia da qualche tempo la Suprema Corte spagnola (sentenze del 31 marzo 1928 e del 25 giugno 1945).

Nonostante il riconoscimento d'interessi esterni alla società nell'informazione contabile, e la protezione giuridica di questi, il regime generale continua essendo la privacy dell'informazione contabile –considerata nel art. 2711 C.c. e 32 C. de c. spagnolo-¹⁷⁶. In favore del mantenimento di questa privacy, viene riconosciuto il segreto della contabilità¹⁷⁷, in modo tale che, salvo in tre presupposti, il legislatore impedisce ai terzi estranei alla struttura dell'impresa accedere al contenuto dei libri di contabilità. Il primo degli accessi ai dati contabili sulla situazione dell'impresa ha luogo in modo generale anche con portata ristretta, si fa riferimento all'obbligo di dare pubblicità e depositare i bilanci in modo tale che qualsiasi terzo interessato possa avere accesso ai dati economici di sintesi in questi contenuti. Quest'informazione sarà oggetto di studio più avanti. Le altre due forme d'accesso all'informazione contabile dell'impresa sembrano ora più interessanti in questo momento e sono caratterizzate nella regolazione positiva dal fatto che il suo accesso è riempito di cautele –per evitare violazioni ingiustificate della privacy- e per doversi portare a termine, in ogni caso, sotto l'autorizzazione giudiziaria che giustifica quest'accesso.

Il primo di questi due presupposti è il dovere di consegnare i libri di contabilità una volta dichiarata la situazione di fallimento. La giustificazione di questo dovere è evidente, giacché si fa un giudizio sullo stato eccezionale d'insolvenza della società ed i documenti contabili conformano l'elemento

¹⁷⁶ Un primo passo verso questo riconoscimento d'interessi esterni si fece attraverso la riforma del 1973, che modificai la dizione dell'antico art. 45 C. de c., il quale considerava che *non si potrà fare indagine d'ufficio da Giudice o Tribunale o Autorità alcuna, per inquisire se i commercianti tengono i suoi libri secondo le disposizioni di questo Código, né fare investigazione né esame generale della contabilità negli uffici o scrivanie dei commercianti*, introducendo dopo di questo le istituzioni della comunicazione e la esibizione.

Come ha osservato parte della dottrina, il concetto di segreto contabile si trova in crisi. In primo luogo, perché non si è stabilito in considerazione dell'ordine pubblico. Così l'ha dichiarato la Suprema Corte al sostenere che il segreto dei libri ed i documenti contabili non è d'ordine pubblico, ma sono norme ispiratrici nel interesse del commerciante (S. del 13 marzo 1964, la quale invoca a quella del 5 marzo 1917), PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., "Sobre las reformas legislativas...", *Op. cit.*, p. 2979.

¹⁷⁷ Dobbiamo manifestare qui la nostra opinione su lo sfortunato, anche se tradizionale e generalmente diffuso, concetto di «segreto della contabilità», quando sarebbe più espressivo impiegare espressioni tali come privacy dell'informazione contabile oppure far riferimento al suo carattere riservato.

primordiale per analizzare la portata e le responsabilità nell'attuazione. In casi di fallimento, salvo quando tiene luogo la consegna volontaria dei libri in caso di fallimento volontario, il giudice richiede al fallito la consegna dei libri di contabilità¹⁷⁸.

L'altro caso fa allusione alla possibilità, in caso di lite, che il giudice decreti la comunicazione o esibizione dei libri di contabilità. In questo caso, ugualmente, con autorizzazione giudiziale si permette l'accesso a parte della documentazione contabile dell'imprenditore. La regolazione di queste istituzioni mette in evidenza la prudenza del legislatore al non autorizzare accessi eccessivamente ampi alla privacy contabile dell'imprenditore. In questo modo, di forma generale si decreterà l'esibizione della parte della contabilità che riguardi alla disputa; e solo in circostanze eccezionali, si permetterà la comunicazione o riconoscimento generale: successione universale, fallimento, liquidazione delle società o entità commerciali, cassa integrazione, e quando i soci o i suoi rappresentanti legali ne abbiano diritto¹⁷⁹.

¹⁷⁸ L'importanza dell'informazione contabile nella procedura concorsuale risponde, ugualmente – anche se forse più riferito all'informazione che trascende all'interno dell'impresa – alla necessità d'articolare un procedimento nel quale si distribuiscano in modo efficiente i risorse insufficienti dell'impresa fra l'insieme dei creditori destinati a restare insoddisfatti. A questo riguardo, la configurazione del presupposto fallimentare su questa incapacità per adempiere in modo regolare gli obblighi origina la necessità di scoprire la situazione prossima al fallimento, perché il soggetto che rileva la situazione d'insolvenza sarà "premiato" con un privilegio nel riparto della massa attiva del concorso. In questo senso sono molto interessanti le percezioni del maestro PEINADO GRACIA, J.I., "Cooperación y pillaje en el concurso", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 9, 2006, pp. 231-257, il cui osserva che l'istaurazione di questa figura del "battitore" genera dei costi nel procedimento concorsuale, allo quale aggiunge, nonostante che, in un mercato il suo ordinamento sconoscesse un procedimento concorsuale, di fronte al minimo sospetto d'insolvenza in un agente economico, i creditori sarebbero stimolati ad adirarsi, a perseguire immediatamente la soddisfazione dei suoi crediti con assenza completa di ogni stimolo cooperativo. Pensiamo che la maggiore trasparenza dell'informazione contabile dell'impresa servirebbe come inventivo per un rilevamento più veloce della situazione d'insolvenza, evitandosi, dallo stesso modo, parte importante dei costi adatti all'ispezione allo scopo del rilevamento primario dei presupposti concorsuali.

¹⁷⁹ Più ristretta è la norma italiana dell'art. 2711 C.c., la cui soltanto permette la comunicazione integrale nei casi di dissoluzione di società, comunità di beni o successioni *mortis causa*. Perciò, si seguirà il procedimento dell'art. 212 CPC, che determina che al ordinare l'esibizione dei libri di commercio, il giudice, a istanza dell'interessato, potrà disporre che s'elaborino degli estratti, per la conformazione dei quali nominerà ad un notaio e, quando verrà richiesto, ad un esperto che l'assisterà.

La regolazione processuale spagnola dell'articolo 327 LEC è meno espressiva, considerando che quando si devano utilizzare come mezzo di prova i libri dei commercianti, si starà a quanto disposto dalle leggi commerciali. In modo motivato, e con carattere eccezionale, il tribunale potrà richiamare

ii. Natura giuridica del bilancio

Allontanandoci dall'ambito della natura giuridica dei libri contabili, si deve considerare ora la natura giuridica del bilancio, prendendo in considerazione dal primo momento che tutte le note predicabili su questo ci deve far cambiare la logica che avevamo adottato al riguardo dei libri contabili. Così, se questi si gestivano dalla premessa generale di trattarsi d'informazione contabile di carattere riservato, il bilancio ha la vocazione di rendersi pubblico.

Cambiano, allo stesso modo, la maggioranza delle note che si attribuiscono ai libri di contabilità. A differenza di questi, si può dire con rotondità che il bilancio costituisce un'autentica manifestazione, perché presenta un destinatario –anche sia generico-, e si può anche predicare di questo che abbia un carattere recettizio – sebbene con portata indeterminata-. In secondo luogo, e a differenza degli allibramenti nei libri di commercio, i bilanci sono firmati da tutti gli amministratori della società e, quanto è più, sono oggetto d'approvazione da parte dell'Assemblea generale della società¹⁸⁰, questo ci deve portare a considerare che non solo adempiono una manifestazione di fatti da parte degli amministratori –o, come a volte si ha preteso, una rendicontazione sulla sua gestione- ma si tratta d'una manifestazione *della società* con la quale si vogliono fare pubblici certi dati all'esterno della società.

Su quale sia la natura concreta di questa manifestazione, pensiamo che si tratta, ugualmente, di una dichiarazione di scienza o verità; e pure, se si vuole approfondire sul ragionamento che abbiamo fatto prima, si può dire che si tratta

che si presentino di fronte a lui i libri o il suo supporto informatico, sempre che si specifichino gli allibramenti che devono essere esaminati.

¹⁸⁰ Salvo in determinati ordinamenti che attribuiscono questa competenza all'organo di supervisione, come nel caso tedesco di società per azioni o nel sistema dualistico stabilito dopo la riforma delle società nella normativa italiana.

d'una dichiarazione *di terzo livello*, perché il bilancio non suppone altro che una riconfigurazione sintetica dei dati contenuti nei libri contabili, che vengono riformulato per la creazione di questi stadi sintetici.

Il fondamento delle differenze fra il bilancio ed i libri contabili in quanto alla sua natura giuridica dobbiamo cercarlo, precisamente, nell'esistenza d'interessi esterni all'impresa in disporre d'informazione sulla situazione economica e patrimoniale di questa, ai quali abbiamo fatto riferimento previamente. Considerata la confluenza di questi interessi esterni ed il diritto dell'imprenditore all'autodeterminazione informativa ed alla privacy delle informazioni che si generano nel suo negozio, si deve arbitrare un sistema di equilibrio che offra soddisfazione a questi due interessi prima faccia opposti. La soluzione normativa è quella di creare due ambiti d'informazione: uno esteso ed un altro ristretto; che presentano, allo stesso tempo, caratteri diversi, riservato l'uno, e pubblico l'altro. Così, all'informazione che si contiene nei libri di commercio ed in qualsiasi altro documento che si genera all'interno dell'impresa, l'ordinamento li riconosce privacy, la quale si protegge attraverso il segreto della contabilità. Per il contrario, quando s'impone all'imprenditore il dovere di elaborare dei documenti finanziari di sintesi, questi supporranno dei riassunti sul risultato della sua attività e la sua situazione patrimoniale ai quali si dovrà offrire pubblicità, depositargli nel Registro delle Società e permettere a qualsiasi interessato che ne abbia accesso. Le norme regolatrici di questo documento, il bilancio, conformano il chiamato diritto dei bilanci in senso stretto, che determina le informazioni minime che ogni imprenditore deve comunicare all'esterno del suo negozio.

Sulla natura giuridica del bilancio si deve partire sulla base che si trattano d'una comunicazione pubblica che realizza l'imprenditore attraverso la quale, per imperativo legale, comunica dati sulla sua situazione finanziaria, il risultato economico e la sua struttura patrimoniale. Consiste in una comunicazione di carattere obbligatorio, perché è offerta per mandato della legge; ed, allo stesso tempo, di contenuto sintetico, perché può solo offrire un'informazione contabile aggregata, senza entrare in troppi dettagli sul insieme delle voci -allibramenti-

concrete che lo compongono. Si conforma, così, come un *minimum* con il quale il legislatore considera che si rendono soddisfatte le necessità informative dei terzi estranei all'impresa. L'accesso a quest'informazione si produce attraverso il deposito del bilancio nel Registro delle Società. Il bilancio consegnato non ha nessun valore legale giuridicamente privilegiato, perché il registro semplicemente serve come archivio dell'informazione, senza che quest'informazione produca speciali effetti giuridici. Infatti, l'incaricato dell'ufficio del Registro non sviluppa nessun lavoro di approfondimento nel suo contenuto, ma semplicemente considera le sue formalità esterne e lo "consegna" nei suoi archivi -compito sempre diverso alla "qualificazione", almeno nel suo senso tradizionale-. Per tanto, si deve capire che gli effetti che produce il bilancio semplicemente approvato dall'Assemblea generale saranno esattamente gli stessi dal bilancio consegnato, sebbene -in regola generale- soltanto quest'ultimo sarà accessibile dai terzi.

La redazione, approvazione e pubblicità del bilancio danno fine al ciclo contabile dell'impresa. L'approvazione di questo dall'Assemblea generale, allo stesso tempo, svolge funzioni diverse, che possono essere predicate dal bilancio, non già come stadio di sintesi sulla situazione finanziaria della società, ma come atto giuridico emanato dall'Assemblea generale. Così, l'approvazione del bilancio produce, da un lato, l'effetto dell'approvazione dell'attuazione degli amministratori di fronte alla società, fermi restando nonostante le eventuali responsabilità in qui questi siano incorsi, giacché l'approvazione non significa la ratificazione dei suoi atti. E, d'altro lato, implica l'approvazione del risultato dell'esercizio, procedendo, ulteriormente, alla discussione ed approvazione dell'applicazione che si deva dare ai benefici ottenuti o, nel caso, alla adozione di decisioni su come procedere per fare fronte alle perdite che si abbiano generato.

Nonostante quanto fin qui affermato, esiste una zona intermedia tra la pubblicità del bilancio e il segreto dei libri contabili nelle società di capitali. Ci riferiamo al diritto dei soci di srl alla consultazione nei libri di contabilità dell'impresa delle registrazioni che si adottarono come basi per la redazione del bilancio, in modo che si possa verificare se il risultato dell'esercizio al cui sono

arrivati gli amministratori è corretto, e per poter procedere ad una vera censura della sua attuazione. Nella configurazione delle società limitate attraverso articolazioni legali mancanti delle rigidità proprie della SA, si attribuiscono le facoltà di controllo ai soci perché questi attuino come contrappeso al potere degli amministratori.

Come s'afferma, pensiamo che il bilancio conforma una dichiarazione di scienza o verità di carattere recettizio, obbligatorio e di terzo grado¹⁸¹. Dobbiamo prendere in considerazione di nuovo possibilità di rettificazione del bilancio. Perché se si tratta di una dichiarazione di scienza o verità, questa verità esternamente manifestata può essere falsata?¹⁸² Per dare risposta –e senza volere incidere troppo nella materia dell'impugnazione della decisione d'approvazione-¹⁸³ dovremo differenziare tra i casi in cui il bilancio è stato adeguatamente elaborato ed approvato dall'Assemblea generale ma i documenti che si presentano per la sua consegna nel Registro delle Società –dolosamente o per sbaglio, questione che, in questo momento è indifferente- è una cosa diversa; e quei supposti nei quali i bilanci soffrono degli sbagli nella sua formulazione, il cui implica che il suo contenuto è incorretto, che si è approvato (ed in caso, anzi, revisionato) un bilancio inesatto, e, dunque, per correggere ci vuole una nuova elaborazione, approvazione e conclusione di tutto il processo.

Il primo di questi due supposti sembra più semplice: quello che si consegna non si corrisponde con la dichiarazione emessa dall'Assemblea generale. Basta con fare costare questa circostanza documentalmente –pensiamo che basterebbe un atto notarile nel quale si fa costare che il contenuto del bilancio approvato

¹⁸¹ VICENT CHULIÀ, F., *Las cuentas anuales de la Sociedad Anónima...*, *Op. cit.*, p. 111, considera che ugualmente si tratta d'una dichiarazione di conoscenza che formula la società, sebbene, approfondisce sulla conformazione organica di questa dichiarazione come concorso delle volontà di tutti i suoi organi, che permette di determinare alla chiusura dell'esercizio la situazione del patrimonio, quella finanziaria e di liquidità, ed il risultato del esercizio.

¹⁸² LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 165.

¹⁸³ Si fa riferimento qui ai casi nei quali la rettificazione è istata in modo volontario dagli amministratori, perché saranno considerato più avanti in questo studio i casi di necessità di formulazione del nuovo bilancio come conseguenza dell'impugnativa della delibera per la quale il primo bilancio fu approvato dall'assemblea.

nell'Assemblea non si corrisponde con quello consegnato dagli amministratori-, e richiedere la rettificazione nel Registro delle Società. In questo presupposto avremmo una sola dichiarazione di volontà –l'approvazione dell'Assemblea-, seguita posteriormente da un atto erroneo, una consegna incorretta. Con il deposito del bilancio approvato e cancellata la consegna previa, avendosi attestato adeguatamente e giustificato nel Registro, si risolverebbe la situazione di conflitto. Si lascerebbe aperta la possibilità che, eventualmente, hanno i soci o i terzi che abbiano fatto dell'informazione del Registro e si trovino pregiudicati dalla sua inesattezza, per intentare azioni di responsabilità contro gli amministratori che non attuarono diligentemente nella prima consegna del bilancio.

Il secondo dei presupposti suppone un inadempimento degli amministratori di maggiore profondità. Implica che questi hanno elaborato un bilancio che non si corrisponde con la situazione reale dell'impresa, e che questo fu approvato e consegnato nel Registro. In quest'ipotesi, considerando il dovere che il bilancio offra l'immagine vera e fedele della situazione dell'impresa, questo bilancio deve essere riformulato. Perciò è necessario, in primo luogo, impugnare la decisione dell'Assemblea generale d'approvazione del bilancio¹⁸⁴, perché questo non risponde effettivamente alla situazione dell'impresa –il cui si potrà svolgere, promosso dai soci, per esempio, quando questi costatino nella srl l'inesattezza, facendo uso del suo diritto a consultare i libri contabili che sono stato utilizzati come base per l'elaborazione del bilancio; o, in qualsiasi caso, dagli amministratori stessi o i membri dell'organo di supervisione –quando esista- che si rendano conto dello sbaglio o gli sbagli commessi nel bilancio e decidano presentare questa situazione all'Assemblea generale-. Impugnate e lasciate senza validità questo bilancio, considero –perché la normativa non stabilisce nessun procedimento al riguardo-, che si deve indicare questa decisione attestata dal notaio, al Registro delle Società per così lasciare senza validità il bilancio consegnato e nessun terzo si possa approfittare (pregiudicare) dall'informazione ottenuta dal Registro. Una volta lasciate senza validità questo bilancio si dovrà procedere all'approvazione

¹⁸⁴ Su questo tema, *vid.*, BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio d'esercizio...*, *Op. cit.*

d'un nuovo bilancio formulato dagli amministratori (ed, in caso, sottomessi a revisione legale) nelle quali si abbiano salvato gli sbagli percepiti.

In questo supposto, ci troviamo con un nuovo problema che si aggiunge, l'efficacia delle decisioni che si abbiano adottato sulla base del risultato economico riflesso da questo bilancio. Fondamentalmente facciamo riferimento alla decisione adottata dall'Assemblea generale sul destino degli utili ripartibili ottenuti. Ci dobbiamo questionare cosa succede con gli utili ripartiti in caso che, ora, si costate che non esiste già la base per questi o che la sua quantità è inferiore. Due soluzioni possibili si possono considerare al riguardo: la prima, sarebbe quella di promuovere la devoluzione da parte dei soci degli utili distribuiti in modo irregolare. Questa soluzione sarebbe difficile di portare a termine, giacché si è prodotta un'approvazione in Assemblea generale di un risultato finanziario, e che da luogo alla determinazione giuridica del risultato e la nascita del diritto del socio a partecipare negli utili. Nonostante, se si toma in considerazione la teoria generale della nullità degli atti giuridici, la dichiarazione di nullità d'una decisione dell'Assemblea generale produce effetti *ex tunc*, e dunque tutti gli atti giuridici che nascono posteriormente e che abbiano origine su di questo, risulteranno ugualmente nulli, nel nostro caso, la distribuzione degli utili¹⁸⁵.

La seconda delle possibili soluzioni, sempre che così si decida nell'Assemblea generale d'approvazione del secondo bilancio, consisterà in non richiedere la reintegrazione degli utili irregolarmente distribuiti, e considerare questo riparto come "in acconto", o fissargli, nel suo caso, come perdita patrimoniale, adottandosi, in conseguenza, le misure necessarie per la ricapitalizzazione della società -tipicamente un aumento di capitale, o l'impiego di riserve di libera disposizione-. Questa soluzione, nonostante, ci potrebbe sembrare

¹⁸⁵ La materia è considerata nella normativa inglese perché implica una delle ipotesi d'applicazione della Fraudulent Transfer Law, *vid.* sulla sua concreta applicazione, BAIRD, D.G., "Legal Approaches to Restricting Distributions to Shareholders: The Role of Fraudulent Transfer Law", *EBOR*, núm. 7, 2006, pp. 199-215, così come, WAGNER, G., "Distributions to Shareholders and Fraudulent Transfer Law", *EBOR*, num. 7, 2006, pp. 217-231.

insoddisfacente se s'impiega la logica degli interessi dei creditori della società: se si può procedere al riparto irregolare degli utili non ottenuti in realtà sulla base d'un bilancio irregolarmente approvato, dal cui si derivano dei benefici che posteriormente si costatano come inesistenti, si produce una descapitalizzazione della società che, in somma, produce una riduzione delle garanzie patrimoniali con le quale i creditori trovano garantiti i suoi crediti. Incluso, nel caso di prodursi l'eventuale iniezione patrimoniale attraverso un aumento di capitale per fare fronte a queste perdite, questo supporrebbe una variazione nella struttura dell'azionariato e del capitale, cosa che potrebbe produrre un cambiamento ingiustificato nella distribuzione del potere dentro dell'Assemblea della società.

**CAPITOLO II – CONFIGURAZIONE DEL DOVERE CONTABILE (I):
ATTRIBUZIONE SOGGETTIVA DEL DOVERE**

ATTRIBUZIONE SOGGETTIVA DEL DOVERE

I. Soggetto del dovere di contabilità

A. Questione previa: la necessità d'adeguamento del sistema contabile alle caratteristiche dell'impresa

B. La configurazione della contabilità come dovere dell'imprenditore

- i. Finalità dell'osservanza del dovere
 - a) Il fattore della complessità dell'impresa
 - b) Il concetto contabile d'imprenditore e l'esclusione del piccolo imprenditore
 - c) L'imprenditore commerciale e gli imprenditori agricolo ed artigiano
 - d) La tesi del ricorso al mercato di capitali
- ii. Elenco dei soggetti obbligati alla tenuta
 - a) Singolo imprenditore
 - b) Società commerciali
 - c) Società cooperative e società di base mutualista
 - d) Consorzi con attività esterna, Unioni Temporanee d'Imprese e Gruppi d'Interesse Economico
 - e) Gli enti pubblici che svolgono un'attività commerciale
 - f) Enti senza personalità giuridica
 - g) Soggetti civili: Sociedades Agrarias de Transformación, associazioni e fondazioni
 - h) Entità non assoggettate per la normativa commerciale
 - i) Ricapitolazione: conclusioni sul piano soggettivo
 - j) Pluralità d'aziende
- iii. La contabilità del imprenditore individuale. Effetti dei vizi del consenso nelle dichiarazioni contabili
 - a) Capacità dell'imprenditore
 - b) Vizi del consenso

II. Attribuzione organica del dovere nelle società di capitali

A. Considerazioni generali

- i. Sistemi normativi di distribuzione delle competenze
- ii. Distribuzione organica delle competenze contabili
- iii. Attribuzione di responsabilità
- iv. Specialità delle società in formazione e diventate irregolari

B. Funzioni d'amministrazione: Organo d'amministrazione, Consiglieri delegati / comitati esecutivi, Direttori generali

- i. Circostanze personali degli amministratori
- ii. Forme di organizzazione dell'amministrazione: Consiglio di amministrazione
- iii. Delegabilità ed indelegabilità dei doveri contabili
- iv. Delega organica delle competenze: consiglieri delegati e commissioni esecutive
- v. Delega volontaria del dovere
 - a) Forme della delega
 - b) La direzione finanziaria e contabile
 - c) L'azione dei ragionieri della società
- vi. Responsabilità per i soggetti subordinati
- vii. Sostituzione legale degli amministratori

C. Funzioni di supervisione: Collegio Sindacale

- i. Dovere d'assicurare che il sistema organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società sia adeguato ed abbia un corretto funzionamento

- ii. Revisione del progetto di bilancio
- iii. Dovere di rilevare e denunciare le irregolarità contabili
- iv. Approvazione del bilancio

D. Funzione di Controllo Legale: la revisione legale dei conti

E. Competenze dell'Assemblea generale

- i. Nomina dei revisori legali dei conti
- ii. Approvazione del bilancio e decisione sul destino degli utili
- iii. Censura degli amministratori

Si rivela necessario offrire una descrizione adeguata su come si configurano i doveri contabili, per poter analizzare dopo, le eventuali responsabilità che dalla loro trasgressione possono derivare nelle società di capitali. La contabilità presuppone la quantificazione economica degli elementi integranti di un patrimonio e dei risultati di un'attività. Perciò è necessario attribuire quest'attività e considerare questo patrimonio riferito a un soggetto, che dovrà sottoporsi all'adempimento del dovere. Quest'attribuzione è quello che la dottrina denomina "personificazione contabile"¹⁸⁶. Nonostante ciò, fronteggiamo un compito difficile data la confusa sistematica utilizzata dalla normativa al momento di enunciare il contenuto del dovere contabile. È tradizione che l'ordinamento consideri una scissione del contenuto della contabilità imprenditoriale intorno a due blocchi: da un lato si trova la regolazione dei doveri di tenuta e conservazione della contabilità (ai quali fanno riferimento gli artt. 2214 a 2220 C.c. italiano, e gli artt. 25 a 33 del C. de c. spagnolo) e, d'altra parte, la configurazione di un *diritto dei bilanci* o un *derecho de las cuentas anuales* (artt. 2423 a 2435 bis del C.c. italiano e, per il caso spagnolo, nella duplicità –anche se con diverso ambito d'applicazione– degli artt. 34 a 49 del C. de c. e gli artt. 253 a 284 della LSC). Questi riferimenti normativi si completano con un ampio elenco di regole, tanto di carattere specifico per determinati tipi di società, come altre di rango inferiore alla legge.

Come si vede, dall'inizio si stabilisce una distinzione fra un diritto del procedimento contabile e un diritto dell'informazione contabile. Il primo gruppo di norme si basa sulla descrizione di come si deve procedere alla registrazione contabile, in modo tale da rendere i dati indicati nei libri sociali utili per l'elaborazione dell'informazione contabile, allo stesso modo si fa riferimento all'efficacia che questi registri contabili possono avere nell'ambito esterno

¹⁸⁶ Espressione coniata nella dottrina spagnola da BLANCO CAMPAÑA, J., *El derecho contable en España, Op. cit.*, p. 41.

all'impresa. Sorprendentemente, la normativa non fa nessun riferimento all'utilità che queste registrazioni svolgono per lo stesso imprenditore nella pianificazione della sua attività e nemmeno al legame né fattuale, né ai fini della responsabilità, che devono avere gli amministratori nella attuazione dell'attività riguardo ai dati indicati nelle scritture contabili. Una volta in più, la normativa non considera il ruolo che la contabilità svolge nella struttura interna dell'impresa, ambito che si lascia –forse in modo troppo ampio- alla discrezionalità dell'imprenditore.

Dalla sua parte, il *diritto dei bilanci o derecho de las cuentas anuales*¹⁸⁷ mette enfasi sull'informazione. Le norme al riguardo sono orientate all'elaborazione di stati contabili informativi, nei quali si sintetizzano i dati economici, finanziari e patrimoniali più rilevanti della società durante l'esercizio economico a cui vengono riferiti. S'impone per questo un procedimento che deve garantire la veridicità, la comparabilità e l'utilità dell'informazione in questi raccolta. In modo diverso da quanto succede con la tenuta aggiornata dei libri contabili, l'informazione contenuta nei bilanci offre una visione statica e preterita della situazione dell'impresa, giacché comporta semplicemente una «fotografia» o la

¹⁸⁷ È interessante questa dicotomia terminologica. Mentre che il diritto italiano e tedesco sono rimasti sempre fedeli alla terminologia di "diritto dei bilanci" facendo riferimento ai documenti contabili di sintesi dell'esercizio come "bilancio" o "Bilanz", la dottrina spagnola ha abbandonato questa terminologia in seguito all'adozione alla normativa europea in materia di società nel 1989, sostituendosi nella Ley de Sociedades Anónimas l'epigrafe "Del balance" con quella di "Las cuentas anuales". Nella nostra opinione al riguardo questa seconda denominazione risulta più adeguata, giacché "las cuentas" si trovano integrate da un insieme di documenti che eccedono omrai il semplice "stato patrimoniale" (balance – bilancio), il quale –sebbene sia quello con maggiore rilievo informativo- è semplicemente uno di questi documenti. Alcuni autori spagnoli, nonostante ciò, preferiscono continuare ad utilizzare la terminologia tradizionale, *vid.* GONDRA ROMERO, J.M., "Significado y función del principio de "imagen fiel"...", *Op. cit.*; *idem*, "El nuevo rumbo del Derecho de balances europeo: las opciones que se abren al legislador español", *RdS*, num. 23, 2004, pp. 19-47; *idem*, "Los mercados internacionales de capitales marcan el rumbo del derecho europeo de balances: ¿hacia dónde nos llevan?", in *Responsabilidad social corporativa: aspectos jurídicos-económicos*, Servicio de publicaciones Universitat Jaume I, Castellón, 2005, pp. 99-180.

La divergenza normativa si estende, ugualmente al contenuto proprio dell'insieme di conti. Così, mentre che in Italia, il bilancio è composto dallo *stato patrimoniale*, il *conto economico* e la *nota integrativa*; nel Diritto spagnolo, *las cuentas anuales* sono costituite –classicamente- dal *balance*, la *cuenta de pérdidas y ganancias* e la *memoria de ejercicio*. A questi tre documenti si devono aggiungere, a partir della riforma operata dalla Legge 16/2007, di 4 luglio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, un *estado que refleje los cambios en el patrimonio neto* ed un *estado de flujos de efectivo*.

verificaperiodica dello stato delle cose¹⁸⁸; mentre la registrazione regolare delle operazioni nei libri comporta il riflesso delle operazioni presenti delle quali derivano nel momento attuale cambi patrimoniali per l'impresa.

Entrambi i due gruppi di norme, nonostante il fatto di essere vincolati fra di loro da una relazione di dipendenza, sono stati tradizionalmente trattati dalla dottrina come due obblighi diversi che presuppongono l'adempimento di due doveri di natura diversa¹⁸⁹. Pensiamo, ciononostante, che per costruire il quadro degli adempimenti che s'ordinano agli imprenditori è necessario offrire una trattazione complessiva nella quale si prendano in considerazione entrambi i gruppi, insistendosi in modo speciale sui punti di connessione che esistono tra di loro.

La configurazione legale dei doveri contabili si caratterizza anche per il suo arcaismo. Si mantengono delle istituzioni e dei requisiti nella normativa che nell'attualità hanno perso il loro senso e, allo stesso tempo, non si è proceduto all'adattamento delle norme alle nuove necessità dell'impresa. Questo mette in rilievo un certo disinteresse del legislatore ad offrire una precisa configurazione del modo in cui l'imprenditore deve far fronte ai suoi doveri contabili¹⁹⁰. Nella

¹⁸⁸ RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 24.

¹⁸⁹ In questo senso si pronuncia la dottrina spagnola più notevole al considerare che la responsabilità di formulazione del bilancio è indipendente da quella che spetta agli amministratori che non osservano l'obbligo di tenuta dei libri che gli impone il Código de comercio, GARRIGUES, J. e OLIVENCIA, M., "Del balance", in *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo II, 3ª Ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, p. 380. Sebbene la distinzione che fa il maestro si fonda principalmente sul fatto che è necessario svolgere una logica diversa in uno ed altro caso di fronte all'imputazione di responsabilità.

Questa situazione è stata criticata da parte della dottrina, *vid.*, per tutti, BOCCHINI, E., *Le scritture contabili*, *Op. cit.*, p. 11, nt. 13, il quale considera che «la nostra dottrina giuridica, seguendo il cattivo esempio del codice civile del 1942, ha fin qui trattato il tema delle scritture contabili e del bilancio in modo separato, studiando le scritture contabili nella teoria generale dell'impresa e dell'imprenditore e, viceversa, il tema del bilancio di esercizio, nella sede delle società di capitali e, in particolare, delle società per azioni». Sembra che con questo trattamento si ignori che le norme riferite alla tenuta della contabilità riguardano in modo diretto le società in quanto imprenditori, e il loro adempimento è rilevante tanto quanto quello delle norme regolatrici del bilancio.

¹⁹⁰ Un esempio paradigmatico e, per le sue implicazioni, aneddótico di questa trascuratezza è costituito dalla dizione dell'articolo 29.2 del C. de c. spagnolo. Dopo aver modificato parte della normativa del Código attraverso la Legge 16/2007 (artt. 34 a 41), si è lasciata perdere l'occasione per correggere il riferimento che questo precetto fa ancora a che «Las anotaciones contables

descrizione dei comportamenti ordinati all'imprenditore, in alcune occasioni sembra che non si prendano in considerazione gli interessi che le istituzioni contabili devono soddisfare.

Sia nel diritto italiano come in quello spagnolo, si prescinde da qualsiasi visione programmatica, o riferimento alcuno alla finalità delle norme quando si regola l'adempimento dei doveri contabili. Le regole sulla tenuta si limitano a determinare il modo in cui si devono registrare i fatti con rilevanza economica, così come a stabilire le formalità che si devono rispettare nell'uso e la conservazione dei libri. Le norme sul bilancio determinano i dati che questi documenti devono raccogliere sulla base delle registrazioni contenute nei libri di contabilità. Ma né i libri né le scritture di sintesi offrono una visione di futuro, finanziaria o programmatica, sull'andamento dell'impresa¹⁹¹. L'unico riferimento al riguardo che si trova nella normativa è il contenuto della relazione sulla gestione degli amministratori delle società di capitali¹⁹², documento che, nonostante tutto, non forma parte del bilancio in senso stretto.

In modo uguale a come il diritto si divide in diritto pubblico e diritto privato in funzione di quali sono, in via di principio, gli interessi protetti dalle sue norme;

deberán ser hechas expresando los valores *en pesetas*» (Le registrazioni contabili si dovranno fare esprimendo il loro valore in pesetas). Anche se la riforma non è strettamente necessaria, giacché attraverso la Ley 46/1998, del 17 dicembre, sull'Introducción del Euro si dispone che i riferimenti normativi fatti a valori espressi in pesetas si intenderanno –con la dovuta conversione- effettuati al loro equivalente in euro; per semplice questione d'estetica si sarebbe potuta introdurre la dizione corretta del precetto approfittando della riforma della normativa contabile del Código. Questa mancata correzione si trovava fino a poco fa pure presente nell'art. 2323 C.c. ita., 5º comma, che considerava che «Il bilancio deve essere redatto *in lire*».

¹⁹¹ In questo senso, RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, Op. cit., p. 24, «Il nostro ordinamento non prevede e non disciplina, accanto al bilancio consuntivo, alcun documento prospettico o preventivo».

¹⁹² Così, l'art. 2428 C.c. italiano dispone che la relazione sulla gestione deve contenere «una descrizione dei principali rischi e incertezze cui la società è esposta». Ugualmente si stabilisce che «dalla relazione devono in ogni caso risultare: (...) 5) i fatti di rilievo avvenuti dopo la chiusura dell'esercizio; 6) l'evoluzione prevedibile della gestione (...)».

Dalla sua parte, l'art. 262.1 della LSC spagnola stabilisce che la relazione sulla gestione dovrà contenere un'esposizione fedele sull'evoluzione degli affari e la situazione della società, insieme ad una descrizione dei principali rischi ed incertezze che affronta, ed aggiunge nel suo secondo comma che informerà ugualmente sugli avvenimenti importanti per la società accaduti dopo la chiusura dell'esercizio e sull'evoluzione prevedibile dell'attività.

la scienza contabile si biforca fra una contabilità finanziaria ed una contabilità di gestione secondo chi siano i destinatari ai quali è diretta. Così, la contabilità finanziaria o esterna è quella regolata dalle norme di Diritto contabile, giacché la sua finalità è quella d'offrire un'informazione storica e sintetica della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa. Offre, dunque, un'informazione sulle relazioni economiche dell'impresa con l'esterno. Di fronte a quella, la contabilità interna o di gestione ha una finalità programmatica perché il suo scopo è procurare dei dati per l'adozione di decisioni. Questi dati possono essere storici, attuali o supporre delle previsioni su futuri affari, essere espressi in unità monetarie o in altri criteri di misura, riferirsi alla totalità o a parte dell'andamento dell'impresa... perché non si trovano sottoposti nella loro elaborazione a nessuna regola imperativa. Si tratta d'informazione che l'imprenditore stesso fornisce in modo libero con l'obiettivo di avere informazione per procedere e decidere sul futuro andamento dell'attività¹⁹³. Questa contabilità di gestione, nonostante ciò,

¹⁹³ Le differenze fra entrambe le branche sono numerose. Così, la contabilità di gestione si dirige esclusivamente agli amministratori della società, come soggetti con capacità di decisione sull'andamento di questa. Offre, dunque, i dati precisi per l'adozione di decisioni. Si tratta di una contabilità che richiede che l'informazione emessa dai diversi stati sia rilevante ed opportuna, intanto che i dati emanati da quella siano utili per l'adozione di decisioni ed arrivino nel momento adeguato. A causa dei suoi destinatari offrirà informazione di molto diverso segno, sia di carattere finanziario come non finanziario, avendo pure l'estensione e la suddivisione necessari in ogni momento. Ma, oltre a queste caratteristiche, il suo attributo fondamentale è che si tratta di un'informazione che non è assoggettata a nessuna regolazione esterna, in modo che l'impresa auto-gestisce come otterrà e che elementi comporranno quest'informazione; incontrandosi, dunque, ai margini della legislazione commerciale, e ugualmente, non si trova assoggettata ad una periodicità determinata, ma si potranno emettere relazioni e documenti contabili con la temporalità che si considera opportuna. A questi effetti, la contabilità più che un dovere d'informazione dell'impresa si configura come uno strumento o tecnica per permettere la sua migliore gestione. Questo tipo d'informazione, oltre a rimanere nell'ambito dell'autonomia della volontà al riguardo della sua elaborazione, si trova completamente protetta dal cosiddetto «segreto della contabilità» che -salvo eccezioni- non permette una conoscenza generalizzata di questa da parte di qualsiasi interessato.

La contabilità finanziaria, invece, viene diretta ad ogni tipo d'utente, siano interni o esterni all'impresa, ma fondamentalmente saranno questi ultimi gli interessati in quella, giacché i primi potranno avere avuto accesso alla contabilità di gestione e disporranno di maggiori informazioni. Si tratta di un'informazione che solo offre dati finanziari, vale a dire, su questioni monetarie relative alla situazione dell'impresa (patrimonio, finanziamento, risultati) e che sono presentati in modo molto aggregato, cioè, senza approfondire in dettaglio e con certa conglomerazione d'informazione. La caratteristica fondamentale che deve avere quest'informazione è che deve essere affidabile, ossia, che possa essere verificata -sia per seguire i procedimenti regolati sia attraverso la verifica *a posteriori* della revisione contabile- e che offra dati oggettivi sulla situazione dell'impresa. Con lo scopo di conseguire questa nota d'affidabilità, si tratta di una contabilità che è soggetta a una determinata periodicità, dovendo essere formulata, come minimo, annualmente, conformando il bilancio. La contabilità oggetto del Diritto contabile sarà necessariamente quest'ultima, alla quale

ogni volta ha un sostegno normativo più importante, anche se rimane sempre con carattere volontario per l'impresa che gli applicano. Questo è il caso della disciplina dell'art. 7 del *Codice di Autodisciplina del Comitato per la Corporate Governance*, nella sua versione di Dicembre del 2011, nel quale si impone alle società quotate che sottoscrivano il Codice di stabilire un sistema di controllo interno e di gestione di rischi, che si materializzerà attraverso la creazione di un comitato di controllo e rischi, incaricato di verificare la situazione della società e che questa sia coerente con i piani dell'impresa, gli scopi che si devono raggiungere ed i rischi che si possono assumere.

Da quanto esposto si può dedurre che il legislatore soltanto offre una regolazione della disciplina contabile in modo imperativo quando in questa si trovano implicati degli interessi estranei alla società stessa, oppure quando da questa si possano derivare dei conflitti d'interesse o di competenza fra i suoi organi. È logico che la portata normativa non vada al di là dall'ambito di quello che sarebbe la mera gestione interna dell'impresa. La struttura organizzativa e i profili gestionali debbono rimanere sempre sotto il controllo dell'imprenditore ed alieni alla regolazione in quanto non si vedano implicati interessi estranei. Solo con questo ragionamento si può apprezzare una corretta applicazione della libertà d'impresa entro la sua organizzazione contabile.

I. SOGGETTO DEL DOVERE DI CONTABILITÀ

Prima di procedere all'analisi sistematica delle condotte in cui il dovere di contabilità viene concretato, risulta necessario delimitare il suo ambito soggettivo. Si tratta d'individuare i soggetti che sono sottoposti alle prescrizioni giuridiche-contabili e analizzare il motivo per il quale quest'obbligo è stato loro imposto. Allo stesso modo, in un secondo momento analizzeremo l'ambito di distribuzione dei

s'applicano in tutta la sua estensione il contenuto delle norme contabili perché gli interessi implicati in essa sono superiori a quelli propri della contabilità di gestione.

compiti contabili nelle società di capitali, cioè, si studierà come ha luogo il riparto delle competenze contabili dentro degli organi societari.

Su questo punto svolge i suoi effetti la distinzione fra la regolazione del dovere di tenuta dei libri contabili ed il dovere di elaborare e pubblicare il bilancio proprio del diritto dei bilanci. Così, mentre la tenuta e conservazione dei libri di contabilità è un obbligo generico che s'impone ad ogni imprenditore, l'elaborazione del bilancio, la sua verifica e pubblicità s'impongono soltanto agli imprenditori che adottano la forma di società di capitali.

La giustificazione dell'esigenza di questo plus si è fatta sulla base tanto del maggiore rilievo economico di questo tipo di società, più propensi a stabilire rapporti economici di una certa dimensione nel mercato; come nella limitazione stessa della responsabilità per i debiti sociali che caratterizza a questi tipi societari e che fanno richiedere una maggior informazione. Le società di capitali, in generale, portano a termine un maggiore numero di transazioni economiche nel mercato, le quali hanno pure una maggiore entità e coinvolgono maggiori rischi. Allo stesso tempo la garanzia dei creditori rimane limitata al patrimonio proprio della società, senza che, per la soddisfazione dei suoi crediti si possa aggredire il patrimonio personale dei soci. Entrambi i due fattori fanno salire il logico interesse dei soggetti, che interagiscono con quelle nel mercato in disporre di dati sulla situazione economica e finanziaria, interesse che il legislatore considera degno di protezione.

L'esigenza legale di tenere una contabilità *ordinata* implica necessariamente che questa sia *adeguata* alle caratteristiche di struttura, dimensione ed attività dell'impresa¹⁹⁴. I fini organizzativi ed informativi che la contabilità deve svolgere,

¹⁹⁴ Quest'osservazione si vede chiaramente nella normativa spagnola che stabilisce che «Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones (...)» (art. 25.1 C. de c.) [ogni imprenditore dovrà tenere una contabilità ordinata, adeguata all'attività della sua Empresa che permetterà un tracciato cronologico di tutte le sue operazioni]. La stessa interpretazione si deve estrarre dal Diritto italiano, sebbene il supporto normativo in questo caso risolta meno espressivo:

così come il criterio della proporzionalità, richiedono che la struttura contabile sia più o meno complessa in funzione delle necessità concrete. È evidente che alle imprese di maggiore complessità, per la loro stessa struttura o per il settore al quale si dedicano, vengono imposti obblighi contabili più severi.

A garanzia di ciò, nel sistema italiano il dovere di garantire che l'assetto contabile sia adeguato all'attività e alle caratteristiche della società forma parte dei doveri essenziali del Collegio sindacale *ex art. 2403 C.c.*, che deve garantire che il sistema organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società sia adeguato e funzione correttamente¹⁹⁵.

Oltre all'adempimento dei doveri contabili generici, le imprese più complesse rimangono normalmente soggette all'adempimento di altre esigenze addizionali. In modo esemplificativo, questo succede quando s'impone attraverso leggi speciali il dovere di tenere altri registri contabili secondo la natura o la dimensione dell'impresa¹⁹⁶; nei casi in cui legalmente s'impone di sottomettere il bilancio a revisione contabile; oppure quando si devono adempiere certi requisiti speciali di pubblicità dei suoi documenti contabili¹⁹⁷. A causa del regime proprio al quale ogni impresa si sottopone in funzione delle sue caratteristiche e settore d'attività, le nostre riflessioni si incentrano –salvo quando specificamente indicato– nel contenuto dei doveri contabili delle società di capitali che si prendono come paradigma di regolazione, cioè, quelle di grande dimensione –perché sono soggette

«Tutte le scritture devono essere tenute secondo le norme di un'ordinata contabilità (...)» (art. 2219 C.c. ita.).

¹⁹⁵ Questo dovere si riflette in forma ancora più evidente per le società quotate nell'articolo 149 TUF, quando si stabilisce nell'elenco dei doveri del Collegio sindacale la vigilanza «c) sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione».

¹⁹⁶ Così si pronunciano l'art. 2214 C.c. ita. nel determinare che l'imprenditore «Deve altresì tenere le altre scritture contabili che siano richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa (...)», e l'art. 25.1 C. de c. quando elencando i libri obbligatori si specifica che la sua tenuta s'intende senza pregiudizio da quanto stabilito dalle leggi o disposizioni speciali («sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales»).

¹⁹⁷ Questo è il caso delle società quotate, che devono dare pubblicità al loro bilancio attraverso la sua pubblicazione nel loro sito Internet, *ex art. 528 LSC* e pure, in certa misura, l'art. 154Ter TUF.

a maggiori prescrizioni che le PMI-, non quotate in mercati secondari (salvo quando verrà indicato perché le istituzioni del mercato finanziario risultino specificamente interessanti nella trattazione) e che non svolgono la sua attività nell'ambito dei mercati finanziari.

Un'altra manifestazione concreta della necessità d'adeguamento delle strutture contabili alla natura e dimensioni della società è la possibilità di tenere, in modo congiunto alla tenuta dei libri contabili obbligatori richiesti dalla normativa, quei libri di carattere volontario che l'imprenditore considera conveniente. Così, quando le necessità di gestione di un determinato tipo di negozio richiedano un registro dettagliato di determinati aspetti dell'attività dell'impresa, si potranno portare avanti questi supporti che si considerano utili. La volontarietà che caratterizza questi registri richiede di situarli dentro della contabilità di gestione e, dunque, fuori dall'ambito regolatorio del Diritto contabile. Ugualmente, giacché sono frutto di una decisione volontaria dell'imprenditore in ordine alla più ordinata gestione della sua impresa, senza essere costretti alla sua tenuta da nessuna norma, pensiamo che, in via di principio, non potrebbe derivare responsabilità dalle irregolarità nella tenuta di questi registri. Nemmeno quando questi siano la base di determinate decisioni di gestione sbagliate, giacché in questo caso la responsabilità sarebbe conseguenza della decisione da per se e non delle motivazioni che hanno dato luogo alla sua adozione.

A. Questione previa: la necessità d'adeguamento del sistema contabile alle caratteristiche dell'impresa

Precisamente, la necessità d'adeguare il dovere di tenuta della contabilità alle necessità derivate della dimensione e dalle caratteristiche dell'impresa è il motivo che ha fatto al legislatore spagnolo, all'ora di redigere la nuova Pianificazione Generale di Contabilità (Plan General de Contabilidad – PGC), creare due sistemi differenziati: uno di carattere Generale ed altro adattato alle necessità

specifiche delle Piccole e Medie Imprese¹⁹⁸. Con questo si pretende, da un lato adeguare il contenuto dei doveri alle più modeste strutture organizzative e alle minori necessità d'informazione delle PMI; d'altro, si tratta di non estendere determinate norme imperative di valutazione imposte dagli IAS/NICs a società che non si trovano dentro dell'ambito che il legislatore europeo pretende di o può armonizzare¹⁹⁹. Nonostante ciò, malgrado la buona intenzione di quest'opzione, l'impiego dei due quadri normativi diversi per lo sviluppo della contabilità in funzione della dimensione dell'impresa rende difficile la comparabilità dell'informazione, la quale è uno degli scopi fondamentali che si pretendono di raggiungere con la regolazione della contabilità finanziaria. Accanto a questo, se si analizza l'evoluzione legislativa degli ultimi anni, la tendenza è precisamente quella di stabilire due sistemi contabili considerevolmente diversi in funzione dell'entità dell'impresa. Alla differenza inizialmente esistente fra l'impresa che elaboravano i loro bilanci di modo completo e quelle che lo elaboravano in modo abbreviato –il quale suppone, semplicemente, una maggiore o minore aggregazione delle partite-, s'aggiunge dopo la riforma della legislazione spagnola del 2007 il dovere delle società grandi d'includere dentro il loro bilancio due nuovi documenti addizionali: uno stato che riflette i cambiamenti nel patrimonio netto (estado de cambios en el patrimonio neto – ECPN) ed uno stato di flussi effettivi (Estado de Flujos de Efectivo – EFE).

Il richiesto adeguamento della contabilità alle dimensioni dell'impresa suppone una concretizzazione dei fini organizzativi che la contabilità è chiamata a svolgere. Così, una maggiore complessità dell'impresa domanda che gli obblighi in materia di contabilità ai quali deve fare fronte l'imprenditore siano anche

¹⁹⁸ Rispettivamente approvati dai Reales Decretos 1514/2007 e 1515/2007, entrambi del 16 novembre.

¹⁹⁹ Parte della dottrina, non sprovvista di ragione, si è mostrata critica a questa duplicità dei criteri valutativi, perché contribuisce a perturbare in modo significativo la comparabilità dell'informazione contabile fornita da una ed altre imprese di diversa dimensione, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "El nuevo "test de balance" bajo las normas contables internacionales: ajustes valorativos e intangibilidad del capital social", *RDM*, num. 279, enero-marzo 2011, p. 61 nt. 52; questa opinione è ugualmente manifestata in, Id., *El Derecho contable de fusiones y escisiones*, 2ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 7.

maggiori. E, ragionando in contrario, quando la struttura e le implicazioni dell'impresa siano ridotte, l'organizzazione contabile della stessa si ridurrà e si sottometterà a minori norme imperative. Questo motivo giustifica, come si vedrà, che determinati tipi d'imprenditori non si trovino sottomessi al dovere di contabilità²⁰⁰.

Ciò nonostante, sebbene è logica la necessità di semplificare il contesto normativo alle società piccole perché il contrario implicherebbe di imporle costi che superano le loro potenzialità; non è meno vero che in questo tipo di società la struttura dell'impresa è più instabile e le possibilità di deviazioni patrimoniali sono più alte. Consideriamo forme imprenditoriali che presentano un maggiore rischio d'insolvenza e che, essendo il loro funzionamento meno regolato, contano con un margine di libertà maggiore d'adottare decisioni che affettano alla loro struttura patrimoniale. È perciò che, in ogni caso, è loro imposto il dovere di dare pubblicità annualmente –sebbene con un contenuto minore e, normalmente, senza essere soggette al dovere di revisione legale- ai loro bilanci²⁰¹.

Si potrebbe, ugualmente, riflettere sui parametri adottati dal legislatore per considerare che una società è grande o piccola agli effetti contabili. Pensiamo che i parametri del volume totale delle cifre d'attivo, della cifra degli affari e del numero

²⁰⁰ Le ragioni per esigere meno alle piccole società sono ovvie. LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, p. 58, si riferisce a due motivi fondamentali: da una parte, si tratta d'evitare i pregiudizi concorrenziali che si derivano della pubblicazione di un'informazione molto dettagliata nel bilancio a quelle società che, per la scarsa dimensione della sua organizzazione imprenditoriale, hanno una protezione minore e si possono vedere affettate dalla rivelazione di questa classe d'informazioni alla concorrenza, fino al punto di vedere compromessa la sua posizione concorrenziale nel mercato. Allo stesso tempo, si pretende di ridurre i costi che suppone la sua elaborazione. In questa classe di società la capacità di credito si sostiene fundamentalmente nella fiducia sulle persone che dirigono l'impresa più che sulla struttura imprenditoriale stessa.

²⁰¹ Come osserva LEÓN SANZ, F.J., *Íbid.*, p. 61, l'estensione nel diritto tedesco del dovere di dare pubblicità al bilancio attraverso la BiRiLiG (Bilanzrichtliniengesetz), fu considerato da alcuno autori di quel contesto che vulnerava la libertà d'impresa, perché si compromette seriamente il suo esercizio senza un'adeguata giustificazione, come conseguenza dei pregiudizi che s'originano dal punto di vista concorrenziale. Si considera che le società piccole non dispongono di una struttura adeguata per l'adempimento di questi doveri, che fa incorrere in costi maggiori, facendole più competitive. Secondo me non possiamo condividere questo ragionamento, giacché, come si è considerato nel capitolo anteriore, disporre di un sistema d'informazione contabile adeguato costituisce un elemento essenziale alla struttura d'ogni società, e necessario per che questa possa operare in modo informato, evitandosi rischi inutili nella sua gestione.

medio dei lavoratori conformano semplicemente una presunzione di complessità della struttura dell'impresa; presunzione, d'altro lato, necessaria se si vogliono stabilire dei parametri oggettivi di delimitazione fra le società che possono abbreviare i loro bilanci e quelle che non possono. Si tratta, nonostante, di criteri categorici che non ammettono prova contraria sulla complessità della struttura economica e patrimoniale della società²⁰².

Nel diritto spagnolo, l'articolo 258 LSC considera che possono elaborare il bilancio in modo abbreviato le società che obbediscano due di questi tre criteri: che il totale delle partite d'attivo non superi gli 11.400.000 euro; che l'importo netto della sua cifra di negozio non superi i 22.800.000 euro o che il numero medio dei lavoratori impiegati durante l'esercizio non sia superiore a 250. Questi criteri si combinano con un fattore temporale, fissato dalla IV Direttiva, che complica la situazione. Così, una società che riunisca due di questi parametri durante due esercizi economici –oppure, dalla sua costituzione- potrà elaborare il bilancio abbreviato, però perderà la possibilità di farlo quando trascorrano due esercizi economici senza riunirle; dunque, se l'esercizio seguente a quello che soddisfi i parametri, non li soddisfi più, potrà continuare elaborando il bilancio abbreviato, sempreché non siano trascorsi due esercizi successivi nella stessa situazione. A questa norma dobbiamo aggiungere quanto stabilito nell'articolo 53bis della IV Direttiva, che stabilisce che questa possibilità di elaborare il bilancio non avrà luogo per quelle società che abbiano i loro valori ammessi a quotazione in un mercato regolamentato.

Da parte sua, l'ordinamento italiano, nell'articolo 2435bis C.c., impiega simili criteri, sebbene con altre cifre. Così, il totale delle partite dell'attivo dello stato patrimoniale non può superare i 4.400.000 euro; i ricavi delle vendite e delle prestazioni non potranno essere superiori a 8.800.000 euro; o i dipendenti

²⁰² Questa situazione è stata soggetta alle critiche in Spagna, così PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., "Sobre las reformas legislativas...", *Op. cit.*, p. 2982, nt. 20, il quale afferma che data la struttura attuale delle società spagnole o si dovrebbe avere taciuto la questione sulla legge, cosa che è permesso, o si dovrebbe avere considerato altre cifre, in modo che "piccole" società, o "eccezioni alla regola generale", non fossero la maggior parte di quelle costituite ed esistenti in Spagna.

occupati in media durante l'esercizio non sarà superiore a 50. Si eccettuano dalla possibilità di redigere lo stato patrimoniale, il conto economico e la nota integrativa in questo modo semplificato le società che abbiano emesso titoli negoziati in mercati regolamentati.

	Spagna	Italia	IV Direttiva
Totale attivo	2.850.000	4.400.000	4.400.000
Cifra degli affari	5.700.000	8.800.000	8.800.000
Numero medio di lavoratori	50	50	50

Da questa comparazione possiamo dedurre che il sistema spagnolo adotta un criterio più ampio per considerare la possibilità d'abbreviare i bilanci – estendendosi alle società piccole e medie- che l'italiano, il quale solo permetterà la redazione del bilancio abbreviato alle società piccole, con la trasposizione diretta del criterio dell'art. 11 della IV Direttiva.

L'articolo 27 della IV Direttiva, e l'articolo 258 LSC fanno riferimento alla possibilità d'elaborare il conto economico in modo abbreviato quando si superino i parametri in questi precetti indicati. L'ordinamento italiano, che semplifica meno il contenuto di questa versione del conto economico, mantiene gli stessi criteri che aveva impiegato per lo stato patrimoniale e la nota, sebbene, la semplificazione che si deduce dal terzo e il quarto comma dell'art. 2435bis C.c. non implica una semplificazione di notevole entità.

	Spagna	Italia	IV Direttiva
Totale attivo	11.400.000	4.400.000	17.500.000
Cifra degli affari	22.800.000	8.800.000	35.000.000
Numero medio di lavoratori	250	50	250

Un'altra presunzione di complessità o, almeno, dell'esistenza di certi interessi che richiedono una maggiore protezione, è quella che deriva dal fatto che, indipendentemente della sua dimensione, dal totale del suo attivo o dal numero dei dipendenti, qualsiasi società che abbia emesso titoli negoziati in mercati regolamentati, dovrà elaborare in forma completa la sua informazione finanziaria senza possibilità d'abbreviare i suoi dati.

B. La configurazione della contabilità come dovere dell'imprenditore

Giacché ogni impresa presuppone un'organizzazione di elementi orientati al conseguimento di un fine, la corretta gestione di questa richiede di disporre d'informazione adeguata su questi elementi e il loro valore, come sui risultati della sua attività. Questo giustifica che, in via di principio, le legislazioni commerciali impongano l'adempimento del dovere di contabilità a ogni imprenditore.

In questo senso si pronuncia l'articolo 2214 C.c. ita. il quale stabilisce che «*L'imprenditore che esercita un'attività commerciale deve tenere il libro giornale e il libro degli inventari*» e, in forma più espressiva, l'articolo 25.1 C. de c. spa. che stabilisce che «*Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa...*» (ogni imprenditore dovrà tenere una

contabilità ordinata, adeguata all'attività della sua Impresa)²⁰³. Nell'imposizione del dovere di contabilità le normative italiana e spagnola impiegano un sistema basato su una clausola generale, imponendo all'imprenditore il dovere di tenere un registro contabile del suo patrimonio e della sua attività²⁰⁴.

Nonostante ciò, se si entra nei dettagli, entrambe le due clausole sembrano avere una portata diversa. In questo modo, l'obbligato, secondo la normativa italiana, sarebbe «l'imprenditore *che esercita un'attività commerciale*», mentre, secondo la normativa spagnola, l'obbligo s'impone ad «ogni imprenditore» senz'altra specificazione al riguardo²⁰⁵. Ugualmente, la normativa italiana dispensa dal dovere di tenuta della contabilità il piccolo imprenditore; mentre la normativa spagnola non riconosce nessuna eccezione a questo generico dovere²⁰⁶. Dunque, si

²⁰³ In senso simile si pronunciano il HGB tedesco, nel suo § 238, il quale stabilisce che «Ogni commerciante è obbligato a tenere ordinatamente dei libri di commercio...», e l'art. L123-12 del Code de Commerce francese, il quale stabilisce che «Toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise».

²⁰⁴ Come si è affermato, da un esame iniziale dell'articolo 2214 C.c. ita. -deduzione ugualmente applicabile all'art. 25 C. de c. spa.- «sembrerebbe del tutto agevole concludere che la necessità delle scritture contabili si riconnette all'oggetto (natura) dell'attività economica: attività commerciale», NIGRO, A., «Le scritture contabili», *Op. cit.*, p. 288. Sebbene la necessità della loro tenuta rimanga legata con l'esercizio di un'attività commerciale e con la complessità strutturale dell'organizzazione d'impresa, un'analisi in profondità dell'imposizione imperativa del dovere da parte del legislatore - soprattutto nel caso italiano- ci fa raggiungere conclusioni diverse.

²⁰⁵ Ciò implica che il C. de c. si riferisce in modo diretto ed assoluto ai «commercianti» che riuniscono i requisiti dell'art. 1. In questo senso, BLANCO CAMPANA, J., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, p. 155.

In modo simile si pronuncia il Tribunal Supremo spagnolo, nella sentenza del 16 marzo 1966, che afferma che la normativa contabile del C. de c. stabilisce in modo generale, senza distinguere fra i commercianti modesti e le grandi entità commerciali, che i commercianti terranno necessariamente i libri che lì si specificano.

²⁰⁶ Questa circostanza ha dato luogo alla dottrina spagnola a qualificare il dovere come «assoluto» - orientamento seguita da BLANCO CAMPANA, J., *El Derecho contable en España*, *Op. cit.*, p. 39-, integrativo di un sistema contabile «assolutista e tutelare» -GARRIGUES, J., *Curso...*, *Op. cit.*, p. 641-. Questa situazione, ciononostante, non è stata estranea alle critiche, *vid. inter alia*, DE LA CUESTA RUTE, J.M., «La contabilidad en el Código...», *Op. cit.*, p. 331; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, p. 79; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «La contabilidad...», *Op. cit.*, pp. 139-140.

Ugualmente, come si è considerato, nel Diritto spagnolo non si fa eccezione per i piccoli commercianti, a differenza, in parte, dal nostro diritto storico e d'alcune legislazioni comparate, BLANCO CAMPANA, J., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, p. 155. Nonostante, dobbiamo dissentire dal professore Blanco per quanto riguarda il nostro diritto storico giacché né le Ordenanzas de Bilbao, né il Código de Comercio di 1829 esimevano da questo dovere il

deve ora fare un'individuazione concreta dei soggetti ai quali il dovere viene imposto, questione per la cui soluzione il criterio centrale si basa sulla funzione che la contabilità deve svolgere.

Tradizionalmente, il dovere di contabilità viene configurato come un obbligo professionale dei commercianti, formando parte dal «statuto giuridico dell'imprenditore»²⁰⁷ insieme al dovere d'iscrizione nel Registro delle imprese / Registro Mercantil e la sottomissione ad una procedura concorsuale in caso d'insolvenza. Questo statuto conferma l'insieme delle regole speciali attenenti agli imprenditori ed alle quali non sono soggetti –in via di principio- gli altri soggetti che operano nel mercato, in modo tale che il legame a queste regole si manifesta come qualcosa intrinseca della propria qualità d'imprenditore.

La dizione della normativa italiana e spagnola differiscono nel fatto che il Codice civile attribuisce il dovere di contabilità all'*imprenditore commerciale*, mentre che il Código de comercio si riferisce, senza specificare, ad *ogni imprenditore*. La dottrina ha messo di rilievo, ciononostante, l'inesattezza della terminologia impiegata dal Código italiano²⁰⁸, giacché si trovano pure sottomessi al dovere di contabilità soggetti che non sono imprenditori commerciali²⁰⁹. Così, in

«commerciante al dettaglio», bensì semplicemente si semplificava il contenuto di questo; in modo simile a quanto, in certa misura, succede oggi per gli imprenditori titolari d'impresa meno complesse, che non sono assoggettati, nell'adempimento dei loro doveri contabili, alla globalità delle specificazioni che riguardano gli imprenditori medi e grandi.

²⁰⁷ Vid. NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 219.

²⁰⁸ In questo senso, NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 219, afferma che «-(...) ad onta della formulazione apparentemente univoca e tassativa della norma- obbligati alla tenuta della contabilità sono in realtà anche soggetti i quali non hanno la qualità di imprenditori commerciali», aggiungendo che «L'obbligo di tenuta della contabilità è solo normalmente ma non necessariamente collegato con l'esercizio di attività commerciale».

²⁰⁹ Come si è considerato, nonostante si utilizzi un principio generale di sottomissione di ogni imprenditore commerciale, s'introduce posteriormente una serie di eccezioni a questa regola «da un lato, sottraendo dall'obbligo i piccoli imprenditori commerciali, dall'altro, estendendolo anche alle società che non esercitano un'attività commerciale» essendo questa «circostanza non priva di conseguenze sul piano sistematico e, quindi, dell'interpretazione della legge», RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 61.

La dottrina spagnola ha pure considerato questa circostanza nel considerare che le norme di contabilità non solo s'applicano a quelli che hanno la qualità d'imprenditori, ma pure ai restanti operatori del mercato diversi dagli imprenditori commerciali ai quali, per virtù dell'art. 34.6 C. de c.,

primo luogo, ci sono dei soggetti che non esercitano un'attività commerciale e che, ugualmente, si trovano sottomessi al dovere di tenere la contabilità. Questo è il caso delle società con forma commerciale ed oggetto non commerciale. D'altra parte, ed in secondo luogo, troviamo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale e che, ciononostante, non tengono la contabilità secondo le disposizioni del Codice. Questo è il caso legalmente ammesso dei piccoli imprenditori. In terzo luogo, esistono soggetti che non sono imprenditori, che svolgono attività commerciali e che, precisamente per ciò, si trovano sottomessi al dovere di contabilità. È il caso dei soggetti pubblici che svolgono attività commerciali²¹⁰.

Accanto alla costruzione dottrinale dell'insieme normativo che integra lo statuto giuridico dell'imprenditore, il dovere di contabilità non è legato né all'obbligo d'iscrizione nel Registro delle Imprese / Registro Mercantil, né alla soggezione alle procedure fallimentari²¹¹. Così, nonostante che tradizionalmente si sia fatto ricorso alla creazione dello statuto dell'imprenditore come insieme delle

si applicano le norme contabili generali (o più proprie dagli imprenditori commerciali), cioè, il C. de c. e i PGCs. Questo, come si è indicato, conferma il carattere generale o generalizzato del Diritto contabile proprio degli imprenditori commerciali verso entità carenti di questo carattere (per es. le fondazioni, le associazioni, le unioni temporanee d'impresе, i professionisti titolati non qualificabili come imprenditori commerciali, i lavoratori autonomi che non hanno la condizione d'imprenditori commerciali, le comunità di beni, le società civili, le società agricole di trasformazione, etc.) ALONSO ESPINOSA, F.J., "El deber de documentación...", *Op. cit.*, p. 7.

²¹⁰ A causa della mancanza d'adeguamento rigoroso dei modelli concettuali generali, la dottrina italiana ha visto che questo dovere costituisce soprattutto, parte dello statuto dell'imprenditore commerciale medio-grande, FORTUNATO, S., "Il diritto contabile e l'impresa", in *Diritto Commerciale*, Dir. Allegri, Monduzzi ed., Bologna, 2^a ed., 1995, p. 644.

²¹¹ Questo disallineamento è stato osservato da NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 224. Gli esempi possono essere diversi. Così, svincolando la tenuta della contabilità dal dovere d'iscrizione nel registro si considera che gli enti pubblici non solo devono essere iscritti nel registro delle imprese quando hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale (art. 2201 C.c.), e, per piccola che sia la loro attività commerciale, devono tenere il registro contabile per quanto riguarda questa. Da parte loro, i piccoli imprenditori non si trovano soggetti a nessuno di questi doveri. Troviamo pure ragioni per svincolare il dovere di tenuta della contabilità dalla sottomissione alle procedure concorsuali. Così, gli enti pubblici -anche quando il suo oggetto esclusivo sia l'esercizio di un'attività commerciale- non si trovano mai soggetti al fallimento (art. 1 l. fall.). Sono pure esclusi dal concorso i piccoli imprenditori che, in conclusione, non si trovano vincolati da nessuno dei tre componenti tradizionali dello statuto speciale dell'imprenditore. In determinate circostanze, i grandi imprenditori possono essere soggetti ad un procedimento diverso, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese (art. 2 d. legisl. 8 luglio 1999, n. 270). Relativamente alla soggezione alle procedure concorsuali rinviamo a BONFANTI, S. / CENSONI, P.F., *Manuale di Diritto Fallimentare*, 3^a Ed., Cedam, Padova, 2009, pp. 31-39.

regole imperative che devono adempiere gli imprenditori per lo svolgimento della sua attività, si considera che l'ambito soggettivo di ognuna di queste regolamentazioni è autonomo, giacché il concetto d'imprenditore impiegato in ognuna di queste è evolto in modo indipendente.

Qual è dunque il concreto concetto d'imprenditore che si deve considerare come soggetto obbligato all'adempimento dei doveri contabili? Come si può osservare, nonostante l'utilizzo dalla normativa di un sistema di clausola generale per identificare il soggetto del dovere di contabilità –ogni imprenditore/l'imprenditore che esercita un'attività commerciale- queste espressioni non risultano né sufficientemente espressive né necessariamente corrette. Per offrire una risposta alla questione impiegheremo due criteri: il primo, la delimitazione della finalità che si persegue imponendo il dovere; ed in secondo luogo, l'identificazione concreta dei soggetti che si sono sottomessi al dovere, per cercare di inferire dalla sua individuazione una regola comune –in caso che questa esista- su chi deve tenere la contabilità.

i. Finalità dell'osservanza del dovere

Come si è ormai precisato, il legislatore entra nella regolazione della tenuta della contabilità dell'imprenditore solo in quei casi in cui esiste un interesse esterno alla propria impresa di disporre dei dati ordinati e reali sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria di questa. Da questo s'evince che, in via di principio, la contabilità presuppone un insieme di compiti che un diligente gestore svolge in modo regolare, allo scopo di disporre d'informazione adeguata sull'andamento dei suoi affari e poter adottare decisioni al riguardo. Poiché l'impresa è un ente sociale ed economico²¹², quest'informazione svolge interesse per un complesso di soggetti che vanno al di là dal semplice proprietario

²¹² Sociale, in quanto che si relaziona costantemente con altri soggetti –fornitori, clienti, potenziali investitori...- con i quali non realizza solo ed esclusivamente transazioni economiche, ma anche di flussi informativi. Economico perché il contesto nel quale svolge la maggior parte della sua attività e che, al tempo stesso, giustifica la sua esistenza, è il mercato.

dell'impresa. Questi terzi, sebbene abbiano il loro interesse incentrato su certi aspetti concreti della situazione dell'impresa –fondamentalmente la redditività di questa e la sua operatività nel mercato-, hanno bisogno invece di una certa garanzia che l'informazione che glieli offre sia vera e sia riferita alla situazione reale dell'impresa. Con la finalità di garantire che l'informazione che si mette a disposizione di questi interessati sia vera e affidabile, l'ordinamento dispone le norme del diritto contabile.

La struttura della relazione, nonostante, non sarà sempre questa. In funzione della dimensione relativa delle parti contrattanti, i contrappesi della relazione si potranno modificare. In questo modo, nella conclusione di contratti nei quali l'impresa sia un soggetto che occupa una posizione di dominio nel mercato sul futuro creditore, questo disporrà soltanto –in modo generale- dell'informazione contabile somministrata pubblicamente dall'impresa per valutare la solvenza di questa. Al contrario, non risulta strano, soprattutto per quanto riguarda le piccole e medie impresa, che queste concludano negozi con entità che occupano una posizione di dominio rispetto a queste (banche, grandi fornitori, entità assicuratrici...), che approfitteranno di questa posizione di vantaggio per assicurare meglio la loro posizione nella relazione contrattuale (*adjusting creditors*). Normalmente, questi esigeranno delle garanzie aggiuntive per la conclusione dei loro contratti o porteranno a termine, in modo privato, uno studio della situazione di solvenza dell'impresa con la quale contrattano allo scopo di garantire che il loro credito potrà essere soddisfatto.

Ma i fondamenti ultimi dell'imposizione del dovere vanno al di là da questo fine informativo. L'impresa è soggetta alla registrazione della sua attività e del patrimonio per il fatto di supporre un'organizzazione: un'organizzazione di elementi collegati ed ordinati per l'adempimento di un fine –patrimonio imprenditoriale: azienda-; ed un'organizzazione delle potenzialità produttive di questi elementi e di altri ottenuti attraverso relazioni contrattuali –risorse

finanziare, capitale umano, formazione...- per il raggiungimento dei migliori risultati nello sviluppo della sua attività²¹³.

a) Il fattore della complessità dell'impresa

Questo sembra di essere l'orientamento del legislatore –almeno di quello italiano, giacché lo spagnolo non segnala niente al riguardo- nella sua delimitazione del soggetto di contabilità. La tenuta contabile è sottoposta alle disposizioni imperative della normativa quando l'organizzazione imprenditoriale implica una certa complessità. L'esonero dal dovere al piccolo imprenditore individuale, agli artigiani ed all'imprenditore agricolo deriva dal fatto che questi soggetti non presentano una struttura d'entità tale –né nella sua configurazione stessa né nel rilievo delle sue relazioni economiche- che richieda l'adempimento di determinate formalità del dovere che, al contrario, si potrebbero comportare un obbligo relativamente gravoso²¹⁴. La logica di costi-benefici può essere quella che giustifica l'esenzione. Questi soggetti svolgono un'attività economica di ripercussioni limitate. Sottoporli all'adempimento minuzioso dell'insieme delle prescrizioni della normativa contabili –nella loro configurazione più complessa- imporrebbe loro un carico per il cui adempimento dovrebbero investire delle risorse –in termini di tempo, sforzo e preparazione- che, probabilmente, eccederebbero i benefici che dall'adempimento deriverebbero. I soggetti che hanno rapporti con questo tipo d'imprenditori condividono con questi rapporti economici di scarsa quantità e si vedono garantiti, allo stesso modo, dal patrimonio personale dell'imprenditore in caso che questi non possa soddisfare gli obblighi assunti con quei contratti –si pensi che si tratta sempre di singoli imprenditori-.

²¹³ Su questo particolare sono interessanti le riflessioni di SCARPA, D., "Organizzazione societaria come sistema informativo e riflessi sull'agire amministrativo", *Giur. Comm.*, Num. 37, 2010, pp. 73-92, il cui postula tre rilevanti funzioni che il sistema informativo delle società di capitali deve svolgere (p. 75): lo sviluppo della struttura organizzativa della società; lo sviluppo dei processi decisionali e l'attuazione regolare della società nel mercato.

²¹⁴ Come abbiamo osservato, la normativa spagnola non riconosce nessuna eccezione per i piccoli imprenditori, cosa che è dovuta a che il contenuto legale assegnato al dovere di contabilità è minimo e che, per rudimentale che sia l'impresa, sarà difficile concepirne una di dimensioni così piccole in cui non ci siano necessari questi libri, DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., voz "Libros de comercio", *Op. cit.*, p. 515.

Invece tenere una contabilità secondo tutte le prescrizioni che la normativa gli impone, implicherebbe prestare un'attenzione eccessiva a fatti diversi dallo svolgimento della sua attività, e ciò non solo sarebbe impegnativo sul piano dell'investimento ma anche, ugualmente, gli sottrarrebbe risorse –soprattutto capitale umano- di cui ha bisogno per lo svolgimento della sua attività principale.

Di conseguenza, si può considerare che sono due i criteri che stanno sotto l'imposizione del dovere di contabilità: la difesa di un interesse informativo e la complessità dell'organizzazione imprenditoriale. Perché all'imprenditore interessi l'adempimento di una serie di formalità che gli permettano disporre di un'informazione adeguata ed aggiornata del valore degli elementi che esso investe nella sua attività e dei risultati che ottiene è necessario che queste siano sufficientemente complesse. Allo stesso tempo, per stimare necessaria una regolazione positiva che, in modo imperativo, imponga l'adempimento di questo dovere, si richiede che nella conoscenza di questi dati siano implicati altri interessi, i quali eccedono quei dello stesso imprenditore. In caso contrario non ci sarebbe nessuna ragione per imporre il dovere, giacché l'unico pregiudicato dalla mancanza d'informazione sarebbe l'obbligato alla sua tenuta.

In certi casi, il legislatore presume l'esistenza di un'organizzazione di entità sufficiente, indipendentemente dalla dimensione e delle implicazioni dell'impresa in concreto. Questo avviene quando l'imprenditore utilizza determinate forme giuridiche per lo svolgimento della sua attività. È il caso della costituzione di una società commerciale per lo svolgimento di un'attività. Le società commerciali, per regola, hanno un'organizzazione sufficientemente complessa –sia nella struttura come nei loro rapporti (o, più concretamente, nella potenzialità di entrambe)- per imporgli l'adempimento del dovere indipendentemente della loro entità reale²¹⁵. Penso che in caso di attività organizzata attraverso le strutture proprie di una società, ogni imprenditore –e pure gli agricoli, allevatori o artigiani- dovrà dare

²¹⁵ In questo caso, «l'obbligo della tenuta delle scritture contabili prescinde dall'elemento dimensionale della società, non essendo queste in nessun caso considerate piccoli imprenditori (art. 1 l. fall.)», RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 57.

adempimento esteso ai suoi obblighi contabili e, nel caso italiano, sarà ugualmente esposto alle procedure fallimentari. Dunque, l'ambito dell'esenzione riguarderebbe esclusivamente lo sviluppo di certe attività del singolo imprenditore.

b) Il concetto contabile d'imprenditore e l'esclusione del piccolo imprenditore

La questione dell'esenzione dal dovere di contabilità del piccolo imprenditore non era chiara nel Codice di Commercio italiano di 1865, come ugualmente, non è evidente per la dottrina spagnola attuale²¹⁶. Entrambi i Codici di commercio condividono dizione. Così, il Codice italiano, come faceva l'abrogato Código spagnolo di 1829 e la redazione originaria dell'attuale, stabiliva che l'imprenditore deve tenere una serie di libri. Dopo la riforma del 1989, il legislatore spagnolo considerò opportuna la modernizzazione terminologica sostituendo l'antico commerciante con l'attuale "imprenditore"²¹⁷. Ma comunque,

²¹⁶ In senso simile, il primo Código de comercio spagnolo di 1829 stabiliva nel suo articolo 32 che «ogni commerciante» sarà obbligato a tenere conto e ragione delle sue operazioni in tre libri come minimo. Ci troviamo ormai dal 1829 con un'attribuzione generica ed ampia del dovere di registro contabile, da far risultare questo dovere –in modo più o meno simile a quanto accade attualmente– imposto ad ogni commerciante. Questa espressione è logica conseguenza dell'attribuzione che l'articolo 21 del Código di Sáinz de Andino faceva a «tutti quei che professano il commercio» di un insieme d'obblighi che componevano un primitivo statuto giuridico del commerciante. La tappa successiva nella legislazione commerciale generale spagnola s'aprirà con la povera redazione dell'articolo 33 della versione originaria del Código de comercio di 1885, la quale si limitava ad enumerare i libri obbligatori, senza menzionare nemmeno il dovere di tenuta, né imporlo a nessun soggetto concreto. L'attribuzione soggettiva della tenuta di quei libri si faceva soltanto in modo indiretto, attraverso gli articoli successivi che offrivano diverse opzioni per la tenuta dei libri dei commercianti come soggetti di questo dovere –relative ai diversi sistemi contabili nell'articolo 34, relative alla tenuta propria manu o attraverso dei collaboratori nell'articolo 35–. La modifica della redazione di questo precetto non avrà luogo fino alla promulgazione della legge del 24 luglio 1973, di riforma dei Titoli II e III del Libro primo del Código de comercio, a partire della quale si offre una dizione logica ed articolata del precetto stabilendosi che «ogni commerciante dovrà avere una contabilità ordinata ed adeguata alla sua attività commerciale» («todo comerciante deberá llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad mercantil»). In questa evoluzione, e fino alla grande riforma della materia in 1989 sembra che l'attribuzione soggettiva del dovere non esprima praticamente nessuna modifica, nonostante il miglioramento della tecnica legislativa.

²¹⁷ Prima della grande riforma del Diritto societario spagnolo in 1989, si era ormai considerata la necessità d'un certo adeguamento terminologico del ordine contabile stabilito nel Código de comercio –*vid.* DE LA CUESTA RUTE, J.M., "La contabilidad en el Código...", *Op. cit.*, p. 333–. Così, nelle discussioni sul Progetto di Legge di Riforma del 1973 si discuteva l'opportunità d'includere nella soggettivazione del dovere l'espressione «commerciante o imprenditore commerciale». Nonostante quest'opzione non abbia avuto successo nel documento definitivo, si era seminata ormai l'idea della necessità di modificazione del termine impiegato dal Codice ottocentesco, adattandolo alle

la situazione era la stessa: s'impone il dovere ad ogni imprenditore senza stabilire nessuna eccezione in funzione della sua dimensione. Come si è considerato²¹⁸, questo tenore originava, nella prospettiva del Codice italiano di 1865, una situazione di confusione, in parte simile alla presente nella giurisprudenza dogmatica spagnola attuale²¹⁹.

In questa mancanza di precisione della normativa contabile spagnola nel indicare i soggetti che devono osservare le sue prescrizioni si è vista una mancanza

necessità di un secolo XX che iniziava a vedere la sua fine. E questo nonostante il rifiuto iniziale della dottrina spagnola della terminologia d'impresa ed imprenditore, che risultava estranea alle trattazioni classiche spagnole –situazione ben diversa dall'esistente in Italia-. Come considerato da BIGIAMI, W., *La piccola impresa*, Giuffrè, Milano, 1947, pp. 5 e ss., la regolazione dell'impresa nel C. c. italiano, si fondò in concetti precedenti dell'ambito economico, concetti che, nonostante ciò, non dovrebbero essere spostati in modo automatico al sistema giuridico giacché l'economia e la pratica offrono due definizioni d'impresa che sembrano non coincidere. In questo modo, «il piccolo imprenditore, il quale svolge un'attività contemplata nell'art. 2195, è un piccolo imprenditore che svolge attività commerciale; ma non è un imprenditore commerciale in senso tecnico. Infatti, l'imprenditore commerciale in senso tecnico è quello cui si applica lo statuto speciale. Dato che questo statuto non si applica al piccolo imprenditore che svolga attività commerciale, ne viene che egli non è un imprenditore commerciale in senso tecnico» (p. 34).

Si è considerato che la proposta d'incorporazione del termine imprenditore nell'ordinamento spagnolo nel 1973 fu rifiutata in sede parlamentare, sostanzialmente sulla base dell'argomento che ciò presupporrebbe dare ingresso nel Código ad un sistema –si diceva- al quale non era ispirato: il Diritto commerciale come Diritto dell'impresa, BLANCO CAMPANA, J., *Régimen Jurídico de la Contabilidad de los Empresarios*, Lucentum, Madrid, 1980, p. 154, nt. 3. Finalmente, le connotazioni economiche finirono con l'imporsi e la riforma di 1989 soccombe alla necessità di un miglioramento lessicale, introducendo l'imprenditore come soggetto del dovere di contabilità. Nonostante questo, non mancarono proposte di ammende della Legge di Riforma del 1989 che propugnavano che le disposizioni del Código de Comercio facessero riferimento «ai commercianti e agli imprenditori individuali», per così evitare una pretesa “insicurezza giuridica” che l'introduzione del nuovo termine poteva creare. Così, la modifica proposta da Euskadiko Ezquerria (ammenda nº 229, p. 127). *Vid.* al riguardo, VICENT CHULIÁ, *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 17. Così, il dovere generico passava ad occupare l'articolo 25 di un Código con cambi nella numerazione ed a presentare questo precetto la dizione attuale, stabilendosi l'imperativo che ogni imprenditore dovrà tenere una contabilità ordinata, adeguata all'attività della sua Impresa. Nonostante ciò, la prima volta che si fece uso nel Diritto spagnolo della terminologia impresa/imprenditore ebbe luogo decenni prima con il Reglamento del Registro Mercantil approvato dal Decreto del 14 dicembre 1956. Comunque, condividiamo l'opinione di EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., *Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, p. 111, la nuova nozione d'imprenditore introdotta non aggiunge niente alla preesistente di commerciante.

²¹⁸ NIGRO, A., “Le scritture contabili”, *Op. cit.*, p. 219.

²¹⁹ *Vid.* in questo senso VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, pp. 51 e ss, che considera che la normativa contabile commerciale è applicabile, in via di principio, solo ai commercianti o imprenditori commerciali individuali ed alle società commerciali, considerando che il cambio di termine che s'introduce con la riforma del 1989 non costituì un cambio nella composizione soggettiva del dovere, in modo diverso da quanto sostengono altri autori che, secondo quanto afferma Vicent, leggono il nuovo termine “imprenditore” nel senso di termine capace di estendere il dovere pubblico di contabilità ad ogni soggetto che opera con autonomia nel mercato.

di «scienza della legislazione», nel senso d'implicare un difetto di concezione e non solo di tecnica legislativa²²⁰. Si critica di quest'articolo 25 del Código de comercio che semplicemente alluda ad ogni imprenditore senza fare nessun riferimento al carattere o all'attività commerciale di questo –come infatti si fa nei diritti italiano, francese e tedesco-. Ugualmente, oltre a questa mancanza di precisione sullo esercizio dell'attività commerciale, non si stabilisce nessuna esclusione espressa dei soggetti di dimensioni ridotte né di quelli che svolgono un certo tipo d'attività²²¹. Nella mia opinione, il dibattito è stato costruito più in termini concettuali che sulla base delle conseguenze²²². Considero che, invece, le deduzioni si dovrebbero fondare sulla base delle conseguenze concrete che possono derivare dall'imposizione o meno del dovere a certi soggetti.

²²⁰ VICENT CHULIÁ, F., "El Derecho Contable Mercantil", *Op. cit.*, p. 53. Nonostante ciò, come afferma RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 61, «Il collegamento tra impresa e obbligo della tenuta delle scritture non è così da ricollegarsi soltanto alla qualità di imprenditore commerciale del soggetto che esercita l'attività, bensì anche alla sussistenza di un minimum di organizzazione dell'impresa, al di sotto della quale (scilicet piccolo imprenditore) questo non è più reputato necessario».

²²¹ Con ragione, questa situazione diede luogo a che il professore Girón considerò che il cambio normativo del 1989 ha sì una grande ripercussione, giacché suppone una deviazione dei principi e le regole contabili d'indole generale della quarta Direttiva, perché la generalità di questa si riferiva alle norme particolari delle società di capitali, e quello che si è fatto nel Diritto spagnolo è prendere questa generalità e convertirla attraverso il suo passaggio al C. de c., nel suo Titolo III del Libro I, alla sua applicabilità non solamente alle società di capitali ma ad ogni classe d'imprenditori. È questa una generalizzazione che non proviene dalla Direttiva e da altre fonti di Diritto comparato (GIRÓN TENA, J., "Las cuentas anuales...", *Op. cit.*, pp. 17-18). Così, dalla considerazione dell'uguaglianza dei concetti, la riforma suppose l'attribuzione ad ogni imprenditore di norme che, secondo la Direttiva, erano esclusivamente orientate alle società di capitali.

²²² Così, mentre che una parte considerevole della dottrina pensa che il dovere riguarda ogni imprenditore, secondo il tenore letterale dell'art. 25, un settore minore, di cui fa parte il professore VICENT, considera che si deve continuare con la visione di «commerciante» mantenuta sulla base del testo del Código de comercio anteriore alla riforma del 1989. L'opinione estensiva la troviamo, fa gli altri, in GIRÓN TENA, J., "Las cuentas anuales...", *Op. cit.*, pp. 18-19; MORÁN BOVIO, D., "La contabilidad de los empresarios", *Op. cit.*, p. 150, o più chiaramente, in ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "La contabilidad...", *Op. cit.*, p. 139, il quale afferma che si tratta di un dovere legale che non conosce eccezioni. Qualunque siano le dimensioni dell'impresa e qualunque sia il settore economico nel quale si svolga l'attività imprenditoriale.

Il dibattito si incentra nella discussione dottrinale sulla possibilità di un imprenditore non commerciale. La questione non ammette semplice soluzione. Tradizionalmente si considera che un soggetto svolge un'attività commerciale quando la sua attività consiste nella realizzazione di «atti di commercio» nel senso dell'art. 2 C. de c. Nonostante ciò, situazioni empiriche ci allontanano da questa deduzione, perché determinati soggetti saranno imprenditori commerciali per il semplice fatto della loro forma –tipicamente SPA, SRL-, al di là dalle implicazioni che possano derivare della loro attività.

In primo luogo, la necessità. La dovuta contabilizzazione di elementi patrimoniali e risultati dell'attività solo sono precisi a partir da una determinata complessità. La tradizionale definizione d'imprenditore come il soggetto che, avendo capacità, svolge un'attività economica in modo professionale, impiegando per quello mezzi propri ed assumendo i rischi della sua attività²²³, è un concetto ampio. Nonostante ciò, dentro l'imposizione generica di doveri è difficile ricomprendere i piccoli imprenditori, perché questi sono sprovvisti delle minime strutture organizzative che giustificano l'imposizione²²⁴. È per questo che si è differenziato l'imprenditore commerciale o empresario mercantil²²⁵

²²³ Mentre che nel diritto italiano l'art. 2082 C.c. definisce all'imprenditore come quello che esercita professionalmente un'attività economica organizzata per la produzione o l'intercambio di beni o servizi; il diritto spagnolo si mostra meno concettuale nell'art. 1 C. de c., determinando che saranno commercianti, quelli che, avendo capacità legale per esercitare il commercio, si dedicano ad esso in modo abituale, così come le compagnie commerciali o industriali che si costituiscono secondo il Código. Non molto distante da queste concezioni è l'articolo L121-1 del Code de Commerce francese il quale afferma che sono commercianti quelli che esercitano fatti di commercio facendo di quello la loro professione abituale -rimandando agli artt. L-110-1 a 110-4 per l'enunciazione di cosa si reputa per atti di commercio-. Il diritto tedesco, invece, collega il concetto d'imprenditore alla titolarità dell'impresa. Così, il §1 HGB determina che agli effetti del Codice è commerciante quello che gestisce un'impresa, considerandosi come tale qualsiasi stabilimento commerciale, salvo quella che, per ragioni delle sue classi o delle sue dimensioni, non richieda di uno stabilimento organizzato secondo criteri commerciali. Risulta interessante, nonostante sia diverso negli ordinamenti latini, la connessione che realizza l'ordinamento tedesco del concetto d'imprenditore come soggetto titolare di un'organizzazione, cioè, dell'impresa. Questa visione organicistica serve, sulla base dei nostri ragionamenti, per sostenere la necessità di contabilità come elemento di strutturazione dell'organizzazione dell'impresa.

²²⁴ «Nella piccola impresa, l'organizzazione (in senso statico) è accessoria rispetto all'attività personale (mestiere, professione) dell'imprenditore, è strumento di esercizio di tale attività, potendo, secondo taluni, addirittura mancare», NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 289. La necessità d'organizzazione, dunque, è quello che ha considerato parte della dottrina come criterio di delimitazione fra i soggetti obbligati e quelli che sono esenti dal dovere di contabilità, giacché quello ci permette di collegare l'imposizione del dovere non solo con lo scopo dell'attività, ma anche con la forma in cui questa s'esercita, *vid. ibid.* p. 286. Ci pare necessario il rinvio all'opera classica di BIGIAMI, W., *La piccola impresa*, *Op. cit.*, il quale considera che la piccola impresa è, comunque, una specie d'impresa -che sarebbe il genere-, e dunque «tutte le norme dettate con riferimento all'impresa in generale si applicano anche a la piccola impresa, eccetto che la legge disponga diversamente o che (...) la deroga si debba ritenere implicita in quello che è lo speciale statuto della piccola impresa, almeno con riferimento a certi suoi tipi particolari» (p. 7). Di conseguenza, la differenza fra l'impresa normale e la piccola impresa non è qualitativa ma quantitativa. «Il piccolo imprenditore, il quale svolge un'attività contemplata nell'art. 2195, è un piccolo imprenditore che svolge attività commerciale; ma non è un imprenditore commerciale in senso tecnico. Infatti imprenditore commerciale in senso tecnico è quello cui si applica lo statuto speciale. Dato che questo statuto non si applica al piccolo imprenditore che svolga attività commerciale, ne viene che egli non è un imprenditore commerciale in senso tecnico» (p. 34).

²²⁵ *Vid.* al riguardo, CASANOVA, M., *Le imprese commerciali*, Unione Tipografica-Editrice Torinese, Torino, 1955, pp. 97 e ss., FERRARA, F. Jr., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 48-51.

Considerandosi come un concetto di delimitazione negativa, che si ottiene sottraendo dalla nozione generale d'imprenditore le figure dell'imprenditore agricolo e dell'artigiano.

In secondo luogo, la finalità delle norme. L'imposizione di un elenco di obblighi contabili agli imprenditori non si fa per altro motivo che per lo scopo d'ottenere un'informazione elaborata con certi requisiti che la rendono utile agli utenti di questa –incentrando l'attenzione, fondamentalmente, sui soggetti esterni alla struttura dell'impresa-. Pensiamo che il piccolo imprenditore non svolge attività nel mercato di rilievo tale che si possa mettere in pericolo l'interesse dei terzi soggetti se non dispongono d'informazione economica sull'azienda. Sarà più facilmente al contrario, che i soggetti che hanno rapporti con questi piccoli imprenditori –artigiani, coltivatori diretti del fondo, pescatori...- raramente non chiederanno nessun tipo d'informazione sulla loro attività, o, in ogni caso, come si è ormai considerato, si tratterà di soggetti in posizione di dominio nel rapporto, e dunque si troveranno in condizioni tali da poter richiedere garanzie o informazioni addizionali di fronte alla conclusione di contratti con questi.

E, in terzo luogo, dobbiamo considerare le conseguenze del suo inadempimento. Le prospettive tradizionali della contabilità difendevano la virtualità dei registri contabili come mezzo di prova e come meccanismo per chiarire i casi di colpa in caso di fallimento (oppure i presupposti del reato di bancarotta fraudolenta). L'impossibilità di cadere in fallimento dei piccoli imprenditori e dei soggetti non commercianti nel diritto italiano²²⁶, ci porta a considerare carente di senso l'imporgli il dovere di contabilità, giacché uno dei contesti nel quale avrebbe più interesse disporre d'informazione contabile, si esclude dal suo ambito normativo applicabile. Il caso spagnolo è invece diverso. Con l'unità del sistema stabilito sulla base della Ley Concursal del 2003, ogni soggetto –persona fisica o giuridica, commerciale o civile- è suscettibile di fallire;

²²⁶ Il quale dispone che ai soggetti non commercianti che sono obbligati alla tenuta della contabilità non possono incorrere nella responsabilità penale che deriva dal *reato di bancarotta fraudolenta* degli articoli 216 e 217 L. Fall.

dunque, in caso di fallimento di qualsiasi soggetto, disporre di libri e registrazioni che dimostrino il carattere fortuito della situazione d'insolvenza diventa uno strumento necessario per la qualificazione della sua condotta. Nonostante ciò, l'impiego della contabilità come prova ordinaria e come prova di diligenza di fronte alle procedure concorsuali non esige in modo forzoso che si tratti di una contabilità imperativa. Ugualmente, se si dimostra che la sua tenuta –nonostante il suo carattere volontario- segue i parametri legalmente richiesti, può servire come mezzo di prova per i soggetti –piccoli imprenditori, imprenditori civili, agricoltori, artigiani- che, in via di principio, non sono obbligati alla sua tenuta²²⁷.

c) L'imprenditore commerciale e gli imprenditori agricolo ed artigiano

Risulta necessario offrire qui un *excursus* sulle diverse categorie d'imprenditore. Si prenderà come base il diritto italiano, giacché questo è più moderno al riguardo da quello spagnolo. La sistematica del Codice civile prende come punto di partenza un concetto ampio d'imprenditore nell'articolo 2082, considerando tale quello che esercita in modo professionale un'attività economica organizzata allo scopo della produzione o l'intercambio di beni o servizi. Come si è già fatto riferimento, questo concetto rappresenta la concezione economica di un capitalismo industriale, nel quale il protagonismo è condiviso tra i soggetti che portano a termine le attività di produzione, e quelli che si occupano della distribuzione e commercializzazione di beni e servizi. In questo senso, entra in questo concetto qualsiasi attività economica produttiva o commerciale che contempra l'utilizzo di un insieme di mezzi per l'ottenimento di un fine economico.

²²⁷ La dottrina, nonostante ciò, ha dubbi sull'efficacia di questa contabilità volontariamente tenuta. In questo senso, NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 218, afferma che «nulla impedisce che il piccolo imprenditore (come, del resto, l'imprenditore agricolo) tenga, in concreto, scritture contabili. Il punto è evidentemente se, in questi casi, possa ugualmente trovare applicazione quella parte della normativa che disciplina gli effetti della tenuta della contabilità». A favore della sua efficacia probatoria si mostrano OPPO, G., "Materia agricola e «forma» commerciale", in *Scritti in onore di Carnelutti*, III, p. 132 e ss., e SIMONETTO, E., *I bilanci*, CEDAM, Padova, 1972, p. 25 e ss. Invece si posizionano in senso contrario, FOSCHINI, M., "In tema di «statuto speciale» del imprenditore commerciale", *Riv. Dir. Comm.*, 1976, I, p. 349, nt. 45, e BIGIAMI, W., *La piccola impresa*, *Op. cit.*, p. 18, il cui sostiene che «come su di lui non gravano gli *incommoda* (il dovere d'iscrizione nel Registro), così non può egli prevalersi dei *commoda*, anche se ai primi, per avventura, si fosse sottoposto volontariamente».

Su quest'ampia base, il Codice civile distingue due tipi d'imprenditori: gli imprenditori agricoli e gli imprenditori commerciali, offrendo un concetto su cosa s'intende per ognuno di questi²²⁸. Sulla base dell'articolo 2135 C.c. saranno imprenditori agricoli (in senso lato, come si osserva) i coltivatori diretti del fondo, quelli che svolgono attività di silvicoltura, allevamento d'animali e attività connesse –il che implica nella specificazione successiva, un ampio ventaglio d'attività che si estende ad attività svincolate dal settore strettamente "agricolo", tali come la pesca-. D'altra parte, gli imprenditori commerciali, secondo l'articolo 2195, sono quelli che svolgono un'attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi; un'attività intermediaria nella circolazione dei beni; quelli che esercitano un'attività di trasporto per terra, acqua o aria; quelli che svolgono un'attività bancaria o assicurativa o quelli che esercitano un'attività ausiliare dalle precedenti. La qualificazione di questi imprenditori come commerciali si ricava dall'ultimo comma di questo precetto, che considera che queste attività sono soggette alle norme riferite a attività ed imprese commerciali.

Secondo l'articolo 2083 C.c., sono *piccoli imprenditori* i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia. Nel caso degli agricoltori (e pensiamo tra questi, ugualmente, gli allevatori di animali, i pescatori e quelli che si occupano della silvicoltura²²⁹) e

²²⁸ Vincolati fra di loro attraverso un rapporto di genere e specie, BIGIAMI, W., *La piccola impresa*, *Op. cit.*, pp. 6 e ss.

²²⁹ Così, secondo il contenuto dell'art. 2135 C.c. ita., si considera che è imprenditore agricolo quello che esercita un'attività diretta alla coltivazione del fondo, alla silvicoltura, all'allevamento di animali e attività connesse, riputandosi connesse le attività dirette alla trasformazione o all'alienazione dei prodotti agricoli quando rientrano nell'esercizio normale dell'agricoltura. S'intende compresa in questo concetto, ugualmente la pesca, considerandosi che si potranno svolgere queste attività utilizzando la terra, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine. Il riferimento alle «attività connesse» deve essere considerato con cautela giacché il senso dell'esclusione dell'imprenditore agricolo della normativa commerciale generale è la sua relazione diretta con il fondo. Per questo stabilisce l'ultimo comma di questo precetto che si considerano connesse le attività esercitate dallo stesso imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano per oggetto prodotti provenienti dalla coltivazione diretta del fondo o del bosco o dall'attività con gli animali, così come le attività dirette

degli artigiani, la loro considerazione come piccoli imprenditori si fa, principalmente, in funzione della loro attività e del loro rapporto diretto con il loro lavoro, mentre più difficile è delimitare il piccolo commerciante come piccolo imprenditore. In questo caso, si può seguire il parametro che, come si vedrà, enuncia il HGB tedesco: si considererà piccolo imprenditore al commerciante le cui necessità d'organizzazione non richiedano l'impiego di un'azienda organizzata secondo criteri commerciali. Dunque, il criterio di distinzione si stabilisce –come penso sia naturale- in funzione della complessità dell'organizzazione.

Il legislatore italiano, quando configura i due concetti ha optato per offrire una definizione di entrambi senza fare uso di clausole generali nel senso di considerare di un tipo tutti quegli imprenditori che non possano essere inclusi dentro dell'altra categoria. Questo ha dato luogo a che parte della dottrina considera la possibilità degli imprenditori civili e che un'altra parte, invece, neghi la sua esistenza, considerando che questi potrebbero essere inclusi dentro delle "oltre attività ausiliarie delle precedenti" alle quale fa riferimento l'articolo 2195²³⁰.

I fondamenti ultimi di questa distinzione si trovano nella situazione esistente nel sistema giuridico italiano precedente al C.c. del 1942. Con il sistema del Codice di Commercio si considerava che gli agricoltori non erano propriamente imprenditori, giacché l'attività di coltivazione (silvicoltura, pesca...) non presuppone una gestione di risorse per il conseguimento di uno scopo, ma semplicemente, l'esercizio del diritto di fruizione derivato dal diritto di proprietà – oppure altri diritti reali- su elementi produttivi (la terra, l'acqua). Superata questa situazione, il legislatore italiano optò per considerarli imprenditori, ma offrendo loro un regime diverso e molto più semplice di quello al quale sottopone l'imprenditore commerciale, e senza estendergli l'insieme degli obblighi ai quali è

alla produzione di beni o servizi attraverso l'impiego prevalente di risorse normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata.

²³⁰ Pensiamo che questa non è sede adeguata per il dibattito al riguardo e dunque ci rimettiamo alla nota bibliografica offerta da GALGANO, F., *L'impresa e le società*, pp. 42-43, nt. 2.

soggetto l'imprenditore commerciale –fra di queste, quelle che compongono lo statuto giuridico imprenditoriale-.

Nel diritto spagnolo il riferimento normativo è più complesso. Si aggrappa a una concezione simile a quella dell'antico Codice di commercio italiano. Erede di un capitalismo commerciale, ancora considera come soggetti del sistema i «commercianti» (art. 1) –anche se questa norma si deve leggere come se dicesse gli imprenditori-. Allo stesso tempo, lega il carattere d'imprenditore con la realizzazione di attività commerciali (fatti di commercio). Per distinguere i tipi d'imprenditori, dobbiamo rimetterci all'art. 326 del C. de c., il quale enuncia un insieme d'atti che non si considereranno vendite commerciali, fra i quali si trovano: le vendite d'effetti destinati al consumo, le vendite che fanno i proprietari e gli agricoltori o allevatori di bestiame, dei frutti o prodotti dei suoi raccolti bestiame oppure dal genero in cui paghino loro le rendite; le vendite che, degli oggetti costruiti o fabbricati dagli artigiani, fanno questi nei loro laboratori; e la rivendita che fa qualsiasi persona non commerciante del resto delle provviste che feci per il suo consumo. Qual è la il senso di questa enumerazione? Non considerandosi questi fatti come compravendite commerciali, essi non comportano attività commerciali e, dunque, le persone che li fanno in modo professionale (con abitudine) non saranno reputati commercianti agli effetti dell'articolo 1 C. de c., sempre che non si organizzino in forma di società commerciale. In questo sistema gli agricoltori e gli artigiani rimarrebbero fuori dal concetto di commerciante (imprenditore), dovendo osservare le istituzioni proprie del diritto civile: diritto ai frutti derivati della proprietà e diritto d'accessione sull'opera che risulta dall'uso dei mezzi propri.

Come si è considerato, solo si devono considerare agricoltore, allevatore di bestiame o artigiano le persone direttamente vincolate al lavoro diretto del fondo o alle risorse naturali produttive, perciò –e come norma generale- soggetti individualmente considerati. Si escludono, in ogni caso, coloro che

commercializzano, modificano o distribuiscono i prodotti agricoli, dell'allevamento, pescherecci o artigianali²³¹.

In Spagna, forse, il problema è che non è così chiaro quale sia il regime speciale degli imprenditori agricoli e allevatori. Allo stesso tempo, la distanza con il sistema italiano si fa più grande giacché Spagna non ha nessun riconoscimento nella normativa sostanziale della figura del piccolo imprenditore²³².

Il diritto tedesco, partendo dalla sua visione organicista, considera nel § 3 HGB che gli imprenditori agricolo o forestale non saranno mai reputati commercianti effettivi, potendo essere commercianti facoltativi quando in ragione del loro tipo o delle loro dimensioni, richiedano un'azienda organizzata secondo

²³¹ In questo senso, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "El empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad", in *Curso de Derecho Mercantil*, Dir Uría / Menéndez, Vol. I, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 76 e ss.

²³² Così, il professore ILLESCAS considera che la riforma terminologica del Código de Comercio ha comportato la sinonimia dei termini legali di commerciante ed imprenditore e, in particolare, la scomparsa del primo di questi nella legislazione commerciale contemporanea. Nonostante ciò, aggiunge, non tutti gli imprenditori possono conseguentemente essere considerati come imprenditori commerciali: ci sono pure degli imprenditori civili. Il suo campo d'attuazione, nonostante ciò, è molto stretto, limitandosi questi, nella sua considerazione, alle attività agricole, d'allevamento ed artigianali, alle cooperative o alle società mutualistiche; in definitiva, pensiamo, ad un concetto analogo a quello del piccolo imprenditore italiano restando -ugualmente- al margine degli obblighi legali di contabilità, ILLESCAS ORTIZ, R., "El empresario mercantil individual...", *Op. cit.*, pp. 114-115. Da parte sua, VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 54, afferma l'esistenza di circa tre milioni d'imprenditori civili in Spagna: agricoltori, allevatori, artigiani, pescatori, commercianti ambulanti -che assommano ad un milione-, i quali non possono essere inclusi nel concetto di «commerciante» (=imprenditore) del Código de comercio».

Nel diritto italiano, sulla possibilità di un imprenditore civile risolta sufficientemente illustrativa la sintesi del professore GALGANO, F., *L'impresa e le società*, in *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. III, Tomo 1, 4ª Edizione, Cedam, Padova, 2004, pp. 42-43. Per egli, l'imprenditore civile sarebbe quello che non può essere incluso né nella nozione d'imprenditore commerciale dell'articolo 2195, né in quella d'imprenditore agricolo dell'articolo 2135. Nonostante affermi la possibilità di questo *tertium genus*, afferma che c'è «scarso spazio, nel sistema del Codice civile, per una terza specie di impresa, definibile come impresa civile».

Per un'analisi dell'evoluzione terminologica del concetto di commerciante ed imprenditore nella dottrina italiana *vid.* lo studio svolto dal professore GALGANO, F., "Le teorie dell'impresa", in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, dir. F. Galgano, Vol. II, *L'impresa*, Cedam, Padova, 1978, pp. 1-21, dove analizza che la modifica terminologica implica un'adattamento necessario dell'attività commerciale e riflette il passaggio del sistema di relazioni economiche da un capitalismo commerciale ad un capitalismo industriale (pp. 3-4) e, di conseguenza, un aumento del protagonismo economico dell'attività di produzione che, fino a quel momento, era rimasto appannaggio delle attività di scambio (commercio in senso stretto).

criteri commerciali. Dunque, il ragionamento nella giurisprudenza tedesca è semplice: i soggetti che esercitano un'attività agricola o forestale non saranno riputati mai commercianti, salvo nel caso che adottino una forma (forma di società commerciale) oppure una complessità o struttura tale che faccia sorgere il bisogno d'utilizzare uno stabilimento organizzato secondo i criteri commerciali.

Ugualmente, il diritto tedesco riconosce in modo indiretto la figura del piccolo imprenditore. Così, il §1 HGB considera che un'impresa è qualsiasi sfruttamento commerciale, salvo quella che, per ragione del suo genere o delle sue dimensioni, non richiede uno stabilimento organizzato. Dunque, quando per ragioni della sua struttura, l'organizzazione dell'impresa sia così semplice che, a giudizio dell'imprenditore, non richieda di essere assoggettata ai criteri commerciali e, sempre che questa non impieghi la struttura propria di una società commerciale (le quali saranno sempre commercianti per ragione della loro forma, anche se non concorrano in quelle i requisiti stabiliti nel §1, comma 2, secondo il §6 HGB), avrà il carattere di piccola impresa e non si assoggetterà alla normativa imperativa che riguarda i commercianti tedeschi. Fermo restando sempre la possibilità che si conceda al piccolo imprenditore di sottomettere la sua attività in modo volontario alla normativa generale, costituendosi così come «commerciante facoltativo» nel senso del §2.

In conclusione, le attività agricole *-ampio sensu-* e artigianali non presuppongono un'attività commerciale nel senso di applicargli la complessa normativa che tanto il C.c. ita. come il C. de c. spa. impongono agli imprenditori «commercianti»; sebbene con l'eccezione che il diritto italiano riconosce espressamente la qualità d'imprenditori di questi soggetti, mentre che la normativa spagnola non prevede di nessun trattamento positivo. Nella mia opinione questi soggetti, anche se adempiono le caratteristiche che la scienza economica esige da un soggetto per considerare che svolga attività d'impresa, sono sprovvisti ciononostante dei requisiti che la normativa richiede per considerarli «*commercianti*», e potrebbero integrare, dunque, il discusso genere degli

imprenditori *civili*, o la figura del piccolo imprenditore, rimanendo esclusi dalla normativa generale applicabile all'imprenditore. In questo modo, il piccolo imprenditore rimane escluso dal carattere d'imprenditore commerciale, considerandosi come piccolo l'imprenditore agricolo o allevatore (nel senso che si è appena considerato) così come i piccoli imprenditori commerciali, che secondo la logica del HGB saranno quelli la cui struttura imprenditoriale non richiede un'azienda organizzata secondo criteri commerciali, cioè, che la loro struttura risulta così semplice da non assoggettarli ai canoni della normativa commerciale, e che, in ogni caso, implicino l'attuazione dell'attività attraverso una persona naturale, giacché l'impiego delle forme societarie implica, di per sé, l'assoggettamento alla normativa commerciale.

Oltre a tutto questo dibattito sull'identità o meno dei termini «imprenditore» e «imprenditore commerciale» o «imprenditore che esercita un'attività commerciale» sembra che il criterio ultimo d'imposizione del dovere non è proprio l'esercizio di un determinato genere d'attività. Pure quando in via di principio gli imprenditori non commerciali e i professionisti in base ai motivi fino ad adesso adottati non dovessero tenere contabilità, è abbondante la normativa speciale che si li assoggetta all'adempimento del dovere. Oltre alla prevalenza del criterio della forma sull'attività che esercitano che caratterizza gli imprenditori che adottano la forma di società commerciale –sia per la normativa generale del C. de c. come per quella della LSC-, ci sono determinate norme che impongono il dovere contabile a soggetti inizialmente esenti. Questo è il caso delle società cooperative o delle società agrarie di trasformazione alle quali si farà riferimento più avanti.

d) La tesi del ricorso al mercato di capitali

Questa disparità di criteri ha fatto ad alcuni autori considerare che il fondamento dell'imposizione del dovere contabile si deve cercare nel ricorso che i

soggetti possano fare al mercato di capitali alla ricerca di finanziamento²³³. Nonostante condividiamo in parte queste riflessioni, pensiamo che in questi casi il motivo non è propriamente il ricorso –oppure la potenzialità di ricorso- che si fa al credito nel mercato, cioè, a finanziare l'attività d'impresa impiegando per quella risorse esterne. Più esattamente, la ragione dell'imposizione del dovere di contabilità, e più concretamente della sua graduazione, imponendosi obblighi più complessi nella misura in cui le caratteristiche delle imprese così richiedano, non risiede nell'utilizzo di meccanismi di credito o finanziamento, ma per il fatto di presentare l'impresa una struttura patrimoniale complessa.

In questo punto troviamo la connessione del diritto contabile con la regolazione del patrimonio ed il capitale delle società –e con quello il punto di connessione della IV e VII Direttive UE con la II-. Il fondamento che attualmente si cerca nella costruzione dei doveri contabili è proprio garantire che i creditori degli imprenditori che hanno una struttura patrimoniale complessa abbiano una conoscenza adeguata su come si configura questa struttura. Come la struttura dell'impresa si fa più complessa, normalmente, s'incrementa l'utilizzo delle risorse finanziarie esterne, con il quale, allo stesso tempo, aumenta l'interesse dei terzi alla conoscenza della situazione patrimoniale e dei risultati dell'attività. D'altra parte, le società di capitali si caratterizzano per la limitazione di responsabilità, in modo tale che l'unica garanzia reale della quale dispongono questi finanziatori esterni all'impresa è il suo patrimonio e l'uso che si fa di questo. Pensiamo che questo può essere un fondamento adeguato dell'imposizione dei doveri contabili, e del fatto

²³³ Si è considerato che «l'obbligo delle scritture contabili è escluso per quelle categorie d'imprenditori (piccoli o agricoli) che, nella prospettiva del codice, fanno un ricorso marginale al credito, mentre si afferma (grande imprenditore commerciale – persona fisica e società commerciali di persone) nelle categorie di imprenditori che si presume facciano ricorso normale al credito, si accentua (con una disciplina analitica del bilancio di esercizio e con l'obbligo di pubblicazione del bilancio) in quelle categorie di imprenditori (le società di capitali) nelle quali il ricorso al credito (fornitori, banche, operatori), nell'esercizio dell'attività economica, si presume essenziale per l'attività, senza essere bilanciato dalla responsabilità personale patrimoniale degli operatori, bensì solo dalla integrità del capitale sociale e da una fedele rappresentazione di quest'ultimo e diviene massimo, mercé “un vero e proprio controllo pubblico”, tramite l'occhio delle società di revisione contabile in quelle imprese che fanno appello non solo al credito in misura massiccia, ma al pubblico risparmio (società quotate in borsa)», BOCCHINI, E., *Scritture contabili*, *Op. cit.*, pp. 58-59.

che questi si stabiliscano con diversi livelli di complessità in funzione dal grado di complessità dell'impresa. È perciò che alcuni autori postulano che sarebbe più redditizio lasciare il controllo contabile all'autonomia dei soggetti interessati nell'informazione delle imprese con le quali stabiliranno dei rapporti, in modo tale che contrattualmente siano i soggetti interessati quelli che negozino le condizioni d'informazione o le garanzie addizionali che si richiederanno per la conclusione dei loro rapporti economici. Ci riferiamo alla dicotomia fra *adjusting* e *non-adjusting creditors*²³⁴.

Dobbiamo avvertire, ciononostante, che sebbene in via di principio il dovere di contabilità viene attribuito ai soggetti di diritto e non ai soggetti economici, esistono determinati casi nei quali la normativa estende il dovere di tenuta della contabilità a soggetti senza personalità giuridica. Dunque, sembra che la personalità giuridica non è un requisito essenziale per essere soggetto del dovere di contabilità²³⁵. Questa posizione fa riferimento alla corrente che considera l'impresa come titolare di rapporti e non come soggetto di diritto. E come oggetto e centro d'imputazione delle norme. Con questo si vuol dire che il dovere di contabilità si configura quando si da un'organizzazione comune per lo svolgimento dell'impresa, a prescindere dal fatto che il destinatario delle norme –per mancanza di personalità di quel soggetto- sia il dirigente o gestore. Saremmo, dunque, di fronte a casi di personificazione contabile, giacché la contabilità viene riferita all'attività o azienda che è economica e contabilmente un'unità²³⁶.

²³⁴ Su questa dicotomia, ARMOUR, J., "Legal Capital: an Outdated Concept?", *Op. cit.*, pp. 5-27; inoltre, anche, la considerazione che esistendo creditori che possono dominare il rapporto economico esigendo informazione o garanzie addizionali nei suoi crediti, costituisce un motivo per il superamento delle esigenze di capitale minimo nelle società di capitali. Si può, ciononostante, considerare che transitare da un sistema di *legal disclosure* (di trasparenza contabile per imperativo legale) ad uno in cui le parti interessate si chiedano le informazioni che precisano nelle loro relazioni, situerebbe in una posizione di vantaggio comparativo i soggetti che abbiano una maggiore capacità di monitoraggio del debitore comune nelle vicinanze dell'insolvenza. In questo senso sembrano interessanti le riflessioni di DENOZZA, F., "Different Policies for Corporate Creditor Protection", *EBOR*, num. 7, pp. 409-416, *sp. p.* 410 ove espone questo problema.

²³⁵ BLANCO CAMPAÑA, J., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, pp. 169-170. Questo è il caso dei fondi d'investimento mobiliare e delle unioni temporanee d'impresa, ai quali si farà riferimento più avanti.

²³⁶ *Ibid.*, pp. 171-172.

ii. Elenco dei soggetti obbligati alla tenuta

Il secondo dei criteri che si devono impiegare nella definizione soggettiva del dovere di contabilità è considerare l'elenco dei soggetti ai quali s'impone per individuare i caratteri comuni dell'enumerazione. In quest'ambito si combinano due nozioni diverse: la determinazione del soggetto responsabile della tenuta della contabilità –l'imprenditore- e l'attività materiale di registro delle operazioni contabili –che necessariamente dovrà essere portata a termine da un soggetto persona fisica-. In questo momento ci dedicheremo esclusivamente a considerare la prima delle questioni, trattando la seconda più avanti in questo studio. Allo stesso tempo, la configurazione soggettiva del dovere contabile si è vista influenzata dal fenomeno dell'estensione di questo a soggetti non imprenditori –o, *recte*, non imprenditori commerciali-. Questo ci deve far considerare sia ai soggetti obbligati *motu proprio* come a quelli che sono assoggettati al dovere di contabile, o ad alcuno dei suoi aspetti, per *estensione normativa*.

Nonostante il fatto che, come si è considerato, l'assoggettamento ai doveri contabili non si trova legato all'obbligo d'iscrizione del soggetto nel Registro delle Imprese / Registro Mercantil, si può utilizzare il catalogo dei soggetti che s'elencano in queste norme come tabella di marcia²³⁷.

a) Singolo imprenditore

Anche se l'iscrizione del singolo imprenditore nel Registro delle Imprese non è obbligatoria, così come non si trova neanche obbligato a depositare e dar pubblicità ai suoi bilanci, questo non deve dar luogo –in modo chiaro- a considerare che questo soggetto non sia assoggettato agli obblighi contabili. Il

²³⁷ Facciamo riferimento, rispettivamente, agli elenchi di soggetti contenuti negli artt. 2195 C.c. ita. –completato con l'art. 7 del D.P.R. del 7 dicembre 1995 n. 581, Regolamento di attuazione dell'art. 8 della L. 29 dicembre 1993, n. 580, in materia di istituzione del registro delle imprese ai cui all'art. 2188 del Codice civile- e 16 C. de c. –insieme all'81 del RRM spagnolo-.

legislatore, in via di principio gli impone il dovere di tenuta della contabilità; nonostante ciò, questa forma imprenditoriale è quella che adottano i piccoli imprenditori nel senso dell'art. 2083 C.c. ita., che esige la organizzazione della sua attività professionale utilizzando in modo prevalente il suo lavoro e dei membri della famiglia.

Sebbene un'ampia percentuale dei singoli imprenditori siano piccoli imprenditori, questo non è ostacolo perché possano esistere singoli imprenditori «grandi». Questi sì saranno assoggettati al dovere di contabilità e saranno, normalmente, quelli che in modo volontario sollecitano la sua iscrizione nel Registro delle Imprese / Registro Mercantil per godere dagli effetti che da questo si derivano²³⁸.

Un altro argomento a favore del fatto che in Spagna i singoli imprenditori che possano essere considerati come piccoli imprenditori non siano assoggettati al dovere di contabilità si può trovare nel fatto che nella Legge 20/2007, del 11 luglio, del estatuto del trabajo autónomo (dello statuto del lavoro autonomo), non si fa nessun riferimento al dovere di questi soggetti di tenere la contabilità. Dunque pensiamo, e in attesa di una futura regolazione nel nuovo Código mercantil, che la soluzione che si dovrebbe adottare deve essere simile a quella del HGB tedesco, vale a dire, considerare che questi soggetti solo si trovano obbligati alla tenuta della contabilità quando la loro azienda sia di una speciale complessità o organizzazione.

Come criterio di distinzione quantitativo si può considerare come orientamento l'art. 1 della LFall. Italiana, il quale esclude della possibilità di fallire ai soggetti che si trovino sotto certi parametri, cioè, avere avuto un attivo patrimoniale per un importo inferiore a 300.000 euro, una cifra degli affari

²³⁸ Menzione a parte merita il singolo imprenditore armatore (naviero) che vuole beneficiare della limitazione di responsabilità, e questo sempreché l'esercizio della navigazione si svolga come attività commerciale, giacché non ogni armatore è commerciante, nel cui caso dovrebbe tenere i libri di navigazione o quelli che i regolamenti impongano. Così, BLANCO CAMPANA, J., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, p. 156, nt. 12.

inferiore a 200.000 euro, oppure un passivo esigibile inferiore a 150.000 euro. Si può dedurre da questo riferimento normativo che l'imprenditore individuale che supera questi limiti, si sarà obbligato ad adempiere il dovere di contabilità, come che sarà vincolato al procedimento fallimentare in caso d'insolvenza.

b) Società commerciali

Ogni società commerciale è assoggettata al dovere di contabilità, indipendentemente della sua dimensione o attività²³⁹. Il diritto spagnolo ci offre un ragionamento tassativo al riguardo, deducendosi dall'art. 1 C. de c. spa. che sono commercianti le compagnie commerciali o industriali che si costituiscono secondo questo Codice. Secondo il sillogismo, se ogni società commerciale è un commerciante e, ogni commerciante deve tenere contabilità –art. 25-, ogni società commerciali, senza eccezione, sono tenute a portare avanti gli obblighi contabili. Quest'obbligo si estende, di conseguenza, sia alle società capitaliste come a quelle di persone.

Nel diritto italiano il ragionamento raggiunge la stessa soluzione ma dopo di aver attraversato un'argomentazione più complessa. L'articolo 2249 C.c. ita. stabilisce che le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale si devono costituire secondo uno dei tipi regolati nei capitoli III e seguenti del Titolo V del Libro IV, dove si elencano la società in nome collettivo, la società in accomandita semplice, la società per azioni e la società a responsabilità limitata. A questo si deve aggiungere che queste società sono sempre soggette all'obbligo d'iscrizione nel Registro delle Imprese (art. 2200) e che non possono mai essere considerate piccoli imprenditori nel senso dell'art. 2083. Dunque, ogni

²³⁹ «L'obbligo della tenuta delle scritture contabili prescinde dall'elemento dimensionale della società, non essendo queste in nessun caso considerate piccoli imprenditori (art. 1 legge fall.)», RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, p. 57. Nella dottrina spagnola, VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 11, considera che siamo di fronte ad un concetto amplissimo di società che coincide con quello dell'articolo 48.2 (ex art. 58.2) del Trattato della Comunità Europea per riconoscere alle società la libertà di stabilimento. In questo modo, queste norme vengono a consolidare un diritto di società in senso ampio, proposto in Spagna anni fa da un settore minoritario della dottrina.

società *commerciale* sarà obbligata al dovere di contabilità. Si esclude di quest'obbligo, proprio per non essere una società commerciale, la Società semplice, regolata nel Capitolo II del citato Titolo V.

La regolazione tedesca offre un ragionamento più semplice. Così, il §6 HGB considera che le norme stabilite al riguardo dei commercianti si applicano anche alle società commerciali, disponendo successivamente il §238 che ogni commerciante è obbligato a tenere in modo ordinato dei libri di commercio, ed a riportare in questi i suoi affari e la situazione del suo patrimonio, secondo i principi generali della ragioneria. Di conseguenza, ogni società commerciale, dovendo ad essa applicarsi le norme proprie dei commercianti, sarà soggetta al dovere di contabilità.

Queste argomentazioni richiedono un approfondimento maggiore. In primo luogo, per quanto riguarda alle società di persone, la disciplina concreta di ognuno dei tipi sociali impone in modo espresso il dovere di tenuta dei libri e degli registri contabili –art. 2302 per la società in nome collettivo (al quale rinvia l'art. 2315 per la società in accomandita semplice), art. 2454 per la società in accomandita per azioni (che rimanda al regime della società per azioni)-. Nel caso spagnolo, data la chiarezza dell'art. 1 del C. de c. solo si trova un riferimento puntuale alla contabilità nella disciplina concreta di queste società negli articoli 133, 218.3º e 230 del C. de c. Le società di capitali sono sempre commerciali qualunque sia il suo oggetto –art. 2 LSC, art. 2249 C.c. ita.-, dunque, rimangono assoggettate ai doveri caratteristici dell'imprenditore commerciale.

Sebbene è chiaro che le società commerciali sono assoggettate al dovere di contabilità, il contenuto di questo dovere sarà maggiore per le società di capitali che per quelle di persone. Così, le prime sono obbligate alla formulazione del bilancio che, secondo i casi, sarà oggetto di controllo dalla revisione legale, dovrà essere approvato dall'Assemblea generale e, finalmente, sarà oggetto di pubblicità attraverso la sua consegna nel Registro delle Imprese.

Si deve considerare anche i casi delle società con forma commerciale che non svolgono un'attività imprenditoriale. In questi casi, la dottrina è praticamente unanime nel considerare che si trovano soggette al dovere di tenuta della contabilità²⁴⁰, sebbene si differisce nella sua giustificazione. Una prima posizione dottrinale considera che ciò deriva, in una prospettiva letterale e sistematica, dalla connessione che esiste fra la tenuta delle scritture contabili e l'iscrizione nel Registro delle Imprese / Registro Mercantil. Così, sul piano letterale, l'articolo 2709 del C.c. ita. considera che «i libri e le scritture contabili delle imprese soggette a registrazione fanno prova contro l'imprenditore (...)». Nonostante questo tenore letterale, come abbiamo considerato, non esiste una connessione fra entrambi i doveri degli imprenditori commerciali²⁴¹. Un secondo argomento che si porta a favore della sua estensione è quello che allude al carattere indispensabile della contabilità come elemento integrante della struttura stessa della società²⁴². Finalmente, si considera che, se il legislatore avesse voluto che le società con forma commerciale che non hanno quest'oggetto non avessero contabilità, l'avrebbe disposto in modo espresso, come ha fatto in altri casi, come succede con l'assoggettamento alle procedure concorsuali, che, nel sistema italiano- rimane limitato alle società che hanno per oggetto un'attività commerciale²⁴³. In questi casi, anche se la premessa dalla quale si parte è che il legislatore impone l'adempimento del dovere di contabilità solo alle imprese commerciali non piccole, è chiaro che la forma prevale sulla sostanza. Quando un'impresa civile assume un

²⁴⁰ A questa discussione fa riferimento COSTI, R., *Società in generale...*, *Op. cit.*, p. 82, chi si colloca a favore della sottoposizione al dovere. Nello stesso senso, FERRARA, F. Jr., *Gli imprenditori...*, *Op. cit.*, p. 94 e MINERVINI, G., "L'obbligo di contabilità delle società di forma commerciale", *Riv. Società*, 1964, p. 945-951. Minervini considera nella sua difesa dal fatto che le società con forma commerciale devono tenere la contabilità, che questa è collegata alla struttura della società e non al suo oggetto; e, allo stesso tempo, che il dovere di contabilità s'impone a tutela degli interessi di terzi che, come tali, sono indisponibili. Contro di questa tesi si è considerato che le norme che il legislatore ha dettato in modo specifico per le società commerciali, e che sono d'applicazione pure alle società che solo hanno forma commerciale devono essere considerate di carattere eccezionale, e che il dovere di tenuta della contabilità è una di queste. Tale posizione è la condivisa da SANTINI, G., *Società a responsabilità limitata*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1964, pp. 202 e ss.

²⁴¹ Critica a quest'argomento è pronunciata da PANUCCIO, V., *La natura giuridica...*, *Op. cit.*, p. 182, nt. 332.

²⁴² Questo è il discorso che NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 220, considera più fondato.

²⁴³ Ugualmente sostiene questa tesi NIGRO, A., *ibid.*, p. 223.

tipo di società proprio delle imprese commerciali, si assoggetta, nella sua organizzazione interna alla disciplina propria del tipo societario scelto e, logicamente, pure agli obblighi che derivano d'averne una forma tipicamente considerata per l'esercizio di un'impresa commerciale²⁴⁴.

c) Società cooperative e società di base mutualista

Nonostante la sua discussa natura giuridica in base alla sua finalità sociale, siamo dell'opinione che le società cooperative quando svolgono attività imprenditoriali non possono rimanere fuori dall'ambito commerciale, dunque, sono assoggettate al conseguente obbligo di tenuta della contabilità. Nonostante ciò, se questo ragionamento non fosse sufficiente, la normativa nazionale spagnola, con competenza esclusiva in questo concreto ambito della regolazione cooperativa²⁴⁵, impone il dovere contabile alle società cooperative in termini analoghi a come viene attribuita alle società di capitali²⁴⁶, anche se con uno svolgimento proprio nella pianificazione contabile²⁴⁷. Vi è una serie di norme specifiche sul regime economico e d'approvazione del bilancio nelle società

²⁴⁴ RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, p. 57; ugualmente, FERRI, G., *Imprese soggette a registrazione*, in Commentario al Codice Civile, a cura di SCIALOJA, A. e BRANCA, G., Zanichelli, Bologna, 1983, p. 128. Ancora, il discorso di NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 286 trova riflesso in questo fenomeno giacché «*la necessità delle scritture contabili viene (...) a collegarsi all'organizzazione, addirittura al di fuori degli stessi confini dell'attività commerciale*»; dunque la sottomissione al dovere di tenuta si trova più vincolato al fatto che l'impresa abbia l'organizzazione propria di una struttura imprenditoriale commerciale -con la complessità che per questa si presume- che al proprio esercizio di un'attività propriamente commerciale.

²⁴⁵ Vid. VÁZQUEZ CUETO, J.C., "Las sociedades con base mutualista", in *Derecho Mercantil I - III. Las sociedades mercantiles*, coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., Vol. 2º, Marcial Pons, 14ª Edición, 2006, pp. 581-628.

²⁴⁶ Così, l'art. 61 della Legge spagnola sulle Cooperative stabilisce che le cooperative dovranno tenere una contabilità ordinata e adeguata alla loro attività secondo quanto stabilito nel Código de Comercio e nella normativa contabile, con le peculiarità contenute in questa legge e nelle norme che la completano, potendosi formulare il bilancio in modo abbreviato quando concorrano le stesse circostanze. Anche se la norma in questione fa riferimento agli abrogati articoli 181 e 190, dobbiamo pensare che oggi rinvii agli articoli 257 e 258 della LSC.

²⁴⁷ Cifr. Orden EHA/3360/2010, del 21 dicembre, con il quale s'approvano le norme sugli aspetti contabili delle società cooperative. Questa norma contiene semplicemente norme speciali che si devono considerare a partir dell'applicazione come base del PGC oppure del PGC-PYMES. Una spiegazione del regime transitorio fino alla redazione di questa norma nel dicembre del 2010 ci offre VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 922, che sostiene che le Pianificazioni Contabili del 2007 avevano abrogato l'antecedente normativa contabile specifica sulle cooperative (Orden ECO73614/2003, del 16 dicembre).

cooperative, la cui analisi eccede il punto che ora si tratta²⁴⁸. Analogo ragionamento fa il legislatore italiano quando nell'art. 2519 C.c. ita. rinvia alla normativa delle società per azioni per quanto non sia previsto nel titolo che regola le cooperative. Giacché la tenuta della contabilità non viene considerata in questo Titolo VI, consideriamo che si deve procedere all'adempimento di questi doveri in termini analoghi a come viene regolato per le società di capitali, specialmente quando queste cooperative svolgono attività imprenditoriali²⁴⁹.

Il regime delle società di base mutualistica e le mutue assicuratrici fa rinvio al regime delle società cooperative, *ex. art.* 2547 C.c. ita.

d) Consorzi con attività esterna, Unioni Temporanee d'Imprese e Gruppi d'Interesse Economico

Considerando l'ambito degli enti senza personalità giuridica propria – oppure con dubbia personalità- dobbiamo trattare delle ipotesi dei consorzi imprenditoriali con attività esterna. Nei termini dell'art. 2602 del C.c. ita. il consorzio è un contratto fra diversi imprenditori per il che costituiscono un'organizzazione comune per la regolazione o lo svolgimento di determinate fasi

²⁴⁸ In modo specifico su questo argomento, OLMEDO PERALTA, E., "Singularidades del régimen jurídico contable de las sociedades cooperativas", in *Las líneas actuales de reforma del derecho cooperativo: aspectos jurídico-mercantiles*, Dirs. Hinojosa, Peinado, Quesada, 2013, in stampa; POLO GARRIDO, F. / GARCÍA MARTÍNEZ, G., "La regulación en materia contable contenida en la legislación cooperativa: análisis comparado", *CIRIEC-España Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 45, 2003, pp. 33-56; POLO GARRIDO, F., "La contabilidad de cooperativas en un proceso de armonización contable internacional. El caso de España", *REVESCO*, núm. 89, 2006, pp. 108-138; POLO GARRIDO, "Impactos de las normas internacionales de información financiera en el régimen económico de las sociedades cooperativas", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 58, 2007, pp. 83-108; PASTOR SEMPERE, M.C. "La reforma del derecho contable y su repercusión en el régimen de los recursos propios de las sociedades cooperativas", *REVESCO*, núm. 90, 2006, pp. 109-141; MOLINA LLOPIS, R., "La reforma de la legislación mercantil en materia contable. Una breve referencia a su incidencia en las cooperativas y sociedades laborales", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 58, 2007, pp. 109-129; JULIÁ IGUAL, J.F / POLO GARRIDO, F., "La legalización de libros contables y el depósito de cuentas anuales en las sociedades cooperativas", *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 77, 2002, pp. 89-107. In modo generale, VÁZQUEZ CUETO, J.C., "Las sociedades con base mutualista", pp. 508-510.

²⁴⁹ In modo uguale a quanto accade nel diritto spagnolo, il sistema italiano delle cooperative offre un insieme di specialità fondamentalmente riguardanti alla relazione annuale sul carattere mutualistico della cooperativa ed il regime delle riserve e distribuzione degli utili degli articoli 2545 e ss. C.c.

delle loro rispettive imprese. Se quest'unione imprenditoriale pretende di avere un'efficacia esterna, cioè, di presentarsi in forma comune per l'esercizio di un'attività coi terzi, la costituzione del consorzio –una copia del contratto con il quale si crea- deve essere consegnato nel Registro delle Imprese *ex art. 2612*. In questo caso, gli è imposta la tenuta di una contabilità regolare²⁵⁰, secondo le caratteristiche del consorzio, così come la redazione di un bilancio nel quale si riflette la situazione patrimoniale di quest'unione, osservandosi per la sua elaborazione le norme proprie della contabilità della società per azioni²⁵¹.

Similari a questi consorzi sono le Associazioni Temporanee di Imprese, che trovano una regolazione globale nella normativa spagnola e solo per determinati tipi nell'italiana²⁵². Poiché i consorzi sono sprovvisti, di per sè, di personalità giuridica²⁵³, ne consegue che la contabilità dell'attività di questi consiste nella quantificazione dell'attività concreta per la quale le Imprese si sono unite senza rinunciare alla loro personalità propria. La loro normativa –anche se fiscale, pensiamo che sostanziale in quanto alla natura giuridica- le definisce come un sistema di collaborazione fra imprenditori, sprovvista dell'«unità economica» imprescindibile per la caratterizzazione dei soggetti di contabilità²⁵⁴.

²⁵⁰ Il cui adempimento materiale compete al direttore del consorzio, in questo senso, BOCCHINI, E., *Scritture contabili*, *Op. cit.*, p. 67, afferma che «per i consorzi con attività esterna sono tenute all'obbligo di tenuta della contabilità solo le persone alle quali viene attribuita dal contratto la direzione del consorzio (art. 2612, 2615bis C.c.)».

²⁵¹ *Cifr.* art. 2615bis C.c. ita.

²⁵² *Cifr.* l'art. 6 d.lgs. del 22 gennaio 2004, n. 28, per gli accordi di cooperazione internazionale per la produzione di opere cinematografiche; l'art. 18 legge del 21 luglio 1967, n. 613, per la contitolarità della concessione per la ricerca e la coltivazione di giacimenti di idrocarburi; l'art. 12 della legge del 30 luglio 1990, per i minerali; ed il d.lgs. del 12 aprile 2006, n. 163 (Codice degli appalti pubblici) che regola le associazioni temporanee di imprese per la partecipazione agli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.

²⁵³ *Cifr.* art. 7 della Legge 18/1982, del 26 di maggio sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial (sul regime fiscale dei gruppi ed unioni temporanee d'impresе e le società di sviluppo industriale).

²⁵⁴ In senso contrario, ALONSO ESPINOSA, F.J., «El deber de documentación de la empresa...», *Op. cit.*, p. 7, la cui opinione, nonostante ciò, deve essere discussa giacché la stessa legislazione esclude la personalità giuridica di questi gruppi, la cui natura giuridica è proprio quella di essere un agglomerato temporale d'origine contrattuale, per il quale si collegano dei soggetti giuridici e che, dunque, non sarà soggetta *per se* agli obblighi contabili, ma solo per la rendicontazione sull'opera o servizio per il quale si sono uniti.

Diverse di queste unioni imprenditoriali, senza personalità giuridica, che devono svolgere e offrire un'informazione contabile congiunta in quanto operano insieme nel mercato, sono alle Associazioni Europee di Interesse Economico²⁵⁵. L'assoggettamento di queste al pubblico dovere di contabilità risolta evidente giacché loro disciplina propria le offre personalità giuridica e carattere commerciale²⁵⁶, essendo d'applicazione suppletoria il regime giuridico delle società in nome collettivo²⁵⁷. E tutto questo indipendentemente dal tipo d'attività che esercitano –commerciale o meno-. In queste, oltre all'obbligo contabile proprio del gruppo, i propri soci dovranno tenere un registro contabile con registrazioni perfettamente differenziate espressive delle loro relazioni con il Gruppo²⁵⁸.

e) Gli enti pubblici che svolgono un'attività commerciale

In questo caso, in modo diverso a quanto accade nelle società commerciali, l'attività prevale sulla forma. Gli enti pubblici sono assoggettati al dovere d'isciversi nel Registro delle Imprese quando hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale –*ex art. 2201 C.c. ita.*-. Quando questi non hanno questo rilievo, invece, non sono assoggettati al dovere d'iscrizione, ma sì, invece a quello di tenuta della contabilità per quanto riguarda a quest'attività. In qualsiasi dei due casi, comunque, non si può affermare che stiamo di fronte ad un imprenditore commerciale²⁵⁹, giacché questi soggetti avranno un regime giuridico

²⁵⁵ Che, invece, sì hanno personalità giuridica, *cifr.* art. 1.2 Regolamento (CEE) 2137/85 del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativo all'istituzione di un Gruppo Europeo d'Interesse Economico (GEIE). Essendo questa una norma d'origine comunitaria e d'applicazione diretta, alcune legislazioni nazionali –come quella spagnola- l'hanno introdotta nei propri ordinamenti, sopprimendo la richiesta del suo carattere europeo. In altri casi –come quello italiano-, invece, il legislatore nazionale ha optato per la regolazione di quegli aspetti del gruppo non considerati nel regolamento, conservando nonostante ciò il suo carattere europeo. In questo senso, CAMPOBASSO, G.F., *Diritto dell'impresa*, in *Diritto Commerciale*, Vol. 1, Utet, Milano, 2010, pp. 286-287.

²⁵⁶ Obbligo considerato in modo espresso nell'art. 7 d.lgs. del 23 luglio 1991, n. 240, che contiene un rinvio espresso agli artt. 2214 e ss. C.c. ita.

²⁵⁷ *Cifr.* art. 1 della Ley 12/1991, di 29 aprile de Agrupaciones de Interés Económico (AIE).

²⁵⁸ *Cifr.* artt. 28 e 30.5 LAIE.

²⁵⁹ In questo senso si pronuncia la maggior parte della dottrina, *vid.*, per tutti, RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, pp. 58-59.

caratterizzato dalle norme di diritto pubblico. La ragione dell'assoggettamento al dovere si basa sul contenuto dell'articolo 2093 C.c. ita. il quale stabilisce che le disposizioni di questo libro s'applicano agli enti pubblici inquadrati nelle associazioni professionali; rispetto a quelli che non vi s'inquadrano, si applicheranno queste disposizioni esclusivamente per quanto riguarda le imprese che esercitano²⁶⁰. Nella disciplina italiana della contabilità non c'è nessuna norma che abroghi quest'assoggettamento generale alla normativa commerciale –come invece fa l'art. 2201 per il dovere d'iscrizione-. La dottrina italiana dominante è a favore della sua applicazione, sebbene riguardo all'ambito di attività che presenta carattere commerciale, e senza pregiudizio del suo assoggettamento alle norme specifiche del diritto pubblico che regolano la sua attività.

In una prospettiva radicalmente opposta, il diritto spagnolo non fa riferimento al loro dovere d'iscrizione nel Registro Mercantil –non si trovano gli enti pubblici nell'elenco dei soggetti dell'art. 81 RRM- e non li considera in nessun caso imprenditori commerciali. Nonostante questo, è innegabile l'esistenza d'imprese pubbliche che svolgono un'attività nel mercato, la quale differisce dall'attività imprenditoriale commerciale nello scopo di lucro fondamentale. È perciò che questi enti, sebbene devono tenere una contabilità ordinata, questa deve essere adeguata alle loro caratteristiche strutturali, dunque, nella loro redazione si attengono al Plan General de Contabilidad Pública (Pianificazione Generale di Contabilità Pubblica)²⁶¹, che si fonda su principi diversi da quelli caratteristici delle imprese commerciali.

Gli ordinamenti spagnolo ed italiano, quando regolano l'esercizio delle attività imprenditoriali da parte di enti pubblici, coincidono nel fatto che in

²⁶⁰ La dottrina ha visto ancora la giustificazione dell'adempimento del dovere per questi soggetti nella necessità d'organizzare l'attività nel mercato. Così, NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 300: «La soluzione positiva discende anche qui dalla indispensabilità della documentazione per la funzionalità dell'organizzazione che, per l'esistenza stessa di un'impresa, deve costituirsi, rimanendo distinta dalla restante organizzazione dell'ente».

²⁶¹ Orden EHA/1037/2010, del 13 aprile.

nessuno dei due sistemi questi soggetti sono assoggettati alle procedure concorsuali²⁶².

f) Enti senza personalità giuridica

L'obbligo di tenuta della contabilità interessa pure, in considerazione della loro «personificazione contabile», altri enti di natura commerciale i quali, ciò nonostante, sono sprovvisti di personalità giuridica propria. È caratteristico il caso dei fondi d'investimento, configurati dalla loro propria normativa come patrimoni separati senza personalità giuridica, appartenenti ad una pluralità d'investitori²⁶³, affidati nella loro amministrazione ad una entità gestrice. Da questa mancanza di personalità, ed in un modo un po' oscuro, dall'articolo 20 della Legge de Instituciones de Inversión Colectiva (legge spagnola delle istituzioni d'investimento collettivo) sembra ricavarsi l'assoggettamento al dovere di contabilità di questi fondi giacché con questa norma s'abilita al Ministerio de Economía ed alla Comisión Nacional del Mercado de Valores all'approvazione delle regole specifiche di contabilità per quest'insieme d'istituzioni –senza farsi qui nessuna eccezione che escluda i fondi d'investimento-. Questo svolgimento si trova attualmente articolato attraverso l'Orden EHA 35/2008, del 14 gennaio²⁶⁴, dal cui tenore risulta evidente la personificazione contabile di questi enti. La principale singolarità che presentano i fondi d'investimento nella loro disciplina contabile è che questi sono amministrati da un'entità di gestione, che dovrà tenere la propria contabilità, oltre alla contabilità necessaria per il fondo d'investimento per se stesso. Questa realtà serve come sostegno per il ragionamento ormai considerato che la contabilità viene riferita direttamente all'attività e all'organizzazione dell'impresa e non ad un soggetto determinato giacché, come si vede nei fondi

²⁶² Artt. 1.1^o Leg. Fall. e 1.3 LC.

²⁶³ Cifr. art. 3 della Ley 35/2003, del 4 novembre de Instituciones de Inversión Colectiva.

²⁶⁴ Completata –in quanto non sia stata abrogata- dalla Circular 77/1990, del 27 dicembre, della Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), sulle norme contabili e gli stati finanziari riservati di Organismi d'Investimento Collettivo (modificata dalla Circular 3/1998, del 22 settembre, sobre operaciones e instrumentos derivados de las instituciones de inversión colectiva – sulle operazioni e strumenti derivati degli organismi d'investimento collettivo).

d'investimento, l'organizzazione alla quale il dovere di contabilità viene riferito è il proprio fondo come patrimonio autonomo, nonostante l'obbligo di tenere la contabilità debba cadere su un soggetto –giacché solo su di questi si possono prevedere degli obblighi- che sarà, necessariamente, l'entità di gestione²⁶⁵.

Un ragionamento analogo a questo considerato sui fondi d'investimento è applicabile ai fondi pensionistici, configurati ugualmente come patrimoni creati all'esclusivo scopo di dar adempimento ai piani di pensioni²⁶⁶ senza personalità giuridica ed amministrati da un'entità di gestione con il concorso di un'entità depositaria²⁶⁷. L'articolo 25 della Ley reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones (legge regolatrice dei piani e dei fondi di pensioni) con tecnica simile a quella impiegata rispetto ai fondi d'investimento, si rimette ad un ulteriore sviluppo specifico della normativa contabile di questi enti, il quale si trova riflesso nel suo Regolamento d'attuazione²⁶⁸, che allo stesso tempo si rimette ad un successivo provvedimento del Ministero d'Economia.

g) Soggetti civili: Sociedades Agrarias de Transformación, associazioni e fondazioni

Oltre i soggetti contabili con carattere commerciale, troviamo altri soggetti che esulano della caratterizzazione come «imprenditori commerciali» o, nella nomenclatura tenuta in parte del Código de comercio, di «commercianti» che sono mantengono assoggettati agli obblighi contabili propri delle imprese commerciali per previsione espressa della normativa che li regola. Questo è il caso delle

²⁶⁵ Un'analisi più approfondita delle questioni contabili relative ai fondi d'investimento si può trovare in GAMARRA MUÑOZ, M.C., "Instituciones de inversión colectiva. Una especial referencia a su problemática contable", *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, núm. 11, 1996, pp. 207-228.

²⁶⁶ Cifr. art. 2 de la Ley 8/1987, dell'8 giugno, de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (di regolazione dei Piani e Fondi di Pensioni).

²⁶⁷ Cifr. art. 3 del Real Decreto 304/2004, del 20 febbraio, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones (tramite il quale si approva il Regolamento dei Piani e Fondi di Pensioni).

²⁶⁸ Cifr. artt. 95-101.

Sociedades Agrarias de Transformación (Società Agricole di Trasformazione) spagnole che, nonostante siano *società civili di finalità economico-sociale*²⁶⁹, si trovano soggette per rinvio della loro normativa regolatrice agli obblighi contabili propri del Código de comercio²⁷⁰. Un'estensione simile della normativa contabile a soggetti propriamente civili si può osservare nella regolazione delle associazioni²⁷¹ e delle fondazioni²⁷²²⁷³.

h) Entità non assoggettate per la normativa commerciale

In ultimo luogo, troviamo dei casi nei quali la normativa sostanziale del Diritto commerciale non impone ad un determinato soggetto l'adempimento delle prescrizioni contabili, ma ciò gli è imposto dalla normativa tributaria. Il presupposto è l'esistenza di un soggetto che, secondo la normativa commerciale, non è obbligato al dovere contabile, però al riguardo ciò, per la liquidazione dell'Imposta sulle Società, la normativa tributaria richiede che questi soggetti adempiano ai doveri contabili in modo ordinario –dunque, rinviando agli articoli 25 e ss. C. de c.-. Succede in questi casi che, in generale, questi soggetti non saranno assoggettati al dovere d'iscrizione nel Registro delle Imprese, ma ugualmente dovranno vidimare e bollare i loro libri di contabilità, anche se non consegneranno il loro bilancio²⁷⁴.

²⁶⁹ Cifr. art. 1 del Real Decreto 1776/1981, del 3 agosto, por el que se aprueba el Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación (tramite il quale si approva lo Statuto che regola le Società Agricole di Trasformazione).

²⁷⁰ A questo riguardo, dispone l'art. 7 dell'Orden del 14 settembre 1982, d'attuazione del decreto sobre Sociedades Agrarias de Transformación, che i libri di contabilità, che obbligatoriamente devono tenere le Società Agricole di Trasformazione, saranno il libro giornale e quello degli inventari e bilanci, o qualunque altro che debitamente autorizzati siano richiesti dalla normativa vigente.

²⁷¹ Cifr. art. 14 della Ley Orgánica 1/2002, del 22 marzo, reguladora del Derecho de Asociación (regolatrice del Diritto d'Associazione).

²⁷² Cifr. art. 25 de la Ley 50/2002, del 26 dicembre, de Fundaciones (di Fondazioni).

²⁷³ La dottrina italiana si mostra favorevole al fatto che questi organismi civili devono tenere una contabilità secondo la normativa commerciale quando svolgono attività imprenditoriali. In questo senso, BOCCHINI, E., *Scritture contabili*, p. 66, afferma che «Le associazioni e le fondazioni, esercenti imprese commerciali, in via secondaria, sono tenute all'obbligo della contabilità, limitatamente alle imprese da esse esercitate», ugualmente, RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, p. 59.

²⁷⁴ Vid. LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, Op. cit., p. 76.

La soluzione di questa situazione l'offre la Istruzione della DGRN del 26 giugno 1996 che determina il modo di procedere degli incaricati del Registro delle Imprese per legalizzare i libri e disciplina la consegna dei bilanci da parte di quei soggetti la cui iscrizione nel Registro Mercantil non è prevista. Dispone quest'istruzione che il rinvio alla tenuta della contabilità e la presentazione del bilancio secondo la legislazione commerciale generale avviene in connessione coi fini perseguiti dalla legislazione fiscale sull'imposta sulle società, vale a dire, la contribuzione al sostegno delle cariche dello Stato secondo gli utili ottenuti. Ciò si dovrebbe interpretare nel senso di un rinvio agli articoli 25 e ss. C. de c., ossia, al dovere di tenere la contabilità e d'adempiere tale obbligo conformemente alle norme che regolano il modo formale e materiale di farlo. Uno degli aspetti di questo dovere consiste nella presentazione al Registro Mercantil competente dei libri per la loro vidimazione e bollatura. Il rinvio non comprenderà il dovere di sollecitare la pubblicità commerciale del bilancio nel Registro Mercantil, giacché questo dovere non è previsto dalla legislazione commerciale contabile generale che, al contrario, garantisce la privacy.

i) Ricapitolazione: conclusioni sul piano soggettivo

In sintesi si può comprovare che la considerazione individualizzata dei soggetti ai quali fanno riferimento le norme sulla tenuta della contabilità mettono in rilievo che il preteso sistema di clausola generale dell'imposizione del dovere trova un'importante fallimento. Così, nel caso spagnolo, s'osserva la mancanza di correttezza della lettera dell'art. 25 del C. de c. giacché si considera come soggetto di contabilità «ogni imprenditore» ma a questa definizione si è mancato d'aggiungere il carattere di «commerciale». Ugualmente, gli imprenditori non sono i soggetti esclusivi assoggettati a queste norme giacché, come si è considerato, esistono soggetti di carattere non commerciale ai quali la loro normativa estende questa disciplina, e ugualmente, enti con rilievo economico che, al rilevare un'organizzazione comune orientata al raggiungimento dei fini comuni, l'ordinamento impone questo dovere.

Nel caso italiano, il fallimento del sistema della clausola generale è ugualmente considerevole. In questo caso, sebbene la base da cui si parte sia più concreta -«l'imprenditore che esercita un'attività commerciale»-, ugualmente si trovano delle eccezioni. Così, questa norma viene riferita all'imprenditore commerciale (dunque, esclusi gli agricoltori e gli artigiani), di carattere non piccolo – nei termini dell'art. 2083-, o che abbiano la forma di società commerciali. Ugualmente si produce l'estensione del dovere ai soggetti di carattere non commerciale quando esercitano attività commerciali, e s'impone a soggetti che nonostante esercitino attività non commerciali, rivestono questa forma.

In conclusione e dopo il tentativo di utilizzare le formule generali per la delimitazione dei soggetti del dovere, siamo d'accordo con parte della dottrina²⁷⁵ nel considerare che l'unico fattore comune che si può ricavare dai diversi presupposti è la necessità di tenere la contabilità quando l'esercizio di un'attività imprenditoriale implica una certa organizzazione. Questo giustifica l'assoggettamento per motivi di forma di tutte le società commerciali indipendentemente dal loro oggetto, così come degli altri soggetti non commerciali quando svolgono queste attività.

j) Pluralità d'aziende

Resta ancora considerare l'ipotesi che lo stesso imprenditore svolga più di un'attività d'impresa. Questo è il caso delle succursali e degli stabilimenti stranieri. La soluzione della questione ha un rilievo maggiore da quello che si potrebbe pensare in un primo momento giacché implica considerare se la tenuta della contabilità viene riferita ad un soggetto oppure all'attività ed all'insieme organizzativo e patrimoniale che compone l'impresa²⁷⁶. Secondo la tesi

²⁷⁵ Fra altri, Nigro, Bocchini, Panuccio –per la dottrina italiana-, e Vicent –per quella spagnola-.

²⁷⁶ Così, BLANCO CAMPANA, J., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, Op. cit., p. 154, afferma che se l'imprenditore è il soggetto obbligato, la contabilità prende come centro di riferimento l'impresa o l'azienda, unità che ingloba l'unità principale, le succursali, agenzie, delegazioni, i diversi centri di

anteriormente considerata della personificazione contabile, siamo dell'opinione che in questi casi si dovrebbe tenere una contabilità diversa ed adeguata alle caratteristiche dell'azienda per ognuno degli stabilimenti gestiti dallo stesso imprenditore²⁷⁷. Questo è dovuto al fatto che, in verità, la contabilità implica la contabilizzazione del patrimonio e dei risultati di un'impresa, dunque se lo stesso soggetto svolge attività totalmente indipendenti gestendo più di un'impresa, sarà obbligato all'adempimento di questi doveri per ognuna di queste²⁷⁸. Questione diversa è che queste imprese si trovino vincolate da una relazione di gruppo, caso nel quale, sarebbero pure obbligate al dovere di redigere un bilancio consolidato.

Nella soluzione del caso delle succursali, abbiamo un altro sostegno normativo nell'articolo 375 RRM, ove si afferma che le società straniere che abbiano aperto succursali in Spagna, sebbene siano obbligate all'adempimento dei doveri di contabilità che la loro legislazione nazionale ad esse richieda, sono obbligate a consegnare necessariamente il loro bilancio nel Registro della succursale nel quale si trovano i dati relativi alla società e, se nel caso, il bilancio consolidato che avessero elaborato secondo la loro legislazione.

In seguito, nell'analisi del contenuto e dell'oggetto della contabilità si prenderà come base soggettiva la normativa delle società di capitali di dimensione grande e non quotata, come paradigma impiegato dalla normativa commerciale. Anche se in certi casi si farà riferimento quando risolti necessario ad altre forme sociali ed alle società quotate, le società di capitali grandi sono quelle alle quali la normativa impone un maggior numero d'obblighi contabili, perché si presume che abbiano una struttura organizzativa ed un'implicazione d'interessi più complesse.

stabilimento se esistono, etc. In concreto, per l'imprenditore che svolge diverse aziende, *ibid.*, p. 172.

²⁷⁷ Nello stesso senso NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 227, nt. 59.

²⁷⁸ Sostiene quest'opinione BLANCO CAMPAÑA, J., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, p. 186; situazione alla quale aggiunge il problema delle succursali di una stessa azienda. Come afferma il professore Blanco, non esiste una posizione legislativa né dottrinale solida. A favore della tenuta di una contabilità separata di queste succursali si sosteneva la necessità d'adempire alle esigenze continue di effettuare le registrazioni nel libro giornale. Invece, contro la tenuta di queste contabilità "disgregate", si sosteneva la necessità di difesa del principio di unità d'impresa.

L'analisi in dettaglio dei soggetti tenuti alla contabilità ci permette di considerare le differenze che esistono fra gli ordinamenti italiano e spagnolo, e ciò mette in rilievo uno dei punti deboli del tentativo di unificare la materia contabile nell'Unione Europea: il carattere limitato dell'ambito d'applicazione delle Direttive IV e VII alle società di capitali²⁷⁹. Rimangono escluse da di qualunque armonizzazione questioni di grande rilievo come la delimitazione soggettiva dei soggetti ai quali s'impone il dovere.

Pensiamo che non è questo il contesto adeguato per compiere un'analisi dettagliata della consolidazione dei bilanci, basta qui l'affermazione che, per quanto riguarda la contabilità dei gruppi di società, ognuna delle società che compongono il gruppo dovrà adempiere la totalità delle prescrizioni commerciali sulla tenuta della contabilità²⁸⁰. Le uniche disposizioni speciali –derivate dalla VIII Direttiva- che ci sono sul piano contabile per i gruppi –e non sono poche-, si incentrano nella pubblicità dell'informazione, cioè, e nell'elaborazione del bilancio. Così, ognuna delle società dovrà elaborare i suoi bilanci secondo la normativa generale e, successivamente, rimettere alla società dominante l'informazione che sia necessaria per l'elaborazione consolidata del bilancio e della relazione sulla gestione, che contengono l'informazione contabile di tutte le società che appartengono al gruppo²⁸¹.

²⁷⁹ Una prima riflessione sul regime della consolidazione introdotto dalle Direttive Comunitarie lo offre DUQUE DOMINGUEZ, J.F., "Las condiciones de la consolidación de las cuentas anuales", in *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Coord. Alonso Ureba /Chico Ortiz/Lucas Fernández, Gráficas Minaya, Madrid, 1987, pp. 737-809.

²⁸⁰ Così, l'art. 42.2 C. de c., che stabilisce che l'obbligo di formulare il bilancio e la relazione sulla gestione consolidati non esime le società che formano il gruppo di formulare i propri bilanci e la relazione sulla gestione corrispondenti, secondo il loro regime specifico.

²⁸¹ *Cifr.* art. 42.1, art. 25 e 29 d.lgs. 127/1991, di attuazione delle direttive n. 78/600/CEE in materia societaria, relative ai conti annuali e consolidati, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge 26 marzo 1990, n. 69.

iii. La contabilità del imprenditore individuale. Effetti dei vizi del consenso nelle dichiarazioni contabili

Una volta delimitati i soggetti che devono adempiere i doveri contabili dobbiamo considerare che la contabilità presuppone di portare a termine un lavoro continuata di registrazione dell'attività dell'impresa, così come la formulazione periodica dei documenti di sintesi di quest'informazione. Il dovere contabile si può caratterizzare per implicare un *facere* di carattere non personalissimo²⁸², ma che indubitabilmente dovrà essere soddisfatto da uno o vari soggetti fisici, non potendo –logicamente- essere svolto da enti. In via di principio, la premessa dalla quale partono le discipline commerciali spagnola ed italiana è quella dell'adempimento del dovere da parte del titolare del dovere, soluzione che solo sarà soddisfacente –anche se non sempre- per l'imprenditore individuale, e non per le forme societarie d'impresa²⁸³.

a) Capacità dell'imprenditore

Prima di passare all'analisi del dovere contabile nelle società di capitali, ci dobbiamo fermare in primo luogo nella considerazione del singolo imprenditore.

²⁸² Una spiegazione più completa è la svolta da MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, pp. 93-100, il quale considera che il dovere di contabilità –sebbene non perde nella sua opinione il carattere di dovere- può essere qualificato dalle caratteristiche proprie degli obblighi di fare, non personalissimo, di risultato ed a termine. Da questo elenco di caratteristiche del pubblico dovere di contabilità dobbiamo dissentire sul fatto di qualificarlo come un dovere “a termine” giacché, sebbene la formulazione del bilancio debba avvenire nel termine di tre mesi dalla chiusura dell'esercizio sociale, il dovere presuppone un'attività che si estende lungo tutto il ciclo contabile, essendo la formulazione del bilancio semplicemente una tappa–e forse quella di maggiore rilievo- in questo processo.

²⁸³ Il ragionamento deriva dall'art. 25.2 del C. de c. che stabilisce che la contabilità –nel suo aspetto più generale- sarà tenuta direttamente dagli imprenditori o da altre persone debitamente autorizzate, senza pregiudizio della responsabilità di questi. In questo precetto non si disciplina con maggiore precisazione la delega ad altre persone, e dunque si intende che si permette la loro tenuta da altre persone direttamente vincolate con la società –propriamente dai suoi amministratori, così come da altri soggetti, come possono essere i ragionieri-. Ugualmente stabilisce questo articolo una presunzione *iuris tantum* che la persona che tiene la contabilità è debitamente autorizzata a farlo.

Nell'ordinamento italiano si deve arrivare alla stessa soluzione, sebbene in questo caso il supporto normativo sia più debole, dovento partire il ragionamento dalla logica del funzionamento delle società, e dalla dizione dell'art. 2214 C.c. ita. che stabilisce che l'imprenditore deve tenere i libri contabili obbligatori.

Sebbene rispetto di questi l'attribuzione della tenuta è più semplice, coincidendo nella sua persona le qualità di titolare del dovere e responsabile della tenuta, non è questa figura esente di situazioni speciali che si devono considerare. In primo luogo, si deve prendere in considerazione quei casi nei quali il singolo imprenditore non possiede i requisiti legalmente richiesti per l'esercizio del commercio, si fa riferimento qui ai casi in cui questo sia minorenni o incapace²⁸⁴. In questi casi, l'imposizione del dovere al rappresentante –guardador o factor nella terminologia dell'art. 5 C. de c., tutore dell'art. 320 C.c. ita.- che si occupi della gestione imprenditoriale deve essere la soluzione da seguire²⁸⁵. Questione di maggiore complessità è quella dell'ipotesi nella quale, pur avendo in via di principio la capacità per l'esercizio del commercio, «è sprovvisto delle attitudini» necessarie per l'adempimento del dovere contabile. Questi termini si devono interpretare da due prospettive: una storica ed un'altra attualizzata.

La prima di queste visioni ci porta al Código de comercio spagnolo di 1829²⁸⁶, il quale considerava il caso nel quale un commerciante non avesse l'attitudine necessaria per tenere i suoi libri e per firmare i documenti della sua registrazione²⁸⁷, caso al riguardo del quale s'imponeva la nomina di un tutore sufficiente incaricato di questa tenuta, nomina che imperativamente doveva essere iscritta nel Registro Mercantil. Sotto quest'espressione così addolcita, in realtà si faceva riferimento al caso in cui l'imprenditore non sapesse né leggere né

²⁸⁴ Cifr. art. 4 C. de c., artt. 316 e ss. C.c. ita., in questo caso senza una regolazione separata dalla capacità per l'ambito commerciale. «*La disciplina della capacità in materia commerciale impedisce dunque di considerare imprenditore un soggetto incapace che non sia munito delle prescritte autorizzazioni per continuare o per iniziare l'attività*», PANUCCIO, V., *La natura giuridica...*, Op. cit., p. 121. Comunque, il destinatario delle norme relative allo statuto dell'imprenditore sarà ancora il minorenni o incapace e non il curatore. Così, BLANCO CAMPAÑA, J., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, Op. cit., p. 157.

²⁸⁵ Ritenendo che questi atti formino parte dell'amministrazione ordinaria dell'impresa, non si richiede per il loro adempimento l'autorizzazione giudiziaria prescritta –ex. art. 320, 374, 375 e 424 C.c. ita.- per lo svolgimento di atti di straordinaria amministrazione.

Uguualmente, «se l'incapace è stato autorizzato alla continuazione dell'esercizio dell'impresa, le scritture dovranno essere tenute a cura del rappresentante legale», PANUCCIO, V., *La natura giuridica...*, Op. cit., p. 121.

²⁸⁶ Non si trova nessuna previsione simile nel Codice di Commercio italiano di 1866.

²⁸⁷ Cifr. art. 47 C. de c. spa. del 1829.

scrivere²⁸⁸. Si trattava dunque di un caso di nomina espressa di un tutore le cui facoltà dovevano essere oggetto di pubblicità ma che, in ogni caso, non liberava dalla responsabilità la persona dell'imprenditore, consacrando, così da questo momento, la perpetuazione e l'inevitabilità della responsabilità da parte del titolare del dovere di contabilità. Con l'entrata in vigore del Código del 1885, la dizione di questo precetto si modifica e si smette di fare riferimento alla mancanza d'attitudine del commerciante. Così, la redazione originaria dell'art. 35 –che non è molto lontana del attuale 25.2- stabiliva semplicemente che i commercianti potranno tenere i libri personalmente oppure attraverso delle persone a ciò autorizzate, cancellandosi la necessità d'iscrizione della delega di questo dovere ad altro soggetto e riconoscendosi legalmente la presunzione *iuris tantum* che il soggetto che tenga i registri contabili è adeguatamente autorizzato dall'imprenditore.

Oggi, nonostante la generalizzazione della scolarizzazione e la riduzione del tasso d'analfabetismo a livelli infimi nei paesi dell'Unione Europea, continua ad essere generalizzata la «mancanza delle attitudini» da parte dell'imprenditore. Dato lo sviluppo della tecnica di ragioneria, questa ha finito per diventare un linguaggio complesso e che richiede delle conoscenze tecniche per il suo adeguato svolgimento, abilità che, naturalmente non saranno sempre a disposizione del singolo imprenditore –o delle persone degli amministratori dell'impresa societaria-, dunque sarà prevista l'abilitazione di un altro soggetto per riempire questa mancanza. Più avanti si farà riferimento alla delega dell'adempimento –e non della responsabilità- ed alle forme in cui questa si può articolare.

Dato che l'ordinamento italiano come lo spagnolo vietano l'esercizio del commercio da parte di una persona minorenni o incapace, senza l'assistenza di un tutore, l'assenza di capacità dell'imprenditore solo produrrà i suoi effetti nel caso in cui diventi incapace l'imprenditore inizialmente capace per l'esercizio del

²⁸⁸ Vid. DE LA CUESTA RUTE, J.M., "La contabilidad...", *Op. cit.*, p. 332.

commercio²⁸⁹. Per quanto riguarda gli atti che questo fece prima della nomina di un tutore –ma quando ormai era incapace- non potranno essere fonte di responsabilità. Dunque, i possibili errori che questo soggetto compisse nella sua contabilità non potranno servire come base per la qualificazione di un eventuale fallimento come colposo, o per dichiarare il reato di bancarotta fraudolenta. Ugualmente, a causa di quest'assenza di volontà di questo soggetto, non gli si potranno imputare i reati che derivano dall'inadempimento della normativa fiscale²⁹⁰.

Risulta interessante considerare a questi effetti una differenza essenziale che esiste fra il diritto fallimentare italiano e quello spagnolo. Così, nel caso del diritto italiano, l'imputazione di responsabilità all'imprenditore per la produzione o aggravamento della situazione d'insolvenza si produce attraverso i canali del diritto penale; invece, per il diritto spagnolo, questa questione rimane nell'ambito strettamente privato, attraverso il provvedimento di qualificazione del fallimento. Questa differenza produce effetti nell'ambito della capacità. Per la commissione di un reato si richiede la capacità del soggetto, così come il dolo nel commetterlo (capacità di volere e di capire), è per ciò che, in assenza di questa capacità, non potranno essere irrogate le sanzioni penali conseguenti alla violazione dei doveri contabili²⁹¹.

Risulta pure problematica la questione d'attribuire l'adempimento dei doveri contabili in caso di decesso del singolo imprenditore. In questo caso, fino che non si abbia l'accettazione dell'eredità dai suoi successori, la gestione dell'entità –in tutta l'ampiezza del termine- spetterà all'albacea/esecutore

²⁸⁹ A quest'ipotesi aggiunge PANUCCIO, *La natura giuridica...*, *Op. cit.*, p. 121-122, il caso in cui l'autorità giudiziaria, nonostante l'incapacità, dichiara il fallimento dell'imprenditore.

²⁹⁰ In questo senso si pronuncia PANUCCIO, V., *Íbid.*, p. 119.

²⁹¹ Così, PANUCCIO, V., *Íbid.*, p. 120. Comunque, l'irrogazione di sanzioni di qualsiasi genere è di carattere personale, dunque se il minorenni o incapace non può di per sè adempiere agli obblighi contabili, ma li svolge un tutore o curatore come rappresentante necessario, non gli potranno essere mai imputate le conseguenze che derivano da errori e scorrettezze nell'adempimento. Soluzione diversa si potrà dare nel caso di una rappresentanza volontaria attraverso il fattore –ovviamente, fuori dall'ambito dei minorenni ed incapaci-.

testamentario, essendo ciò parte dei fatti di gestione necessari per la custodia e conservazione dei beni a cui fanno riferimento entrambi i Codici civili italiano e spagnolo²⁹², oppure nel caso che questo non esista, spetterà ai chiamati all'eredità²⁹³.

b) Vizi del consenso

Oltre a un dovere consistente in una prestazione di fare di carattere non personalissimo, l'adempimento dei doveri di registrazione d'informazioni nei libri di contabilità e di redazione del bilancio implicano la realizzazione di dichiarazioni di scienza o verità. È necessario ora considerare se i vizi del consenso o la mancanza di capacità dell'imprenditore possano influire sulla validità di questi. In via di principio, come si è ormai considerato precedentemente e come osserva la dottrina dominante²⁹⁴, trattandosi di dichiarazioni di scienza o verità di carattere non-confessorio, i fattori soggettivi risultano irrilevanti nell'interpretazione della dichiarazione²⁹⁵, giacché quello che veramente è importante è l'errore oggettivo o la falsità -volontaria o fortuita-, cioè, la divergenza fra i fatti reali e quello che risulta nelle scritture contabili (divergenza tra i fatti con rilevanza contabile ed i registri contabili). Questo implica che si deve prescindere nella sua considerazione dalla capacità giuridica e d'agire e della volontà dell'imprenditore. Da questo derivano due conseguenze fondamentalmente: in primo luogo, che la volontà soggettiva dell'imprenditore al momento d'emettere le dichiarazioni contabili non può ne deve essere presa in considerazione per l'interpretazione di queste. Queste si devono caratterizzare dalla loro oggettività. E, in secondo luogo, che i difetti di

²⁹² Cfr. art. 902 C.c. sp. ed art. 703.4° C.c. ita., che impone all'esecutore testamentario il dovere d'amministrare l'eredità come un buon padre di famiglia, cosa che, pensiamo, implica l'adempimento di questo dovere.

²⁹³ Per una visione più dettagliata di questo discorso, *vid.* DIEZ PICAZO, L., "La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil", *RDM*, num. 96, 1965.

²⁹⁴ *Vid.* PANUCCIO, V., *La natura giuridica...*, *Op. cit.*, pp. 14-18; BOCCHINI, E., *Scritture contabili*, *Op. cit.*, p. 91.

²⁹⁵ Questa situazione fu considerata da PANUCCIO, V., *Íbid*, p. 123, il quale ritiene che «La violenza e il dolo operano sulla volontà, e in materia di dichiarazioni di scienza l'elemento psichico, la volontà, è confinato in ultimo piano; le sue anomalie e i correlativi rimedi non hanno alcuna importanza indipendentemente dall'errore».

capacità o i vizi del consenso –che sono applicabili ai contratti-, non producono degli effetti nella valutazione dei registri contabili.

Solo nel caso in cui si osserva una falsità oggettiva, nel senso che i registri contabili non siano veri, acquisiranno rilievo l'incapacità, la violenza o il dolo²⁹⁶, ma non come elementi per l'interpretazione di quello che si riflette nella documentazione, ma come possibili elementi per esonerare l'imprenditore della responsabilità che possa derivare dalla mancanza di verità di questi dati. Così, quando soffrendo di qualche vizio di sua volontà, l'incaricato della tenuta della contabilità registra fatti contabili veridici, questa circostanza non svolge nessun rilievo. Invece se, come conseguenza della volontà viziata si portano a termine delle registrazioni inesatte su fatti contabili, questi sì possono –ed anzi devono- essere corretti nei registri contabili attraverso la loro rettificazione. Le dichiarazioni contabili si producono in modo dilatato nel tempo e si trovano caratterizzate dal dovere di rettificazione. Da entrambe le cose si deduce che, in caso che abbia sofferto alcun vizio della volontà all'ora di realizzare i registri contabili, l'imprenditore sarà obbligato a correggerli nello stesso momento nel quale percepisca gli errori oppure quando questo vizio sparisca.

Questione diversa è che la mancanza di capacità o i vizi del consenso non si producano nella scrittura contabile come documentazione di secondo grado, e nemmeno sulla documentazione di secondo grado che giustifica un negozio giuridico (fattura, ricevuta, scontrino...); ma che tali vizi della capacità ed il consenso riguardano lo stesso negozio giuridico. In questo caso, sí potrebbero impiegarsi i meccanismi giuridici della nullità o annullabilità di questo negozio, i quali, nel caso che tale soluzione sia corretta, produrranno i loro effetti sulle documentazioni (anche quella contabile) che da questo negozio derivino.

²⁹⁶ BOCCHINI, E., *Le scritture contabili*, *Op. cit.*, p. 91.

II. ATTRIBUZIONE ORGANICA DEL DOVERE NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

A. Considerazioni generali

L'adempimento dei doveri contabili conforma un' amalgama di attuazioni d'indole diversa, nella quale si intrecciano gli interventi reciproci degli organi che compongono le società di capitali. Così si configura un procedimento nel quale si mettono in relazione l'organo d'amministrazione e l'Assemblea generale che si distribuiscono le competenze d'ognuno dei fatti che hanno luogo nell'adempimento del dovere di contabilità. Avranno pure intervento in questo procedimento gli organi di supervisione di quei sistemi giuridici che configurano le loro società di capitali secondo una struttura complessa – come succede nei sistemi tedesco e italiano. Quindi, interverranno ugualmente soggetti esterni alla società, com'è il caso dei revisori legali, nel loro ruolo di esperti estranei ed indipendenti alla società, che emettono un parere neutrale sull'adeguamento del bilancio formulato dalla normativa e dalla propria pubblica amministrazione, sia nella sua vertenza di fede pubblica, giacché per offrire pubblicità all'informazione contabile che s'elabora nella società, si utilizzerà il deposito del bilancio nel pubblico ufficio; come nella sua versante d'ispezione, che avrà luogo solo in una prospettiva tributaria e non sostantiva, quando si verifica l'adeguato adempimento delle attuazioni imposte dalla normativa dell'Imposta sulle Società.

Nelle società, e specificamente nelle società di capitali nelle quali si centra la nostra analisi, l'imprenditore come titolare del dovere di contabilità non può procedere al suo adempimento diretto trattandosi di una persona giuridica ed implicare la tenuta di contabilità e la realizzazione continuata di un complesso di attività di carattere materiale²⁹⁷. È per questo che la responsabilità per l'adeguato

²⁹⁷ Ci troviamo di fronte alla situazione alla quale BOCCHINI, E., *Scritture contabili*, Op. cit., p. 67, denomina «personalità dell'obbligo di tenuta delle scritture contabili» e sulla quale il punto fondamentale d'interesse si centra nell'«individuazione del soggetto persona fisica sul quale grava

svolgimento del processo ricade nella figura degli amministratori della società²⁹⁸, sebbene non come titolari di questo, giacché è un dovere dell'imprenditore, ma come soggetti responsabili di garantire la sua osservanza.

i. Sistemi normativi di distribuzione delle competenze

È in quest'ambito della struttura organica delle società di capitali in cui troviamo maggiori differenze fra i sistemi giuridici europei. In mancanza dell'approvazione – improbabile per ora - della Quinta Direttiva riguardante la struttura delle società per azioni ed i poteri e gli obblighi dei suoi organi, i sistemi giuridici europei impiegano diverse formule per configurare organicamente le sue società. Com'è abituale per le persone giuridiche, l'organizzazione delle società di capitali gira, almeno, intorno a due organi sociali: un organo di carattere assembleare, l'Assemblea generale degli azionisti o dei soci, ed un organo d'amministrazione, incaricato di svolgere l'attività necessaria per raggiungere i fini sociali. Il sistema spagnolo di società di capitali si rifà agli schemi di una struttura semplice, articolata intorno a due organi: l'assemblea e l'organo d'amministrazione. Il primo di questi è l'organo sovrano, espressivo della volontà sociale, nel cui seno si rappresentano i titolari del capitale. Ha affidate le missioni di essere l'espressione della volontà della società, di adottare le decisioni più rilevanti e di fiscalizzare e controllare l'attuazione degli amministratori. Concretamente, il piano contabile si incarica dell'approvazione del bilancio, atto a partir dal quale questi si possono imputare alla società, in modo tale che, da questo momento, non sono più un atto degli amministratori e diventano un atto imputabile all'imprenditore.

in concreto l'obbligo e, di conseguenza, la sanzione per l'omessa o irregolare tenuta». Su questo, ILLESCAS ORTIZ, R. afferma, "La formulación de las cuentas anuales de la Sociedad Anónima", in *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, p. 1925, che gli amministratori sociali acquiscono un'imprescindibile dimensione d'intermediari, interlocutori o interfacce fra la compagnia o l'ente morale e il mondo reale ed effettivo nel quale si devono soddisfare obblighi, contrarre debiti ed acquistare diritti; in questo modo s'apporta l'elemento psicologico all'entità e si copre il deficit umano che questa presenta; *vid.* MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., *La representación orgánica y voluntaria en las Sociedades de Capital (Delimitación y concurrencia)*, Studia Albornotiana: Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, p. 52.

²⁹⁸ O, nel suo caso, i fondatori, promotori, liquidatori o l'amministrazione fallimentare.

D'altra parte, gli amministratori s'incaricano dello svolgimento delle attività di gestione e amministrazione necessarie per l'adeguato funzionamento della società e il conseguimento dell'oggetto sociale. Nonostante ciò, come si è messo in evidenza²⁹⁹, soprattutto nelle grandi società per azioni e in quelle che hanno i loro valori ammessi a negoziazione in mercati secondari, l'interesse dei soci nel controllo dell'attuazione degli amministratori è più che limitato, centrandosi il loro interesse nella società sull'attenzione e sul riparto degli utili. Questo fa in modo che, in alcune occasioni, il sistema organico delle società di capitali spagnolo presenti un fallimento per quanto riguarda il controllo sugli amministratori, che, in molte occasioni, potranno attuare liberamente senza che la loro attuazione sia soggetta grandi controlli.

Considerato questo fatto dal legislatore, nelle società di una certa dimensione o in quelle che presentano un determinato oggetto sociale o tengono ammessi i loro valori a quotazione, si regola la partecipazione di un altro soggetto il quale, almeno nel piano contabile, svolge una supervisione e il controllo sull'attuazione degli amministratori, i revisori legali (*auditores*). Questi, in principio, imparziali ed esterni alla struttura organica della società, elaborano con professionalità e secondo le norme tecniche d'auditing una relazione sui documenti contabili che, in adempimento delle loro funzioni, hanno elaborato gli amministratori riflettendo la situazione ed i risultati economici della società. Come abbiamo affermato, per manifestare la volontà sociale, il bilancio deve essere approvato dall'Assemblea generale, dunque, *ante* la disattenzione generalizzata di questa per esercitare un controllo effettivo sull'attività degli amministratori, a volte dovuta alla scarsa quantità relativa della partecipazione d'ogni socio. Il legislatore impone la relazione dei revisori legali come un controllo imparziale, fatto a nome e ad interesse della società sull'attuazione svolta dagli amministratori. Questa relazione, allo stesso tempo, serve come informazione ai

²⁹⁹ Tra un'ampia bibliografia, *vid.* MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., *La representación orgánica..*, *Op. cit.*, pp. 27-28 y nt. 4.

soci per adottare posteriormente nel corso dell'Assemblea generale ordinaria, le decisioni attinenti sui documenti che gli sono presentati dagli amministratori.

Il sistema italiano di società per azioni, invece, presenta una solidità maggiore per quanto riguarda la sua struttura organica e, soprattutto, nello stabilimento di un sistema di contrappesi che implica un controllo degli ampi poteri degli amministratori. In via generale, la struttura di queste società si articola intorno a tre organi: l'Assemblea dei soci, l'organo d'amministrazione ed il Collegio sindacale. Ognuno di questi organi ha incaricata una delle funzioni sociali. Così, i soci nell'Assemblea manifestano la volontà della società e, come organo sovrano, adottano le decisioni più importanti che affettano a questa; gli amministratori si occupano della gestione ed amministrazione della società per il suo adeguato svolgimento e per raggiungere il fine sociale; e, per la sua parte, il Collegio sindacale si attiva come un organo di supervisione e di controllo. Quest'organo svolge le funzioni di controllare l'attuazione degli amministratori sul piano contabile e per quanto riguarda le sue decisioni principali, così come di verificare e garantire che la struttura organizzativa della società, *ex ante*, sia adeguata per il raggiungimento dei suoi scopi. A questa struttura tripartita si aggiungono, ugualmente, il revisore legale o la società d'auditing, incaricati al controllo della correttezza tecnica del bilancio.

Pur avendo ugualmente una struttura di tre organi, il sistema tedesco presenta una considerevole deviazione rispetto al modello di distribuzione di competenze del sistema tradizionale italiano (non così al riguardo di quello dualistico), potendosi dire che questo rappresenta il modello dualistico (*two-tier*) nella sua più pura configurazione. L'organo d'amministrazione -*Vorstand*- si occupa dell'adempimento delle prescrizioni contabili, mentre l'organo di supervisione -*Aufsichtsrat*- non si limita in questo caso allo svolgimento di lavori di controllo della correzione delle attuazioni e del bilancio elaborato dagli amministratori ma, in modo generale, e salvo che si decida di trasferire questa competenza all'Assemblea, assume la funzione di approvazione del bilancio. L'attribuzione della competenza dell'approvazione all'organo di vigilanza risponde

all'idea che il bilancio conformi un documento tecnico espressivo della vera immagine della situazione economica e patrimoniale dell'impresa, dunque nella sua approvazione non c'è spazio per nessun atto di volontà. Posteriormente, l'Assemblea generale eserciterà le sue competenze, ma in questo caso limitate a decidere sull'applicazione degli utili, aspetto sul quale ha un certo rilievo la volontà.

ii. Distribuzione organica delle competenze contabili

Sul piano contabile, gli amministratori si conformano come i responsabili dell'adempimento in funzione della carica che ricoprono nella società: ciò non significa che debbano essere questi i soggetti che necessariamente adempiono l'insieme delle attuazioni che la tenuta di un'ordinata contabilità richiede. Prima di procedere all'analisi di come si producono queste situazioni di delega dell'adempimento e di quali sono le ripercussioni nell'ambito della responsabilità per queste, si procede con il considerare quale sia il titolo per cui si attribuisce agli amministratori l'adempimento di un dovere da cui, in principio, è titolare l'imprenditore.

Come si avverte, due sono le possibili soluzioni che si possono offrire a questa questione: considerare che l'adempimento dei doveri di contabilità e la formulazione del bilancio suppone la materializzazione concreta del dovere di rendiconto che deve svolgere ogni rappresentante al riguardo del suo principale; o bene, stimare che il suo adempimento è parte del contenuto essenziale della carica di amministratore³⁰⁰. Sebbene entrambe le versioni possono avere una logica nella situazione, avvertiamo da questo momento che ci sembra più corretta la seconda considerazione.

³⁰⁰ Vid. al riguardo, POLO E., *Los administradores y el consejo de administración de la Sociedad Anónima*, in *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Dir. Uría / Menéndez / Olivencia, Tomo VI, Civitas, Madrid, 1992, pp. 48-52. Ugualmente, facciamo riferimento all'opportuna sintesi delle posizioni istituzionaliste e contrattualiste svolta da MORILLAS JARILLO, M.J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2002, *sp.*, pp. 69-142.

Un settore della dottrina, partendo da una concezione contrattualistica (*tesi della rappresentanza*) della società, considera che l'organo di amministrazione di questa altro non sia che un insieme di soggetti vincolati con l'imprenditore attraverso un contratto di mandato³⁰¹, di cui si suppone lo svolgimento di tutte quelle attività necessarie per l'adeguata gestione dell'impresa e il conseguimento del fine sociale. Come ogni mandatario, gli amministratori della società dovranno rendere conti periodici al loro mandante sulle operazioni portate a termine³⁰²; l'adempimento di questa funzione si produce attraverso l'informazione contabile, l'elaborazione e approvazione del bilancio, e la relazione sulla gestione, che sono intessute come un atto d'approvazione dell'attuazione svolta dal rappresentante³⁰³.

Invece, pensiamo che sia più adeguato considerare che la tenuta di contabilità e l'elaborazione del bilancio formi parte del contenuto essenziale della carica di amministratore nelle società di capitali (*tesi dell'organo*)³⁰⁴. Questa

³⁰¹ I quali, nonostante ciò, non sembra esatto considerare mandatari. FERRARA, F. Jr., *Gli imprenditori e le società*, Op. cit., p. 433. Forse, secondo la prospettiva del legame dell'amministratore con la società, sarebbe più adeguata, invece, la posizione mantenuta da Minervini di considerare che questo nesso deriva da un contratto tipico che questo chiama *d'amministrazione* (in senso simile, POLO E., *Los administradores y el consejo...*, Op. cit., p. 51). La differenza fondamentale fra entrambe le istituzioni, come osserva Ferrara, è che gli amministratori non avrebbero l'autonomia caratteristica del mandato e, d'altra parte, che non si potrebbe parlare di lavoro subordinato degli amministratori se si include la loro posizione dentro tale categoria.

³⁰² Cfr. artt. 1713 c.c. ita. e 1720 c.c. esp.

³⁰³ Troviamo un argomento favorevole a questa concezione nell'articolo 2260 del C.C. ita., quando dispone che «I diritti e gli obblighi degli amministratori sono regolati dalle norme sul mandato», norma che, sebbene riferita alla società semplice (*sociedad civil*), può essere applicabile per remissioni agli altri tipi di società.

³⁰⁴ In questo senso, tale dovere deriva dagli artt. 225 e 226 LSC, che impongono agli amministratori il dovere di svolgere la loro carica con la diligenza di un ordinato imprenditore e come un rappresentante leale nella difesa dell'interesse sociale, derivandosi da queste l'adempimento dei doveri imposti dalle leggi e gli statuti (essendo l'adempimento delle previsioni contabili un dovere legale) e, allo stesso tempo, il dovere d'informarsi diligentemente sull'andamento della società, dal quale deriva la vigilanza dei diversi stadi contabili affettanti alla società per l'adozione delle misure di gestione che risultino adeguate in ogni momento. Pensiamo che dalla semplice specificazione che adempiranno ai loro doveri come un ordinato imprenditore deriverebbe già l'attribuzione del dovere di tenere una contabilità adeguata, come unica forma per agire in modo diligente la gestione della società. Il diritto italiano si mostra, nonostante quanto abbiamo addotto rispetto dell'art. 2260 c.c. ita., più espressivo nell'imposizione del dovere di contabilità agli amministratori. In questo senso, l'art. 2302 determina che «gli amministratori devono tenere i libri e le altre scritture

opinione, mantenuta dalla più solida dottrina³⁰⁵, si fa più forte dato che significa una ripartizione delle competenze fra gli organi delle società di capitali. Questa posizione si sostiene pure sullo sfasamento temporale che si osserva tra una possibile richiesta di conti sulla gestione da parte della società ai suoi amministratori e la presentazione per la sua approvazione del bilancio da parte di questi. Così, la società può richiedere una resa di conti per le sue attuazioni agli amministratori in qualsiasi momento³⁰⁶, nonostante l'apporto di documentazione contabile sui risultati della sua gestione avrà luogo solo nell'Assemblea generale ordinaria che ha per oggetto la sua approvazione. Ugualmente, con il cambio degli amministratori, il dovere di tenuta di contabilità passa alle mani dei nuovi gestori, mentre invece, la società conserva la possibilità di richiedere all'amministratore uscente il rendiconto per la gestione che ha svolto per la durata della sua carica, e

contabili prescritti dall'articolo 2214», sebbene tale art. si trovi dentro al capitolo dedicato alla società in nome collettivo, pensiamo che sia ugualmente applicabile – per la mancanza di menzione espressa al riguardo - alle società di capitali.

In modo direttamente applicabile alle società di capitali troviamo gli artt. 2381, 4° comma, e 2475, 5° comma, (rispettivamente per la società per azioni e la società di responsabilità limitata), che fanno riferimento all'indelegabilità della redazione del progetto di bilancio che, in ogni caso, corrisponde al Consiglio d'amministrazione senza che possa essere assunta questa funzione da certi amministratori individualmente considerati, argomento per distaccare il loro carattere organico di dovere.

³⁰⁵ Fra altri, dobbiamo fare riferimento ai professori GARRIGUES y OLIVENCIA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo I, 3ª Ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, p. 378, che considerano che questa è uno degli obblighi essenziali ad ogni amministratore di una società per azioni. Si impone all'amministratore non perché abbia la condizione di mandatario della società e sia obbligato a rendere conti come tutto mandatario, ma precisamente per essere amministratore. Si condivide, così, la visione di POLO E., *Los administradores y el consejo...*, *Op. cit.*, p. 48-49, che ammette che la considerazione degli amministratori da una prospettiva organica implichi la trasposizione al Diritto delle Società della teoria dell'organo, elaborata nell'ambito del Diritto pubblico, che può servire per esplicitare la struttura della persona giuridica società, nella quale l'organo è un elemento o uno strumento giuridico che precisa d'altra persona non per la sua esistenza, ma per la materializzazione della sua funzione. Nonostante ciò, si deve riconoscere che, sebbene gli amministratori conformano un organo della società (dunque, la sua esistenza non deriva da un contratto), è diversa la posizione della persona che svolge la funzione attribuita all'organo. Questa distinzione fra l'organo e il portatore della posizione giuridica dell'organo, fra l'occupazione e la carica, fra il vincolo organico legale e la relazione giuridica contrattuale, insomma, questo sdoppiamento nella natura giuridica dell'amministratore secondo l'ottica sotto la quale si osserva, organico o funzionale, è quella che si trova alla base delle teorie che hanno cercato di superare la visione strettamente organicista della relazione d'amministrazione, *Ibid.*, pp. 49-50.

³⁰⁶ Come indica la possibilità che la legge offre d'istare la separazione di amministratori anche quando questa circostanza non sia menzionata nell'ordine del giorno dell'Assemblea – art. 223 LSC.

ugualmente, si potranno esercitare le eventuali azioni di responsabilità³⁰⁷. Con questo si rende evidente che le regole del mandato non si trovano in grado d'interpretare adeguatamente la relazione fra gli amministratori e l'Assemblea generale, data la necessità di riconoscere che gli amministratori debbano avere potere più ampio possibile, così come in ambito di competenze originarie ed autonome³⁰⁸.

Nonostante il principale fallimento che trova la teoria che considera che l'adempimento dei doveri contabili da parte degli amministratori supponga il rendiconto proprio del mandato, la troviamo nella relazione che esiste fra l'organo di amministrazione e l'Assemblea generale di fronte all'approvazione del bilancio. In modo diverso a quanto succede nei contratti di rappresentazione, l'approvazione dei documenti contabili da parte dell'Assemblea non implica una ratificazione degli atti adempiuti dagli amministratori né suppone la liberazione di responsabilità di questi per le conseguenze che si possono derivare dall'adempimento dei doveri contabili.

Sebbene consideriamo che la natura dell'adempimento è proprio la soddisfazione di un dovere legalmente attribuito agli amministratori, ciò non esclude che con l'adempimento di questo si offra alcun tipo di rendicontazione sulla gestione svolta durante un determinato esercizio sociale. È innegabile che i risultati ottenuti in un esercizio economico saranno conseguenza necessaria della più o meno opportuna gestione svolta dagli amministratori. Così, sembra che annualmente, quando si formula e si presenta all'Assemblea generale il bilancio, gli

³⁰⁷ Sulla compatibilità delle azioni di rendicontazione e di responsabilità degli amministratori, *vid. EMBID IRUJO J.M.*, "Rendición de cuentas y responsabilidad de los administradores de Sociedad Anónima. Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 8 de mayo de 1990", *Diario La Ley*, 1990, tomo 4, p. 654.

³⁰⁸ In questo senso, CALANDRA BUONAURA V., *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 4-5, aggiunge come motivo per negare il carattere di mandato «la constatata incapacità dell'assemblea di intervenire efficacemente nella conduzione degli affari sociali se non con un'opera di riscontro sulle operazioni già fatte, mediante l'approvazione del bilancio, e il suo giudizio sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci». In questo modo, l'attuazione dell'Assemblea sarà sempre "postuma" (*cit.*) basata sull'accettazione delle attività svolte dagli amministratori e, solo nel caso che dalla sua incorretta attuazione ne derivi un danno, esercitare le pertinenti azioni di responsabilità. Per maggiori argomenti sull'ammissibilità attuale della relazione di mandato, *vid. ibid.*, pp. 120-124.

amministratori, da un lato, adempiano un dovere che legalmente hanno attribuito, e dall'altro, offrano notizia della gestione che hanno portato a termine durante il periodo di riferimento. Questa si vedrà in modo specialmente evidente nella relazione sulla gestione / informe de gestión, che si sottopone all'Assemblea generale insieme al bilancio, ma senza integrare il suo contenuto³⁰⁹.

Le società di capitali, nella loro attuale configurazione, fissano un sistema di distribuzione delle competenze fra l'Assemblea generale e gli amministratori prevedendo la partecipazione di entrambi gli organi allo svolgimento della gestione dell'impresa³¹⁰. Nonostante ciò, a differenza della configurazione delle relazioni inter-organiche caratteristiche dei principi del secolo XX³¹¹, nell'attualità, gli amministratori hanno attribuite in modo generale tutte le competenze che

³⁰⁹ In termini simili, VÁZQUEZ CUETO, *Las cuentas y la documentación contable...*, pp. 118 e ss., che, dalla sua parte, al contrario di quanto abbiamo ormai affermato, considera che il dovere di formulazione e la sottomissione per la sua approvazione del bilancio limita sensibilmente l'ambito d'attuazione di un'eventuale azione di resa di conti contro gli amministratori. Quest'azione, si potrebbe solo suscitare con relazione all'insieme dei membri dell'organo d'amministrazione e, nella sua opinione, solo si potrebbe prospettare contro gli amministratori che nel momento della domanda ostentano questa carica; a fronte di quelli che non sono già amministratori e hanno inadempito il loro obbligo in quel momento solo si potrebbe richiedere, al massimo, la sua collaborazione nel chiarimento dei fatti. Prendiamo posizione contro quest'ultima interpretazione, perché, sebbene lo svolgimento della carica d'amministratore partecipa di profili propri del contratto di mandato, non si deve limitare il *tempus* nel quale si può esercitare quella pretesa; soprattutto quando la propria normativa delle società di capitali non stabilisce niente al riguardo.

³¹⁰ CALANDRA BUONAURA V., *Gestione dell'impresa e competenze...*, *Op. cit.*, p. 113.

³¹¹ Sistema in cui si riconosceva la sovranità dell'Assemblea su tutte le decisioni adottate dall'impresa, essendo gli amministratori semplicemente i soggetti incaricati ad agire nel nome della volontà sociale manifestata dall'assemblea. Questa concezione considerata «democratica» della struttura delle società di capitali ha lasciato passo al dominio attuale di una concezione «autoritaria» da parte degli amministratori, che fa che questi dispongano di un ambito di competenze attribuite originariamente e di carattere generale, solo limitate a quei casi in cui legalmente - o, quando sia possibile secondo lo statuto - abbia attribuita la competenza per certi fatti l'Assemblea generale. Con le parole di Galgano, «con l'abbandono della sovranità assembleare si è legislativamente assecondata la vocazione autoritaria del capitalismo, la sua insofferenza per le forme di democrazia assembleare, il suo culto dell'efficienza, della rapidità delle decisioni, la sua aspirazione ad una sempre maggiore libertà di azione», GALGANO F., *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Zanichelli, Bologna, 1977, p. 91. Nella dottrina spagnola, questo transito di sistemi (aristocratico - democratico - autoritario), è considerata da OLIVENCIA RUIZ M., "Managers' revolution...", *Op. cit.*, pp. 2180-2181, che rende manifesto come la transizione fondamentale al sistema di dominio degli amministratori si produca per influenza da Reatheau e le dottrine tedesche dell'*Unternehmen an sich*, che finiscono per configurare un sistema nel quale gli amministratori non sono più mandatari dell'Assemblea, ma titolari d'un organo a cui corrisponde la gestione della società, un ambito di competenze nelle quali l'Assemblea non si può intromettere (p. 2181).

riguardano la gestione dell'impresa, mentre sono limitate le competenze che conserva l'Assemblea generale³¹². Il modello organizzativo configura una separazione radicale delle competenze che tende ad assicurare agli amministratori l'esercizio in modo esclusivo e autonomo di tutti i poteri di gestione che non siano espressamente riservati all'Assemblea generale attraverso una disposizione legale³¹³.

iii. Attribuzione di responsabilità

Considerato quale sia il fondamento del dovere d'adempire da parte degli amministratori, dobbiamo passare a costruire il nostro ragionamento sul concetto

³¹² Risulta evidente il cambio nella logica introdotto nel sistema italiano dal d. lgs. n. 6, del 17 gennaio 2003 sulla Riforma organica della disciplina delle società di capitali e le società cooperative, che restringe la possibilità di partecipazione dell'organo assembleare nella gestione sociale, sostituendo l'art. 2364, 4^o comma c.c. per il 2364, 5^o comma, che esclusivamente permette la partecipazione dell'organo d'amministrazione quando espressamente sia autorizzato dallo statuto, mantenendosi inalterata la responsabilità degli amministratori. Consideriamo che l'opportuna modifica segue di preciso le considerazioni fatte ormai nel 1985 dal professore Calandra, alle quali facciamo riferimento.

³¹³ CALANDRA BUONAURA V., *Gestione dell'impresa e competenze...*, *Op. cit.*, p. 114, «come gli amministratori non possono usurpare i poteri dell'assemblea così quest'ultima non può in alcun modo ingerirsi nella materia assegnate alla competenza dell'organo amministrativo. È quindi da condividere, in linea di massima, la conclusione cui perviene la dottrina prevalente secondo la quale l'assemblea non può impartire istruzioni o direttive generali in merito alla gestione della società, né ordinare agli amministratori il compimento di specifici atti di impresa, né porre il veto all'esecuzione degli atti che essi abbiano deliberato di compiere. Qualora tale ingerenza si verifichi, gli amministratori sono autorizzati a respingerla e possono legittimamente disattendere le decisioni dell'assemblea», in questo modo, l'Assemblea, in materie che non sono di propria competenza, semplicemente potrà spedire agli amministratori raccomandazioni o opinioni sull'accaduto o indicazioni sulle future attuazioni, sprovviste, comunque, di carattere vincolante.

Questa separazione tassativa delle competenze fra gli organi delle società di capitali è presupposto necessario al funzionamento di quelle strutture, giacché permette di stabilire il sistema di contrappesi di funzioni-controlli che giustifica la creazione di società caratterizzate dalla limitazione di responsabilità. Così, «se l'atto costitutivo non prevedesse la nomina dell'organo amministrativo o se gli amministratori non fossero investiti di una competenza funzionale indisponibile, ma fossero semplici portavoce della volontà dei soci, non si potrebbe realizzare quell'articolazione di funzioni e quella ripartizione di poteri che impediscono il dominio diretto ed incondizionato del socio sull'impresa e permettono l'attuazione di quelle forme di controllo reciproco fra gli organi cui è affidata la garanzia di buona amministrazione della società», in questo modo, con l'organizzazione corporativa si sopprime la possibilità che i soci possano esercitare un dominio diretto e illimitato sull'impresa, creandosi una situazione di filtro del potere d'iniziativa dei soci che giustifica la limitazione di responsabilità di questi. È per questo che la normativa, al regolare gli organi sociali deve realizzare una divisione chiara delle competenze di questi in modo tale che il potere venga ripartito, potendosi esercitare, allo stesso tempo, relazioni di controllo fra i diversi organi sociali, CALANDRA BUONAURA V., *Ibid.*, p. 278.

di «responsabilità», a partir dal quale potremo individuare meglio il soggetto che deve procedere all'adempimento del dovere. Si tratta, dunque, di determinare a chi sono attribuibili le attuazioni che conformano la tenuta ordinata di contabilità. In un piano generale – non ristretto alle società di capitali -, il C. de c. non si pronuncia espressamente al riguardo³¹⁴, ma si può estrarne quest'attribuzione in modo indiretto dall'art. 37, che stabilisce l'obbligo di firmare il bilancio e di rispondere per la veridicità di questo³¹⁵. Da questa firma si deriva l'imputazione dell'adempimento del dovere – e l'eventuale responsabilità (d'ogni genere) dal suo inadempimento - alla persona o persone che dovranno farsi carica di questo. Pensiamo, ugualmente, che il carattere di quest'attribuzione di responsabilità sia imperativo – come lo è il contenuto della maggioranza delle norme di Diritto contabile - essendo, dunque, indeclinabile attraverso i patti statutari o parasociali.

Il precetto sopra menzionato comprende tre presupposti che devono servire di base al ragionamento per tutte le situazioni: in primo luogo, rispetto all'imprenditore individuale, il dovere è predicabile rispetto ad esso stesso come persona fisica; in secondo luogo, nel caso delle società personaliste, si attribuisce questo dovere ai soci illimitatamente responsabili dei debiti sociali; e, finalmente, nel caso delle società di capitali, saranno gli amministratori coloro che devono soddisfare le esigenze legali.

³¹⁴ Giacché il trattamento del dovere di contabilità non discrimina tra i singoli imprenditori e gli imprenditori sociali, non così la LSC -art. 253-, che attribuisce la formulazione del bilancio agli amministratori in termini similari a quanto stabilito nell'art. 2423 c.c. ita.

³¹⁵ Dopo la riforma introdotta nella redazione del Código dalla Legge 16/2007, del 4 luglio, sembra che l'ambito sul quale si estenda la responsabilità abbia riscontrato un aumento. Così, secondo ALONSO ESPINOSA J.F., "El deber de documentación...", *Op. cit.*, p. 9, possiamo affermare che la responsabilità derivata dal dovere di tenuta di contabilità non solo abbia per contenuto il semplice adempimento del dovere nel suo aspetto formale, ma la responsabilità si estenda pure sul contenuto dell'informazione contabile, che deve rispondere alla realtà dei fatti, operazioni, atti e circostanze che sono oggetto di registrazione e trattamento contabile, sia nell'ordine dell'azione come in quello dell'omissione. Al risponderci dell'adempimento materiale degli obblighi contabili e dal contenuto dei libri contabili e del bilancio, si conclude per rispondere della corretta tenuta di contabilità, essendo questa il presupposto necessario dell'adempimento degli obblighi relativi al bilancio.

Nonostante aver affermato che l'insieme delle attuazioni che conformano il dovere contabile presentino un carattere non personalissimo³¹⁶ – e dunque che *l'intuitu personae* non è un fattore da prendere in considerazione in quest'ambito – proprio quello che non è trasmissibile intersoggettivamente è la responsabilità che si deriva da questo³¹⁷. Il responsabile legale della sua tenuta secondo l'art. 37 del C. de c. non può escludere né modificare la sua responsabilità legale considerando l'assenza d'intervento diretto nella tenuta della contabilità dell'impresa della quale è titolare, socio o amministratore, nel suo caso³¹⁸. Trattandosi di estrarre la *ratio* dell'attribuzione normativa, possiamo considerare che sono due i criteri impiegati: da un lato, l'assunzione del rischio dell'attività, propria del singolo imprenditore e dei soci con responsabilità personale nelle società personaliste; dall'altro lato, il criterio del dominio effettivo della situazione, predicabile dagli amministratori delle società di capitali, costituendo i doveri contabili parte essenziale del contenuto delle sue funzioni, perché senza il loro adempimento non potrà determinarsi il risultato dell'esercizio, essendo questo – probabilmente - il dato di maggior rilievo nell'andamento dell'impresa.

Per le società di capitali, dunque, l'adempimento del dovere non è condizione necessaria per la formulazione del bilancio – incarico espressamente attribuito per legge agli amministratori (ed indelegabile nell'ordinamento italiano, come pensiamo sia ugualmente nel diritto spagnolo) - ma al contrario, perché pensiamo che si tratti di parte del contenuto essenziale della sua carica, necessario per la continuazione dell'attività della società³¹⁹; e perché questi si trovano

³¹⁶ BLANCO CAMPAÑA J., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, Op. cit., p. 174.

³¹⁷ Si tratta di una responsabilità che si genera *ex lege* per imperativo dell'art. 37, senza che risultino adeguate le connotazioni di attribuire responsabilità per colpa *in eligendo* o *in vigilando*, come si farà riferimento posteriormente. In questo senso, GARRETA SUCH J.M., *Introducción al derecho contable*, Op. cit., p. 113.

³¹⁸ GARRETA SUCH J.M., *Ibid.*

³¹⁹ Nelle società in accomandita per azioni la responsabilità per l'adempimento dei doveri contabili corrisponde, ugualmente, agli amministratori di queste, al confluire su questo punto i due criteri d'attribuzione di responsabilità (rischio e gestione effettiva), giacché questi amministratori devono essere necessariamente soci collettivi.

ugualmente obbligati ad essere informati sull'andamento della società (dovere d'agire in modo informato)³²⁰.

iv. Specialità delle società in formazione e diventate irregolari

Gli artt. 2200 c.c. ita., 119 C. de c. y 20 LSC richiedono da ogni società commerciale la sua formalizzazione in una scrittura pubblica (atto pubblico) ed di essere iscritta nel Registro delle Imprese / Registro Mercantil per il suo funzionamento, condizionandosi la sua esistenza come tale alla soddisfazione di queste premesse. Dall'inadempimento di queste norme, deriva la situazione delle società in formazione e delle società che diventano irregolari³²¹.

Si può affermare, anche se questa considerazione richiederebbe una maggiore riflessione, che dal momento in cui si articola un patrimonio per lo svolgimento di un'attività economica - e, dunque, si configura una struttura aziendale - nasce la necessità di provvedere a un macchinario contabile, con indipendenza da che giuridicamente l'entità abbia adottato personalità o meno. Non è la personalità giuridica quella che esige la tenuta di contabilità, ma l'esistenza di un'organizzazione. Pertanto, in principio, la questione dell'adempimento degli obblighi formali per la nascita della società non ha una ripercussione speciale sugli effetti contabili. Nonostante che, dal suo adempimento

³²⁰ Su questo particolare, ZAMPERETTI G.M., *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2005, per quanto qui ci interessa, *esp.*, pp. 297 e ss.

³²¹ Su questo punto, ha affermato parte della dottrina che la società non esiste come imprenditore commerciale fino a che non si sia prodotta l'iscrizione registrale dell'atto di costituzione, dunque, le società in formazione non sarebbero soggetti commerciali. In questo senso, le affermazioni di BLANCO CAMPAÑA J., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, p. 159. Nonostante ciò, facendo riferimento alla dottrina classica, siamo inclini a ritenere sempre che esistano gli elementi minimi d'origine negoziale, assunzione di rischio ed orientamento d'un insieme di elementi per il conseguimento di un fine, la società che si dedica al traffico commerciale, sarà imprenditore commerciale. Al riguardo, fra un'ampia dottrina, GIRÓN TENA J., *Derecho de sociedades*, t. I, Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1976, pp. 180 e ss., JIMÉNEZ SÁNCHEZ G.J., "La sociedad anónima en formación y la sociedad irregular", in *Estudios de Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 665-686, *sp.* pp. 679 e ss.

– o, propriamente, dal suo inadempimento - si possono derivare conseguenze con implicazioni nell'ambito patrimoniale o contabile. Durante il periodo nel quale la società si trova in formazione, nonostante non abbia acquistato ancora la personalità giuridica propria – sia del genere - si assoggetta necessariamente al regime giuridico del tipo societario nel quale pretenda costituirsi³²². Per quanto riguarda il passaggio a una situazione d'irregolarità, le questioni da considerare hanno un rilievo maggiore. Per le società personaliste non esiste una differenza del regime legale fra la società in formazione e la società che diventa irregolare, giacché il precetto (art. 2297 c.c. ita., art. 120 C. de c.) che le considera semplicemente fa riferimento a un inadempimento del dovere d'iscrizione della società, con indipendenza dal *tempus* o della volontà reale d'iscrizione o meno. Comunque, la sanzione che si prevede in entrambi i casi è la responsabilità solidale e illimitata degli incaricati della gestione sociale nei negozi celebrati con persone estranee alla compagnia – non affettando questa situazione alle relazioni interne fra i soci. Pensiamo che, anche se finalmente non si pratici l'iscrizione della società, diventando dunque irregolare, il dovere di tenuta di contabilità sussista³²³.

Diversa è la regolazione delle società di capitali, giacché in quelle l'iscrizione nel Registro ha un'efficacia costitutiva, in modo tale che le società di capitali solo esistono giuridicamente se sono iscritte³²⁴. Invece, nel caso di diventare irregolari soffriranno una mutazione del loro regime giuridico, non essendo più soggette alla normativa propria della forma capitalista che si voleva – o meno - acquistare (secondo la normativa delle società di capitali in formazione), per aggiustarsi agli schemi di non limitazione di responsabilità proprio delle società personaliste³²⁵ –

³²² Vid. MARINA GARCÍA-TUÑÓN A., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, pp. 85-86.

³²³ La mancanza di registrazione «non incide sulla validità del contratto né sulla struttura interna della società, bensì e soltanto sul regime della responsabilità per le obbligazioni sociali (sull'autonomia patrimoniale della società)», COSTI R., *Società in generale...*, *Op. cit.*, p. 274.

³²⁴ L'efficacia costitutiva dell'iscrizione nelle società di capitali ha dato luogo alla dottrina maggioritaria a considerare che questo tipo di società non può avere forma irregolare. Così, COSTI R., *Società in generale...*, *Op. cit.*, p. 274; FERRARA F. Jr., *Gli imprenditori...*, *Op. cit.*, p. 178. La situazione d'irregolarità, in conseguenza, sarebbe una situazione fattuale delle relazioni sociali, ma in nessun momento caratteristica della società per azioni o della società limitata in concreto, giacché questa non è neanche nata.

³²⁵ Cfr. art. 2331 c.c. ita.

propriamente il sistema della società in nome collettivo³²⁶ (se questa svolge un'attività commerciale) oppure della società semplice (se si circoscrive allo stretto ambito privato, caso nel quale non sarà di applicazione l'imperatività della normativa contabile)³²⁷.

La situazione si configura come un *iter* logico nel processo di costituzione sociale. Così, una volta che si richiede l'atto costitutivo nasce il dovere d'iscrivere la società nel Registro delle Società / Registro Mercantil, tempo durante il quale la responsabilità per i debiti sociali si aggiusta agli schemi della società in formazione, vale a dire, al non essere iscritta la società nel Registro, non ha personalità giuridica, dunque dalle operazioni contratte in nome della società prima della sua iscrizione, non ne risponde la società, ma la persona che le ha portate a termine³²⁸. Prima dell'iscrizione, il contratto di società non ha nessuna efficacia: gli obblighi eventualmente assunti sono obblighi di quelli che li hanno assunti o consentiti³²⁹.

Una volta confermata fattualmente la volontà di non iscrivere la società, e in ogni caso quando sia trascorso un termine di novanta giorni – nel diritto italiano - o di un anno nel diritto spagnolo - dal conferimento dell'atto costitutivo senza avere sollecitato la sua iscrizione, la società non sarà più soggetta a questo regime di formazione e si regolerà per le disposizioni proprie della società che diventa irregolare³³⁰, cioè, al cambio del suo regime giuridico per il sistema –meno privilegiato agli effetti della responsabilità - proprio della società in nome

³²⁶ GIRÓN TENA J., *Derecho de sociedades*, pp. 250-251.

³²⁷ Come osservato da SÁEZ M.I., "La sociedad devenida irregular", in *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, dir. Rojo / Beltrán, Civitas, Madrid, 2011, pp. 453-454, il legislatore è propenso a favore di riconoscere la validità della società che rifiuta l'iscrizione e per questo, deve estrarre la società viziata o difettosa dal regime della società in formazione e riorientare la sua attività verso altre forme sociali, che per essere generali, sono adatte per riassorbire i gruppi societari che non si possono inquadrare in un tipo speciale.

³²⁸ Cfr. art. 52 LSC.

³²⁹ Così, GALGANO F., *Le società di capitale e le cooperative*, in *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. III, *L'impresa e le società*, Tomo II, 4^a Ed., Cedam, Padova, 2004, pp. 84-85.

³³⁰ Trascorso questo termine senza l'iscrizione dell'atto di costituzione, i sottoscrittori del capitale potranno esigere la restituzione dei conferimenti compiuti –artt. 2330 c.c. ita. e 55 LSC.

collettivo. Durante la prima tappa di questo continuo, come abbiamo ragionato, la società sarà sottoposta al dovere di contabilità; una volta diventata irregolare, conserverà necessariamente questo dovere, anche se con la modulazione propria delle società collettive, giacché questo è il suo nuovo regime giuridico d'applicazione.

Un problema interessante si potrebbe generare durante questo processo, nel caso in cui una società che volesse assumere la forma di società di capitale ma si trovasse nel suo processo di formazione, concludesse il suo esercizio sociale³³¹. Secondo il ragionamento precedente, questa società si regola sul regime giuridico del tipo societario nel quale pretende di costituirsi, dunque, sarebbe assoggettata – in principio - alle norme sulla formulazione e la consegna del bilancio. Invece, se si considera che questa società è diventata ormai irregolare, queste disposizioni non gli sarebbero di applicazione, essendo questa sottomessa soltanto al dovere generico di contabilità e di elaborazione del bilancio proprio di ogni società personalista – senza le speciali puntualizzazioni delle società di capitali. Come si salva questa situazione? Dalla nostra prospettiva, il fatto di finalizzare l'esercizio economico di una società in formazione e non procedere alla formulazione del bilancio secondo la normativa delle società di capitali per la sua posteriore pubblicità attraverso la consegna nel Registro delle Società – che avrà luogo, ovviamente, solo dopo l'iscrizione della società stessa come corollario logico del principio registrale del tratto successivo - è motivo più che sufficiente per considerarla irregolare – e di conseguenza, soggetta alle disposizioni delle società in nome collettivo - prima che il termine di un anno dal conferimento della scrittura di costituzione sia trascorso.

³³¹ Si consideri, a modo di esempio, che la società si costituisca nel mese d'ottobre e che nel suo statuto sociale – secondo la tendenza generale sulla pratica - non si stabilisca niente al riguardo o si fissi che l'esercizio economico si chiuderà il 31 dicembre. Secondo l'art. 125 RRM, l'esercizio sociale non potrà tenere una durata superiore a un anno in nessun caso, dunque questo primo esercizio economico, avrà una durata di tre mesi, mentre i successivi adotteranno già il carattere annuale. Sulla casistica della determinazione del termine dell'esercizio sociale si farà riferimento più avanti.

Interessante risulta la possibilità di situazioni concorsuali delle società irregolari³³². In questi casi – e mentre non sia promossa la dissoluzione da alcun socio - la società è soggetta al regime proprio della società in nome collettivo. In caso di fallimento, si procederà in primo luogo alla risoluzione sul patrimonio della società, soddisfacendosi sul patrimonio illimitatamente responsabile dei soci solo posteriormente. In questo procedimento, i soci che non svolgono lavori di amministrazione, nonostante rispondano illimitatamente dei debiti sociali, non risponderanno della possibile responsabilità concorsuale che potrebbe derivare dalla scorretta tenuta di contabilità³³³.

Un'altra patologia che si può generare in quest'ambito societario sarebbe la dichiarazione di nullità della società. La sua regolazione si limita esclusivamente all'ambito delle società di capitali³³⁴ e consideriamo che non svolge trascendenza all'effetto degli obblighi contabili. Questo si deve al fatto che gli effetti della dichiarazione di nullità si producono *ex nunc*, dunque fino al momento di quest'ultima, l'entità avrà dovuto adempiere in modo regolare i suoi obblighi contabili.

³³² Su tale ipotesi, nella dottrina spagnola, sulla base della Ley Concursal del 2003 e centrando l'analisi in materia di personalità giuridica, *vid.* LÓPEZ SANTANA N., "Observaciones en torno a la posibilidad de concurso de la sociedad irregular", in *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 11099-1141. In maggiore profondità con un'interessante analisi sul funzionamento e somiglianze e differenze con il fallimento delle società collettive, VALPUESTA GASTAMINZA E.M., *El concurso de la sociedad irregular*, La Ley, Madrid, 2005.

³³³ Così, BOCCHINI E., *Scritture contabili*, *Op. cit.*, p. 68, «Il socio illimitatamente responsabile di società commerciale irregolare, dichiarato fallito, per effetto del fallimento della società, ai sensi dell'art. 147 l. fall., non risponde della omessa tenuta delle scritture contabili, se non sia stato anche amministratore». *Vid.* pure, VALPUESTA GASTAMINZA E.M., *El concurso...*, *Op. cit.*, pp. 95 e ss.. Ugualmente, la sentenza App. Napoli di 22 dicembre 1949, in *Dir. Giur.* 1950, p. 123.

³³⁴ *Cifr. arts.* 2332 C.c. ita., 56 y 57 LSC.

B. Funzioni d'amministrazione: Organo d'amministrazione, Consiglieri delegati / comitati esecutivi, Direttori generali

Come si viene affermando, nelle società di capitali l'adempimento del dovere di contabilità si consegue attraverso l'attuazione congiunta degli organi sociali che hanno assegnate diverse competenze e responsabilità nella formulazione dell'informazione contabile. Ciò nonostante il sistema attribuisce all'organo di amministrazione della società la funzione di guidare tutto il procedimento, così come di svolgere le funzioni più rilevanti al riguardo. La normativa si mostra un po' imprecisa al momento di imporre questi doveri, perché ovviando la realtà della pratica nella quale l'adempimento dei doveri contabili si fa nelle mani degli esperti tecnici integrati nella struttura dell'impresa, impone questi doveri di forma diretta agli amministratori. Da questo non si deve evincere che siano questi che debbano procedere in ogni caso all'adempimento materiale di tutte le pratiche: il dovuto adempimento dei doveri contabili implica, invece, che si debba capire che la norma stabilisce un'attribuzione di responsabilità nell'adeguato svolgimento di questi. In questo modo, si permette che gli amministratori deleghino ad altri soggetti – interni o esterni alla struttura dell'impresa - l'adempimento di tutti o di alcuni dei compiti che si devono osservare nella materia contabile, ma in ogni caso corrisponderà a questi amministratori la garanzia dell'adeguato soddisfacimento del dovere.

La dottrina, interpretando la normativa in cui si dettaglia l'insieme dei doveri attribuiti agli amministratori, ha voluto stabilire una distinzione fra le competenze d'amministrazione *stricto sensu* e le attuazioni di rappresentanza sociale. In questo modo, le prime sono comprensive di un dovere concreto che si svolge nell'ambito interno della società e che può contenere la realizzazione di atti di carattere giuridico, tecnico, economico o finanziario. I compiti di rappresentanza presentano il carattere di «potere» (non tanto di dovere) e si manifestano normalmente come la realizzazione di atti di contenuto giuridico, tendenti a

produrre effetti nell'ambito esterno³³⁵, sebbene entrambi i tipi di attuazione non debbano staccarsi in modo evidente perché entrambi sono delle manifestazioni dell'attuazione tipica dell'amministrazione della società. Comunque, dentro a questa divisione di poteri, si deve capire che l'adempimento del dovere di contabilità sarebbe parte dei lavori di amministrazione *stricto sensu*, considerato il suo carattere di dovere, il suo svolgimento nell'ambito interno della società ed il suo contenuto di carattere tecnico-economico³³⁶.

Commentandosi le attuazioni di gestione e di rappresentanza della società, agli amministratori gliele assegna l'adempimento e la garanzia che nella struttura di questa si osservino tutte le premesse necessarie per il loro adeguato funzionamento, che implica lo sviluppo di quelle operazioni necessarie per il conseguimento dell'oggetto sociale, fra queste, la tenuta di una contabilità ordinata e adeguata all'attività dell'impresa secondo le prescrizioni della normativa contabile. Allo stesso tempo, nell'adempimento di questi doveri definiti in concreto, gli amministratori devono attuare secondo le premesse generali la diligenza e la lealtà, che esigono di attuare in osservanza dei mandati legalmente stabiliti e impiegando gli sforzi che si ritengono necessari per il suo adeguato svolgimento, e facendo prevalere l'interesse della società sull'interesse particolare degli amministratori³³⁷.

Comunque, i doveri contabili fanno parte di quelli chiamati «doveri concreti», giacché si tratta di doveri con un contenuto specifico e precisamente delimitato³³⁸, cosa che ci permette di differenziarli dai cosiddetti «doveri generali»

³³⁵ Su questa distinzione, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ L., "Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles", *RDM*, 1962, pp. 47 e ss.; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ A., *La representación orgánica...*, *Op. cit.*, pp. 48-49.

³³⁶ Sebbene, come consideriamo, alcuni caratteri in concreto dell'adempimento dovuto del dovere di contabilità implicheranno lo svolgimento di lavori di rappresentanza, com'è il caso della presentazione del bilancio approvato al Registro delle Società per la sua consegna e pubblicità, ambito rispetto al quale gli amministratori attuano come veri rappresentanti della società.

³³⁷ LLEMBOT MAJÓ J.O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1996, p. 37.

³³⁸ Per maggiore profondità sulla differenza, LLEMBOT MAJÓ J.O., *Los deberes de los administradores...*, *Op. cit.*, pp. 32-33, ugualmente, HERNANDO CEBRIÁ L., *El deber de diligente*

che, più che imporre l'osservanza di una condotta o di un insieme di condotte determinate, quello che richiedono è che si proceda in modo concreto nello svolgimento di qualsiasi tipo di obbligo che debba soddisfare gli amministratori in adempimento del dovere, come succede, per esempio, con i doveri di diligenza, lealtà, segreto o di agire in modo informato. Così, nonostante la sua regolazione non sia in tutti i punti sistematica e nonostante il fatto che in certe occasioni non si produce l'attribuzione diretta dell'adempimento di certe premesse agli amministratori, le norme che impongono i doveri contabili si caratterizzano per avere definito – con maggiore o minore precisione – il contenuto della condotta che si esige.

Di conseguenza, si può affermare che nell'adempimento della maggior parte del contenuto dei doveri contabili gli amministratori operano con autonomia, tenuto conto del fatto che hanno assegnata una competenza funzionale di derivazione legale che si estende a tutti i fatti di gestione con l'unica esclusione di quelli che la legge eventualmente attribuisce ad altri organi³³⁹. Pensiamo che l'esclusione di competenze in questa materia che forma parte della gestione ordinaria della società non possa essere attribuita ad altro organo per patto statutario, giacché questo snaturerebbe il disegno organico della società di capitali, e romperebbe il sistema di contrappesi di competenze e controlli in seno alla compagnia³⁴⁰.

administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La regla del -buen- juicio empresarial, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 23-32. Condividiamo, così, la differenziazione che fa in profondità la professoressa MORILLAS JARILLO M.J., *Las normas de conducta...*, *Op. cit.*, pp. 334 e ss., quando distingue fra le regole e gli standards, facendo riferimento le prime ai comportamenti concreti che devono svolgere gli amministratori e i secondi al modo in cui si devono adempiere queste prescrizioni.

³³⁹ CALANDRA BUONAURA,V., *Gestione dell'impresa e competenze...*, *Op. cit.*, p. 10.

³⁴⁰ Anche se la subordinazione dell'organo di amministrazione all'organo assembleare implica un'evidente dipendenza politica, uno dei principi configuratori delle società di capitali radica nell'attribuzione in esclusiva all'organo di amministrazione della competenza per svolgere gli atti necessari per il raggiungimento dei fini sociali, non potendosi ammettere, con carattere generale, intromissioni dell'Assemblea in quest'ambito di competenza, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ A., *La representación orgánica...*, *Op. cit.*, p. 30.

Risulta incontestabile che l'adempimento dei doveri contabili formi parte dell'insieme di doveri *essenziali* alla carica d'amministratore. Infatti, lo svolgimento adeguato della carica implica il suo esercizio operando con la diligenza di un ordinato imprenditore e come un rappresentante leale nella difesa dell'interesse sociale³⁴¹. Conviene ora considerare alcune circostanze che si possono generare intorno a questa carica e osservare le ripercussioni che possono avere nell'adempimento del dovere di contabilità. Concretamente, si farà riferimento a quegli avvenimenti che possono colpire il normale svolgimento della carica di amministratore e che possono venire riferite alla sua stessa persona, alle forme in cui si può strutturare l'organo di amministrazione o, infine, a quelle circostanze nelle quali l'adempimento di certi doveri propri degli amministratori è attribuito – legalmente o volontariamente - a soggetti diversi da questi.

i. Circostanze personali degli amministratori

Rifiutata la tesi che considera che la relazione che lega gli amministratori con la società presenta il carattere contrattuale del mandato, e prendendo una posizione favorevole verso le teorie che lo considerano come un organo sociale, non si può lasciare sfuggire il fatto che considerare il carattere organico dell'amministrazione serve per esplicitare la struttura della persona giuridica della società nella quale si inseriscono gli amministratori come organo necessario; ma non è utile per esplicitare la nomina di questi né l'esercizio delle sue funzioni, perché l'organo non può essere considerato come un semplice insieme di attribuzioni³⁴². Per questo, è necessario completare la teoria dell'organo in modo

³⁴¹ Cfr. artt. 225 e 226 LSC. FONT GALÁN J.I., "La fidelidad al interés social como concepto normativo estructurante del sistema de deberes de los administradores sociales. Su función normativa integradora de la diligencia y de la lealtad", in *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal, Libro Homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 601-608, stabilisce il dovere di diligenza degli amministratori come centro agglutinante del sistema dei doveri legali degli amministratori, sistema nel quale svolge una funzione normativa strutturante (p. 605). Da questo si staccheranno, in modo generico, l'esigenza di un dovere di *fedeltà proattiva* –concretizzato nel dovere di diligenza- ed un dovere di *fedeltà propassiva o inhibitoria* –che si manifesta nel dovere di lealtà; e posteriormente svolgerà nelle sue diverse manifestazioni effetti concreti sull'insieme dei doveri particolari imposti agli amministratori.

³⁴² In questo senso, POLO SÁNCHEZ E., *Los administradores y el consejo...*, *Op. cit.*, pp. 48-49.

tale che renda possibile includere pure la relazione personale degli amministratori con la persona giuridica della società, nella caratterizzazione giuridica della relazione amministratori-società, evitando di limitarci esclusivamente alla considerazione della morfologia della società³⁴³. Di conseguenza, si può stimare che la relazione giuridica dell'amministrazione delle società di capitali presenti un contenuto legale tipico ed un contenuto di carattere volontario³⁴⁴.

Per quanto riguarda il contenuto volontario o contrattuale della relazione degli amministratori e della società, si deve considerare che il solo legislatore richiede agli amministratori la loro piena capacità d'agire e che non siano incorsi in nessuna delle incapacità, delle proibizioni né delle incompatibilità legalmente previste³⁴⁵, così come – quando statutariamente si stabiliscano queste esigenze, secondo cui dispone il Codice civile italiano - riunire i requisiti d'onorabilità, professionalità e indipendenza³⁴⁶. La configurazione giuridica di questa relazione, nonostante tutto, è abbastanza complessa, perché presenta i caratteri propri di una relazione di lavoro per conto alieno, che si inquadra difficilmente con l'ambito d'autonomia che caratterizza l'attuazione degli amministratori nell'ambito della

³⁴³ Così, il professore POLO (*ibid.*) considera che oltre all'amministrazione come organo della società, esiste un rapporto giuridico di natura contrattuale fra gli amministratori e la società, che ha la sua origine nel negozio giuridico bilaterale della nomina di questi (che comporta, rispettivamente, una designazione e l'accettazione).

Al contrario, GALGANO F., *La Società per Azioni*, in Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia, dir. Galgano, 2^a Ed., CEDAM, Padova, 1988, p. 272, considera la relazione degli amministratori con la società come una derivazione necessaria del proprio contratto di società: «Come il contratto in genere può, in presenza di date condizioni, attribuire diritti a soggetti che non ne sono parti (in presenza, in particolare, delle condizioni cui è subordinata, ai sensi dell'art. 2411, la stipulazione a favore di terzi), così esso può, in presenza di date condizioni, attribuire loro poteri: potrà attribuirli, in particolare, laddove i soggetti, diversi dalle parti del contratto, si presentano –come si presentano gli amministratori della società- quali necessari elementi di esecuzione del contratto; e potrà, altresì, imporre loro correlativi obblighi, dal momento che gli amministratori si assoggettano, accettando la nomina, allo statuto della società».

³⁴⁴ JUSTE MENCÍA J., *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (estudio jurídico mercantil)*, Studia Albornotiana: Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, pp. 93-94.

³⁴⁵ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ A., *La representación orgánica...*, *Op. cit.*, p. 55.

³⁴⁶ Cfr. art. 2387 c.c. ita.

società. Si tratta, dunque, di una relazione di servizi che può adottare la forma di una relazione lavorativa di carattere generale o speciale³⁴⁷.

Due note sono quelle che la normativa stabilisce nella sua caratterizzazione di questa relazione: da un lato, la determinazione legale degli obblighi degli amministratori (intanto che integrano un organo sociale, devono assumere e svolgere le competenze proprie di questo) e, dall'altra parte, il carattere remunerativo della carica. Così, la remunerazione degli amministratori appare esplicitamente considerata nel Diritto italiano³⁴⁸; il Diritto spagnolo adotta una soluzione ingenua nella dizione della norma, perché stabilisce che l'esercizio della carica di amministratore sarà gratuito³⁴⁹ salvo disposizione contraria dello statuto, cosa che, logicamente, succede nella grande maggioranza delle occasioni³⁵⁰. Nonostante ciò, la natura giuridica della relazione sembra essere

³⁴⁷ Così, MORILLAS JARILLO M.J., *Las normas de conducta de los administradores...*, *Op. cit.*, pp. 138-142, che analizza i problemi della concettualizzazione di questo rapporto contrattuale fra gli amministratori e la società. In questo modo, secondo la professoressa Morillas, si tratta di un contratto atipico, che non può essere ricondotto ad un solo schema contrattuale tipico (anche se si può affermare che si tratta di un contratto complesso che si può inglobare nella categoria dei contratti di gestione), di carattere consensuale (perché si perfeziona con il consenso designazione-accettazione), contenendo un obbligo di mezzi, che ha carattere bilaterale, tratto successivo e durata determinata. Di contro, GALGANO F., *La società per azioni*, *Op. cit.*, p. 272, che invece considera che «alla nomina degli amministratori da parte dell'assemblea e all'accettazione della nomina da parte di essi non si deve guardare, insomma, come all'accordo fra la società e gli amministratori per la costituzione di uno specifico rapporto contrattuale, distinto dal rapporto contrattuale di società ed avente per oggetto l'esecuzione di quest'ultimo».

³⁴⁸ Cfr. art. 2389 c.c. ita., che determina che l'importo della compensazione si stabilirà nell'atto della sua nomina o per l'Assemblea generale, potendo consistere in tutto o in parte nella partecipazione nei risultati o nell'attribuzione del diritto di sottoscrizione preferente di azioni; considerandosi, al tempo stesso, che la remunerazione degli amministratori che sono investiti di cariche specifiche di conformità con lo statuto, sarà fissata dal Consiglio di amministrazione, sulla base dell'opinione del Consiglio sindacale. Quest'ultima soluzione si mostra specialmente attraente per offrire una retribuzione adeguata a quei membri del Consiglio di amministrazione che fanno parte di qualche commissione esecutiva o che hanno il carattere di consiglieri delegati, stabilendosi una discriminazione dei suoi emolumenti in funzione dei compiti effettivamente svolti in seno alla società.

³⁴⁹ Art. 217 LSC.

³⁵⁰ Ci riveliamo non conformi con la soluzione adottata dalla LSC, che perpetua così la considerazione tradizionale della gratuità della carica di amministratore nel Diritto spagnolo. Il sistema sta pensando all'amministrazione di una società di piccola dimensione o di carattere familiare, amministrata normalmente dai soci (tutti o la maggioranza di loro), e che dunque non abbia senso – e incluso può essere controproducente – la remunerazione dell'amministrazione. Invece, al regolare una norma generale nella quale ci sia spazio per tutte le società di capitali, nella sua massima estensione, deve partirsi dalla logica della regolazione più complessa permettendo l'entrata delle soluzioni più semplici attraverso un patto al riguardo. Così, ammettendosi (e

estranea ai segni propri del mandato e della relazione lavorativa³⁵¹, conformandosi un contratto atipico ed innominato, *d'amministrazione*, integrato nel suo regime giuridico dalla normativa societaria e dal contenuto che si disponga in ogni caso attraverso lo statuto³⁵².

Gli amministratori devono svolgere le competenze inerenti alla loro carica dal momento della loro nomina fino a quello della cessazione o sostituzione da parte di altri amministratori. Giacché i doveri contabili conformano l'esercizio d'attuazioni prolungate nel tempo, che si estendono durante tutta la vita della società, possono originarsi situazioni nella persona degli amministratori che affettano all'adempimento di questi.

In linea di massima, l'adempimento dei doveri contabili corrisponde agli amministratori *attuali* della società. Questo può avere incidenza riguardo ad affrontare l'adempimento del dovere di formulazione del bilancio di un esercizio quando corrisponda la sua soddisfazione ad amministratori diversi da quelli che avevano gestito la società –e, dunque, che hanno avuto notizia dei negozi di questa nei libri di contabilità- durante qualche parte dell'esercizio. La normativa impone

generandosi sulla pratica delle società di certe dimensioni) il cosiddetto «organicismo dei terzi» (cfr. Art. 2380 bis, 2° comma c.c. ita; 212.2 LSC), in virtù del quale i posti d'amministrazione possono essere assunti da soggetti che non siano soci, è sprovvisto di senso il mantenimento della disposizione dell'art. 217 LSC. Sarebbe più adeguato optare, seguendo il modello italiano, per l'opzione contraria: considerare l'esercizio della carica come una relazione remunerata, potendosi per patto statutario fissare il carattere gratuito di questa.

Dall'altra parte, in caso si consideri il carattere gratuito come elemento essenziale della relazione, saremmo di fronte a un argomento a favore di capire che la relazione che vincola gli amministratori con la società è quella propria della relazione di mandato (contratto che, si ricordi, ha carattere essenzialmente gratuito), soluzione che pensiamo inadeguata.

³⁵¹ Nel sistema spagnolo, la relazione di amministrazione si esclude dall'ambito di applicazione del Estatuto de los Trabajadores (statuto dei lavoratori) (ex art. 1.3.c). Questo comporta escludere la regolazione giuridica delle norme delle relazioni di lavoro "convenzionali" incluse nell'Estatuto de los Trabajadores. Infatti, la carica di amministratore ha adottato un complesso di note (principalmente l'autonomia e il contenuto legalmente determinato) che richiedono una regolazione specifica. In contro del suo carattere lavorale, BLASCO PELLICER A., *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; per la dottrina italiana, GALGANO F., *La Società per Azioni*, Op. cit., p. 271.

³⁵² Che, dovrà completarsi nella misura in cui risultino di applicazione con le norme regolatrici di altri contratti (mandato, appalto di servizi, lavoro...). MARTÍNEZ GUTIÉRREZ A., *La representación orgánica...*, Op. cit., p. 59.

l'adempimento dei diversi comportamenti che integrano il dovere di contabilità ai soggetti che nel momento in cui devono essere soddisfatti, ostentano la carica di amministratori di questa³⁵³.

Sul piano contrario, troviamo una situazione nella quale l'adempimento di alcun dovere contabile trascende la stessa vita della società e la validità della carica dell'amministratore. Ci riferiamo al dovere di conservazione della documentazione contabile dell'impresa per il periodo legalmente stabilito (10 anni dall'ultimo registro in Italia *ex art. 2220 c.c. ita*, 6 anni in Spagna *ex art. 30.1 C. de c. spa.*). In questi casi corrisponderà ai liquidatori della società la conservazione dei documenti contabili per questo tempo.

Derivazione diretta del dovere di lealtà che si deve celare nell'adempimento di tutte le attribuzioni degli amministratori, questi ultimi devono operare nell'interesse della società, senza permettere che i loro interessi personali influiscano nella gestione che svolgono³⁵⁴. Giacché l'adempimento del dovere di contabilità è un'attività di carattere tecnico, può sembrare difficile che ci sia spazio per i conflitti d'interesse³⁵⁵; invece di quello, questi conflitti si possono originare, soprattutto per quanto riguarda la rappresentazione contabile del risultato dell'esercizio nei casi in cui la retribuzione degli amministratori sia condizionata

³⁵³ VÁZQUEZ CUETO J.C., *Las cuentas y la documentación...*, *Op. cit.*, pp. 119-120, afferma che non avrà rilievo il fatto che i soggetti che adottano la decisione o l'accordo non coincidano con quelli che hanno gestito la società durante l'esercizio al quale vengono riferiti i documenti – che può essere incluso anteriormente all'ultimo esercizio chiuso - o con quelli che convocano e compaiono di fronte all'Assemblea generale ordinaria. In questo modo, non è necessario che ci sia una coincidenza esatta fra quelli che formulano i documenti e quelli il cui lavoro si sottopone a censura.

³⁵⁴ Specialmente interessanti in questo punto sul conflitto d'interesse che può nascere nell'amministrazione della società, SERRANO CAÑAS J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Studia Albornotiana: Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2008 (esp. per quanto riguarda al dovere di fedeltà all'interesse sociale ed i conflitti d'interessi che possono sorgere nell'adempimento dello stesso, pp. 299-323).

³⁵⁵ Afferma LLEMBOT MAJÓ J.O., *Los deberes de los administradores...*, *Op. cit.*, p. 36 che i doveri generali di questi (vale a dire, la diligenza e la lealtà) hanno fra i loro scopi dissuadere gli amministratori nell'elezione dell'interesse proprio in pregiudizio dell'interesse sociale. Questo effetto preventivo si produce come conseguenza del fatto che l'amministratore che scelga l'interesse proprio invece di quello sociale corre il rischio sia di incorrere in responsabilità di fronte alla società per l'inosservanza del dovere di diligenza e conseguentemente dover indennizzare alla società per il danno irrogato al patrimonio sociale o sia per il rischio di dover restituire alla società i profitti ottenuti a scapito di questa per l'infrazione del dovere di lealtà.

all'ottenimento di determinati guadagni o alla consecuzione di certi risultati. Se si approfondisce un po' di più, in quelle grandi società per azioni nelle quali i lavori di amministrazione sono svolti da soggetti tecnici che si occupano professionalmente della gestione di società e che non hanno nessun tipo di interesse diretto nell'impresa in concreto nella quale lavorano, può risultare che sia più attrattivo dimostrare all'esterno della società un'immagine brillante di loro stessi come amministratori, che svolgere una gestione corretta della società. Questo può avere luogo, per esempio, nelle situazioni vicine all'insolvenza, nelle quali gli amministratori possono essere più interessati a conservare l'immagine della società che si trova in una situazione economica favorevole – con la quale non si lesiona la loro immagine come gestori diligenti, che adottare le decisioni impopolari necessarie per evitare la situazione di fallimento. In altri casi, al contrario, agli amministratori interesserà che la loro persona appaia vincolata all'idea generale che si tratti di soggetti capaci di risolvere situazioni di crisi finanziaria dentro alla società.

In qualunque di questi casi, il conflitto d'interessi fra gli amministratori e l'adeguato adempimento dei doveri contabili avrà ripercussioni perniciose sulla qualità dell'informazione contabile generata dalla società.

Un'importante differenza riguardo la configurazione dell'organo di amministrazione nei sistemi spagnolo ed italiano è che il primo ammette la possibilità che gli amministratori siano persone giuridiche³⁵⁶, mentre nel caso italiano non si ammette questa possibilità. Non si ammette nemmeno questa possibilità nel diritto tedesco, dove l'articolo § 76.3 AktG determina che possono solo essere membri della Direzione le persone fisiche che abbiano piena capacità. Sebbene sia vero che non esiste in Italia nessuna norma concreta che vieti l'amministrazione delle società da parte di persone giuridiche o che, al contrario,

³⁵⁶ *Cifr.* art. 212.1 LSC, che espressamente riconosce che gli amministratori della società di capitali potranno essere persone fisiche o giuridiche.

imponga la sua amministrazione necessariamente per persone naturali ³⁵⁷, la pratica e la dottrina impongono questo requisito, argomentandosi, fondamentalmente, che se fosse il contrario si vulnererebbe il principio di competenza dell'Assemblea di nominare e revocare gli amministratori, giacché affidano questa carica ad una persona giuridica: dunque, alla fine, la designazione delle persone fisiche che in realtà amministrerebbero la società corrisponderebbe ad un terzo³⁵⁸. Ciononostante, la tendenza italiana al riguardo inizia ad esprimersi più apertamente verso la possibilità della sua ammissione.

D'altra parte, il sistema europeo propugnato nella proposta della V Direttiva sulla struttura delle società per azioni e i poteri e gli obblighi dei suoi organi sociali, nonostante l'incerto futuro di questa, sebbene neghi nel suo articolo 5.1 la possibilità che le persone giuridiche ostentino un posto nell'organo di direzione, si permette che l'occupino nell'organo di vigilanza, sempre che si designi un rappresentante permanente che dovrà soddisfare le condizioni e gli obblighi che gli verrebbero imposti se fosse personalmente membro dell'organo di vigilanza, fermo restando, in qualsiasi caso, la responsabilità della persona giuridica che rappresenta. Si tratta di una soluzione intermedia che tratta di conciliare la necessità di antropomorfismo con la possibilità di intervento di una persona giuridica sebbene con compiti non così materiali come la direzione, ma secondari come la supervisione, situazione con la quale si amplia pure l'ambito patrimoniale

³⁵⁷ Partendo da questo argomento e prendendo posizione in favore che il sistema italiano inizia ad ammettere la possibilità dell'amministratore persona giuridica, NIGRO, A., "Note in tema di persona giuridica amministratore di società", in *Riv. Dir. Soc.*, 2007, pp. 12-16. Sebbene, come appunta, esiste la proibizione diretta nell'art. 2542, 2° comma, ma con un ambito che si riferisce alle società cooperative. A questa sua opinione sull'ammissibilità della persona giuridica, aggiunge che nel «nostro attuale sistema una persona giuridica può essere nominata amministratrice di una società di capitali e può esserlo, aggiungo, indipendentemente da una specifica previsione statutaria che espressamente lo contempli» (p. 15).

³⁵⁸ In questo senso, CAMPOBASSO G.F., *Diritto delle società*, *Op. cit.*, p. 365; GALGANO F., *La società per azioni*, *Op. cit.*, p. 264; GLIOZZI E., "Società di capitali: amministratore di società per azioni?", *Riv. Soc.*, 1968, pp. 93 ss.. Per il diritto spagnolo, in posizione favorevole all'opzione che adottò già il legislatore, POLO SÁNCHEZ E., "El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por personas jurídicas", *RDM*, num. 98, 1965, p. 199-235; PÉREZ DÍAZ M., "La administración de la sociedad anónima a través de una persona jurídica", in *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2945-2965.

sul quale si può soddisfare la responsabilità, giacché questo ricade sul patrimonio della persona giuridica.

ii. Forme di organizzazione dell'amministrazione: Consiglio di amministrazione

I modi in cui le società di capitali possono organizzare morfologicamente la composizione del loro organo di amministrazione sono diversi: ogni sistema legislativo ammette più o meno possibilità. Così, nonostante le notevoli opinioni dottrinali al riguardo³⁵⁹, il sistema italiano ammette solo due forme di amministrazione della società per azioni: un amministratore unico oppure la formazione del Consiglio di amministrazione. Invece, il sistema spagnolo ammette come forme di amministrazione: un amministratore unico, vari amministratori che operano in modo disgiuntivo o in modo congiuntivo oppure un consiglio di amministrazione; cosa che si concretizza per la società per azioni in quattro opzioni: un amministratore unico, due amministratori congiuntivi, due o più amministratori disgiuntivi o un consiglio di amministrazione³⁶⁰; nella società a responsabilità limitata si permette pure l'esistenza di due o più amministratori disgiuntivi o congiuntivi, senza bisogno di formare un consiglio di amministrazione³⁶¹.

³⁵⁹ Come rende manifesto il professore CALANDRA BUONAURA V., *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 9-22, non ci sono, al di là del contenuto della norma – cfr. Art. 2380 bis c.c. ita. - dei motivi concludenti che ci debbano far scartare l'ammissibilità di sistemi plurali di amministrazione della spa diversi alla formazione del Consiglio di amministrazione. Così, tradizionalmente si sono considerate come ragioni favorevoli alla collegialità dell'organo la necessità dell'univocità della volontà di questo e la ricerca di una forma per garantire che questi rispondano in modo solidale. Entrambe le situazioni, come molto opportunamente ribatte il professore Calandra, possono essere superate senza bisogno di fare ricorso al Consiglio. Può servire pure come esempio l'esperienza spagnola che sarà considerata in queste pagine.

³⁶⁰ Cfr. artt. 210.2 LSC e 124.1 RRM. *Vid.* JIMÉNEZ SÁNCHEZ G., "La regulación de los órganos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", *DN*, num. 92, 1998, pp. 9-12.

³⁶¹ Come rende manifesto la statistica elaborata dal Registro Mercantil Central spagnolo (dati corrispondenti all'anno 2011), il sistema di amministrazione basato sul Consiglio di amministrazione è impiegato principalmente nelle Società per Azioni (in alcune occasioni per imposizione legale, in altre per considerare questa la forma più adeguata per strutturare la forma sociale), mentre le società più chiuse, optano principalmente per i sistemi meno numerosi di

Il sistema spagnolo prevede pure per le società a responsabilità limitata la possibilità di includere nel loro statuto la cosiddetta «clausola de organo alternativo» (clausola dell'organo alternativo) che consiste nell'indicare il modo in cui la società si potrà strutturare utilizzando vari tra questi sistemi³⁶², che saranno poi concretizzati dall'Assemblea generale. La mutabilità del sistema, in ogni caso, è possibile sia nella società per azioni che nella società a responsabilità limitata, ma il ricorso a questa clausola nello statuto permetterà di evitare la modificazione statutaria prima di procedere a cambiare la morfologia dell'amministrazione.

Senza approfondire l'analisi della costituzione e del funzionamento delle diverse forme di strutturare dell'organo amministrativo, risulta opportuno realizzare alcune considerazioni per quanto riguarda la possibile incidenza che può avere l'adozione di alcune di queste forme sull'adempimento dei doveri contabili nella società. Come risulta evidente, il sistema più semplice è, in questo caso, il più abituale e quello che offre meno problemi al riguardo: in caso di *amministratore unico*, questo è il responsabile dell'adempimento dei doveri di contabilità.

Maggiori problemi generano le situazioni che presentano una pluralità di amministratori. Così, in primo luogo, nel caso in cui si trovino due *amministratori congiunti*, la normativa esige che operino in modo congiunto, in modo che rispondano in solido delle conseguenze della loro attuazione. Dunque, in principio non ci sarebbe nessun problema a determinare la responsabilità nell'adempimento

amministrazione. Sebbene l'amministrazione affidata ad un unico amministratore continui ad essere l'opzione preferibile in qualsiasi forma sociale. L'impiego della figura del Consiglio di amministrazione nella Società a Responsabilità Limitata è marginale.

	spa	srl	Altre
Amministratore unico	47 %	71 %	59 %
Am. Disgiuntiva	11 %	20 %	21 %
Am. Congiuntiva	2 %	5 %	5 %
Consiglio d'Amm.	40 %	4 %	15 %

³⁶² Cfr. art. 210.3 LSC.

del dovere di tenere la contabilità, ma ci possiamo trovare con dei problemi nel caso di mancanza di conformità al momento di adottare un progetto di bilancio da presentare all'Assemblea generale, giacché questo dovrà avere l'approvazione di entrambi.

Situazione analoga si presenta nel caso degli *amministratori disgiuntivi*, i quali possono procedere indistintamente nell'adempimento degli atti di gestione e di rappresentanza della società, ma come richiede l'articolo 37.1.3^o C. de c. e si deduce dall'art. 253 LSC, tutti questi devono formulare il bilancio per presentarlo all'Assemblea per la sua approvazione. In questi casi nasce il dubbio su come si debba procedere nelle ipotesi in cui ognuno dei due amministratori, siano questi congiunti o disgiunti, formulino diversi bilanci. La situazione non sarebbe conflittuale nel caso, poco frequente, che lo statuto contenga disposizioni sulla distribuzione delle facoltà in caso di amministrazione disgiuntiva³⁶³, o nel caso siano state adottate norme di legge o regolamentazioni interne di funzionamento.

Invece, in assenza di questa regolazione, le risposte che si possono considerare al riguardo sono diverse. Una di queste è la fondata sul principio di priorità³⁶⁴, in modo tale che la prima formulazione dovrebbe essere la prevalente. Questa visione ci sembra rifiutabile, perché il principio di priorità, proprio delle funzioni di fede pubblica, non deve caratterizzare il procedimento contabile, che si assoggetta al proprio *tempus*, come si vedrà. Una seconda possibilità sarebbe quella di optare per la distribuzione interna delle facoltà fra gli amministratori in modo tale che questi stabiliscano a chi corrisponde l'adempimento di ogni atto o abbiano la facoltà d'imporre la loro decisione dentro di questo³⁶⁵. Finalmente, un'opzione più pratica per affrontare il conflitto è quella di considerare

³⁶³ Cfr. art. 124.2 b) RRM. Così, per questa, che pensiamo sia l'opzione preferibile in ogni caso, si esprime MARTÍNEZ SANZ F., "Modos de organizar la administración", in *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2^a Ed., Coord. Arroyo/Embid/Górriz, Tecnos, Madrid, 2009, p. 743.

³⁶⁴ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ M., "La administración de la sociedad anónima", *RJN*, num. 4, 1992, p. 72.

³⁶⁵ Così, POLO SÁNCHEZ E., *Los administradores y el consejo...*, *Op. cit.*, p. 57.

l'eventualità di presentare entrambe le proposte all'Assemblea generale per far sì che questa decida³⁶⁶. Questa scelta, tuttavia, ci metterebbe di fronte ad un nuovo problema: il dovere degli amministratori che vogliono salvare la loro responsabilità di manifestare la loro opposizione in modo espreso agli atti che considerano non corretti e che possono pregiudicare la società o, in altro caso, al problema di dover diminuire gli effetti perniciosi di questi. In caso di adempimento del mandato per salvare la loro responsabilità, si potrebbe entrare in una spirale di impugnazioni che darebbe luogo nella pratica alla paralizzazione della società. Di fronte a questo, dato che quello che gli amministratori formulano è un progetto del bilancio non impugnabile, giacché in questo caso non è nemmeno un accordo (come si vedrà più avanti) e che, comunque, la determinazione del bilancio definitivo che rappresenta la società è quello approvato dall'Assemblea generale, quest'opzione potrebbe avere luogo nel caso ipotetico di dissenso fra gli amministratori.

In ultimo termine, nel caso in cui la società si articoli attraverso il Consiglio d'amministrazione, la formulazione del bilancio implicherà l'adempimento di un dovere che deve soddisfarsi in modo collegiato, ottenendosi per l'approvazione della decisione di formulazione del bilancio il voto favorevole della maggioranza degli amministratori (anche se, come consideriamo e si vedrà, questo non è un accordo, ma propriamente l'adempimento di un dovere). Comunque, con indipendenza su come si sia svolta la deliberazione, il bilancio deve essere firmato da tutti gli amministratori. Nel seguente capitolo si farà riferimento allo svolgimento pratico di come si porta a termine questa decisione e la (im)possibilità della sua impugnativa.

iii. Delegabilità ed indelegabilità dei doveri contabili

³⁶⁶ In questo senso, ESTEBAN VELASCO G., "Configuración estatutaria del órgano de administración", *RCDI*, num. 604 bis, 1991, p. 1739-1740.

Come abbiamo considerato, l'attuale sistema di distribuzione delle competenze nelle società di capitali tende ad attribuire all'organo d'amministrazione la pratica della totalità dei poteri per quanto riguarda la gestione della società, lasciandosi per l'Assemblea generale la competenza in quegli aspetti specificamente indicati dalla Legge o per disposizione dello statuto nel suo caso. Per quanto riguarda l'ambito della contabilità, intanto che l'adempimento del dovere è condizione necessaria per l'adeguato funzionamento della struttura dell'impresa, la sua competenza generale, salvo certi aspetti che si attribuiscono ad altri organi, corrisponde agli amministratori. Ci si deve chiedere ora come debbano essere adempiuti questi precetti e la possibilità di delegare la soddisfazione di alcune delle condotte in altri soggetti (interni o esterni all'organo amministrativo).

Il primo punto che si deve prendere in considerazione è qualificare se sono delegabili o meno le attuazioni concrete della tenuta di contabilità. Pertanto, si deve anticipare una questione che sarà oggetto d'analisi dettagliata nel capitolo seguente: il contenuto basilico dei doveri contabili. In termini generali, il dovere di contabilità delle società di capitali può essere diviso in due grandi blocchi: la tenuta dei libri di contabilità (integrante del dovere di *documentazione continuata* dell'impresa) e la formulazione, approvazione, consegna e pubblicità del bilancio (che sarebbe parte del *diritto di bilanci*). Dunque, entrambi i gruppi di norme partecipano di una natura giuridica diversa a questo riguardo³⁶⁷.

Così, da un lato, il dovere di contabilità, compreso come di registrazione continuata degli allibramenti con rilievo contabile nei libri di commercio, sebbene corrisponda agli amministratori, non impedisce né esige che il suo adempimento sia delegato ad altri soggetti. L'unica cosa che la normativa stabilisce al riguardo è la responsabilità degli amministratori di assicurare l'adempimento della norma,

³⁶⁷ Così, BLANCO CAMPANA J., *El derecho contable en España*, *Op. cit.*, p. 42, considera che la tenuta non è un obbligo personalissimo e, in questo senso, questo compito, nella sua materializzazione può essere adempiuto da altri.

con l'indipendenza che dal suo soddisfacimento materiale sia svolto da questi o da altri soggetti.

Invece, per quanto riguarda la redazione del bilancio, la conclusione alla quale si deve arrivare è diversa. La normativa richiede che questo sia formulato da *tutti* gli amministratori della società, che dovranno includere la loro firma nella decisione della formulazione. Gli artt. 2381, 4° comma, c.c. ita. e 249.2 LSC, si mostrano perentori nell'includere tra le funzioni che non possono essere delegate né alla commissione esecutiva o ai consiglieri delegati, la rendicontazione sulla gestione sociale e la presentazione del bilancio all'Assemblea generale³⁶⁸. Ciononostante, non è estraneo il fatto che la «formulazione» sia solo l'atto formale per il quale si assumono come propri i documenti del bilancio e la relazione sulla gestione, e nessuna regola richiede che debbano essere elaborati direttamente da (tutti) gli amministratori che lo firmano³⁶⁹. In questo caso, quello che non si può delegare è la formulazione, cioè, l'adozione di una decisione per la quale i documenti diventano espressivi della volontà dell'organo di amministrazione, potendosi, invece, delegare in altri soggetti (interni o estranei all'organo di amministrazione) l'adempimento di tutti gli atti anteriori e precedenti a questa formulazione³⁷⁰.

³⁶⁸ Parte della dottrina considera anche che l'elencazione delle facoltà che non possono essere delegate non comporti un'enumerazione tassativa. In questo senso, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ A., *La representación orgánica...*, *Op. cit.*, p. 45, considera altri casi che non potranno essere delegati, come l'elaborazione di regolamenti di regime interno, l'esercizio della facoltà di cooptazione o la presentazione di relazioni all'Assemblea generale.

³⁶⁹ «Si direbbe dunque che la dispensa dall'obbligo di rendiconto possa incidere solo sulla modalità di redazione e documentazione del conto; mentre non potrebbe pregiudicare l'imputazione al titolare dell'interesse di tutte le conseguenze della gestione, computate ove occorra in termini complessivi come saldo dei valori contabilmente riferibili a sequenze di comportamenti del gestore»: così, FIGÁ TALAMANCA G., *Bilanci e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 16.

³⁷⁰ In questo modo, si conferma la proibizione (assoluta) di delegare la presentazione del bilancio e la rendicontazione all'Assemblea generale. Cfr. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima. Ejercicio y contenido de la facultad de delegar y estatuto de los titulares de los cargos delegados», *RdS*, num. 1, 1993, p. 98. Si aggiunge che con la proibizione di procedere a questa delega, il legislatore ha voluto assicurare la subordinazione dell'organo amministrativo stabilendo l'indelegabilità di quelle funzioni che possono considerarsi costituzionali nella società per azioni. Con ciò si consegue che il Consiglio in pieno si responsabilizza di fronte all'Assemblea generale dell'amministrazione nel suo complesso evitando così che, attraverso il ricorso alla delega, quest'organo si svuoti di contenuto (*ibid.* p. 99).

Si distinguono due forme in cui si può delegare l'adempimento di doveri dentro all'organo di amministrazione: la prima, la delega organica, implica di attribuire a parte dell'organo di amministrazione (uno o alcuni amministratori) l'adempimento di tutti o di parte dei doveri che conformano il contenuto della carica; la seconda, la delega volontaria, implica di attribuire certe competenze di gestione a soggetti non amministratori (direttori generali), vincolati con la società attraverso una relazione di carattere lavorativo.

iv. Delega organica delle competenze: consiglieri delegati e commissioni esecutive

Dentro all'organo di amministrazione si possono delegare ad alcuni dei suoi membri quelle attribuzioni che non esigono la loro realizzazione da parte di tutti gli amministratori. Così, si potranno attribuire poteri generali o specifici per l'adempimento di certe funzioni ad uno o a vari soggetti che operano in forma indipendente (consiglieri delegati), oppure ad un insieme di soggetti che formano una commissione esecutiva o delegata. Quando si formano questi organi delegati, dentro all'amministrazione della società si dovranno regolare le competenze di ognuno, così come le reciproche relazioni che tra di loro si devono tenere al fine di conseguire l'adeguato funzionamento della società³⁷¹.

Sul funzionamento di questi organi delegati, la dottrina si mostra praticamente unanime nel considerare l'applicazione analogica alle commissioni esecutive le norme che regolano il funzionamento del consiglio³⁷². Per quanto riguarda l'attuazione dei consiglieri delegati, in caso siano vari, sarà necessaria, in primo luogo, una decisione sulla ripartizione delle attribuzioni. Nel caso strano in

³⁷¹ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ A., *La representación orgánica...*, *Op. cit.*, p. 46. Una visione completa della delega di facoltà l'offre RODRÍGUEZ ARTIGAS F., "La delegación de facultades del Consejo...", *Op. cit.*, pp. 91-114.

³⁷² Fra altri, POLO SÁNCHEZ E., *Los administradores y el consejo...*, *Op. cit.*, p. 470; BONELLI F., *Gli amministratori di spa, dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 43-44.

cui si deleghino competenze generali a vari consiglieri delegati, dovrà stabilirsi come si esercitano queste attribuzioni nella mancanza dell'espressa distribuzione oggettiva delle competenze³⁷³.

Comunque, la competenza per designare dentro al proprio ambito quegli amministratori a cui si delega parte o la totalità delle funzioni di gestione e rappresentanza, corrisponde all'organo di amministrazione stesso, non potendosi effettuare la delega da parte dell'Assemblea, giacché questa implica una certa responsabilità del delegante sulla scelta del soggetto delegato e, perché allo stesso tempo, l'elezione di un amministratore delegato incompetente può essere generatrice o aggravante di responsabilità per tutto il Consiglio d'amministrazione³⁷⁴. L'Assemblea, invece, si può fissare attraverso la sua inclusione originaria, o per modifica dello statuto, la proibizione di delega di funzioni da parte degli amministratori³⁷⁵, o per la soluzione contraria, ovvero imporre agli amministratori l'obbligo di delegare facoltà in seno all'organo, specificando anche l'organizzazione interna di questa delega³⁷⁶, ma senza far riferimento in nessun caso ai soggetti concreti che ne devono essere nominati. Allo stesso modo, lo statuto può prevedere che corrisponda all'Assemblea la facoltà di formare gli organi delegati, indicando la struttura di questi e le loro relazioni, ma, di nuovo, senza poter determinare l'amministratore in concreto che deve attuare questa carica³⁷⁷.

³⁷³ Consideriamo che si tratta di un caso strano perché generalmente si utilizza la struttura della commissione esecutiva quando abbia luogo la delega generale di competenze in vari soggetti senza essere distribuite per contenuti. Nonostante si debba ammettere questa possibilità, sebbene richiedendosi che, in tale caso, si determina se questi consiglieri delegati debbano operare in modo congiuntivo o disgiuntivamente.

³⁷⁴ BONELLI F., *Gli amministratori di spa*, *Op. cit.*, p. 42.

³⁷⁵ MARTÍNEZ SANZ F., "Modos de organizar...", *Op. cit.*, p. 743.

³⁷⁶ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ A., *La representación orgánica...*, *Op. cit.*, p. 42.

³⁷⁷ Così, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ A., *La representación orgánica...*, *Op. cit.*, p. 43, afferma che in quest'ipotesi si considera che l'intervento dell'Assemblea generale debba restringersi esclusivamente alla creazione degli organi delegati, corrispondendo la nomina dei suoi membri al proprio Consiglio d'amministrazione, visto che la tesi contraria comporterebbe un'alterazione della facoltà del Consiglio di revoca delle cariche delegate e incluso del regime di responsabilità degli amministratori. Si osservi che, oltre a non potersi destituire agli organi delegati designati dall'Assemblea generale come conseguenza di non essere intervenuto nella sua nomina, difficilmente si potrebbe chiedere responsabilità al resto dei membri del Consiglio

Per la validità della delega si precisa l'accordo per maggioranza di due terzi del Consiglio, nel quale si approva la sua creazione e nomina, richiedendosi, ugualmente la sua iscrizione nel Registro Mercantile / Registro delle Società. Con la dottrina maggioritaria si può affermare che questa iscrizione ha carattere costitutivo³⁷⁸, giacché l'art. 249.3 LSC determina che la delega non svolgerà effetto alcuno fino alla sua iscrizione nel Registro. Ciononostante, si può considerare che sul piano delle relazioni interne, le conseguenze della delega debbano essere rispettate dallo stesso momento in cui l'accordo viene adottato, cosa che, nella pratica, si traduce principalmente nella richiesta agli altri amministratori di non sovrapporsi sulle competenze delegate.

Una volta costituiti, la commissione delegata o i consiglieri delegati, formano un organo dentro alla società³⁷⁹, il quale mantiene un vincolo di carattere organico con questa, mentre il vincolo che li vincola con il Consiglio d'amministrazione avrà carattere interorganico³⁸⁰. Le forme in cui quest'organo si può configurare possono essere diverse: si può adottare una commissione esecutiva, o uno o diversi consiglieri delegati, o la combinazione di entrambi i sistemi; ma quello che non può avere luogo è la subordinazione di alcuni delegati rispetto agli altri, giacché si tratta di organi paralleli le cui facoltà derivano, in entrambi i casi, dallo stesso Consiglio³⁸¹. Invece, gli organi delegati così si trovano in una situazione di subordinazione al riguardo del Consiglio d'amministrazione.

d'amministrazione per colpa *in eligendo*. Nello stesso senso, POLO SÁNCHEZ E., *Los administradores y el Consejo...*, *Op. cit.*, pp. 473-474. Di contro, IGLESIAS PRADA J.L., *Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima*, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 165-166, che ammette in questo caso la possibilità di nomina dalla stessa Asamblea al trovarsi questa autorizzata dal proprio statuto sociale.

³⁷⁸ Così, POLO SÁNCHEZ E., *Los administradores y el consejo...*, *Op. cit.*, p. 488, che considera che, gli effetti dell'iscrizione della decisione di delega in relazione con gli atti conferiti dalla data di nomina si retrodatano al momento della sua celebrazione; in senso simile, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ A., *La representación orgánica...*, *Op. cit.*, p. 45.

³⁷⁹ GALGANO F., *La società per azioni*, *Op. cit.*, p. 280, giustifica questo carattere organico sulla base dell'art. 2392, 1° comma, c.c., intanto che stabilisce l'indipendenza delle responsabilità quando il fatto generatore di questa fa parte di una delle attribuzioni proprie dell'organo delegato.

³⁸⁰ BONELLI F., *Gli amministratori di spa...*, *Op. cit.*, pp. 42-43.

³⁸¹ BONELLI F., *Gli amministratori di spa...*, *Op. cit.*, p. 44.

In certi casi, quando si produce questa delega di competenze del Consiglio in organi costituiti nel suo interno, si realizza in blocco, senza maggiore specificazione, oppure si indica che si delegano le funzioni di «gestione ordinaria» della società. Non essendo materia di questo studio realizzare una delimitazione precisa di cosa si possa considerare gestione ordinaria e gli atti che la eccedono, possiamo condividere con certi autori che i criteri che si devono essere presi in considerazione per differenziare entrambi i gruppi di funzioni si devono misurare in ogni caso in funzione al rilievo della finalità o dell'eccezionalità dell'atto in questione³⁸². Comunque, non c'è dubbio che in questi casi, l'adempimento dei doveri contabili debbano considerarsi sempre come attività di ordinaria gestione, a causa del suo carattere necessario per l'adeguato funzionamento della società e il suo adempimento in modo continuato lungo la vita della società.

Considerata la possibilità che i doveri di contabilità siano adempiuti all'interno dell'ambito di quello che si può delegare agli amministratori delegati, manca ancora di analizzare la delimitazione delle responsabilità che possono originarsi nel caso in cui derivi un danno dall'inadempimento di alcune delle competenze proprie della delega da parte dell'organo delegato. Per esempio, quando si delega a un consigliere delegato l'adempimento dei doveri di tenuta dei libri di contabilità e la loro conservazione, e questo trasgredisce il contenuto del suo dovere, per esempio, non conservando i libri per il termine legalmente richiesto in modo tale che, posteriormente, a conseguenza di una ispezione tributaria, la società si veda obbligata al pagamento di una multa, con la quale si genera un danno dal suo inadempimento. Di fronte a presupposti come questo, ci possiamo domandare se l'esercizio di un eventuale azione sociale di responsabilità per richiedere il risarcimento del danno patrimoniale irrogato alla società derivata dalla multa, debba essere diretto contro il consigliere delegato o, al contrario, contro tutto l'organo di amministrazione.

³⁸² BONELLI F., *Gli amministratori di spa...*, *Op. cit.*, p. 45.

Il sistema spagnolo non ha una norma precisa al riguardo, sebbene si possano dedurre certe conclusioni dall'art. 237 LSC. In questo si stabilisce la responsabilità in solido da parte di tutti i membri dell'organo di amministrazione che avessero adottato l'accordo o realizzato il fatto lesivo, salvandosi dalla responsabilità coloro che provassero di non essere intervenuti nella sua adozione ed esecuzione, che non fossero a conoscenza della sua esistenza, o che pur conoscendola, facessero adeguatamente tutto il possibile per evitare il danno o, almeno, si contrapponessero a questo in modo espresso. Da quest'articolo si deduce che, nel caso di delega formale di facoltà, le responsabilità derivate dall'inadempimento di una delle attribuzioni delegate affetteranno solo gli amministratori delegati che le avessero adottate. Ci possiamo ancora interrogare sulla possibile esistenza di responsabilità per inadempimento del dovere di supervisione da parte degli amministratori deleganti (responsabilità, dunque, per colpa *in vigilando* o *in eligendo*). Intanto che l'intero Consiglio d'amministrazione ha la facoltà di nomina e di destituzione degli organi delegati ai quali si attribuiscono le competenze nella gestione della società, pensiamo che sotto questa relazione ci sia un certo dovere di vigilanza dell'attuazione svolta da questi, a causa dell'inesistenza in Spagna di un organo sociale di controllo dell'attuazione dell'amministrazione: attuazione della quale eventualmente si potrebbe derivare la responsabilità per gli amministratori deleganti, sebbene, logicamente, sarebbe una responsabilità non allo stesso livello di quella dal proprio delegato, dato il suo diverso rango di riprovevolezza.

Il sistema italiano offre una base normativa più solida e concisa per fare fronte alla questione. Da un lato, l'art. 2381, 3° comma, c.c., elenca i poteri che corrispondono agli amministratori deleganti: impartire direttive agli organi delegati e retribuire attribuzioni originariamente integranti della delega. Allo stesso tempo, devono avvalorare l'adeguamento dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, ed esaminare i piani strategici, industriali e finanziari; quindi, valutare, sulla base delle relazioni degli organi delegati, l'andamento generale dell'impresa. L'ultimo comma del precetto impone il dovere generico degli amministratori (tutti) di agire in modo informato, potendo

richiedere agli organi delegati di offrire informazioni al Consiglio relative alla gestione della società. Dalla loro parte, gli organi delegati dovranno adempiere la materia oggetto della delega, incaricandosi al tempo stesso che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società siano adeguati alla propria natura e dimensione, e informando, con una periodicità massima di sei mesi, il Consiglio sull'andamento generale dell'impresa e la prevedibile evoluzione futura, così come di quegli avvenimenti di speciale rilievo che abbiano luogo³⁸³.

Per quanto riguarda la responsabilità, dopo la riforma delle società del 2003, l'articolo 2392 stabilisce la regola che gli amministratori sono responsabili solidalmente dei danni derivati dall'inadempimento dei loro doveri, sempre che non si tratti di attribuzioni proprie della commissione esecutiva o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori. Dunque, in principio, rispondono solo degli atti sui quali possono intervenire per loro stessi. Nonostante questo, continua il secondo comma di questo precetto aggiungendo che, in ogni caso, sono responsabili solidalmente quando, pur conoscendo i fatti pregiudizievoli per la società, non hanno fatto quanto potevano per impedire il compimento, eliminando o attenuando le conseguenze dannose dei fatti sui quali dovevano vigilare sul generale andamento della gestione. Ugualmente, si può salvare la responsabilità derivata da un fatto concreto quando l'amministratore dissidente abbia fatto constatare la sua opposizione nel libro delle deliberazioni del Consiglio, comunicandolo immediatamente al presidente dell'organo di supervisione.

Sembra che le conclusioni che si possono estrarre da entrambi i sistemi siano parallele. Diverse note si possono appuntare qui per quanto riguarda la responsabilità in caso di delega delle competenze in materia contabile, senza pregiudizio della sua analisi in dettaglio, al momento opportuno di questo studio. In primo luogo, che all'attribuirsi in modo regolare, con osservanza delle regole

³⁸³ Anche quando si siano delegate tutte le competenze dell'organo d'amministrazione, «ciò presuppone la persistenza, nel consiglio di amministrazione, di una concorrente competenza ad amministrare, in virtù della quale esso può revocare le decisioni dell'organo delegato o impartirgli istruzioni o sostituirglisi nel compimento di atti inerenti alle funzioni delegate», GALGANO F., *La società per azioni, Op. cit.*, p. 280.

proprie della delega, l'adempimento di certe attribuzioni ad uno o più amministratori, o ad una commissione esecutiva, l'adempimento di certe attribuzioni ad uno o a vari amministratori, o ad una commissione esecutiva, il/i soggetti delegati rispondano primariamente delle possibili dannose conseguenze derivate dall'inadempimento o dall'adempimento difettoso delle sue attribuzioni. In secondo luogo, che si conserva sugli amministratori deleganti (quelli che non sono consiglieri delegati né formano parte della commissione esecutiva) un certo dovere di supervisione dell'attuazione degli organi delegati, dal quale si può derivare alcun genere di responsabilità per colpa *in vigilando*; oppure, essendo questi incaricati della nomina dei delegati, per colpa *in eligendo*, quando le conseguenze perniciose derivano dall'evidente inidoneità dell'amministratore delegato per l'adempimento delle sue attribuzioni³⁸⁴; questa responsabilità si può derivare, ugualmente, nel caso in cui, conoscendo i fatti dannosi dei delegati, non si facesse quanto possibile per evitarne o per ridurre le conseguenze. E, in terzo luogo, che entrambe le responsabilità non possono rimanere allo stesso livello, vale a dire, che non si può stabilire una solidarietà totale fra i consiglieri delegati e gli amministratori deleganti (almeno non nell'ambito interno), giacché entrambi i gruppi di gestori non hanno avuto lo stesso grado di partecipazione nel fatto dannoso³⁸⁵.

Un ultimo caso considerabile è quello dei consiglieri delegati o commissione esecutiva che attua in adempimento delle indicazioni del Consiglio d'amministrazione. In questo caso, sebbene non possiamo considerare che si elimini la responsabilità del delegato³⁸⁶, che si dovrebbe essere opposto alla realizzazione di questo fatto; questo dà luogo al fatto che, in questo caso, gli

³⁸⁴ O incluso, *in instruendo*, nel caso in cui le conseguenze dannose siano state derivate dalle indicazioni erronee degli amministratori su come debbano svolgere i loro delegati i compiti a loro affidati.

³⁸⁵ La necessità di distinguere le responsabilità è ugualmente difesa da BONELLI F., *Gli amministratori di spa...*, *Op. cit.*, pp. 52-54.

³⁸⁶ Così, GALGANO F., *La società per azioni*, *Op. cit.*, p. 280, «L'organo delegato, a sua volta, non si sottrae a responsabilità per gli atti posti in essere secondo le istruzioni del consiglio, restando comunque esposto alla responsabilità di cui al comma 1^o, ultima parte, dell'art. 2392».

amministratori deleganti si trovino in una situazione di responsabilità solidale rispetto ai delegati.

v. Delega volontaria del dovere

a) Forme della delega

Più frequenti e con una maggiore trascendenza per quanto riguarda l'ambito dell'adempimento dei doveri contabili è la delega a soggetti estranei all'organo di amministrazione. Facciamo riferimento ai casi di commissione dei compiti propri dell'«alta direzione»³⁸⁷ delle società di capitali a soggetti che non integrano l'organo di amministrazione, ma che sono vincolati con la società attraverso un rapporto di lavoro. Si formano così le figure dei Direttori Generali, che formano parte del personale lavorativo dell'alta direzione della società e che hanno assegnato da parte degli amministratori l'adempimento di certi doveri nella gestione della società, la direzione di una branca concreta dell'attività o la gestione di certi affari, o meglio, la direzione di uno degli ambiti territoriali nei quali la società esercita la sua attività³⁸⁸.

³⁸⁷ Nel senso che s'intende per tale nell'art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, «por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (per il cui si regola la relazione lavorale di carattere speciale del personale d'alta direzione)», che stabilisce che si considera personale di alta direzione quei lavoratori che esercitano poteri inerenti alla titolarità giuridica dell'impresa, e relativi agli scopi generali di questa, con autonomia e piena responsabilità solo limitate dai criteri ed istruzioni dirette emanate dalla persona o dagli organi superiori di governo ed amministrazione dell'entità che rispettivamente occupa quella titolarità.

³⁸⁸ Come si è affermato, non c'è dubbio che questa relazione interna abbia natura contrattuale e per oggetto la prestazione, da parte del direttore generale o gestore, di servizi ordinati all'ausilio diretto dell'imprenditore nella gestione dell'impresa, in cambio di una remunerazione: JUSTE MENCÍA J., *Factor de comercio, gerente...*, *Op. cit.*, p. 81. Ammettiamo, così, la possibilità di articolare la direzione della società attraverso diversi direttori generali, se bene la dottrina consideri che questo presupposto debba rimanere sottomesso a una tripla condizione. Così, l'esistenza di un'alta direzione collettiva esige, da un lato, l'estensione dei poteri attribuiti alla totalità dell'organizzazione imprenditoriale o, nel suo caso, del settore o l'area funzionale o territoriale che dirige in modo effettivo; dall'altro, l'inesistenza di situazioni di subordinazione fra questi direttivi, al non risultare possibile l'esistenza di un alto direttivo dipendente da un altro alto direttivo; e per ultimo termine, l'attribuzione di facoltà rappresentative a ognuno di loro, perché la soppressione di queste comporterebbe la snaturalizzazione della figura di direttore generale, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., "El director general de las sociedades capitalistas", *RDM*, num. 253, 2004, p. 995. In senso simile, anche ammettendo la possibilità che un fattore dipenda da un altro delegato generale, pure il fattore come lui ma con facoltà più ampie, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO A., "La

In modo diverso a quanto accade rispetto ai consiglieri delegati, i direttori generali si caratterizzano per la loro dipendenza dalla società. Così, sebbene gli amministratori e i delegati esercitino un potere originario ed indipendente, che viene loro attribuito dal semplice svolgimento della loro carica, i direttori generali sono sprovvisti di questa indipendenza e l'esercizio delle loro potestà è derivativo. Allo stesso tempo, svolgono le loro funzioni senza autonomia, perché sono subordinati ai comandi che ricevono dall'amministrazione, derivandosi le loro funzioni da una relazione di carattere lavorativo³⁸⁹. Questa situazione di dipendenza si rende manifesta pure nel fatto, (per imperativo della legge) di non essere mai responsabili all'esterno della società, a differenza di quanto accade con gli amministratori, che rispondono dei suoi fatti come per questi direttori generali. Da questo l'importanza dei rapporti di fiducia fra entrambi, resa manifesta attraverso la sottoscrizione di compromessi di attuazione inclusi in *due diligences*.

Per quanto riguarda le qualità proprie dei soggetti a cui gli amministratori delegano, oltre a non essere incorsi in nessuna causa legale di proibizione o incapacità³⁹⁰ per lo svolgimento della carica, nelle quali non è procedura fermarsi, devono tenere un insieme di qualità personali che gli permettano l'adeguato adempimento della carica. Quello che ci interessa in quest'analisi, riguardo all'adempimento dei doveri di contabilità, è il fatto che l'imprenditore si deve assicurare (e si farà riferimento più avanti su *come*) che i soggetti ai quali si

representación en el Derecho Mercantil", en *Curso de Derecho Mercantil I*, dirs. Uría / Menéndez, 2ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 257, il quale aggiunge che, in realtà, la condizione giuridica del fattore, unitaria dal punto di vista giuridico, si può scomporre, nella realtà economica, in figure di rilievo molto diverso.

³⁸⁹ In questo senso, GALGANO F., *La società per azioni*, *Op. cit.*, p. 282, «I poteri di gestione dei direttori generali sono poteri derivati, non originari: la loro fonte è il contratto di lavoro, implicante la soggezione alle direttive del consiglio di amministrazione».

³⁹⁰ Cfr. art. 213 LSC per gli amministratori delle società di capitali, con le logiche remissioni ai casi d'incompatibilità legale e per ragione della sua carica; così come completato dal contenuto degli artt. 13 e 14 del C. de c. Per il sistema italiano, la questione si regola -con una dizione che sembra più semplice- con il contenuto dell'art. 2382 c.c. ita. Oltre a questo, si deve prendere in considerazione che lo statuto della società può sottoporre lo svolgimento della carica d'amministratore all'adempimento di certi requisiti speciali di onorabilità, professionalità ed indipendenza (*ex art. 2387 c.c. ita.*).

incarica la tenuta di contabilità siano dovutamente capaci per l'adempimento dei doveri inerenti alla loro carica. Questo suppone non solo una valutazione che si tratti di una persona idonea che svolge adeguatamente gli obblighi di gestione che gli vengono attribuiti, ma, ugualmente, una considerazione sulla capacità personale di quest'ultima. In caso contrario, la responsabilità degli inadempimenti corrisponderebbe all'imprenditore, cosa che si potrebbe ripercuotere sugli amministratori delle società di capitali, giacché non osservano l'obbligo di tenere una contabilità ordinata ed avere delegato il suo adempimento ad una persona non adeguata per la sua realizzazione³⁹¹.

In quanto al contenuto delle sue cariche, a questi corrisponde, quando dalla sua delega non si derivi un'altra cosa, un potere rappresentativo con l'estensione inerentemente richiesta dalla natura e dal contenuto delle attività che gli vengono assegnate. Il ricorso a questa figura si svolge per necessità strutturali delle società di una certa complessità. È necessario per questo tipo d'impresa che siano provviste di direttori generali che, allo stesso modo dei fattori, siano sotto i mandati dell'imprenditore (degli amministratori in questo caso) e che, ugualmente, abbiano assegnato l'adempimento di funzioni di alta direzione interna, con attribuzioni che escludono la contrattazione con i terzi, a differenza di quanto succede con il fattore, che è legittimato in modo sufficiente per la rappresentanza della società all'esterno³⁹².

Nello stesso modo in cui abbiamo considerato nel caso della delega organica, i posti di direzione generale possono essere affidati a uno o più soggetti, che operino in modo individuale o collegiale³⁹³. In questo modo possiamo

³⁹¹ L'imprenditore risponde «in quanto è venuto meno ai suoi obblighi di curare le registrazioni ed è incorso in colpa nella scelta del suo contabile», PANUCCIO V., *La natura giuridica...*, *Op. cit.*, p. 122.

³⁹² GALGANO F., *Ibid.*, p. 282, afferma al riguardo che «in questo caso non ricorre la ragione giustificativa della norma che, a tutela dei terzi, commisura l'esterno potere rappresentativo dell'istitutore all'interno potere di gestione; ed è corretto escludere, in questo caso, il potere rappresentativo del direttore generale».

³⁹³ *Vid.* MARTÍNEZ GUTIÉRREZ A., "El director general de las sociedades...", *Op. cit.*, pp. 996-997.

considerare la distinzione fra i direttori generali e il comitato esecutivo (commissione di direzione).

b) La direzione finanziaria e contabile

Per quanto qui ci interessa, l'interesse si centra su una figura di delega volontaria generalmente presente nelle imprese di determinate dimensioni: la «Direzione finanziaria» o «Direzione finanziaria e contabile», essendo questo l'organo al quale viene attribuito l'adempimento concreto dell'insieme dei doveri necessari nel contesto della contabilità. Attraverso questa figura si attribuisce la direzione degli aspetti contabili ad un soggetto vincolato con la società attraverso una relazione contrattuale, che s'incarica di garantire l'adeguato adempimento delle prescrizioni in materia di contabilità³⁹⁴.

La natura di questa direzione finanziaria, ugualmente a ogni altra figura gestrice, dipende nella sua configurazione interna dal modo in cui sia stata articolata. Così, ci saranno dei casi in cui, attraverso lo statuto, si disegna con precisione la struttura interna della società e si prevede l'esistenza di questa figura, e casi nei quali la determinazione della stessa è prodotta dagli amministratori. Nel primo dei casi, oltre a questo, è possibile che la determinazione della persona del direttore generale si scelga dalla stessa Assemblea generale. In questa ipotesi di riconoscimento statutario e di designazione dall'Assemblea generale, la dottrina ha voluto vedere scarsa differenza rispetto alla rappresentanza organica, e dunque, il suo regime giuridico dovrebbe essere vicino a quello dei consiglieri delegati³⁹⁵.

³⁹⁴ Nei casi più frequenti la direzione generale sarà unitaria e non si scomporrà in questi rami. Nonostante abbiamo considerato adeguato stabilire questa distinzione, non tanto per il fatto della possibilità di creazione in concreto di quest'organo delegato, ma, soprattutto, per quanto riguarda la delega delle funzioni sul piano della contabilità. Così, come si è considerato, la direzione amministrativa, tiene anche, tra le sue attribuzioni, quella della contabilizzazione delle operazioni, nella maggior parte dei casi comprende ormai a tutte le altre direzioni. In questo senso, BUONOCORE V, "Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile", *Giur. Comm.*, genn-feb. 2006, p. 21.

³⁹⁵ JUSTE MENCÍA J., *Factor de comercio, gerente...*, *Op. cit.*, p. 207.

Comunque, la direzione generale si trova a un secondo livello di gestione dentro alla struttura della società, sotto l'organo di amministrazione e delle eventuali deleghe di funzioni che si sono prodotte all'interno di questo. Dentro al suo ambito di competenze, e sempre sotto la corrispondente supervisione e censura nella sua attuazione degli amministratori, la Direzione finanziaria e contabile dovrà configurare e offrire la struttura adeguata affinché l'organizzazione contabile e finanziaria della società sia sufficientemente operativa, in modo tale che permetta di offrire l'adeguato soddisfacimento ai doveri che ha attribuiti. In via generale, il direttore finanziario e contabile non procederà all'adempimento diretto dei primi compiti contabili (registrazione degli allibramenti contabili, conservazione dei libri...): queste funzioni, invece, saranno adempiute da altri soggetti integrati nella struttura della società, con la quale si vincolano attraverso relazioni contrattuali di carattere lavorativo: i *ragionieri* dell'impresa. Ugualmente, se si considera più adeguato alle caratteristiche proprie dell'impresa, l'adempimento materiale dei compiti di gestione contabile e finanziaria può essere attribuito a soggetti esterni alla struttura dell'impresa attraverso contratti di factoring³⁹⁶.

c) L'azione dei ragionieri della società

Sotto le direttrici della direzione finanziaria e contabile, ci troviamo con dei soggetti tecnici che si occupano di dare l'adempimento materiale dei compiti che richiede a sua volta la corretta tenuta di contabilità. Così, quando la struttura o i

³⁹⁶ Sulla base dell'art. 25.2 del C. de c., che presume che la contabilità sarà tenuta dal proprio imprenditore, afferma PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J.L., "Sobre las reformas legislativas en la llevanza...", *Op. cit.*, pp. 2977-2978, che il precetto considera non soltanto il fatto materiale, costante nella pratica, che ci siano ragionieri, periti o pratici nella sua tenuta, ma anche il più ampio fenomeno delle imprese specializzate in questa materia, altamente qualificate, come sono le cosiddette imprese di factoring, che vincono attualità, diariamente, nel mondo imprenditoriale. Ugualmente, BLANCO CAMPAÑA J., *El derecho contable en España*, *Op. cit.*, p. 44, che considera che nel contratto di factoring, il servizio di contabilità costituisce una delle prestazioni tipiche della relazione nella sua modalità più comune. La società di factoring si occupa di tenere la contabilità delle società (imprese) fattorizzate, in modo tale che la contabilità del cliente (impresa che contratta con quella il factoring) e tutti i suoi debitori siano rappresentati da quel momento per un debitore comune: il fattore.

negozi di una determinata impresa acquiscono una determinata entità, si precisa dell'intervento di altre persone per proporzionare l'adeguato adempimento dei doveri contabili. Questi ragionieri si incaricano del soddisfacimento tecnico delle esigenze di un'ordinata contabilità, operando sotto la direzione e le istruzioni della Direzione finanziaria, di fronte ai quali rispondono.

Dato il carattere contrattuale della loro carica, di fronte all'esterno della società non risponderanno questi soggetti per i loro inadempimenti, assegnando al direttore finanziario o, in caso, al consigliere delegato che abbia attribuite le funzioni contabili, le conseguenze dei loro fatti. Di qui, il rilievo delle attuazioni di elezione, supervisione e istruzione delle condotte di questi lavoratori dell'impresa. Così, i ragionieri risponderanno secondo le norme proprie della responsabilità contrattuale delle conseguenze che derivano dall'inadempimento delle norme contabili che regolano la relazione di lavoro nella società; in modo diverso da quanto accade con gli amministratori (ed, in caso, consiglieri delegati / commissione esecutiva) che si assoggettano alla normativa specifica di responsabilità, di carattere organico, per quelli prevista nella normativa delle società di capitali.

L'imprenditore e, nel caso delle società di capitali, gli amministratori, (in questo caso a livello interno) si fanno responsabili delle conseguenze giuridiche delle attuazioni dei soggetti integrati nella struttura di questa, nell'adempimento degli obblighi propri della società. Sul piano della contabilità si responsabilizzano dell'adempimento di ognuna delle attuazioni richieste su questo piano, sia come conseguenza del dovere di supervisione diretto che su di quelli si estende, sia in modo indiretto³⁹⁷.

³⁹⁷ Così, come considerava il professor Garrigues, se il commerciante potesse scusarsi invocando lo sbaglio, l'errore o la mala fede dei suoi ausiliari nella contabilità, la prova contro il commerciante rimarrebbe nella grande maggioranza dei casi totalmente snervata. Da qui, si considera che quello che il commerciante fa annotare è come se lo avesse annotato da se stesso (*ille videtur scribere cuius nomine scribitur*), GARRIGUES J., "Valor probatorio de los libros...", *Op. cit.*, p. 51. Nella pratica, le scritture sono tenute dai ragionieri, in modo tale che l'ordinamento quando esige che il bilancio sia firmato dagli amministratori vuole dire che si solidarizzano con il lavoro dei ragionieri, anche in realtà pretende che assumano organicamente le conseguenze dei suoi atti, GARRIGUES J., *Comentario a la Ley...*, *Op. cit.*, p. 323.

vi. Responsabilità per i soggetti subordinati

Come si è appena considerato, l'organizzazione interna della società può offrire diverse morfologie all'attribuzione dell'adempimento concreto dei doveri in materia di contabilità. In questo modo, in primo luogo si osserva la partecipazione degli amministratori, che dovranno necessariamente dar adempimento per loro stessi, senza delegare ad un'altra persona (ed attuando tutti quanti ostentano la carica) quei compiti che si considerano indelegabili, e che, in modo sintetico, si potrebbe considerare che affettano alle manifestazioni contabili con rilevanza esterna: formulazione del bilancio, la relazione sulla gestione e la presentazione di questi all'Assemblea generale. Gli amministratori si incaricano anche dell'adempimento di tutte le altre funzioni nel caso in cui non siano state delegate a nessun altro soggetto. In secondo luogo, come si è affermato, l'adempimento di determinate (o di tutte) competenze delegabili può essere attribuito ad uno o più consiglieri delegati (che costituiscano o meno una commissione esecutiva), avendo questa carica carattere organico e operando con autonomia. In terzo luogo, gli amministratori, delegati o meno, o la configurazione della struttura della società che si fa attraverso lo statuto, possono contemplare l'esistenza di una o più direzioni generali, fra le quali, è abituale che a qualcuna venga assegnato l'adempimento delle funzioni finanziarie e contabili. In questo caso, ci troveremo con una direzione finanziaria e contabile incaricata dell'adempimento dei doveri di contabilità delegati, che, ovviamente, non possono essere estensivi alla formulazione del bilancio o alla presentazione di questo all'Assemblea, e che svolgerà le sue funzioni secondo le istruzioni degli amministratori, rispetto ai quali si troveranno in una situazione di dipendenza, essendo vincolati con la società attraverso una relazione di contratto di alta gestione. Quindi, tra i dipendenti della Direzione contabile si trova un corpo di lavoratori tecnici, i cosiddetti ragionieri, che vincolati con una relazione di carattere lavorativo con la società, si incaricano dell'adempimento materiale della pratica degli allibramenti e delle registrazioni contabili.

Stando così le cose, si osserva che la struttura dell'organizzazione soggettiva dell'adempimento dei doveri contabili dell'impresa può rappresentare una cascata di delegazioni che fanno transitare il suo adempimento dagli amministratori (come incaricati originari di quello) fino ai ragionieri che, nella pratica, daranno soddisfazione a tante delle prescrizioni legali. Nonostante ciò, il fatto che l'adempimento materiale dei comportamenti sia svolto da questi ultimi non implica liberare gli amministratori di responsabilità per quell'adempimento, né che i soggetti intermedi restino sprovvisti di eventuali responsabilità³⁹⁸. Si costruisce così una complessa rete di relazioni di delega e responsabilità con diverse nature e conseguenze giuridiche.

La responsabilità degli amministratori nel soddisfacimento delle prescrizioni contabili è originaria, giacché a questi viene riferito, in modo generico ed in tutta la sua estensione, l'adempimento di questi. Si tratta di una responsabilità di carattere organico, contrappeso necessario alle facoltà degli amministratori nella materia. Ugualmente, avranno carattere diretto ed organico la responsabilità per l'adempimento di tali doveri dei consiglieri delegati e le commissioni esecutive, intanto che questi implicano solo una distribuzione, a livello interno, delle attribuzioni proprie dell'organo d'amministrazione.

Gli schemi devono essere mutati nell'affrontare la responsabilità dei direttori generali. Nel sistema spagnolo, la loro responsabilità presenta le note che derivano dal carattere contrattuale che definisce il loro rapporto con la società. Rispetto alla sua attuazione, dobbiamo differenziare un doppio regime: all'esterno della società questi non risponderanno delle conseguenze dei suoi fatti, che saranno in ogni caso imputabili agli amministratori, essendo questi coloro che

³⁹⁸ Secondo BLANCO CAMPAÑA J., *El derecho contable en España, Op. cit.*, p. 43, il fondamento della responsabilità dell'imprenditore o degli amministratori in questa materia si trova nell'assunzione da parte loro delle conseguenze ed i rischi dell'attività, cosa che si produce senza necessità di colpa, ma senza che quello conduca ad una responsabilità oggettiva, vale a dire, in ogni caso. Questo ragionamento permette a suo avviso di spiegare l'imputazione delle conseguenze nei presupposti in cui si produce una sostituzione nella gestione dell'impresa ed è ovvio che non si escludono le possibili responsabilità (fondamentalmente penale, responsabilità che è di carattere personale) del ragioniere o dell'incaricato della tenuta.

assumono la responsabilità di tali per colpa *in eligendo, in vigilando o in instruendo*³⁹⁹. Nonostante ciò, questi, per la via contrattuale che li vincola con i direttori, potranno ripercuotere le conseguenze di quest'attuazione, *ex art. 297 y 298 C. de c.*⁴⁰⁰. Secondo il primo di questi precetti, i direttori dovranno compensare al principale di qualsiasi pregiudizio che abbiano irrogato nei suoi interessi, in conseguenza dell'adempimento delle sue funzioni.

Il fatto che i direttori generali (o, propriamente, la direzione finanziaria e contabile) siano quelli che direttamente procedono all'adempimento di tali doveri, svolgendo i loro compiti in forma simile al modo di agire proprio degli amministratori, fa in modo che parte della dottrina spagnola⁴⁰¹ consideri più adeguato offrire una soluzione di responsabilità organica o quasi-organica, vicina a quella che offre l'ordinamento italiano. Così, l'art. 2396 c.c. ita. determina che le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori saranno di applicazione pure ai direttori generali nominati dall'Assemblea o dalle disposizioni dello statuto, in relazione con l'adempimento dei doveri a quelli attribuiti, e fermo restando le azioni esercitabili sulla base del contratto di lavoro con la società. Nonostante ciò, si fa riferimento ai casi in cui la direzione generale sia scelta dall'Assemblea generale, con previsione statutaria della carica e della competenza per l'elezione sebbene, il caso più frequente nel sistema spagnolo sia quello della nomina da parte degli amministratori stessi.

In realtà, l'adempimento del dovere di contabilità costituisce una catena di collaborazione fra lavoratori, organi sociali e delegati di entrambi. Così, per la chiusura dell'esercizio, gli amministratori conteranno sulla collaborazione del Direttore finanziario e di altri direttivi della società e sul lavoro degli esperti

³⁹⁹ JUSTE MENCÍA J., *Factor de comercio, gerente...*, *Op. cit.*, p. 208.

⁴⁰⁰ Dalla prospettiva della responsabilità derivata dall'inadempimento delle sue funzioni da parte del fattore, non esiste, in principio, una grande diversità di impostazione riguardo le regole che reggono la responsabilità contrattuale nel diritto comune, suscettibile –nel caso tipico che consideriamo– di farle valere, nel suo caso, pure di fronte alla giurisdizione sociale, JUSTE MENCÍA, *Factor de comercio, gerente...*, *Op. cit.*, p. 199.

⁴⁰¹ JUSTE MENCÍA J., *Factor de comercio, gerente...*, *Op. cit.*, pp. 199-214.

ragionieri. In questo momento, svolgendo le forme di attuazione che possono essere state consegnate nei codici di condotta interni, si richiederà a tutti i direttivi e ai lavoratori dell'impresa implicati nella contabilità una dichiarazione di avere adempiuto gli obblighi secondo le istruzioni che gli vennero offerte nel momento della presa di possesso delle proprie cariche di direzione e che possono essere state consegnate attraverso *due diligence letters*⁴⁰². Così, la chiusura dell'esercizio si mostra come un'operazione complessa di raccolta interna di informazione dei diversi settori dell'impresa, sotto solenne dichiarazione di ognuno dei responsabili di dire la verità e di non occultare dati⁴⁰³.

Con la firma del bilancio gli amministratori, anche se non li abbiano formulati e anche se la formulazione è stata svolta dai tecnici o direttivi della società, assumono la responsabilità per il suo contenuto. Di questo si è criticato il fatto che farebbe gli amministratori responsabili dei dati la cui informazione gli è data e sui quali non hanno nemmeno l'occasione di considerare la loro veridicità. Si è proposto che al massimo si potesse chiederne responsabilità al Consigliere delegato, ma non a tutti i membri del Consiglio d'Amministrazione⁴⁰⁴. Ma queste opposizioni sono scartabili in ogni punto. Così, nella formulazione del bilancio, gli amministratori si valgono dei direttivi, principalmente di quelli che formano la direzione finanziaria. In questo momento, se si vogliono estremare le garanzie dello scrupoloso adempimento dei loro doveri da parte della Direzione finanziaria, si possono esigere lettere di rappresentazione e garanzie (*representation and warranties*), similari alla «Carta di Manifestazioni della Direzione», che i revisori esterni esigono dagli amministratori delle società soggette a revisione. In queste lettere, i direttori finanziari espongono che il bilancio è stato elaborato secondo le norme contabili, sulla base di un'informazione verace della società. Quando gli amministratori adottano queste cautele, pensiamo che abbiano dimostrato la loro diligenza *in eligendo* e *in vigilando* e che dunque non assumeranno le conseguenze

⁴⁰² VICENT CHULIÁ F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 132.

⁴⁰³ VICENT CHULIÁ F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 133.

⁴⁰⁴ *Vid.* al riguardo su queste considerazioni VICENT CHULIÁ, F., *Ibid.*, p. 133.

giuridiche che derivano dalle irregolarità contabili commesse dai soggetti subordinati a quelli o, in caso, per modularsi questa al costatarsi il suo diligente comportamento⁴⁰⁵.

vii. Sostituzione legale degli amministratori

In ultimo termine, dobbiamo considerare l'esistenza di determinati casi in cui si priva agli amministratori il dovere di adempiere le funzioni di gestione della società, passando ad assumere l'adempimento di queste altri soggetti. Questo avrà luogo in caso di dichiarazione di fallimento della società, caso in cui l'adempimento dei doveri di contabilità passerà a essere svolto dall'amministrazione concorsuale; ugualmente, nelle società in scioglimento, i liquidatori avranno il dovere d'adempiere le prescrizioni contabili. In entrambi i casi si deve ricordare che l'adempimento dei doveri contabili da parte di questi soggetti non solo si estende mentre la società esiste, invece, dopo il suo scioglimento, si conserverà durante il tempo legalmente stabilito il dovere di conservazione dei libri e della documentazione dell'impresa.

C. Funzioni di supervisione: Collegio Sindacale

La costruzione della struttura organica delle società di capitali e la ripartizione delle competenze al suo interno fra gli organi che la compongono devono seguire lo scopo di stabilire un sistema operativo di contrappesi con cui raggiungere l'adeguato funzionamento della società e conseguire i fini sociali. Diversi sono le configurazioni che si sono offerte alla struttura della società per raggiungere questo obiettivo, prendendo corpo, finalmente, in due grandi sistemi: il cosiddetto sistema monistico, o di un solo organo nell'amministrazione, ed il dualistico, che incarica l'amministrazione della società a un organo di direzione e

⁴⁰⁵ Il processo di prevenzione della responsabilità *in vigilando* ed *in eligendo* viene descritto in modo dettagliato da VICENT CHULIÁ, *Ibid.*, pp. 134-135.

ad un organo di supervisione, distribuendo le competenze fra questi due. Nell'Unione Europea, con la paralizzazione della proposta di V Direttiva, non troviamo al riguardo una struttura organica uniforme nei diversi paesi che la compongono, fermo restando il regime unificato stabilito per la Società Europea, fissato nel Regolamento (CE) num. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, che struttura la *societas europaea* secondo un modello dualistico.

Le società di capitali spagnole si strutturano secondo un sistema evidentemente monistico, il quale, essendo sprovvisto di un organo che abbia come competenza principale il controllo di quanto viene attuato dall'amministrazione, precisa un sistema alternativo di contrappesi, fondandolo nella responsabilità degli amministratori, così come pensiamo si dovrebbe assoggettare ugualmente ad una maggiore trasparenza⁴⁰⁶. Condividiamo la visione con parte della migliore dottrina spagnola⁴⁰⁷ che probabilmente questo sistema tradizionale spagnolo non sia il più adeguato per stabilire un sistema di equilibri di potere adeguato in seno alla società, che eviti gli abusi da parte dell'amministrazione⁴⁰⁸. E tutto questo

⁴⁰⁶ Vid. in modo generale, ESTEBAN VELASCO G., *El poder de decisión en las Sociedades anónimas: Derecho Europeo y Reforma del Derecho Español*, Civitas, Madrid, 1982; GARRIDO, J.M., *La distribución y el control del poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales*, Studia Albornotiana - Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002. In modo specifico, sull'importanza dell'informazione nello svolgimento di questo controllo dell'amministrazione, e di forma speciale nelle società quotate, VALENZUELA GARACH F., *La información en la Sociedad Anónima y el Mercado de Valores*, Civitas, Madrid, 1993 (esp. pp. 159-214).

⁴⁰⁷ Così, OLIVENCIA RUIZ M., "Managers' revolution...", *Op. cit.*, sp. pp. 2182 y ss., dove stabilisce che l'omissione di un organo di vigilanza e lo stabilimento di un regime eccessivamente benevolo di responsabilità degli amministratori separano dalla riforma spagnola di quei modelli stranieri e, a prescindere di elementi essenziali del sistema, squilibrano il meccanismo di potere nella società per azioni per inclinare il suo peso decisamente a favore dell'organo d'amministrazione. Il professore Olivencia sostiene le sue riflessioni sulla base delle considerazioni di un sistema adeguato di controlli che *necessariamente* dovrebbe supporre la trasformazione della società per azioni, considerazioni espresse ugualmente da MENÉNDEZ MENÉNDEZ A., *Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1974, sp. pp. 35 e ss.

⁴⁰⁸ In senso simile si pronuncia la sesta considerazione della proposta di V Direttiva, che riconoscendo l'esistenza di due modelli di organizzazione delle società di capitali nel contesto dei paesi dell'Unione, espone che per delimitare in modo chiaro le responsabilità delle persone incaricate rispettivamente delle funzioni di direzione e di controllo è preferibile attribuire queste funzioni a organi separati. Lo stabilimento di un sistema di amministrazione uniforme in tutti i paesi permetterebbe anche, secondo la Direttiva, la costituzione di società di capitali da parte di soci o di gruppi di soci di diversi Stati membri, dunque, di fronte all'inoperatività pratica di lasciare l'adozione del sistema dualistico a titolo facoltativo, si dovrebbe imporre l'adozione di questo sistema a tutte le società per azioni europee.

nonostante la soppressione del tradizionale margine di franchigia che riconosceva agli amministratori all'ora di esigerli responsabilità sia stato superato, rafforzandosi il controllo repressivo degli amministratori.

I sistemi tedesco e francese, dalla loro parte, rappresentano prototipi del modello dualistico, costituendo il tedesco il sistema di diritto vivo più vicino nella sua struttura organica alle note disegnate dalla bozza di V Direttiva. Il sistema tradizionale italiano si può anche considerare di carattere dualistico, sebbene con una divisione del controllo e la direzione un po' meno ferrea che negli altri due sistemi.

L'importanza della differenziazione di questi modelli è nel riconoscimento dell'esistenza di un organo di supervisione nella struttura di queste società che integra l'amministrazione e che controlla l'attuazione della direzione che svolge i compiti di gestione in concreto. Per quanto riguarda l'oggetto del nostro studio, la supervisione dell'organo di controllo svolge anche effetti dalla prospettiva contabile. Alcuni sistemi, come quello tedesco, portano questa distinzione alle sue ultime conseguenze, riconoscendo che l'organo di supervisione tiene la competenza di approvare il bilancio redatto dalla direzione –cfr. § 172 AktG, dunque, assume questa competenza che, nei sistemi spagnolo ed italiano ha attribuita l'Assemblea generale, e questo nonostante i due organi dell'amministrazione decidano di sottoporre la sua approvazione all'Assemblea. La distribuzione di competenze portata a termine dalla normativa tedesca si manifesta logicamente se pensiamo che la formulazione del bilancio sia un lavoro di carattere tecnico svolto dagli amministratori che ha per obiettivo quello di riflettere «la» immagine fedele della situazione dell'impresa dove, dunque, non dovrebbe esserci troppo spazio per la discrezionalità né per le politiche di bilancio. Su questa premessa, la funzione dell'organo di supervisione sarà quella di constatare che questo bilancio sia adeguatamente elaborato e giudicare la sua validità sulla base del parere dei revisori legali. Dalla sua parte, l'Assemblea generale ha delle competenze esclusivamente per quanto riguarda l'applicazione degli utili disponibili.

Mostrando qui la nostra predilezione per un sistema dualistico di organizzazione delle società di capitali, che, come si vedrà, si mostra più effettivo all'ora del controllo sull'informazione contabile, si passano ad analizzare alcune delle competenze che, in questi modelli, svolge l'organo di supervisione rispetto ai doveri contabili.

i. Dovere d'assicurare che il sistema organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società sia adeguato ed abbia un corretto funzionamento

La prima delle funzioni che i sistemi dualistici impongono all'organo di supervisione ha un carattere eminentemente operativo. L'organo di supervisione deve operare assicurando e comprovando che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sia idoneo per dare soddisfacimento alle imposizioni della normativa e che funzioni in modo adeguato⁴⁰⁹. Si è affermato al riguardo che questo controllo non solo implichi la verifica dell'adeguato funzionamento, ma che, ugualmente, debba comprovare l'affidabilità del sistema messo in funzionamento per rappresentare in modo adeguato i fatti di gestione da parte dell'organo di direzione e, concretamente sul piano contabile, l'adeguamento del sistema per riflettere l'immagine fedele della situazione contabile⁴¹⁰.

Il rilievo dell'esistenza di adeguati meccanismi di controllo della struttura organizzativa e contabile è riconosciuto pure in quei sistemi che non presentano una duplicità di organi. Così, nella Relazione Cadbury si riconosce che i *directors* hanno la responsabilità di mantenere un sistema contabile adeguato, per il quale c'è bisogno di tenere un sistema di controllo interno sulla gestione finanziaria dell'impresa, includendo le procedure per minimizzare il rischio delle condotte

⁴⁰⁹ Cfr. art. 2403, 1° comma, c.c. ita, così come il 149 TUF.

⁴¹⁰ RIGOTTI M., "Doveri del collegio sindacale", in *Collegio sindacale e Controllo contabile*, a cura di Federico Ghezzi, Commentario alla riforma delle società, Dir. Marchetti / Bianchi / Ghezzi / Notari, Egea, Milano, 2005, p. 178.

fraudolente. Ugualmente, la relazione gli impone il dovere di comprovare che questo sistema di controllo interno funzioni in modo adeguato⁴¹¹. Il sistema anglosassone, nonostante risponda agli schemi della struttura monistica dell'organo d'amministrazione, distingue all'interno dell'organo due tipi di amministratori: i managers e gli independents, svolgendo i primi le vere operazioni di gestione, e centrandosi gli altri prevalentemente nei lavori di supervisione e controllo.

Questo dovere di controllare l'adeguata struttura e il corretto funzionamento del sistema organizzativo, amministrativo e contabile implica sul piano organico, di comprovare l'adeguato funzionamento del sistema di deleghe in materia contabile, al quale abbiamo ormai fatto riferimento previamente. Questo dovere inoltre presuppone l'accertamento che gli amministratori, i consiglieri delegati o le commissioni esecutive, la direzione finanziaria e il personale di ragioneria si adoperino in modo adeguato e coordinato per il regolare adempimento dei doveri di contabilità. Allo stesso tempo, l'adeguata osservanza di questo dovere presuppone la verifica che il sistema sia articolato in modo tale che permetta la percezione tempestiva delle irregolarità sul piano contabile o sulla situazione finanziaria della società che richiedono la veloce adozione di decisioni al riguardo.

ii. Revisione del progetto di bilancio

Concretamente, l'organo di supervisione svolge fundamentalmente compiti di revisione della contabilità: non svolge i suoi effetti soltanto nel controllo della tenuta di questa, ma pure nel controllo dei documenti in cui si sintetizzano i dati in materia contabile⁴¹². Questo controllo del progetto di bilancio non implica

⁴¹¹ Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, 1 december 1992 (Informe Cadbury) § 4.31. Nella dottrina spagnola sulla sua influenza sulla qualità dell'informazione contabile, *vid.* PETIT LAVALL M.V., "El informe Cadbury: Un análisis sobre la objetividad, eficacia y responsabilidad de los auditores de cuentas", *RGD*, num. 607, 1994, pp. 12.863-12.876.

⁴¹² «Il collegio sindacale, per competenza e in parte anche per composizione, altro non è, sostanzialmente, che un organo di controllo contabile» NIGRO A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, pp. 221-222, sul quale aggiunge che, sebbene la sua funzione essenziale o caratteristica sia il controllo sulla gestione, l'importanza di questo controllo contabile supera i limiti delle funzioni da svolgere

l'eliminazione della verifica tecnica della correttezza di questo bilancio da parte dei revisori legali, che si conserverà salvo nei casi in cui legalmente si ammetta che il controllo dell'organo di supervisione è sufficiente, come succede nel sistema italiano quando sia attribuita, in modo espresso e consegnata nello statuto, questa funzione al *collegio sindacale*, caso in cui, questo dovere sarà anche integrato dai revisori legali del bilancio⁴¹³.

Comunque, anche quando la revisione legale del bilancio venga affidata alla revisione legale, il Collegio sindacale dovrà elaborare una relazione sul progetto di bilancio formulato dall'organo di amministrazione che avrà per oggetto l'approvazione di questo, e dovrà comunicarlo ai soci con un anticipo di almeno trenta giorni rispetto all'Assemblea generale. In questa relazione l'organo di supervisione informerà l'Assemblea dei risultati dell'esercizio e dell'attività svolta dai suoi doveri, indicando ugualmente le osservazioni e le proposte adeguate per quanto riguarda il bilancio e la sua approvazione.

Nella revisione del progetto di bilancio che elaborano gli amministratori, i membri dell'organo di supervisione devono operare in modo coordinato con il soggetto incaricato della revisione legale di questo, stabilendo un corretto canale di comunicazione, affinché la prova della legalità del bilancio formulato dagli amministratori sia effettiva.

iii. Doveri di rilevare e denunciare le irregolarità contabili

Per fare in modo che le due funzioni di controllo che abbiamo considerato siano realmente effettive, si impone all'organo di supervisione il dovere di rilevare le irregolarità che si presentano sul piano della contabilità e, allo stesso tempo, di

dal Collegio sindacale e, perciò si porta a termine la riforma di attribuirne questa approvazione nelle società quotate ad una società di revisione attraverso il d.p.r n. 136 del 31.3.1975, che posteriormente attraverso le successive riforme è implicata l'universalizzazione della revisione legale alla generalità delle società di capitali.

⁴¹³ Cfr. art. 2403, 2° comma e 2409bis, 2° comma, c.c. ita.

adottare le misure necessarie affinché gli effetti perniciosi che ne derivino non si manifestino o che, almeno, si riducano le loro conseguenze.

Questa reazione alle irregolarità percepite può avere un carattere preventivo immediato oppure svolgersi *ex post*, sollecitando la nullità di quegli atti e decisioni che siano stati adottati vulnerando le norme imperative. Così, quando nell'adempimento del dovere di controllo dell'adeguato funzionamento del sistema organizzativo e contabile si percepisce l'esistenza di qualche irregolarità che ostacoli l'adeguato soddisfacimento dei doveri contabili, si dovranno adottare le misure restaurative necessarie per l'efficienza del sistema. Dalla sua parte, quando nella revisione dei documenti contabili si considera che si è prodotta qualche violazione della normativa, si dovrà sollecitare la nullità dell'atto in concreto; questa situazione avrà luogo, tipicamente, quando l'Assemblea generale, nonostante la relazione sfavorevole dell'organo di supervisione approvi un bilancio contrario alla normativa. In questo caso, l'organo di supervisione dovrà promuovere la nullità di questa decisione di approvazione e, in caso, dovrà interporre le adeguate azioni di responsabilità contro gli amministratori. Ugualmente, quando dai documenti esaminati deriva un'immagine preoccupante della situazione economica e finanziaria della società, pensiamo che si dovrà promuovere l'adozione di decisioni, tali come la richiesta del fallimento o la ricapitalizzazione della società.

iv. Approvazione del bilancio

Come si è considerato, le attribuzioni di competenze all'organo di supervisione nei sistemi giuridici che adottano il modello dualistico presentano caratteri differenti nei diversi ordinamenti. La proposta di V Direttiva riconosce nel suo art. 48.2 la possibilità che l'approvazione del bilancio abbia luogo dall'organo di vigilanza, salvo che quest'ultimo e l'organo di direzione abbiano deciso di rinviare l'approvazione del bilancio stesso all'Assemblea generale oppure non si raggiunga una decisione sull'opportunità del bilancio formulato. Sebbene la Direttiva preveda quest'opzione che caratterizza il sistema della AktG tedesca, e

pure il nuovo modello dualistico italiano, si riconosce nel primo comma di questo articolo che il sistema generale sarà quello dell'approvazione dall'Assemblea. Uguale potestà corrisponde al consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico italiano, che sottrae all'Assemblea la funzione d'approvazione del bilancio *ex art.* 2409 terdecies c.c. ita., rappresentando un autentico sistema di *two-tier* nella sua massima espressione.

D. Funzione di Controllo Legale: la revisione legale dei conti

Non essendo questo il luogo idoneo per lo svolgimento in dettaglio della funzione che svolgono i revisori legali dei conti nel processo contabile delle società di capitali, non si può ovviare la loro menzione, seppur succintamente e nonostante il maggiore trattamento che ne offriremo nell'ultimo capitolo di questo studio riguardo alla loro responsabilità nell'analisi degli organi sociali implicati in questo processo contabile⁴¹⁴. La funzione portata a termine dall'organo di revisione legale si basa su un controllo esterno della legalità del bilancio. Dunque, le note che caratterizzano l'intervento dei revisori nella contabilità sono la loro indipendenza riguardo alla società la cui contabilità viene revisionata e che solo l'intervento di questi svolge effetti sul bilancio, sebbene, di per sé la relazione dei revisori non produca nessun effetto giuridico diretto sui conti.

Essenzialmente, il compito che svolgono gli auditori è quello di verificare che il bilancio e la relazione sulla gestione concordino con il contenuto delle registrazioni e gli allibramenti registrati lungo l'esercizio sociale nei libri contabili dell'impresa, e di comprovare che nella redazione di questi documenti si siano seguite scrupolosamente le norme legali sull'informazione contabile. Il risultato dei

⁴¹⁴ Sulle caratteristiche personali e strutturali della revisione legale si farà riferimento più avanti – sebbene, ugualmente, in modo sintetico- all'analisi delle funzioni che svolgono dentro al processo contabile.

loro accertamenti sarà incluso nella relazione di revisione che si porterà a conoscenza dell'Assemblea generale con anteriorità alla celebrazione dell'assemblea nella quale si procederà all'approvazione del progetto di bilancio formulato dagli amministratori. Dunque, la loro funzione è quella di introdurre un criterio oggettivo ed esterno alla struttura dell'impresa attraverso il quale si valuta l'adeguamento dell'attuazione degli amministratori (e tutto l'assetto contabile dell'impresa) all'ora di elaborare il bilancio.

Il fatto che la verifica da parte dell'organo di revisione legale si produca solo sul bilancio deriva del fatto che questo è corollario di tutte le attuazioni di gestione contabile svolte lungo l'esercizio economico. Allo stesso tempo, questi documenti saranno quelli che acquisiscono pubblicità posteriormente attraverso la loro consegna nel Registro Mercantil / Registro delle Società, e, in caso, la diffusione attraverso altri mezzi nelle società aperte, dunque il pubblico interesse nella contabilità precisa una certa garanzia tecnica e imparziale che li permetta di affidarsi sul contenuto di questa informazione. Ci troviamo, così, con un nuovo meccanismo di contrappeso di fronte al potere di gestione dell'organo amministrativo delle società di capitali.

Come si è affermato, la nota essenziale che caratterizza la revisione legale dei conti è l'indipendenza riguardo alla struttura organica della società che revisiona. Così, nonostante esistano opinioni contrarie al riguardo, che considerano che gli auditori conformano un organo dentro della struttura delle società di capitali⁴¹⁵, dobbiamo riconoscere che, nella nostra opinione, si tratta di un ausiliare esterno all'imprenditore, vincolato a questo da una relazione contrattuale di prestazione di servizi. Dunque, la relazione fra l'impresa e il revisore legale sarà quella di un contratto remunerato il cui contenuto è marcato dalle disposizioni legali in materia di contabilità e di revisione legale.

⁴¹⁵ MARINA GARCÍA-TUÑÓN A., *La auditoría de cuentas anuales: aspectos sustantivos*, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 331. Questa questione sarà svolta in maggior abbondanza più avanti, considerando il modo in cui rispondono i revisori legali.

E. Competenze dell'Assemblea generale

Nonostante il processo di superamento della concezione democratica delle società di capitali, secondo la quale l'organo principale nella gestione e nel funzionamento di queste forme imprenditoriali era l'Assemblea generale, e con il progressivo irrobustimento delle competenze e dei poteri dell'organo di amministrazione, quando esiste l'organo di supervisione, dobbiamo riconoscere che l'Assemblea generale continua esercitando alcune competenze per quanto riguarda la manifestazione della volontà sociale e, concretamente, il rispetto ad offrire un carattere definitivo al bilancio. L'Assemblea viene così configurata semplicemente come un organo deliberativo con la funzione di consolidare, in certi casi, la volontà sociale⁴¹⁶.

La riduzione del protagonismo dell'Assemblea generale nelle moderne società di capitali è conseguenza delle esigenze di operatività di queste, così come dal processo d'«astensione razionale» (*rational apathy*) dei soci nelle grandi società quotate⁴¹⁷. Questa situazione implica, ugualmente, l'impossibilità di attribuire all'Assemblea più competenze di quelle legalmente determinate, aspetto

⁴¹⁶ «Questa è organo meramente deliberativo: non può provvedere direttamente (ad esempio, mediante un proprio rappresentante nominato ad hoc) all'esecuzione delle proprie deliberazioni; a ciò possono provvedere esclusivamente gli amministratori» GALGANO F., *La società per azioni*, *Op. cit.*, p. 264.

⁴¹⁷ GARRIDO J.M., *La distribución y el control del poder...*, *Op. cit.*, pp.124-128, il quale afferma che la condizione speculativa dell'azionista-investitore ha come conseguenza l'indifferenza di questo tipo di azionista verso i meccanismi interni di funzionamento della società per azioni. All'azionista-investitore interessa il valore del suo investimento e l'evoluzione che sperimentano i suoi titoli, ma può darsi il caso che ignori alcune delle attività delle quali si occupa la società, o che ignori aspetti essenziali della gestione o dell'organizzazione societaria, dunque la struttura di divisione di competenze della società per azioni, basata sulla primazia dell'Assemblea generale degli azionisti soffre una grave crisi ed una profonda perdita di senso.

In senso simile, ALONSO LEDESMA C., "El papel de la Junta general en el gobierno corporativo", in *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Coord. Esteban Velasco, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 621-623, che considera che si tratta di un'attitudine del tutto razionale alla vista che i costi che procurerebbero all'azionista il conseguimento ed il trattamento dell'informazione corrispondente per l'emissione del suo voto con sufficiente conoscenza di causa, sarebbero molto superiori ai benefici che potrebbe ottenere data la coincidenza della scarsa o nulla incidenza del suo voto nell'ottenimento dell'accordo, al riguardo dell'alto frazionamento del capitale.

che ha speciale incidenza nell'ambito contabile, perché l'adempimento dei doveri di contabilità forma parte dei lavori di gestione ordinaria della società. Ugualmente, pensiamo che non potrebbe avere luogo l'attribuzione per via statutaria di nuove competenze –decisionali o consultive- all'Assemblea generale in materia contabile, secondo la forma dell'art. 2364 c.c. ita. e 160.i LSC⁴¹⁸.

Il riconoscimento della competenza dell'Assemblea generale in una materia così rilevante come l'approvazione del bilancio formulato dagli amministratori, a differenza di quanto succede nei sistemi come quello tedesco che non riconoscono questo potere, implica, o dovrebbe implicare, un nuovo meccanismo di controllo sull'attuazione degli amministratori. Nonostante non possiamo disconoscere che l'effettività di questo nuovo contrappeso sia più che limitata giacché richiede l'intervento diretto dei soci nel controllo dell'informazione contabile presentata dagli amministratori, così come l'adozione delle misure adeguate al riguardo, all'oggetto di censurare le eventuali inadempienze in cui si fosse incorsi. Risulta evidente che, soprattutto nelle società aperte o di certa dimensione, i soci si trovino disinteressati nei lavori di gestione⁴¹⁹ e non svolgano un controllo diretto dell'attuazione degli amministratori: questo controllo potenziale risulta ineffettivo nella maggioranza dei casi⁴²⁰.

⁴¹⁸ In questo senso, CALANDRA BUONAURA V., *Gestione dell'impresa e competenze...*, *Op. cit.*, esp. pp. 106 e ss..

⁴¹⁹ GARRIDO J.M., *La distribución y el control del poder...*, *Op. cit.*, pp. 125-126, enuncia come i principali motivi di questa tendenza il fatto che ogni azionista può valutare, pur separato, gli sforzi che è disposto a dedicare per informarsi sulle attività della società, controllare l'attività dei gestori, ed esercitare i diritti che gli corrispondono come socio, dall'assistenza alle Assemblee generali all'esercizio delle azioni sociali di responsabilità o d'impugnazione delle decisioni sociali. Dato il carattere limitato della partecipazione di ogni socio nell'entità, più probabile è che a ogni azionista individualmente interessato non risulti attraente intervenire sul controllo. A questo si deve aggiungere il fattore dello sfruttamento dello sforzo altrui (*free rider problem*), giacché l'attuazione degli altri azionisti nel controllo ha solo un piccolo beneficio nel patrimonio di questo, allo stesso tempo produce un profitto collettivo di maggiore dimensione. In aggiunta a questo, si adduce la mancanza di stimoli per l'azionista diligente che svolge questi compiti di controllo, che non si vede premiato individualmente dalla sua condotta.

⁴²⁰ *Statu quo* che risulta alterato in attenzione al maggiore protagonismo che progressivamente acquiscono gli investitori istituzionali come meccanismo di controllo nelle società. Su questo particolare, *vid.* GARRIDO J.M., *La distribución y el control del poder...*, *Op. cit.*, esp. pp. 205 e ss..

Un agire responsabile dei soci di fronte all'approvazione del bilancio presentato all'Assemblea significherebbe un vero controllo sull'attuazione degli amministratori nei piani finanziario e contabile. I soci, quando accennano irregolarità nell'adempimento degli amministratori potranno adottare diverse opzioni: negare l'approvazione del bilancio (nel caso che l'opposizione acquisisca una diffusione tale da fare in modo che non prosperi la decisione favorevole), impugnare la decisione di approvazione, nel caso in cui non si sia potuta frenare la sua accettazione nello svolgimento dell'Assemblea e, infine, interporre le azioni di responsabilità che risultino opportune contro la gestione degli amministratori quando da questa, e, concretamente, dai suoi inadempimenti in materia di contabilità, ne derivino danni alla società. In ultimo termine, non deve risultarci estraneo il fatto che, pure con l'approvazione del bilancio e l'accettazione di questo come è stato formulato, l'Assemblea potrà offrire raccomandazioni sull'attuazione futura degli amministratori, che, ciononostante, saranno sprovviste di carattere vincolante per questi⁴²¹.

Un'ipotesi speciale è quella che può avere luogo nel caso non infrequente (nelle società con strutture più semplici) che tutti i soci siano amministratori della società. In questi casi pensiamo che il procedimento si semplifichi considerevolmente e, sebbene questo non escluda il dovere di sottoporre il bilancio a revisione contabile quando la società sia legalmente obbligata ad esso, si semplifica l'inoltro del bilancio per la sua approvazione. In questo modo, formulate queste dall'organo di amministrazione della società, si assoggetteranno a revisione legale (quando legalmente vengano obbligati), e normalmente dopo l'emissione della relazione dei revisori, saranno approvate dall'Assemblea generale. In questi casi pensiamo che non si vogliano aspettare i tempi di convocazione dell'Assemblea, giacché sempre si può rendere valida la celebrazione di un assemblea universale. Allo stesso tempo, si può considerare il caso di possibili

⁴²¹ «(...) l'approvazione del bilancio (...) rappresenta necessariamente anche un momento di verifica dei criteri seguiti nella gestione dell'impresa e, quindi, può offrire spunti sia per un giudizio sull'operato degli amministratori, sia per la formulazione di raccomandazioni o pareri in merito ai futuri programmi o a specifiche scelte di gestione», CALANDRA BUONAURA V., *Gestione dell'impresa e competenze...*, *Op. cit.*, p. 117.

violazioni del diritto d'informazione. In questo modo, sebbene la Giurisprudenza incida sul fatto che un socio amministratore non può avvalersi dal fatto che il suo diritto di informazione sul bilancio fu vulnerato, giacché questo stesso partecipò alla formulazione del progetto⁴²², dobbiamo considerare che questo diritto di informazione non solo ricade sul bilancio, ma pure sulla relazione della revisione contabile. Potrebbe accadere il caso in cui uno degli amministratori che ha formulato il progetto di bilancio non abbia potuto esercitare in modo adeguato il suo diritto di informazione sulla relazione dei revisori legali in cui si contengono alcune eccezioni sul bilancio. In questi casi, penso che quest'amministratore, nonostante non sconoscesse il bilancio, potrebbe impugnare la decisione di approvazione, se glieli vulnerarono i tempi legali per la consulta della relazione della revisione.

Fondamentalmente, le funzioni dell'Assemblea generale nel procedimento contabile sono tre: la nomina dei revisori legali, l'approvazione del bilancio e la decisione sull'applicazione degli utili e, nel suo caso, la censura degli amministratori.

i. Nomina dei revisori legali dei conti

In Spagna, la nomina dei revisori legali dei conti (*auditores de cuentas*), secondo l'art. 264 LSC corrisponde all'Assemblea generale, ed avrà validità per un periodo superiore a tre ed inferiore a nove anni dalla data del primo esercizio. Questa nomina si deve produrre prima che finalizzi l'esercizio che si deve revisionare, al contrario, la sua nomina si produrrà per l'incaricato del Registro Mercantil. Ugualmente, i soci che rappresentano almeno il 5% del capitale sociale, potranno sollecitare la nomina di un auditore per il Registro Mercantil del domicilio sociale nelle società che non siano tenute a sottoporre il suo bilancio a revisione legale.

⁴²² È sufficiente considerare, a titolo d'esempio, la sentenza del Tribunal Supremo Spagnolo di 26 settembre 2005, o quella dell'Audiencia Provincial di Barcelona (secc. 15^a), di 22 ottobre 2008, entro una lunga giurisprudenza al riguardo.

Attribuisce pure la competenza per la nomina degli amministratori all'Assemblea generale l'art. 13 del d. lgs. di 27 gennaio 2010, per il cui si regola in Italia l'attività di revisione legale di conti. Prima di questa nomina e per il giudizio sulla convenienza di questo, si manifesterà il Collegio sindacale.

ii. Approvazione del bilancio e decisione sul destino degli utili

La competenza più importante dell'Assemblea generale è relativa all'approvazione del bilancio nell'Assemblea ordinaria convocata regolarmente a questi effetti. Con il concorso delle volontà dell'amministrazione e dell'organo decisionario, la società conforma un bilancio che può essere considerato espressivo della volontà sociale.

Ugualmente, come sarà considerato in maggiore profondità nel capitolo seguente, l'Assemblea generale deciderà sulla base dell'informazione contabile contenuta nel bilancio e, fondamentalmente, sulla cifra del risultato dell'esercizio, il destino che si darà agli utili distribuibili⁴²³.

iii. Censura degli amministratori

In ultimo termine, giacché il bilancio e la relazione sulla gestione riflettono dati economici sull'andamento della società lungo l'esercizio in questione, formano una base di giudizio sufficiente sulla quale i soci possono prendere in considerazione l'attuazione degli amministratori nella direzione dell'impresa. Allo stesso tempo, in

⁴²³ La dottrina si manifesta critica sulla potenziale attuazione dei soci sulla base dell'informazione contabile offerta dall'amministrazione nelle grandi società. Così, ALONSO LEDESMA C., "El papel de la Junta general en el gobierno...", *Op. cit.*, p. 631, considera a riguardo dei nuovi compromessi di offrire una maggior informazione che assume l'amministrazione delle società quotate, che sono sprovvisti di una vera virtualità di fronte ad un eventuale controllo effettivo da parte dei soci, considerata l'apatia razionale di questi. Così, considera che questi strumenti d'informazione, che sono normalmente costosi, non sembra che contribuiscano ad altro che a riprodurre "quanto bene lo fa il Consiglio".

caso d'irregolarità o scorrettezze nella direzione, potranno adottarsi le misure che si considerino necessarie di fronte alla depurazione di responsabilità di questi e che vadano dall'esercizio di azioni di responsabilità fino alla rimozione degli amministratori. Di questi quesiti ci occuperemo in modo dovuto in questo studio.

**CAPITOLO III – CONFIGURAZIONE DEL DOVERE CONTABILE (II):
CONTENUTO DEL DOVERE**

CONTENUTO DEL DOVERE

I. Tenuta delle Scritture Contabili

A. Contabilità formale

- i. Formalità estrinseche
 - a) Passato? I doveri di bollatura e vidimazione dei libri contabili
 - b) Presente? La tenuta della contabilità per mezzi informatici
 - 1. Modelli comparati di regolazione della contabilità elettronica: Germania, Italia, Svizzera, Francia
 - 2. L'assenza di regolazione nella normativa spagnola
 - c) Futuro? Il linguaggio XBRL
- i. Formalità intrinseche. Principio di chiarezza: significato d'immagine veritiera e fedele
 - a) Formalità nella pratica delle registrazioni
 - b) Lingua nella quale si deve tenere la contabilità
- ii. Conseguenze giuridiche dell'inosservanza delle formalità

B. Contabilità materiale

- i. Obiettivo della normativa: mostrare la immagine veritiera e fedelle dell'impresa
- ii. Principi contabili

II. Formulazione del Bilancio (Cuentas Anuales)

A. Elaborazione del progetto di bilancio

- i. Chiusura dell'esercizio sociale
- ii. Formulazione estemporanea del bilancio
- iii. La formulazione del bilancio come competenza organica degli amministratori
- iv. L'atto di formulazione del bilancio
- v. Differenze fra gli amministratori al riguardo della decisione di formulazione

B. Controllo del progetto di bilancio: organo di supervisione, revisione legale

- i. Revisione dall'organo di supervisione
- ii. Revisione legale dei conti

C. Presentazione del bilancio all'Assemblea Generale

- i. Competenza e convocazione dell'Assemblea
- ii. Diritto d'informazione
 - a) Ambito soggettivo
 - b) Contenuto del diritto
 - c) Ambito temporale
 - d) Oggetto dell'informazione
 - e) Modalità d'accesso
 - f) Specialità dell'accesso diretto all'informazione contabile nella srl
 - g) Diritto a sollecitare informazione complementare

D. Approvazione del progetto di Bilancio

- i. Decisioni dell'Assemblea
- ii. Modificabilità del bilancio presentato durante l'Assemblea
- iii. Natura giuridica della deliberazione d'approvazione del bilancio
- iv. Modificabilità della deliberazione d'approvazione
- v. Efficacia giuridica della deliberazione

E. Approvazione della gestione sociale

- i. Relazione sulla gestione
- ii. Censura della gestione dall'Assemblea
- F. Decisione sull'applicazione del risultato dell'esercizio**
- i. La determinazione del risultato dell'esercizio e la fissazione degli utili distribuibili
- ii. Il diritto del socio al dividendo
- iii. La protezione del capitale sociale
- iv. La nullità della deliberazione e l'irrepetibilità dei dividendi accordati
- G. Deposito del bilancio nel Registro delle Imprese. Pubblicità dell'informazione contabile**
- i. Contenuto del dovere
- ii. Modalità di remissione dell'informazione contabile
 - a) Spedizione telematica del bilancio per il suo deposito nel diritto italiano
 - b) Spedizione telematica del bilancio per il suo deposito nel diritto spagnolo
- iii. Qualificazione del deposito
- iv. Pubblicità del deposito
- v. Conseguenze della mancanza di deposito
- vi. Efficacia giuridica del bilancio depositato
- H. Impugnazione della delibera d'approvazione. Ripercussioni della nullità**
- i. Delibere nulle e delibere annullabili
 - a) Irregolarità nel processo di formazione dei conti
 - b) Irregolarità nella celebrazione dell'Assemblea
 - c) Irregolarità nel contenuto del bilancio
- ii. Legittimazione per l'impugnazione
- iii. Limite: la proibizione dell'abuso del diritto
- iv. Effetti dell'impugnazione
- I. Pubblicità dell'informazione contabile dalla società stessa**
- J. Conservazione dell'informazione contabile**
- i. Conservazione dei libri contabili
- ii. Conservazione del bilancio

Il sistema giuridico-contabile è composto da un complesso insieme di norme che impongono all'imprenditore l'adempimento di una serie di prescrizioni che presuppongono lo standard materiale necessario per tenere una «ordinata contabilità»⁴²⁴ all'interno dell'impresa. Perché si possa considerare *ordinata*, la contabilità deve adempiere l'insieme di specificazioni che disciplinano la materia: legge, pianificazioni contabili... quando questi esistano ed abbiano carattere imperativo. Cosciente del fatto che la contabilità deve essere oltre che ordinata, anche *adeguata all'attività dell'impresa*, la configurazione che il legislatore fa del dovere non è unitaria, ma offre diversi gradi di svolgimento e dettaglio in funzione della complessità della struttura organizzativa di questa. Così, il dovere di tenuta della contabilità è imposto per imperativo legale ad ogni imprenditore (*recte*, imprenditore commerciale), ma ulteriori sviluppi di questo dovere saranno solo d'applicazione a determinate forme imprenditoriali, come nel caso del dovere di deposito e pubblicità del bilancio nel Registro Mercantile / Registro delle Imprese, unicamente predicabile delle società di capitali. Con questo si adempie al requisito di che sia adeguata. Oltre a questo, la contabilità deve essere perfettamente adattata alla dimensione, tratti e caratteri propri della realtà alla quale deve servire di supporto⁴²⁵. Per ciò, si deve differenziare fra i tipi d'impresa poter fare una analisi di quando il sistema contabile impiegato è adeguato o meno, dovendosi

⁴²⁴ Considerava PANUCCIO, V., *La natura giuridica...*, *Op. cit.*, p. 81, a questo riguardo che «contabilità ordinata è quella che ha ordine, che risulta cioè dal collocamento di ogni suo elemento descrittivo e di ciascun dato contabile al suo posto, secondo una predisposta successione di tali elementi e dati, e secondo una conseguente classificazione di essi in opportuni aggregati omogenei. Ordinata è quindi la contabilità che deriva da un ordinamento prestabilito, e da un'organizzazione amministrativa».

D'altro lato, NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, pp. 227-228, considerava che il principio e il dovere fondamentale che glieli impone all'imprenditore in materia di contabilità è la sua tenuta in forma ordinata ed adeguata alle caratteristiche qualitative e quantitative (natura e dimensione) dell'impresa. Secondo lui, una contabilità adeguata è «quella indispensabile a rappresentare compiutamente svolgimento, rapporti e consistenza patrimoniale dell'impresa stessa».

⁴²⁵ Così, ROJO, A., "La contabilidad...", *Op. cit.*, p. 139.

adattare perfettamente alla realtà strutturale e ambientale dell'impresa alla quale deve servire di riflesso.

Lo scopo della nostra analisi è esattamente l'adempimento di questi doveri da parte delle società di capitali, le quali, oltre ad essere la forma giuridica tipica più frequente nell'attività commerciale, sono i soggetti ai quali impongono i doveri contabili di maggior complessità. Questo *plus* d'esigenza contabile viene giustificato da ragioni ovvie: in primo luogo perché, come costruzione giuridica, le società di capitali presentano presuntivamente una struttura organizzativa molto più complessa che altre forme imprenditoriali (singolo imprenditore, società personaliste); inoltre, queste società si caratterizzano dalla limitazione di responsabilità, facendosi che i titolari del capitale non rispondano personalmente dei debiti sociali. È per questo che i doveri si configurano in un modo più sviluppato, imponendo alle società di capitali un adempimento più minuzioso delle specificazioni contabili, allo scopo di garantire in modo più solido che nella documentazione contabile che si elabora venga rappresentata l'informazione economica, finanziaria e patrimoniale della società in modo sufficientemente verace e affidabile. I terzi che hanno rapporti con la società avranno solo il patrimonio sociale come garanzia dell'adempimento dei suoi obblighi, dunque saranno particolarmente interessati⁴²⁶ a conoscere quale è la situazione patrimoniale della società.

⁴²⁶ Anche se nella realtà questo interesse solo si dimostri al riguardo della conformazione delle relazioni economiche di determinata quantità. Nuovamente acquiscono una posizione centrale nella configurazione della relazione con i caratteri soggettivi di ognuna delle parti nel rapporto commerciale. Così, se i rapporti economici che mantiene l'impresa con altro soggetto sono abituali, in molti casi, la garanzia di questi si sostiene sui rapporti di fiducia, senza farsi assistere dal controllo dell'informazione contabile che offra informazione su qual è la situazione concreta dell'impresa. Negli altri casi, dipendendo dalla posizione relativa che adotti la società in questione ed il soggetto con il cui negozia, il rapporto giuridico si bilancerà a favore dell'imprenditore o del creditore. Nel caso in cui il rapporto sia dominato dal creditore (*adjusting creditor*, *vid.* ARMOUR, J., "Legal Capital: An Outdated Concept?", *Op. cit.*, pp. 10 e ss), questo potrà esigere al debitore la prestazione -e, nel suo caso, certificazione- di informazioni addizionali prima della celebrazione di contratti con lui, così come la prestazione di garanzie di soddisfacimento dei suoi crediti. Ma nel caso in cui il creditore non si trovi in questa situazione d'autorità o -caso più frequente- che il costo di esercizio di questo "adjusting power" faccia incrementare eccessivamente i costi di transazione, le garanzie nei rapporti commerciali che si stabiliscano fra entrambi dovranno sostentarsi sulla base d'imperativi legali. Di là il rilievo della regolazione dell'informazione contabile imperativa che devano offrire le società di capitali (*mandatory disclosure*).

Allo stesso tempo, e per quanto concerne le nostre riflessioni, dall'informazione che ne deriva in seguito ad un'adeguata contabilità si potrà giudicare l'adeguatezza di determinate decisioni nel governo delle società di capitali, le quali, nei casi più critici non influiscono soltanto sulle possibilità di successo nel mercato, ma pure influiranno anche sulla viabilità futura dell'impresa. La norma fondamentale è il mandato agli amministratori delle società di capitali d'agire in modo informato, per il quale, l'adempimento dei doveri contabili e l'analisi dell'informazione che la contabilità offre diventa un pezzo essenziale. Così, si potrà derivare la responsabilità di adozione degli amministratori di decisioni temerarie in contesti decisionali nei quali la situazione economica consiglia l'alternativa opposta⁴²⁷.

In margine a questa responsabilità nella gestione delle società (o responsabilità nella *governance*), ci interessa ora approfondire sul contenuto che la legge offre ai doveri contabili alla fine di determinare quali condotte s'esigono all'imprenditore, in quanto si considerano necessarie per conseguire una contabilità ordinata ed adeguata. Queste norme sono, in ogni caso, di carattere imperativo, dunque dal suo inadempimento si potrà derivare responsabilità per gli amministratori, in questo caso, derivata dall'inadempimento degli obblighi inerenti alla sua carica. Sebbene, ogni decisione di gestione di una società comporta per la sua propria natura un rischio, che è consustanziale all'esercizio dell'attività d'impresa –restando sotto i parametri della *business judgement rule*–, pensiamo che qualsiasi azione lesiva per gli interessi sociali messa in gioco sulla base di dati contabili ottenuti infrangendo questa normativa deve essere riprovevole all'azione degli amministratori, trattandosi di un supposto di responsabilità nella *governance*.

Comunque, considerando i presupposti minimi che la legislazione determina come requisito di un'ordinata contabilità, questo ci servirà di base per

⁴²⁷ Rinviamo, di nuovo, a una recente opera al riguardo, ZAMPERETTI, G.M., *Il dovere di informazione degli amministratori...*, *Op. cit.*

disegnare un codice di condotta informata degli amministratori. Vale a dire, di fronte all'indefinitezza della normativa su cosa s'intende per "agire informato", potremo progettare sulla base delle specificazioni contabili un limite minimo d'informazione economica che, in nessun caso, gli amministratori possono addurre di ignorare, poichè questo comporterebbe l'inosservanza dei doveri inerenti alla loro carica. Ovviamente, su quest'informazione si potranno adottare decisioni accertate o sbagliate nella gestione, ma in nessun caso gli amministratori potranno addurre di ignorare determinati fatti che il semplice adempimento della normativa contabile gli comporta. Analogamente, sulla base dell'adempimento dei doveri di documentazione contabile ed il dovere d'informazione degli amministratori si può tracciare un codice di condotta prefallimentare per questi, cioè, determinare in modo generico quali sono le risposte più adeguate di fronte a situazioni di difficoltà patrimoniali dell'impresa (*financial distress*), al riguardo, principalmente, della constatazione o esonero della responsabilità dei gestori per la sua attuazione affrontando l'eventuale insolvenza.

Agli effetti di sistematizzazione, l'insieme delle condotte che il diritto contabile esige dagli imprenditori per dare esecuzione ai doveri per ottenere un'ordinata contabilità possono essere classificate in torno a due grandi blocchi, che conformano la regolazione di due attività collegate fra di loro: la tenuta dei libri contabili e la formulazione del bilancio. Questi due aspetti sono stati tradizionalmente trattati in modo separato –incluso di forma inadeguatamente scinta- tra quello che si configura come un diritto della contabilità generale o diritto dei libri contabili (delle scritture contabili) ed un diritto dei bilanci⁴²⁸.

⁴²⁸ Erede di questa divisione classica è la normativa basica di diritto contabile. Nel caso spagnolo, si trova raccolto ognuno di questi due blocchi di forma predominante in un testo legale: così, la normativa sui libri contabili è quella propria degli articoli 25 a 33 del C. De c., mentre che le norme basiche del diritto di bilancio –o, in una terminologia più attuale, di "diritto dei conti annuali"- la troviamo negli artt. 253 a 284 della LSC e gli artt. 34 a 49 del C. de c. Il sistema s'articola in torno a due testi legislativi in base alla portata che devono avere le prescrizioni: il contenuto del Código de comercio include un dovere contabile generale, applicabile ad ogni imprenditore –così lo stabilisce in forma espressa l'art. 34.6 C. de c., che determina che saranno d'applicazione tali norme quando qualsiasi persona fisica o giuridica formuli e pubblici bilancio, sebbene in forma generica, quest'obbligo non raggiunge all'imprenditore individuale né alle società personaliste-; dalla sua parte, la LSC include le speciali provvisoni applicabili quando l'imprenditore adotti la forma giuridica di società di capitali. La distinzione di doveri delle società di capitali e il resto

Sebbene il nostro studio si incentra sul regime delle società di capitali – convergendo con l’ambito al riguardo del quale le esigenze contabili presentano una maggiore estensione-, attueremo una simile distinzione nel trattamento individuale delle condotte che si esigono all’imprenditore per soddisfare il dovere di contabilità. Dunque, in questo capitolo inizieremo l’analisi considerando il dovere costante di registro dei fatti con rilievo contabile nei libri obbligatori, così come tutte le cautele che si devono adempiere in questa sede; per poi analizzare nel capitolo successivo come da quest’adempimento materiale dell’obbligo continuato di registro si ottengono i dati che servono di base per l’elaborazione dei documenti contabili di sintesi, cioè, il bilancio⁴²⁹. Al riguardo, si analizzerà la procedura della sua elaborazione, così come le formalità per le quali, una volta elaborati, attraversano questi documenti allo scopo di garantire la sua veridicità e la pubblicità dell’informazione in questi contenuta. Ugualmente, incidiamo nelle diverse fasi per le quali attraversa quest’informazione dentro el processo societario e che è riflesso della distribuzione delle competenze nel seno delle società di capitali.

d’imprenditori non è, nonostante, così tassativa. Dobbiamo ricordare qui l’imprecisa (e oggi inadattata) dizione dell’art. 41 del C. de c., il cui stabilisce che «Le società collettive e in comandita semplici, quando alla data della chiusura dell’esercizio tutti i soci collettivi siano società spagnole o straniere, rimarranno soggette a quanto stabilito nel capitolo VII della Ley de Sociedades Anónimas, con eccezione da quanto stabilito nella sua sezione 9^a». La remissione la dobbiamo considerare oggi fatta al Titolo VII (a eccezione del capitolo V) della LSC. L’obiettivo di questa norma è evidente, il controllo di quelle società dalle quali rispondono altre società attraverso una maggiore regolazione del modo in cui elaborano la sua informazione contabile, la sua revisione per revisori legali dei conti ed una maggiore pubblicità di queste.

Il Diritto italiano distingue ugualmente –anche se, in questo caso, forse con maggiore profusione- fra un diritto “delle scritture contabili” (artt. 2214 a 2220 C.c.) ed un diritto “del bilancio” (artt. 2423 a 2435). A differenza dal sistema spagnolo, mostra forse una maggiore chiarezza terminologica. Impone il dovere di formulazione del bilancio ad ogni imprenditore commerciale, sebbene solo nel caso delle società per azioni le chiama chiaramente come “bilancio” come termine inclusivo di un documento contabile separato di formulazione annuale. Per l’obbligo generico – applicabile pure alle società di capitali- si preferisce utilizzare, in termini dell’art. 2217 C.c. ita., il termine inventario, riferendosi con quello al quadro dei conti (bilancio e conto economico) che si devono iscrivere con una periodicità annuale nel libro «degli inventari», come libro obbligatorio d’ogni imprenditore.

⁴²⁹ Su questa base, afferma NIGRO, A., “Le scritture contabili”, *Op. cit.*, p. 268, che le caratteristiche del fenomeno contabile sono tre: «documentazione continuata; attività continuata (impresa); rapporto (di contestualità cronologica) fra l’una e l’altra».

Nonostante, il dovere di tenuta dei libri e di formulazione non scade nel momento della pubblicazione dell'informazione contabile preteritamente riferita all'esercizio anteriore, ma svolge effetti oltre questo. La documentazione contabile dovrà essere conservata dall'imprenditore durante un determinato termine al fine che possa servire di base per la risoluzione di future liti che si possono suscitare rispetto ai dati in essa riportati. Sarà anche utile tale informazione in caso di fallimento per analizzare l'evoluzione della società nei momenti precedenti alla constatazione dell'insolvenza e considerare l'esistenza e lo stato dei crediti. Ugualmente, con un rilievo sia anteriore che posteriore la redazione del bilancio pensiamo che si costruisce il dovere di rettificazione dell'informazione contabile⁴³⁰, all'oggetto che effettivamente i dati contenuti nella contabilità suppongano sempre una dichiarazione di verità sull'andamento e la situazione patrimoniale della società.

I. TENUTA DELLE SCRITTURE CONTABILI

Il dovere generale di tenuta di scritture contabili si riflette nella realizzazione continuata di un insieme di atti che hanno per oggetto il riflesso documentale del valore economico del patrimonio, le risorse finanziarie e le attività svolte dall'imprenditore. Si tratta, dunque, di un'attività che si svolge lungo tutta la vita dell'impresa e che ha per oggetto l'identificazione, la valutazione e la rappresentazione di tutti i fatti con trascendenza economica che accadono durante la vita della società. Come si è affermato⁴³¹, la tenuta delle scritture contabili conforma un tipo d'atto unilaterale di carattere informativo e continuato che ha per oggetto la fissazione documentale di atti dell'impresa. La contabilità si configura come uno strumento nel sistema organizzativo dell'impresa, in funzione del quale si può conoscere la situazione ed i risultati di questa, conformando uno degli elementi fondamentali della struttura informativa. Le norme che disciplinano

⁴³⁰ Dovere che, come analizzeremo, risolta in occasioni dibattito e limitato nella sua portata dalla dottrina.

⁴³¹ BOCCHINI, E., *Scritture contabili...*, *Op. cit.*, p. 4.

la tenuta dei libri contabili e come si devono praticare le registrazioni in questi sono atte a garantire che le informazioni contenute ed il modo in cui queste si fanno, s'organizzano e si conservano siano adeguate per l'adempimento delle funzioni informative e d'organizzazione dell'impresa.

Il trattamento dei libri di contabilità indica di considerare che in esso si sovrappongono i processi contabili con le esigenze giuridiche. Così, da una visione contabile, il processo di tenuta dei registri si basa nelle operazioni d'identificazione dei fatti con trascendenza (fatti contabili), la sua valutazione, la sua rappresentazione attraverso le registrazioni nelle scritture contabili corrispondenti e la formazione periodica di rappresentazioni sufficientemente espressive della situazione dell'impresa. Dalla sua parte, il Diritto contabile s'incarica di regolare determinati aspetti formali su come si deve procedere nell'adempimento di questo processo. Offre, dunque, delle norme garantiste sul fondo –cosa si deve rilevare attraverso la contabilità? Come si deve riflettere? Quale scopo si persegue?...- e sulla forma –come si devono praticare le registrazioni sui libri? Come e per quanto tempo si devono conservare questi?...-. Sulla base di questa distinzione, tradizionalmente, la reolamentazione del dovere di tenuta dei registri contabili se è costruita sulla dicotomia fra la contabilità formale e la contabilità materiale, alla quale si farà riferimento in modo succinto a continuazione⁴³².

A. Contabilità formale

La dottrina ha considerato tre modelli archetipici di sistemi legislativi all'ora d'affrontare la regolazione della contabilità: il cosiddetto *sistema francese*, che regola in modo specifico e tassativo i libri contabili che si devono tenere; il *sistema inglese*, che, invece, impone il dovere di tenuta dei registri contabili, ma

⁴³² Non è l'oggetto di questo lavoro la descrizione particolareggiata di come si deve adempiere ognuna delle prescrizioni che la normativa dispone in materia di contabilità. Semplicemente offriremo una visione sintetica della medesima incidendo con speciale interesse in quegli aspetti che possono affettare all'andamento posteriore della società o dei quali si può derivare responsabilità per gli amministratori dal suo inadempimento.

senza individuare i libri in cui deve consistere quest'attività, sempre che il sistema che si adotta permetta di documentare in modo sufficiente l'attività ed i risultati dell'impresa; ed infine il sistema tedesco che svolge un'individualizzazione dei libri contabili obbligatori ma, permettendo, ugualmente, la tenuta di qualsiasi altro registro che risulti necessario per documentare l'attività dell'impresa⁴³³. La regolazione spagnola ed italiana combacerebbero entro gli schemi del sistema tedesco –sebbene è difficile tracciare una chiara distinzione fra il sistema tedesco e quello francese, giacché pensiamo che incluso nel sistema francese più puro, l'imprenditore potrà volontariamente tenere quanti libri e registri addizionali quanti considererà adeguati per la migliore gestione della sua impresa-⁴³⁴. Questo suppone: (1) lo stabilimento generico del dovere di contabilità; (2) l'individualizzazione di un insieme di libri obbligatori: il giornale ed il libro degli inventari; (3) si considera la possibilità che, secondo la natura, settore e dimensione dell'impresa, la normativa specifica richieda la tenuta d'altri libri; (e 4) si prevede la facoltà dell'imprenditore di tenere potestativamente i libri che considera opportuni per il seguimento del suo negozio⁴³⁵.

⁴³³ Per un'analisi più esaustiva rimandiamo alle precisioni svolte da RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, pp. 74 e 75. Nonostante che alcuni autori lo hanno considerato come di tipo francese – così NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 228-, pensiamo che il sistema seguito dal diritto contabile spagnolo, così come l'italiano, sarebbero incardinabili dentro delle strutture proprie del prototipo tedesco, perché entrambi i sistemi hanno «precisato il minimum di scritture contabili che l'imprenditore è comunque obbligato a tenere» «Ma, e qui è la caratteristica della disciplina, il legislatore ha prescritto anche la tenuta di tutte "le altre scritture contabili che siano richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa", NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 230. Entrambi i sistemi prescrivono la tenuta obbligatoria degli stessi libri: un libro giornale/diario ed un libro degli inventari/de inventarios y cuentas anuales. Il sistema spagnolo non specifica come l'italiano che l'imprenditore deve ugualmente tenere le altre scritture contabili che risultino richieste dalla natura e dimensioni dell'impresa, ma pensiamo che a questa conclusione si deve arrivare considerando che la contabilità deve essere ordinata ed adeguata all'attività e che il Código de comercio solo enuncia i libri che "necessariamente" dovrà tenere ogni imprenditore. La ordinata contabilità richiederà, logicamente, quando la complessità dell'impresa così lo esiga, la tenuta di qualsiasi altri registri nei cui si consegne l'informazione rilevante per l'impresa.

⁴³⁴ Al riguardo della possibilità di tenuta d'altri libri, il professore BLANCO CAMPANA, J., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, p. 182, afferma che i libri menzionati nell'art. 25 C. de c. sono elementi minimi, ma che possono essere pure quelli esigibili con carattere massimo, giacché una contabilità ordinata ed adeguata potrà essere svolta senza che necessariamente si documenti in altri libri, anche se quello sia lo normale.

⁴³⁵ Una visione un tanto critica sulla libertà di scelta dei libri che si considerino necessari è mantenuta da NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 230, quando afferma che «il punto chiave del sistema è proprio in questo precetto, che sacrifica l'esigenza della certezza giuridica a quella di un regime aderente alla diversa situazione e dalle diverse caratteristiche dei singoli tipi di imprese».

Al riguardo di questi libri potestativi troviamo un'importante differenza fra il sistema italiano e quello spagnolo, e che viene riportata direttamente alla responsabilità per il sistema di registri contabili scelto per il conseguimento di un'*ordinata contabilità*. Come abbiamo considerato previamente, uno dei doveri del Collegio sindacale è quello di garantire che la società abbia un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alle caratteristiche dell'impresa e che questo funzioni adeguatamente. Si deduce da quest'incarico che quest'organo deciderà nel caso sia necessario, se la complessità o le caratteristiche proprie della società richiedono l'impiego d'ulteriori registri contabili affinché il riflesso della situazione economica e patrimoniale dell'impresa sia completa, così come deciderà di disporre dei dati che si considerino necessari per un'adeguata gestione di essa⁴³⁶. La responsabilità e la decisione sulla necessità –o, almeno, la convenienza- di tenere i libri facoltativi corrisponde a quest'organo.

Nel sistema spagnolo delle società di capitali, giacché si basa su una struttura unicefala nella quale i compiti d'amministrazione vengono affidati in modo esclusivo all'organo d'amministrazione, s'attribuisce agli amministratori la decisione sull'adeguatezza dei libri che s'impiegano nella contabilità, così come l'eventuale responsabilità che si possa generare per l'inadeguatezza di questa struttura organizzativa alle necessità di disporre di un'informazione contabile ordinata ed adeguata. Questa responsabilità, pensiamo, si genera solo in un ambito intra-societario, poichè comporta un inadempimento dei doveri di diligente amministrazione richiesti all'amministratore, e difficilmente può scaturire della

La pratica delle imprese può esigere diversi tipi di libri facoltativi. «In linea di fatto, potranno ritenersi necessari in relazione ai connotati della singola impresa, e quindi obbligatori, il libro mastro (che è anch'esso un repertorio delle operazioni dell'impresa, ordinato però, anziché cronologicamente, per conti e per clienti), il libro cassa, il libro magazzino, il libro scadenze cambiarie, il libro conti correnti», così NIGRO, A., *ibid.*, p. 231.

⁴³⁶ Su questo, aggiunge BLANCO CAMPANA, J., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, p. 186, che si dovrà tenere secondo la diligenza dell'ordinato commerciante e del rappresentante fedele dell'impresa, in una linea di buona fede oggettiva. Ma pure deve ricadere su di quello il controllo dei revisori e le persone che svolgono i controlli.

mancata tenuta dei libri volontari alcun genere di responsabilità di fronte all'esterno della società.

Forse risulta conveniente considerare che non tutti i libri che devono tenere le società di capitali sono libri contabili. Così, nonostante che la tecnica legislativa non sia sempre accurata, non dobbiamo confondere l'adempimento del dovere contabile di tenuta ordinata di libri con il dovere generale di documentazione dell'impresa, che prevede –anche– il registro documentale di altri dati carenti di rilievo contabile⁴³⁷.

I libri che obbligatoriamente s'impongono in Italia e Spagna ad ogni imprenditore sono il libro giornale ed il libro degli inventari⁴³⁸. Per la tenuta del primo di questi si deve annotare quotidianamente e secondo un criterio cronologico gli atti con rilievo economico che accadono nella società⁴³⁹; il secondo,

⁴³⁷ In occasioni sarà la propria normativa quella che genera la confusione. Così, lo stesso articolo 26 del C. de c. –che si trova nella regolazione della contabilità degli imprenditori– regola il libro dei verbali (libro de actas), come libro di tenuta obbligatoria di carattere non necessariamente contabile. La mancanza di tecnica giuridica è tale che, se –come effettivamente considera l'intestazione della sezione I, le disposizioni riguardano ai libri degli imprenditori– si capisse che in quella sezione si farà allusione ad un elemento che oltrepassa il carattere proprio della contabilità e che s'ingloberebbe in un'altra, cioè, quella dei libri imprenditoriali, scopriremmo ancora incorrettezze nella regolazione, giacché nella Sezione non si allude né al libro registro delle azioni nominative (art. 116 LSC), al libro dei soci delle società a responsabilità limitata (artt. 104 e 105 LSC), né al libro registro dei contratti delle società a responsabilità limitata unipersonali (art. 16 LSC). La disparità dei concetti era stata ormai resa manifesto dalla dottrina. Così, RODRÍGUEZ FLÓREZ DE QUIÑONES, F., "La contabilidad y las ciencias jurídicas", *RDM (separata)*, num. 93, 1964, p. 15, chi afferma che non sono espressioni sinonime "libri di commercio" e "libri di contabilità".

Il sistema adottato dal C. c. ita. si può considerare più adeguato, giacché regola in forma separata alle scritture contabili "i libri sociali obbligatori" tracciando la differenza fra le diverse classi che gli devono tenere: la società per azioni (art. 2421- pure per le società in accomandita per azioni, sulla base dell'art. 2454), società a responsabilità limitata (art. 2478).

⁴³⁸ L'obbligatorietà di questi libri si deriva ugualmente del fatto che si tratta di mezzi necessari per adempiere il dovere di tenere una contabilità ordinata ed adeguata all'attività dell'Impresa che impone l'articolo 25 C. de c. giacché quest'articolo puntualizza che quello comporta un seguimiento cronologico di tutte le sue operazioni (libro diario - giornale), così come l'elaborazione periodica d'inventari e bilanci (libro de inventarios y cuentas anuales – degli inventari).

⁴³⁹ Sebbene si permette l'annotazione congiunta dei totali delle operazioni per periodi non superiori al mese, a condizione che il suo dettaglio appaia in altri libri o registri concordanti, secondo l'art 28.2 C. de c. Pensiamo che questa previsione è più che adeguata, soprattutto nelle imprese nelle quali si svolge una grande quantità di transazioni di scarsa quantità ognuna. Nonostante, pensiamo che la vera ratio della norma sia propriamente la tenuta di questo libro nelle società con multiple succursali, in modo tale che solo periodicamente s'annotino in forma cronologica nella sede della società i risultati ottenuti nelle diverse succursali che la

invece, richiede l'annotazione trimestrale degli inventari di comprovazione con i suoi valori (*balance de comprobación con suma y saldo*) –solo nel diritto spagnolo⁴⁴⁰-, così come annualmente, del bilancio.

Il libro giornale o diario comporta il registro “giorno per giorno” degli atti con rilievo economico, cioè, le operazioni concernenti l'esercizio dell'impresa. Si tratta di un registro contabile che si caratterizza dal dettaglio delle operazioni, la sua tenuta prolungata nel tempo e l'impiego di un criterio cronologico nella sistematizzazione del suo contenuto. I dati in quello contenuti s'ordinano in funzione della data. Si deduce che si tratterà dal libro –sempre che non si faccia utilizzo dell'opzione che il legislatore ammette dell'annotazione congiunta- che comprenderà una maggiore quantità di allibramenti. La tecnica contabile esige ugualmente una correlazione fra le registrazioni del libro giornale ed i documenti giustificativi di queste annotazioni, il cui svolgeràà i suoi effetti giuridici principalmente in sede probatoria delle operazioni concrete, perché, come è risaputo, i documenti contabili non fanno prova da per se degli atti giuridici

compongono. E quello senza pregiudizio della possibilità riconosciuta sulla base dell'art. 337 RRM che le succursali tengano i suoi propri libri. Il diritto italiano non ammette questa previsione nel suo articolo 2216 C.c.

⁴⁴⁰ Il C.c. italiano considera che gli inventari si trascriveranno nel libro degli inventari annualmente. Come più avanti sarà considerato, consideriamo più adeguata l'opzione spagnola, giacché permette di garantire che si tiene una visione adeguata della situazione patrimoniale dell'impresa con una periodicità maggiore di quella che si offre nelle società italiane. Quest'aspetto svolgeràà nell'ambito della responsabilità, soprattutto per quanto riguarda al dovere degli amministratori di promuovere lo scioglimento delle società per riduzione del patrimonio al di sotto della metà della cifra del capitale sociale –ex art. 363 d) LSC- o di sollecitare la dichiarazione di fallimento di fronte alle situazioni d'insolvenza. Al stabilirsi quest'obbligo in Italia solo con una periodicità maggiore ci troviamo con un elemento meno di garanzia pre-fallimentare, che può supporre un arrivo più tardivo alla conoscenza della situazione d'insolvenza con le conseguenti maggiori difficoltà per risolvere la situazione e soddisfare ai soggetti implicati.

S'ecceppa, nonostante, il regime speciale delle società quotate, le quali, sulla base dell'art. 154 Ter del TUF, devono redigere una *relazione intermedia sulla gestione*, che conterrà un *bilancio semestrale abbreviato*, redatto nei termini del Regolamento (CE) 1606/2002. Oltre a questo, queste società sono obbligate all'elaborazione nei 45 giorni seguenti alla fine del primo e il terzo trimestre di un «*resoconto intermedio di gestione*», nel cui s'include una descrizione generale della situazione patrimoniale e dell'andamento economico della società emittente e delle sue imprese controllate nel periodo di riferimento, così come un'immagine degli eventi rilevanti e delle operazioni che hanno avuto luogo nel periodo di riferimento e il suo rilievo sulla situazione patrimoniale dell'emittente e le sue imprese controllate.

concreti in questi consegnati (giacché si trattano di manifestazioni di secondo grado).

Dalla sua parte, la filosofia del libro degli inventari / de inventarios y cuentas anuales è diversa. La sua finalità è raccogliere periodicamente (ogni tre mesi in Spagna, annualmente in Italia) dei registri contabili nei quali si sintetizza la situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società. In modo diverso a quanto accade con il libro giornale, il contenuto del libro degli inventari si ordina in modo sistematico, cioè, in funzione delle masse patrimoniali. Si sintetizza di questo modo qual è la situazione economica dell'impresa per potere adottare decisioni di gestione al riguardo. In questo libro s'iscrivono annualmente i documenti che fanno parte del bilancio, ai quali faremo riferimento più avanti.

La normativa contabile regola una serie di procedimenti o di requisiti che si devono adempiere nell'adeguato utilizzo di questi libri per fare che questi abbiano un valore pieno. Si tratta di formalità che hanno per oggetto stabilire un procedimento d'elaborazione dell'informazione contabile che garantisca l'oggettività e la veracità di questa, in modo tale che non sia suscettibile di manipolazione dall'imprenditore per offrire immagini alterate della realtà. Succede, nonostante, che la normativa non sempre si mostra adattata alla tecnica e le necessità attuali –soprattutto per quanto riguarda il diritto spagnolo-, impongono certe formalità innecessarie per il conseguimento dei fini pretesi e, allo stesso tempo, senza adattarla totalmente alla nuova realtà faticosa dell'amministrazione delle grandi imprese nelle quali si canalizzano tutti i suoi sistemi attraverso mezzi informatici.

Le norme che regolano gli aspetti formali della tenuta dei registri contabili si possono classificare in due gruppi a seconda se fanno riferimento ad elementi estrinseci o intrinseci.

i. Formalità estrinseche

Le norme che regolano le formalità estrinseche fanno riferimento a come si devono tenere i libri contabili, cioè, suppongono l'insieme di formalità che disciplinano come si devono maneggiare per adempiere le premesse di un'ordinata contabilità⁴⁴¹. Accanto a queste norme estrinseche ne troviamo altre di carattere intrinseco, che si riferiscono propriamente al modo in cui si devono praticare gli allibramenti in concreto. Passiamo ora allo studio delle forme estrinseche che, come si deduce, sono orientate a conseguire l'inalterazione dei registri contabili una volta compilati –oppure impedendo che si modifichino in modo tale da non lasciare traccia dopo una successiva modifica-. Per ciò, normalmente si ricorre all'intervento di un soggetto esterno alla propria impresa che intervenga sui libri in una forma concreta in modo tale che il suo apporto non possa essere modificata dall'imprenditore. La dottrina ha costruito la differenza fra le forme intrinseche ed estrinseche, affermando che la formalità estrinseca fa riferimento alla forma del documento comprensivo (il libro), mentre la forma intrinseca invece fa riferimento alla tenuta del documento individualmente considerato⁴⁴².

a) Passato? I doveri di bollatura e vidimazione dei libri contabili

Bisogna affrontare, dunque, il tradizionale –e forse bisognoso di una nuova regolamentazione- dovere di paginazione, bollatura e vidimazione (*legalización*) dei libri contabili. Il Código de comercio spagnolo come il Codice civile italiano prendono come paradigma della tenuta delle scritture contabili il registro fisico degli allibramenti su libri materiali, nel suo senso più stretto. Nonostante, nella pratica si nota che questa non è attualmente la forma più abituale d'adempimento

⁴⁴¹ Così, RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, Op. cit., p. 78 considera che queste norme «gravitano sulla pubblica autorità, a garanzia della contemporaneità e non alterabilità successiva delle registrazioni contabili». Sono ancora in vigore le considerazioni di DE LA CUESTA RUTE, J.M., "La contabilidad en el Código...", Op. cit., p. 348, quando affermava che s'allude nella normativa a che le registrazioni contabili devono praticarsi in fogli di carta attraverso l'iscrizione di segni del linguaggio. Per designare i libri di tenuta obbligatoria si conserva pure il termine libro. Senza che con quello s'esprima un concetto contabile di qualsiasi materiale che accoglie le annotazioni sulla contabilità. In senso similare, RODRÍGUEZ FLÓREZ DE QUIÑONES, "La contabilidad y las disciplinas jurídicas", Op. cit., p. 19.

⁴⁴² PANUCCIO, V., *La natura giuridica delle registrazioni...*, Op. cit., p. 72, il cui aggiunge che il termine «formalità estrinseca concerne il legame esterno che deve sussistere in quel documento complessivo che è il libro o registro».

dei doveri contabili, o almeno non è nelle imprese con un determinato livello d'organizzazione.

L'evoluzione dell'istituzione permise superare la rigidità del procedimento inizialmente imposto dalla normativa, consistente nel registro diario su libri materiali⁴⁴³, permettendosi posteriormente la tenuta della contabilità impiegando un sistema di fogli mobili, che, dopo il suo utilizzo, dovevano essere rilegati formando questi libri. Nell'attualità consideriamo che incluso questo secondo procedimento –almeno in un'interpretazione stretta di esso- neanche offre la soluzione più idonea per raggiungere le finalità perseguite: tipicamente il registro cronologico dei fatti contabili e la garanzia di non modificazione di questi⁴⁴⁴.

Perciò, è necessario fare un breve ripasso delle diverse configurazioni che si è offerto alle formalità estrinseche di tenuta dei libri contabili. La configurazione iniziale, basata nella tenuta dei libri propriamente detti imponeva all'imprenditore il dovere di acquisto dei libri in bianco per la scrittura della sua contabilità; i quali dovevano essere numerati in tutte le sue pagine correlativamente⁴⁴⁵ e portati di fronte all'autorità –in Spagna, attualmente il Registro Mercantil del suo domicilio; in Italia il Registro delle Imprese o il notaio, in entrambi casi in svolgimento delle sue funzioni di fede pubblica- perchè fossero vidimati, bollando ognuna delle pagine del libro⁴⁴⁶ (*sellado*) ed aggiungendo una previsione⁴⁴⁷ nella quale si

⁴⁴³ La vidimazione *ab origine*, NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 237, potrebbe «costituire un eccessivo irrigidimento per le esigenze operative delle imprese».

⁴⁴⁴ Anche se alcune delle visioni più critiche considerano che tali fini, con le possibilità a mano, non sono raggiungibili, giacche per quello «sarebbe necessario che il giornale fosse vidimato ogni sarà da un'autorità degna di fede». Così, VIVANTE, C., *Trattato...*, *Op. cit.*, p. 189

⁴⁴⁵ Nel sistema italiano, questo dovere di numerazione, secondo la Circolare del Ministero dell'Industria e del Commercio del 9 gennaio 1977, n. 3407/c, stabilisse che la numerazione progressiva delle pagine del libro diario non deve realizzarsi per tutta la vita dell'impresa, ma che inizia e conclude ogni anno solare. In questo senso, RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 63, nt. 21.

⁴⁴⁶ Attraverso stampa, stampigliatura, perforazione meccanica o qualsiasi altro procedimento che garantisca l'autenticità della vidimazione –art. 334.3 RRM-. Nel caso italiano, il d.p.r. del 26 ottobre 1972, n. 642, e il d.p.r. del 20 agosto 1992, stabilirono che la bollatura dei libri non era necessario di farla in ogni pagina, ma che era sufficiente per ogni cento pagine o frazione.

⁴⁴⁷ Curiosamente la normativa spagnola prevede che tale previsione si introduca nella prima pagina dei libri, mentre che quella italiana si riferisce a che si deve praticare nell'ultima.

dichiarava che tale libro era stato vidimato e bollato e si indicava il numero delle pagine che lo componevano⁴⁴⁸. Questo procedimento di vidimazione previa dei libri “rigidi” si completa –in Spagna- con l’imposizione al Registro Mercantil del dovere di tenere un libro nel cui s’annotano le vidimazioni che si effettuano, con l’obiettivo di evitare che lo stesso imprenditore vidimi diversi libri allo stesso tempo e li utilizzi in modo simultaneo per tenute di contabilità multiple (art. 27.4 C. de c.)⁴⁴⁹. S’autorizza ugualmente agli imprenditore a sottoporre a questo procedimento di vidimazione e bollatura gli altri libri che volontariamente si tengano in adempimento del dovere (art. 329 RRM e 2218 C. c. ita.).

Data la rigidità del sistema, s’introdusse nella normativa una seconda possibilità⁴⁵⁰ consistente nella tenuta della contabilità attraverso un sistema di fogli mobili che potevano essere vidimati dall’autorità sia prima di essere messi in uso oppure in un periodo di quattro mesi dalla data di chiusura dell’esercizio, una volta rilegate queste in forma consecutiva⁴⁵¹. Come si vede, il sistema dei fogli mobili presenta due versioni: quella che suppone che questi fogli sono stati vidimati e bollati prima della sua messa in uso e quella che comporta la tenuta della contabilità in fogli normali che solo una volta concluso l’esercizio sono oggetto di rilegatura e presentate al notaio o al Registro per la sua vidimazione e bollatura, impedendosi dunque le modifiche posteriori dei libri «chiusi».

⁴⁴⁸ Così, l’art. 27.1 C. de c., e l’art. 2215 del C.c. ita. prima della sua modifica dalla legge del 18 Ottobre 2001, n. 383 (art. 8). Con quello si riusciva a costruire la presunzione iuris tantum d’autenticità dei libri contabili e corporativi dell’imprenditore, ALONSO ESPINOSA, J.F., “El deber de documentación de la empresa...”, *Op. cit.*, p. 19.

⁴⁴⁹ Nonostante la soppressione di tali doveri in Italia, si valutava la loro utilità, considerando che l’autenticazione dei libri di contabilità aveva «l’evidente funzione di evitare (attenuare!) i rischi di manipolazioni, e più in generale, con la finalità di realizzare la regolarità sostanziale della documentazione d’impresa, garantendone la cronologia e, quindi, seppure mediante un congegno indiretto, la veridicità e completezza della rilevazione delle operazioni compiute», così, RACUGNO, G., *L’ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 65.

⁴⁵⁰ La dottrina valutò positivamente questa opzione, introdotta in Spagna attraverso la Ley del 21 luglio 1973. Così, PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., “Sobre las reformas legislativas...”, *Op. cit.*, p. 2969, considera che quello presuppose la creazione di un sistema più flessibile che permettesse ad ogni commerciante adattare la sua contabilità alla sua propria attività, senza sfigurare la sua veracità, come preconizza la sua Relazione Illustrativa, il cui comporta che ormai non si presume che si tengano i libri a mano.

⁴⁵¹ *Cifr.* in Italia, Circolare del Ministero delle Finanze del 18 febbraio 1996, n. 360232, sulla validità dei libri contabili con fogli mobili.

Nel sistema italiano la divisione fra le formalità estrinseche ed intrinseche ha perso ormai la rilevanza giacché sopravvivono solo le formalità intrinseche⁴⁵². Così, con le leggi n. 489, del 8 agosto 1994 e n. 383, del 18 ottobre 2001, si cancellano i doveri di bollatura e vidimazione dei libri contabili in quei casi in cui quest'attività non sia richiesta in modo specifico da altra normativa –abrogazione da parte dell'art. 2215 C.c.-⁴⁵³. Si conserva soltanto l'obbligo di numerare i libri, che è svolto dal proprio imprenditore. Il legislatore ha considerato inutili queste formalità, con le quali, secondo parte della dottrina⁴⁵⁴, non si conseguiva troppo, perché gli imprenditori portavano diversi libri al Registro o al Notaio (oppure ad entrambi) perchè li vidimassero e bollassero e poi li tenevano come volevano⁴⁵⁵.

⁴⁵² RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 78.

⁴⁵³ Con queste norme si pretende, come s'indica nella sua relazione, «la soppressione di taluni adempimenti e la semplificazione di altri, ritenuti onerosi per i contribuenti e non essenziali per l'attività di controllo demandata all'Amministrazione finanziaria». Nonostante, l'esenzione di tale dovere solo affetta al libro giornale ed al libro degli inventari, «Restano invece esclusi da tale disposizione i libri social obbligatori previsti dall'articolo 2421 del codice civile (libro dei soci, libro delle obbligazioni, libro delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee, libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione, libro delle adunanze e delle deliberazioni del collegio sindacale, libro delle adunanze e delle deliberazioni del comitato esecutivo, libro delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee degli obbligazionisti) ed ogni altro libro o registro per i quali l'obbligo della bollatura è previsto da norme speciali» (Circolare N. 92/E, del 22 ottobre 2001, dell'Agenzia delle entrate).

⁴⁵⁴ Così, IANNELLO, G., *Come si formano e si "eludono", le regole contabili*, CEDAM, Padova, 2003, p. 150.

⁴⁵⁵ Questa situazione si evita nel più formalista sistema del diritto spagnolo stabilendosi un doppio controllo. Da un lato, si considera competente in esclusiva per la vidimazione e bollatura (*legalización*) dei libri contabili al Registrador Mercantil del domicilio della società. D'altra parte, obbligando a questo, nel suo funzionamento, alla tenuta di un registro dei libri che abbia *legalizzato*, in modo tale che si possa sapere, in ogni momento, che ogni imprenditore ha solo un libro d'ogni classe "in attivo".

Questa situazione era stata ormai considerata da RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 64, nt. 24, chi affermava che «La mancanza di controlli incrociati rende, peraltro, praticamente impossibile verificare quanti libri-giornale siano stati vidimati da una determinata impresa, con la conseguenza che un imprenditore, bollando più scritture, può successivamente sostituirla con un'altra redatta *ex novo* su un altro dei registri preventivamente bollati». Questo nonostante che s'aveva previsto una certa comunicazione fra le autorità che avevano la facoltà di vidimare e bollare i libri: «A dire il vero con l'entrata in vigore del regolamento di attuazione del registro delle imprese (d.p.r. del 7 dicembre 1995, n. 581) gli abusi sarebbero dovuti venir meno in quanto l'art. 7 di questo provvedimento prevedeva la «memorizzazione» nel registro della bollatura e della numerazione dei libri e delle scritture contabili obbligatorie «a fini di mera ricognizione dell'avvenuta formalità»; all'ufficio del registro dovevano altresì essere comunicate le formalità eseguite dai notai. In realtà il principio era già sancito dall'art. 200,3° comma, dips. Att. C.c.», *Ibid.*

Rimanendo ora in mano al proprio imprenditore il dovere di preparare i libri contabili per il suo utilizzo, prima d'iniziare ad utilizzarli si devono mettere sotto il nome dell'impresa individuale o societaria, indicando tutti gli estremi identificativi di essa (denominazione, nome commerciale, sede, indirizzo, codice fiscale, partita IVA, numero d'iscrizione nel Registro delle Imprese, numero d'iscrizione nel REA)⁴⁵⁶. Ciò nonostante, la tenuta di questi libri continua essendo sottomessa all'imposta del bollo, che anche ha visto incrementata la sua quantia in virtù della legge 383/2001⁴⁵⁷.

La normativa vigente in Italia stabilisce nell'art. 2215 C.c. che non sono soggetti a bollatura né vidimazione il libro diario e quello degli inventari. Nonostante, l'art. 2218 stabilisce che l'imprenditore potrà fare bollare gli altri libri che tenga. Parte della dottrina⁴⁵⁸ considera che si fa riferimento qui ai libri volontari, cioè, ai libri facoltativi diversi dagli obbligatori –obbligatorietà che può venire stabilita dalla normativa generale oppure da quella specifica-.

Si è considerato⁴⁵⁹ che la sottomissione dei libri contabili alla vidimazione di mani di un impiegato pubblico presenta utilità agli effetti di prova temporale. Così, una volta portata a termine la vidimazione *a posteriori* di un libro, si può avere la certezza, praticamente incontestabile, che tutto il contenuto di esso è anteriore alla data in cui questa vidimazione ha avuto luogo. Questo è dovuto al fatto che, nella sua vidimazione, l'incaricato del Registro oppure il notaio (nel caso italiano ma non in quello spagnolo) verifica che i libri si sono tenuti adempiendo tutte le previsioni legali e, fra queste, quella di non lasciare spazi in bianco che

⁴⁵⁶ MAZZELLA, E., "La soppressione dell'obbligo di bollatura dei libri e registri contabili obbligatori", in *Giur. Merito*, Vol. XXXIV, Maggio-Giugno, 2002, p. 902.

⁴⁵⁷ «L'imposta di bollo, dovuta per la formalità di numerazione, va assolta prima che il registro sia posto in uso, ossia prima di effettuare le annotazioni sulla prima pagina», MAZZELLA, E., "La soppressione dell'obbligo...", *Op. cit.*, p. 903.

⁴⁵⁸ RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 79, chi, nonostante, questiona se alcun imprenditore fa uso di questo precetto. D'altronde, GALGANO, F., *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 2006, p. 106, afferma che non è obbligatoria la bollatura di nessun libro.

⁴⁵⁹ Così, DOLMETTA, A. A., *La data certa. Conflitto tra creditori e disciplina dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 165 e ss.

posteriormente possano essere riempiti, regole alle quali faremo riferimento più avanti.

b) Presente? La tenuta della contabilità per mezzi informatici

Finalmente, l'ordinamento italiano regola in forma espressa un terzo sistema di tenuta della contabilità attraverso procedimenti informatici, adattandosi in questo modo alla realtà delle imprese attuali. Logicamente, la possibilità d'utilizzazione di questo sistema elettronico di tenuta è volontario per l'imprenditore, sebbene s'adatta meglio alle necessità dei sistemi d'informazione delle società con una certa organizzazione. La normativa dell'art. 2215 bis C.c. ita. adotta una percezione garantista: parte dalla base della libertà per decidere l'impiego di questi mezzi di tenuta sempre che s'adempiano determinate condizioni che permettano il conseguimento dei fini attribuiti ai registri contabili. Così, qualunque sia la configurazione del procedimento elettronico di tenuta, si deve garantire che in ogni momento si possano consultare i registri impiegando i mezzi messi a disposizione dell'incaricato della sua tenuta. Ugualmente, il mezzo impiegato deve permettere che si realizzino copie e riproduzioni del registro. Il terzo comma del precetto regola come si offre soddisfacimento nei casi di tenuta informatica di contabilità alle esigenze di numerazione, vidimazione e bollatura dei libri, il quale si consegue attraverso l'imposizione del dovere di realizzare una marcatura temporale e d'inserire la firma elettronica nel documento informatico. Con la marcatura temporale s'impedisce che l'imprenditore svolga qualsiasi genere di modifica nei registri realizzati con anteriorità a che questa si sia inserito. In questo modo, l'insieme degli allibramenti introdotti prima della pratica di questa marca diventa immodificabile. D'altronde, il dovere d'introdurre la firma elettronica dell'imprenditore o di un soggetto delegato di questo (amministratori, direzione generale...) permette garantire l'identità del soggetto che ha portato a termine la registrazione, funzionando in una certa misura, come criterio d'imputazione. Il dovere di fissare questa marcatura temporale e la firma elettronica si stabilisce con una periodicità di tre mesi, in modo tale che "il controllo" si realizza con maggiore frequenza.

In principio, potrebbe sembrare che l'impiego del sistema informatico di tenuta dei libri contabili implichi a prescindere l'intervento del notaio pubblico nel controllo dei registri delle imprese. Tutt'altro, dobbiamo considerare che il sistema di firma elettronica ha l'obiettivo di attribuire all'imprenditore la responsabilità per la sua documentazione, mentre la marcatura temporale comporta una garanzia del registro cronologico delle registrazioni⁴⁶⁰. Nonostante, nessuno di questi due meccanismi impedisce che l'imprenditore tenga più di un registro della sua contabilità allo stesso tempo; sebbene ovviamente questo non è nemmeno impedito nella contabilità tenuta secondo un sistema di fogli mobili vidimate e bollate *a posteriori*. Dunque, pare che l'ordinamento abbia considerato che non è necessario offrire così tanta garanzia alla tenuta di un'unica contabilità; o, almeno, di offrirgliela nel piano giuridico-privato⁴⁶¹.

*1. Modelli comparati di regolazione della contabilità elettronica:
Germania, Italia, Svizzera, Francia*

Il legislatore spagnolo non ha introdotto nel Código de comercio nessuna specificazione sulla tenuta della contabilità impiegando procedimenti elettronici, il cui non è ostacolo perchè tale, nella pratica, sia il modo generalizzato di tenuta della contabilità⁴⁶². Sembra che tale procedimento può essere attuato nel sistema

⁴⁶⁰ Includiamo la trattazione della contabilità informatica dentro della regolazione delle formalità estrinseche della contabilità giacché la firma digitale può essere considerata come una forma d'autenticazione esterna.

⁴⁶¹ Logicamente, si conservano i profili penali di tenuta di doppia contabilità. Così, l'art. 290 del Código Penal spagnolo punisce la falsità nei bilanci o «altri documenti che devano riflettere la situazione giuridica o economica dell'entità, in forma idonea per produrre un pregiudizio economico a essa».

⁴⁶² Il legislatore spagnolo è cosciente di questa realtà da 1973, quando all'introdurre in tale anno la riforma dei Titoli II e III del Código de Comercio esponeva nella sua relazione illustrativa –forse in una forma troppo azzardata per l'epoca– che «non è strano, dunque, che si senta oggi l'indifferibile necessità dell'adattamento di tali materie alle circostanze attuali, considerando, soprattutto, il grande sviluppo della vita commerciale e l'avvento successivo della meccanizzazione e dell'elettronica, che fanno impossibile ritenere con carattere generale il principio della tenuta manuale dei libri contabili e di quelli del Registro Mercantil». Nonostante, quest'adattamento alle innovazioni informatiche solo ha trovato riflesso in quanto riguarda al deposito dei bilanci. Come ha considerato VICENT CHULIÁ, F., "Reforma contable y Derecho Mercantil", *Revista de Contabilidad*, vol. 7, número monográfico, 2004, p. 162, è generalizzata la tenuta della contabilità

di fogli mobili vidimati e bollati a posteriori, intanto che si lavora su degli archivi elettronici –non già in formato cartaceo-, che posteriormente devono essere stampati, rilegati e presentati al notaio/registro per la sua vidimazione. Anche se questa interpretazione è possibile, dal nostro punto di vista non consideriamo che sia il mezzo legislativo più adeguato.

Troviamo invece una regolazione positiva della tenuta elettronica di contabilità nel diritto tedesco. Così, il § 239.4 del HGB riconosce che i libri di commercio e le altre registrazioni necessarie possono tenersi *«attraverso supporti elettronici di dati, sempre che queste forme di contabilità, incluso il procedimento impiegato per quello, adempiano adeguatamente i principi di contabilità. Nella tenuta dei libri di commercio e delle oltre annotazioni necessarie attraverso di supporti elettronici dei dati si deve garantire in modo particolare che i dati siano disponibili durante il termine della sua conservazione e che possano passare in ogni momento, entro un termine temporale ragionevole, ad un formato leggibile»*. Il resto della normativa sulla tenuta dei libri per sistema manuale sarà d'applicazione analogica a questo modo di registrazione. Come si può osservare, la normativa tedesca riconosce la realtà della generalizzazione dell'utilizzo di mezzi informatici per la tenuta della contabilità, senza che con quello si vulnerino i fini che si perseguono quando si regola il procedimento di tenuta contabile in modo tradizionale.

In modo diverso a quanto accade nel sistema italiano, il sistema tedesco offre carta bianca all'adempimento dei doveri formali di tenuta della contabilità attraverso procedimenti informatici, ma non s'incluse nessun dato su come si debba dare adempimento a queste previsioni. Tutt'altro, il sistema italiano si

per computer. Ma sia la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (legge di procedura civile spagnola), come la legge 34/2002, del 11 luglio (BOE del 12) sul commercio elettronico, nei suoi artt. 23 a 29, che ammette la contrattazione elettronica senza bisogno dell'accordo previo fra le parti (art. 23.2), offrono carta di natura al documento elettronico.

articola determinati requisiti che si devono adempiere, indipendentemente dalle caratteristiche del sistema concreto di registro che s'impiega⁴⁶³.

Offrendo una visione ancora più libera della tenuta della contabilità, il sistema svizzero stabilisce nel Codice delle Obbligazioni che i registri contabili si potranno “tenere” e “conservare” in formato elettronico, ma il bilancio ed il conto economico dovranno essere conservati “per iscritto” ed essere firmati –da ciò si deve dedurre che dovranno essere conservati in formato cartaceo o, con un’interpretazione abbastanza più ampia, in formato elettronico con la firma digitale-. Queste disposizioni sono completate dall’Ordinanza sulla tenuta e la conservazione dei libri di commercio 221.431 del 24 aprile 2002, nella quale s’impone la tenuta obbligatoria di un «libro principale» e la facoltativa di qualsiasi altri che risultino necessario per l’adeguato adempimento dei doveri contabili; disponendo che tali libri si potranno tenere e conservare in supporto elettronico o in modo analogo sempre che si rispettino i principi sul registro regolare dei dati (art. 2.2.), dovendosi garantire, ugualmente, che qualsiasi possibile modifica posteriore dei registri sia costatabile (art. 3). Dalla regolazione svizzera risalta specialmente distaccabile il trattamento dei supporti d’informazione (artt. 9 e 10). Il Codice delle obbligazioni permette la conservazione dei documenti contabili sia in supporti d’informazione inalterabili –libri contabili, supporti d’immagine, supporti di dati imm modificabili (WORM)...- così come in supporti alterabili, sempre che in quest’ultimo caso si riuniscano quattro requisiti: che si garantisca l’integrità dell’informazione registrata –per esempio, attraverso la firma digitale-; che si possa provare in forma inequivocabile il momento in cui viene memorizzata

⁴⁶³ Sebbene, non sono poche le risoluzioni, prima dell’entrata in vigore di questo sistema che hanno considerato una grave irregolarità nell’amministrazione di una società la tenuta della contabilità solo attraverso i procedimenti informatici, e non attraverso l’uso d’alcun supporto documentale, giacché le prime possono essere modificate in qualsiasi momento. Così, la sentenza del Trib. Biella, del 15 marzo 1995, in *Giur. It.*, 1995, i, 1, C. 700. Come s’osserva, la logica che si deve adottare è quella del conseguimento dei fini perseguiti dalla normativa: evitare alterazioni documentali posteriori al registro.

Si è osservato (così RACUGNO, *L’ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 67), che nell’attualità la soppressione dei doveri di vidimazione e bollatura delle scritture contabili in Italia ha significato una certa superazione dei possibili ostacoli che potessero esserci per permettere che la contabilità fosse tenuta attraverso procedure informatiche, comportando un importante passo avanti.

l'informazione –ad esempio, attraverso la marcatura temporale-; che si rispettino le prescrizioni che posteriormente possano originarsi sull'impiego di determinati procedimenti tecnici in vigore nel momento in cui sono impiegati; e, infine, che si stabiliscano e documentino gli sviluppi ed i procedimenti attuati nella sua utilizzazione, così come la conservazione dell'informazione necessaria. L'ordinamento svizzero riconosce ugualmente, la possibilità d'articolare un procedimento di "migrazione" di dati, consistente nello spostamento della sua conservazione attraverso un supporto determinato in un altro; logicamente, l'obiettivo dell'articolazione di questo procedimento è garantire l'integrità e l'inalterabilità dei registri, così come assicurare la sua adeguata conservazione.

Il sistema francese, dalla sua parte, non include nessuno svolgimento della tenuta della contabilità per procedimenti elettronici nel Code du Commerce, nonostante, si si trova svolto –in certa misura- tale procedimento nelle disposizioni del Plan Comptable Général (norme 410.4⁴⁶⁴ e 410-6⁴⁶⁵). Questa regolazione, l'unica considerazione che fa è considerare che l'organizzazione contabile attraverso dei mezzi informatici deve permettere d'accedere alla documentazione, ai programmi ed all'esecuzione del trattamento dei dati in modo tale che s'adempiano le condizioni legali di registro e conservazione delle scritture e che offrano garanzie per la sua considerazione in sede probatoria.

In questo modo, si possono considerare due blocchi di norme nel trattamento della contabilità informatizzata: un primo gruppo –nel cui s'integrano i sistemi francese e tedesco- che ammettono la possibilità d'utilizzazione di mezzi elettronici per dare adempimento alle prescrizioni contabili, sempre che con il suo

⁴⁶⁴ «L'organisation de la comptabilité tenue au moyen de systèmes informatisés implique l'accès à la documentation relative aux analyses, à la programmation et à l'exécution des traitements, en vue, notamment, de procéder aux tests nécessaires à la vérification des conditions d'enregistrement et de conservation des écritures. Toute donnée entrée dans le système de traitement est enregistrée, sous une forme directement intelligible, sur papier ou éventuellement sur tout support offrant toute garantie en matière de preuve».

⁴⁶⁵ «Toute entité tient un livre-journal, un grand livre et un livre d'inventaire. Le livre-journal et le livre d'inventaire peuvent être cotés et paraphés. Des documents informatiques écrits peuvent tenir lieu de livre-journal et de livre d'inventaire s'ils sont identifiés, numérotés et datés dès leur établissement par des moyens offrant toute garantie en matière de preuve».

utilizzo si garantisca il soddisfacimento degli imperativi che la normativa impone alla tenuta tradizionale; il secondo gruppo lo formano i sistemi che, al contrario, si offrono una regolazione più dettagliata –sistemi italiano e svizzero-, nei quali oltre ad indicare la possibilità d’impiego di questi mezzi, prevedono determinate cautele con le quali si offre adempimento elettronico ai principi che regolano la tenuta e conservazione della contabilità, vale a dire, garantire un seguimiento cronologico, l’inalterabilità, la sua dovuta conservazione e la possibilità d’attribuire le registrazioni ai soggetti responsabili di quelli. Il conseguimento di tali scopi si raggiunge attraverso due procedimenti che si devono includere nella tenuta della contabilità per procedimenti elettronici: la firma elettronica e la marcatura temporale.

Riguardo alla firma elettronica, questa attua come uno strumento d’attribuzione di responsabilità per le registrazioni al soggetto al quale viene riferita e che si presume legittimo utente di quella⁴⁶⁶. Combinata con la marcatura temporale permette d’identificare in quale momento hanno smesso di fare le registrazioni contabili i soggetti responsabili della tenuta della contabilità e contrastare se si è prodotto alcun’alterazione *a posteriori*. In questo modo, la marcatura temporale conforma il procedimento idoneo per garantire l’adempimento cronologico della tenuta della contabilità, così come –nella sua combinazione con la firma elettronica- per dare adempimento alle esigenze legali dell’intervenzione di notaio/registratore in adempimento dei doveri contabili.

2. L’assenza di regolazione nella normativa spagnola

Ragioneremo su questa questione attraverso l’analisi dei fini perseguiti. Allo scopo di conseguire dei documenti affidabili, sprovvisti d’alterazioni opportuniste e tenuti cronologicamente, la normativa spagnola –che non regola nessun caso di tenuta elettronica di contabilità- impone all’imprenditore il dovere di

⁴⁶⁶ Ovviamente, l’utilizzo della firma digitale relativa a un altro soggetto senza essere dovutamente autorizzato da questo potrebbe comportare un reato di violazione d’identità –art. 401 CP esp. e 494 CP ita.-.

legalizzazione dei libri contabili, enumerando le pagine che lo compongono (sia *a priori* o *a posteriori*) e l'intervento del Registrador Mercantil che, attraverso la sua firma e l'identificazione delle caratteristiche del libro e dell'imprenditore che lo presenta, riconoscerà la validità legale di questo. Tale funzione di garanzia potrebbe trovare adempimento ugualmente attraverso la firma elettronica e la marcatura temporale giacché, in primo luogo, la firma elettronica già è stata emessa da un'autorità pubblica che dà fede della sua autenticità⁴⁶⁷; e, in secondo luogo, con la marcatura si offre adempimento alla numerazione ed alla fissazione del numero di pagine che compongono il libro –almeno fino al momento in cui questa marcatura viene inserita-, potendosi completare posteriormente attraverso l'inserzione di marcature posteriori. Pensiamo così che questo sistema, stabilito dall'ordinamento giuridico italiano, adempie perfettamente alle funzioni dell'intervento garantista del Registrador nella sua comprovazione delle forme esterne con le quali si offre adempimento alle prescrizioni di contabilità.

Un procedimento analogo di vidimazione e bollatura dei registri contabili elettronici si potrebbe articolare nell'ordinamento spagnolo, impiegando a tale fine il meccanismo della firma elettronica avanzata. Nel nostro ordinamento, all'inserire la firma elettronica si trasforma un documento –e si potrebbero trasformare gli archivi contabili- in documento elettronico, diventando questi in supporti che hanno i caratteri propri di tali. Per quanto riguarda i procedimenti di legalizzazione, ci interessa che il documento elettronico si caratterizza per permettere la comprovazione dell'origine e l'integrità dei messaggi scambiati.

Ci troviamo in un ambito dove risulterebbe necessaria una regolazione normativa –giacché trascende l'autonomia organizzativa dell'impresa-, nonostante, non troviamo nessun riferimento all'adempimento informatizzato o telematico dei doveri contabili. Di fronte a quello, esiste una certa normativa sparsa e sprovvista di sistema che può offrire certi dati al riguardo.

⁴⁶⁷ *Vid.* la sentenza del TS spagnolo del 9 maggio 2007, nella quale si giudica la legalità dell'istruzione della DGRN del 30 dicembre 1999.

Il primo punto normativo deve situarlo nella Direttiva 2003/58/CE, del 15 luglio, per la quale si modifica la Prima Direttiva 68/151/CEE del Consiglio rispetto dei requisiti d'informazione al riguardo di certi tipi di società, la cosiddetta «Direttiva del Registro delle Imprese elettronico». Questa norma, modificava l'articolo 3 della Prima Direttiva, imponendo agli Stati membri il dovere di permettere che le società ed altre persone ed organismi soggetti all'obbligo di presentare atti e indicazioni che debbano pubblicarsi nel Registro lo possano fare attraverso mezzi elettronici, al massimo a partire dal primo gennaio 2007. Tale regola fa riferimento, fra altri atti, alla possibilità di depositare il bilancio delle società di capitali nel Registro delle Imprese impiegando per quello procedimenti elettronici, *rectius*, telematici; ma non contiene nessuna menzione in relazione al Registro, cioè, la legalizzazione dei libri di contabilità⁴⁶⁸. Sarà poi necessario analizzare in che misura questa Direttiva è stata trasposta in Spagna, offrendo dei mezzi idonei per adempiere il fine di comunicazione telematica stabilito dalla Direttiva. Ugualmente, sarà necessario considerare se tale dovere si estende ad altri atti che implicano rapporti dell'imprenditore in materia contabile, cioè, in che misura ha effetto l'adempimento elettronico sulla vidimazione e bollatura dei libri contabili ed in che modo le cautele stabilite dalla legge sulla tenuta di essi possono essere soddisfatte attraverso procedimenti informatici.

In secondo luogo non dobbiamo ignorare che il Registro Mercantil fa parte della struttura amministrativa dello Stato -nonostante le sue singolarità caratteristiche e regime giuridico-. Ne consegue che nel suo ambito risulti d'applicazione la Legge 11/2007, del 22 giugno, de Acceso Electrónico de los

⁴⁶⁸ Non si deve dimenticare che il dovere di vidimare e bollare i libri contabili, a differenza da quanto accade con la pubblicità del bilancio è un dovere che l'ordinamento giuridico impone a tutti gli imprenditori commerciali ma che non risponde la sua imposizione normativa a nessuna esigenza d'origine comunitario. Quello ha dato luogo a che altri paesi del contesto abbiano scelto di cancellare quest'obbligo, come successe in Italia. Spagna, sembra di optare per la conservazione di tale dovere, come mezzo di garanzia per assicurare la tenuta di un'unica contabilità e l'adempimento dei fini che la contabilità ha attribuiti. La proporzionalità di questo meccanismo per il raggiungimento dei fini che glieli attribuiscono, se tali mezzi sono gli unici possibili per la loro realizzazione e se è possibile l'adempimento di tali formalità attraverso procedimenti elettronici sono questioni che saranno considerate più avanti in questo studio.

Ciudadanos a los Servicios Públicos⁴⁶⁹ (di accesso elettronico dei cittadini ai servizi pubblici), nella quale –per quanto qui ci interessa- si riconosce il diritto dei cittadini a comunicare con l'Amministrazione impiegando procedimenti telematici⁴⁷⁰. Questa legge offre il supporto legale che giustifica la possibilità di comunicazione degli imprenditori di tutti i suoi atti con il Registro Mercantil utilizzando mezzi telematici per quello. In modo tale che se, sulla base della Direttiva del Registro delle Imprese elettronico s'imponeva ormai il dovere di permettere la presentazione del bilancio per il suo deposito utilizzando mezzi informatici, si potevano mantenere dei dubbi su questo se significava anche la possibilità di presentare i "libri" contabili tramite mezzo per la sua legalizzazione dal Registrador. Tale dubbio rimane ora risolto attraverso la LAECSP che fa esteso l'utilizzo di tali mezzi a qualunque forma di rapporto con l'Amministrazione.

Dobbiamo dunque analizzare se i diritti di comunicazione per mezzi informatici con il Registro, e con l'Amministrazione in generale, sono stati sufficientemente ed adeguatamente sviluppati per quanto riguarda l'adempimento dei doveri contabili. Per il momento, possiamo affermare che l'unica considerazione che attualmente è contenuta nella normativa básica spagnola di Diritto contabile è la previsione dell'articolo 366.2 del RRM, che stabilisce che previa autorizzazione della Dirección General de los Registros y del Notariado, i documenti contabili ai quali fa riferimento questo articolo potranno essere depositati in supporto magnetico. Il carattere parziale della disposizione è più che evidente perché, da un lato, si riferisce solo al dovere contabile di deposito del bilancio e niente si stabilisce al riguardo del dovere di vidimare e bollare i libri contabili; e, inoltre, parla del deposito «in supporto magnetico», il cui implica la necessità d'impiegare un supporto fisico d'immagazzinamento dei dati per il suo

⁴⁶⁹ Nel successivo, LAECSP.

⁴⁷⁰ È abbastanza illustrativo al riguardo il primo comma dell'articolo 1 di questa norma, che stabilisce che questa Legge riconosce il diritto dei cittadini a tenere i suoi rapporti con le Pubbliche Amministrazioni attraverso mezzi elettronici e regola gli aspetti básicos dell'utilizzazione delle tecnologie dell'informazione nell'attività amministrativa, nei rapporti fra le Pubbliche Amministrazioni, così come nei rapporti fra i cittadini con quelle allo scopo di garantire i suoi diritti, un trattamento comune di fronte a quelle e la validità e l'efficacia dell'attività amministrativa in condizioni di sicurezza giuridica.

deposito, requisito informatico che, com'è risaputo, è più che superato dato lo stato della tecnica informatica attuale.

Si potrebbe considerare che le esigenze d'informatizzazione dei compiti dei Registri delle società (ed anche dei notai), sono stato adempite in Spagna attraverso la Legge 24/2001, del 27 dicembre⁴⁷¹ e, soprattutto, dopo la sua modifica operata attraverso la Legge 24/2005, del 18 novembre⁴⁷². Dobbiamo considerare, nonostante, che tale affermazione non è completamente adatta o, almeno, non lo è senza certe considerazioni. Così, l'articolo 112 della Legge 24/2001 nella sua redazione offerta dalla riforma che la Legge 24/2005 introduce, fa riferimento alla presentazione di titoli per mezzo telematico nei Registros de la Propiedad, Mercantiles o de bienes muebles. In questo precetto il legislatore focalizza l'attenzione nella comunicazione telematica dei documenti all'interno del sistema di fede pubblica, cioè, nel sistema di comunicazione di documenti pubblici fra i notai e gli incaricati dei Registri e solo nel suo ultimo comma (il quinto) regola la presentazione telematica di documenti giudiziari, amministrativi o privati. Dobbiamo considerare che il bilancio ed i libri di contabilità fanno parte di quest'ultima categoria di documenti, i quali –secondo questo precetto- come documenti elettronici che hanno la firma elettronica riconosciuta potranno solo essere registrati nel Registro corrispondente «con carattere eccezionale e solo nei casi e con i requisiti espressamente previsti dalle Leggi e dai Regolamenti Hipotecario e del Registro Mercantil» -previsione che, come vediamo, non si trova ancora soddisfatta-.

Su questa base normativa si dedurrà che non trova pieno adempimento l'esigenza d'adattamento ai mezzi elettronici della Prima Direttiva e che neanche si dispone di un mezzo idoneo attraverso il quale gli imprenditori esercitino il loro

⁴⁷¹ Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social (legge di misure fiscali, amministrative e dell'ordine sociale), i cui articoli 106 a 115 si dedicano all'incorporazione di tecniche elettroniche, informatiche e telematiche alla sicurezza giuridica preventiva.

⁴⁷² Ley de reformas para el impulso a la productividad (legge di riforme per l'impulso alla produttività), che per quanto ci affetta contiene un Capitolo II del Titolo II (sulla *Mejora en el funcionamiento de la administración* – Miglioramento nel funzionamento dell'amministrazione), dedicato alla fede pubblica, che modifica sia la Legge 24/2001 come la Ley Hipotecaria.

diritto a comunicare telematicamente con il Registro Mercantil come pubblica amministrazione⁴⁷³. Da un lato, giacché il precetto ammette la possibilità di svolgimento “con carattere eccezionale” e sempre che s’adempiano i requisiti previsti nella normativa per i documenti in supporto cartaceo; come affermiamo, l’unica considerazione al riguardo del RRM è la ormai antiquata ed inadeguata disposizione del suo art. 366.2, la cui si rimette a un’altra autorizzazione da parte della DGRN. D’altro lato, giacché quest’articolo letteralmente si riferisce all’ “iscrizione” di documenti elettronici e, per quanto riguarda i libri di contabilità non si tratta di un’iscrizione ma della sua *vidimazione e bollatura*, e per quanto fa riferimento al bilancio, non suppone nemmeno propriamente la sua iscrizione, ma il suo *deposito*.

Sulla base del mandato dell’art. 366.2 del RRM, la DGRN ha offerto due istruzioni sull’uso dei mezzi telematici limitate alla presentazione di bilanci al Registro Mercantil, del 30 dicembre 1999 e del 13 giugno 2003. In ultimo luogo, più recentemente, sembra che la questione del bilancio impiegando questi mezzi è rimasta risolta attraverso l’orden JUS/206/2009, del 28 gennaio.

Come si vede, lo sviluppo che soffre la regolazione del procedimento, per il quale i cittadini possono esercitare il loro -ora- diritto a comunicare in forma elettronica con i Registri, si sta svolgendo in forma asistemica e limitata all’ambito del deposito del bilancio; l’altro gran obbligo contabile che richiede l’intervento degli organismi pubblici -cioè, la vidimazione e la bollatura dei libri di contabilità- rimane ancora sprovvista di base normativa. Questa situazione può generare sconcerto giacché, sebbene sia logico che la realtà imprenditoriale spagnola impiega in modo generalizzato i mezzi telematici per dare soddisfazione ai suoi obblighi contabili, in quanto suppone un meccanismo che permette la migliore gestione della propria società; il nostro sistema normativo è

⁴⁷³ La legge 25/2005, in un intento d’adempiere le esigenze della regolazione posteriore da parte della normativa registrale dei mezzi in cui si produce la comunicazione elettronica con i Registri introduce nel suo articolo 28 la riforma di certi precetti della Ley Hipotecaria allo scopo di regolare il registro elettronico. Nonostante, queste norme (attuali artt. 222, 222bis, 238 e 248 LH) non fanno riferimento alla presentazione dei documenti privati, ma alla consultazione del Registro, all’informazione che questo offre, il modo in cui si devono tenere elettronicamente i libri del Registro e il modo in cui si pratticheranno gli allibramenti.

sprovvisto di una base legale ragionevolmente solida che offra sicurezza giuridica al procedimento. La situazione raggiunge il punto critico dal momento in cui l'inadempimento delle specificazioni formali in materia di tenuta danno luogo ad una delle cause che possono motivare la qualificazione come colposo di un'eventuale situazione di fallimento (simile al reato di bancarotta fraudolenta).

La normativa spagnola attuale, dopo la riforma introdotta dall'articolo 5 della Legge 56/2007, del 28 dicembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (di Misure d'Impulso della Società dell'informazione), considera documento elettronico all'informazione di qualsiasi natura in forma elettronica, archiviata in un supporto elettronico secondo un formato determinato e suscettibile d'identificazione e trattamento differenziato. Dunque, la nostra legislazione, non esige, in principio, per conferirgli ad un archivio la considerazione di documento elettronico che questo abbia apportata una firma elettronica di nessuna classe.

Il requisito di legalizzazione dei libri, agli effetti informatici, si soddisferebbe, in modo simile a quando si fa sul formato cartaceo, con il doppio intervento dell'imprenditore e del Registro Mercantil. Per quello si dovrebbe prendere come base i requisiti formali della legalizzazione *a posteriori* dell'art. 27.2 del C. de c., in modo tale che l'imprenditore avrebbe conti della sua attività attraverso registrazioni contabili annotata nei suoi programmi informatici di tenuta della contabilità. Finito l'esercizio –ed entro il termine di quattro mesi che la normativa offre per la legalizzazione-, si procederebbe attraverso lo stesso programma alla creazione di un documento elettronico. In questo documento elettronico si dovrà inserire la firma elettronica della società o dell'imprenditore individuale al cui viene riferita, con il quale, questo documento avrebbe, pure, i benefici che ne derivano da questa classe di firma, fondamentalmente per quanto ne riguarda, garanzie rispetto alla paternità del documento e la sua integrità. Considero che, ugualmente, si deve inserire in tale documento elettronico una marcatura temporale, in modo tale che permetta di identificare il momento nel

quale si è prodotta la sua ultima manipolazione ed impedire le modifiche posteriori da parte dell'imprenditore.

Questi documenti elettronici dovranno rimettersi al Registro Mercantil, attraverso i mezzi telematici articolati dalla DGRN ed essere recepiti dal Registrador il quale deve emettere, con la sua firma elettronica, una ricevuta di ritorno che spedisce all'imprenditore. Posteriormente, dopo avere comprovato che i documenti elettronici spediti (uno per ogni libro obbligatorio o facoltativo) riuniscono i requisiti equiparabili a quelli richiesti dalla normativa, procederà a vidimargli. Per quello, il Registratore estenderà sul documento la vidimazione alla quale fa riferimento l'articolo 334 RRM, impostando su di quello la sua firma elettronica. Con quello, otterremo come risultato un documento elettronico doppiamente firmato: inizialmente dal proprio imprenditore, indicando il momento nel quale tale firma è stata prodotta, firma che attua l'impossibilità di modificare il contenuto o aggiungere altri registri, grazie alla marcatura temporale; e, in secondo luogo, dispone della firma elettronica del Registratore, la quale attesta il documento garantendo che questo riunisce i requisiti esigiti dalla normativa e, di conseguenza, vidimando e bollando l'archivio, che diventa un registro contabile giuridicamente valido. Questo documento elettronico doppiamente firmato è spedito, pure in forma telematica, di nuovo al imprenditore, che disporrà ora del documento elettronico che rimise ma vidimato dal Registratore e, di conseguenza, adempiente delle esigenze legali⁴⁷⁴.

Questo procedimento, tuttavia, presenta alcuni interrogativi per quanto riguarda determinate questioni che incorpora. Facciamo riferimento in modo concreto al tipo di firma elettronica che si richiede, alla natura giuridica che in ogni

⁴⁷⁴ Questo procedimento nell'attualità s'adempie attraverso il software *Legalia* articolato dal CORPME (Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Ordine dei registratori della proprietà e delle società di Spagna), che ha elaborato un manuale d'uso dell'applicazione, nel quale si possono consultare le specificazioni tecniche al riguardo. L'ultima versione di questo manuale è del 21 maggio 2012 e può consultarsi in questo link:

<https://www.registradores.org/estaticasm/manuales/manualUsoLegalia.pdf>

caso presenta il documento e ai possibili conflitti che questo procedimento potrebbe svolgere in materia di protezione di dati e segreto della contabilità.

Per analizzare queste questioni dobbiamo individuare in primo luogo le funzioni che il documento firmato elettronicamente dall'imprenditore deve adempiere. Così, si precisa che questo documento permette di risalire al suo creatore, cioè, alla persona dell'imprenditore rispetto al quale fa riferimento; sarà necessario tuttavia la garanzia d'integrità del documento, cioè, che non si possa manipolare l'archivio informatico dei libri contabili; e, infine, si preciserà che il documento elettronico che si crea abbia assegnato un *tempus*, vale a dire, l'identificazione temporale del momento della sua creazione e la constatazione del fatto che tale informazione non possa essere messa in dubbio.

La prima delle questioni che elenchiamo è quella di considerare quale dei due tipi di firma elettronica ai quali fa riferimento la LFE soddisfa i requisiti del procedimento di vidimazione e bollatura. La normativa spagnola parte da un concetto ampissimo di firma elettronica, in modo tale che si potrebbe considerare come tale qualsiasi meccanismo che permette l'identificazione di un soggetto nella realizzazione di un procedimento di forma telematica, in modo tale che comporta una dichiarazione per la quale si afferma un'identità⁴⁷⁵. La LFE spagnola distingue, in funzione degli effetti che producono, tre categorie di firma elettronica: quella semplice, quell'avanzata e quella riconosciuta. Così, come abbiamo affermato, una firma elettronica è qualunque procedimento informatico che permetta l'identificazione del suo creatore; aggiungendo requisiti a questo procedimento, s'otterrà un mezzo più complesso che permetta raggiungere attraverso il suo utilizzo determinati obiettivi, conformando così la firma avanzata e quella

⁴⁷⁵ Così, l'art. 3.1 LFE stabilisce che «La firma elettronica è l'insieme dei dati in forma elettronica, consegnati insieme ad altri o associati con quelli, che possono essere utilizzati come mezzo d'identificazione del firmante». Su questa base normativa, la professoressa MARTÍNEZ NADAL, A., *Comentarios a la Ley 59/2003 de firma electrónica*, Segunda Ed., Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 73-74, definisce la firma elettronica, nel suo senso più ampio e generale, come qualsiasi metodo o simbolo basato in mezzi elettronici utilizzato o adottato da una parte con l'intenzione di vincolarsi o autenticare un documento, adempiendo tutte o alcune delle funzioni caratteristiche di una firma manoscritta.

riconosciuta. Quest'ultimo concetto di firma elettronica riconosciuta non è altro che una modulazione della firma avanzata che riunisce certi requisiti addizionali⁴⁷⁶.

L'art. 3.2 LFE definisce la firma elettronica avanzata come quella che permette di identificare il firmante e rilevare qualsiasi cambio ulteriore dei dati firmati, che è vincolata al firmante in forma unica ed ai dati ai quali fa riferimento e che è stata creata da mezzi che il firmante può conservare sotto il suo esclusivo controllo. Dunque, si tratta di un tipo specifico di firma elettronica, nel suo più ampio senso che, oltre a questo, soddisfa varie esigenze: l'identificazione del firmatario e la sua creazione attraverso mezzi sotto il suo esclusivo controllo, in modo tale che permetta di vincolare la firma con il suo autore e l'impossibilità che questo neghi tal estremo, così come che permetta ugualmente lo stabilimento di un vincolo di dati che permetta di scoprire qualsiasi alterazione posteriore. Di questo secondo tipo di firma, dunque, ci interessano due aspetti agli effetti del procedimento di vidimazione e bollatura dei libri: in primo luogo, che rimane riferita in modo inquestionabile al soggetto firmante, con il quale s'adempie la finalità identificatrice; in secondo luogo, la possibilità di scoprire qualsiasi postuma modifica del documento, il che permette di garantire l'integrità degli archivi che si spediscono al Registro Mercantil, così come del fatto che non si sono modificati dopo la firma. Si considera che il tipo di firma elettronica che riunisce tali requisiti nell'attualità è la considerata come «firma digitale» basata in crittografia asimmetrica, alla che, nonostante, non fa riferimento la LFE a causa del principio di neutralità tecnologica⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ Infatti, la Direttiva 1999/93/CE, per la quale si stabilisce un marco comunitario per la firma elettronica, non prevede l'inclusione di questa distinzione, è la normativa spagnola quella che crea questo concetto nella trasposizione per indicare determinati caratteri che alcune norme richiedono alla firma elettronica per che si producano determinati effetti. Su questa dualità, *vid. MARTÍNEZ NADAL, A., Comentarios a la Ley 59/2003..., op. cit., pp. 84-86.*

⁴⁷⁷ Posizione che si giustifica nel veloce sviluppo della tecnica che raccomanda vincolare i concetti giuridici impiegati dalla normativa ai fini che si raggiungono attraverso i procedimenti tecnologici, invece di vincolargli con il nome di un determinato procedimento o meccanismo, giacché la veloce sostituzione di questi lascerebbe privi di effetti l'insieme normativo.

Infine, la normativa spagnola riconosce nell'art. 3.3 LFE una terza modalità: quando la firma elettronica avanzata è basata anche in una certificazione riconosciuta ed è generata attraverso un dispositivo sicuro di creazione di firma, conformerà una «firma elettronica riconosciuta», alla quale la Legge attribuisce gli stessi effetti giuridici della firma manoscritta (art. 3.4 LFE). Si tratta, dunque, di un tipo qualificato di firma che si basa in una certificazione "riconosciuta" generata da un procedimento nel cui si adempiono maggiori specificazioni (cioè, se si riuniscono i requisiti che si esigono alle certificazioni riconosciute negli artt. 11-14 LFE). Essendo questo tipo di firma l'unico al quale la normativa riconosce gli effetti propri della firma manoscritta, sarà questa la quale si richieda nella firma dei registri contabili, giacché, è anche l'unica che permette di identificare con maggiore affidabilità il firmante.

Al riguardo della natura giuridica che adotterebbero i documenti, deve risultare chiaro che, sulla base del principio di neutralità che caratterizza l'impiego dei mezzi informatici nei rapporti giuridici, questa non riceverà nessun tipo di modifica. Così, si continuerà a trattare di libri contabili, sebbene in supporto informatico, che hanno adempito le esigenze richieste dalla normativa. I registri contabili in questi contenuti conserveranno ancora la natura giuridica di manifestazioni contabili non recettizie di secondo grado alle quali abbiamo fatto riferimento previamente. Ugualmente, questi dati saranno protetti dal cosiddetto segreto della contabilità, poichè trattarsi d'informazioni contabili appartenenti all'ambito di gestione interna dell'impresa.

La terza questione che abbiamo sollevato risulta più interessante. Fa riferimento al rispetto della privacy dell'impresa che impiega questi meccanismi informatici per tenere la sua contabilità. Come affermiamo, nonostante si utilizzino mezzi elettronici di tenuta della contabilità e i libri siano creati da questi procedimenti, l'informazione contabile rimane salvaguardata dal segreto della contabilità. Questo, trattandosi ora di archivi informatici e non di documenti in supporto fisico, si potrebbe trovare facilmente vulnerato, nel caso in cui in qualcuna delle fasi del processo si facesse qualche copia dei documenti in concreto,

e si pubblicassero, oppure vengono impiegati da soggetti diversi dallo stesso imprenditore. Neanche il proprio Registro Mercantile dal quale sono vidimati e bollati i libri elettronici attraverso l'inserimento della firma elettronica del registratore non deve entrare alla considerazione del suo contenuto, ma semplicemente, alla comprovazione che si riuniscono le formalità esterne richieste. È perciò che nell'articolazione normativa che si fa del procedimento si dovrebbero adottare le cautele necessarie per impedire che si possano realizzare copie dei documenti spediti o legalizzati da persona diversa dall'imprenditore.

c) Futuro? Il linguaggio XBRL

Per finire, dobbiamo considerare che gli avanzamenti tecnici nella contabilità informatica stanno evolvendo verso i cosiddetti sistemi XBRL che permettono una trattazione informatizzata dell'informazione contabile e l'elaborazione di relazioni analitiche sulla base dell'informazione versata nei registri contabili informatici. La particolarità di questi sistemi, per quanto ci interessa, è che permettono di ottenere un'informazione elaborata –poiché implica l'analisi dei dati versati-, costumizzata –nel senso che lo stesso utente dell'informazione seleziona i dati che gli risultano in quel momento d'interesse, scartando quelli superflui- e immediata –giacché permette un accesso all'insieme dei dati che attualmente costano nei registri contabili della società, senza dovere attendere alla chiusura dell'esercizio sociale e l'elaborazione del bilancio (o nel suo caso, degli inventari)-.

ii. Formalità intrinseche. Principio di chiarezza: significato d'immagine veritiera e fedele

Le norme alle quali abbiamo appena fatto riferimento contengono un insieme di obblighi materiali che devono essere soddisfatti dagli imprenditori con il cui adempimento l'ordinamento presume che si garantisce la non-manipolabilità

dei dati che si hanno fatto annotare nei libri. Insieme a quelle esiste un insieme di norme che descrivono come si deve procedere all'annotazione di quest'informazione nei libri, in modo tale che questa permetta di offrire in forma chiara l'immagine veritiera e fedele sulla situazione dell'impresa⁴⁷⁸. Le formalità intrinseche gravitano esclusivamente sull'imprenditore facendo riferimento al metodo, al contenuto oppure al modo di redazione delle scritture contabili⁴⁷⁹.

Nella giurisprudenza italiana, con l'inserimento delle novità legislative che sopprimono i doveri di bollatura e vidimazione dei libri contabili, si è fatto alla dottrina⁴⁸⁰mostrarsi critica con la necessità di conservare le formalità intrinseche. Di fronte all'assenza di un dovere di numerazione e di vidimazione iniziali, che senso ha l'obbligo di rispettare le formalità intrinseche (redazione ordinata, senza spazi in bianco, interlinee, etc.) se l'imprenditore può in qualsiasi momento sostituire le pagine o il libro contabile o la memoria del suo computer e numerarlo tutto di nuovo?

Al fronteggiare la questione di come si devono produrre le registrazioni contabili, faremo la distinzione di due complessi di norme. Le prime sono quelle dettate dalla ragioneria, e indicano la determinazione degli atti economici dell'impresa che hanno rilievo contabile, così come qual è il modo in cui queste operazioni devono essere valutate per integrarle nella contabilità. Le seconde, invece, sono di carattere materiale, strettamente corrispondenti al Diritto contabile, che determinano come si devono annotare queste registrazioni nei libri di contabilità, vale a dire, descrivono il modo in cui materialmente si deve procedere alla pratica di questi allibramenti nei libri –o registri informatici- di contabilità.

⁴⁷⁸ Hanno per oggetto, da un lato, garantire la contemporaneità del registro con i fatti o le operazioni a registrare, evitando ricostruzioni ex post della documentazione dell'impresa; d'altronde, trattano d'impedire la riproduzione di alterazioni successive. NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 238.

⁴⁷⁹ Così, RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 78.

⁴⁸⁰RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 81.

La normativa al riguardo conserva, ancora, una visione arcaica, che prende come base il supposto di tenuta manuale della contabilità su libri in supporto fisico. Così, l'articolo 29 del C. de c., considera che tutti i libri e documenti contabili devono essere tenuti, qualunque sia il procedimento utilizzato, con chiarezza, cronologicamente, senza spazi in bianco, interpolazioni, cancellature né raschiamenti. Dovranno salvarsi in seguito, immediatamente che siano avvertiti, gli sbagli o omissioni subiti negli allibramenti contabili. Non si potranno utilizzare abbreviature o simboli il cui significato non sia preciso secondo la legge, il regolamento o la pratica commerciale di generale applicazione. In termini simili, l'articolo 2219 C.c. ita., il quale afferma che tutte le scritture devono essere tenute secondo le norme di un'ordinata contabilità, senza spazi in bianco, senza interlinee e senza trasporti in margine. Non vi si possono fare abrasioni e, se è necessaria qualche cancellazione, questa deve eseguirsi in modo che le parole cancellate siano leggibili.

Di queste due norme possiamo estrarne una serie di condizioni che l'ordinamento impone alla pratica dei registri contabili. In primo luogo, come principio generale, si stabilisce che i libri contabili si terranno di conformità con le norme di un'ordinata contabilità. Troviamo in questa clausola generale un rinvio, da un lato, ai fini che si vogliono raggiungere con la contabilità, cioè, fondamentalmente il riflesso dell'immagine veritiera e fedele della situazione patrimoniale e finanziaria della società, così come dei suoi risultati economici, all'obiettivo che possa servire agli utenti interni ed esterni all'impresa; d'altro lato, questa remissione dobbiamo considerarla realizzata all'insieme delle pratiche articolate nella tecnica contabile per l'adeguata registrazione degli allibramenti.

Il riferimento che si fa alle norme di un'ordinata contabilità, portata a termine secondo le regole della ragioneria dobbiamo considerarla, ugualmente, come un avviamento verso il sistema contabile della partita doppia. Questo sistema di contabilizzazione delle operazioni economiche attraverso la doppia annotazione di un deve ed un avere è la generalmente impiegata nel registro contabile, sebbene non c'è nessuna norma che imponga di forma imperativa la soggezione degli

imprenditori a tale tecnica della partita doppia⁴⁸¹. Su questo marco dobbiamo considerare che, sebbene non è lo comune, deve essere accettata una contabilità che sia tenuta attraverso altri procedimenti oppure utilizzando tecniche contabili diverse a quella della partita doppia.

a) Formalità nella pratica delle registrazioni

Nonostante il carattere astratto dell'imposizione che la contabilità si tenga in modo ordinato, possiamo estrarne alcune note da questo concetto. Da un lato, esige che sia tenuta in forma chiara, cioè, che da un'osservazione della contabilità da un soggetto estraneo all'impresa gli permetta, senza un grande sforzo, di farsi un'immagine fedele su qual è la situazione dell'impresa. A quello fa riferimento il §238 del HGB tedesco, il cui richiede che la contabilità si deve tenere in modo tale che possa proporzionare ad un terzo esperto, in un tempo ragionevole, una visione globale delle operazioni e della situazione dell'impresa. D'altra parte, la tenuta di una contabilità ordinata esige ontologicamente che questa sia tenuta secondo un criterio cronologico nella sua registrazione, vale a dire, che gli allibramenti che si contengono nei libri di contabilità si pratichino per ordine di datazione, incluso quando si fa uso della facoltà –permessa in Spagna dall'art. 28.2 c. de c.- di annotazione congiunta di risultati per periodi non superiori al giorno. Il criterio cronologico d'ordinazione dovrà combinarsi, ugualmente, con quello sistematico per la redazione degli inventari (*balances de comprobación*) che integrano il libro degli inventari. È per ciò che il §239 HGB richiede che le iscrizioni si devono effettuare in forma integra, corretta, opportuna ed ordinatamente.

⁴⁸¹ Con la diffusione in masa dei processori d'informazione contabile elettronici e il passo della contabilità tenuta a mano a una contabilità informatica, già non si svolge il seguimiento manuale dei registri contabili secondo questo sistema di partita doppia, ma s'introducono i dati nel programma informatico come inputs, essendo seguitamente elaborati e manipolati da questo offrendo l'informazione in modo automatico dopo compilarli i registri obbligatori. Così, RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, pp. 49-50. Quando la contabilità si teneva a mano, con la realizzazione dei bilanci di comprobazione, si svolgeva un controllo sul contenuto del libro giornale, il cui giustificava, ugualmente, che si tenesse –come strumento intermedio- la tenuta del libro mastro.

In secondo luogo, si richiede che la contabilità sia tenuta senza spazi in bianco, interlinee, interpolazioni né trasporti in margine. La finalità di questa norma è evidente: trattare di creare le annotazioni contabili come spazi a tenuta stagna nei quali non ci si possa aggiungere *a posteriori* nessun dato in più che snaturi il suo senso. Questa norma conforma, all'interno dei libri, la contropartita logica del dovere di paginazione di questi –al esterno-, giacché entrambe le norme perseguono che non ci si possano introdurre dati non registrati cronologicamente nella contabilità senza che rimanga costanza che questa modifica c'è stato realizzata. La necessità di prevedere questa cautela esige per i presupposti di tenuta elettronica di contabilità l'utilizzazione dello strumento di bollatura temporale al cui abbiamo fatto riferimento precedentemente.

Oggettivi simili perseguono le norme che vietano la pratica di abrasioni, cancellature né raschiamenti. L'interdizione di queste pratiche non ha per oggetto salvaguardare l'estetica dei registri, ma impedire dall'inizio la sua pratica per evitare che s'inserisca –giustificata o ingiustificatamente- qualsiasi tipo di correzione dei registri contabili previ attraverso la sua distruzione definitiva. Cioè, si proibisce la cancellazione totale, attraverso qualsiasi procedimento, di alcun dato constatato nei libri contabili, sempre che quello impedisca d'avere conoscenza di ché cosa era originariamente indicata. Questo non comporta che non si possano commettere errori nella tenuta –ovviamente, questi, anche se indesiderabili, ci saranno frequentemente-, ma che suppone un meccanismo di garanzia di non-manipolazione. Chiarificatrice si mostra al riguardo la dizione del §239.3 HGB quando afferma che una iscrizione o annotazione non può essere cancellata in modo tale che già non si possa determinare il contenuto originale. Neanche si possono fare quelle modifiche la cui natura permetta dubitare se si sono fatte originariamente oppure in un momento posteriore. Per simili ragioni, dobbiamo capire che gli allibramenti contabili non possono essere praticati a matita né per nessun altro procedimento ugualmente debole⁴⁸².

⁴⁸² In questo senso, la Sentenza di Cass. n. 2396, del 4 marzo 1998; così come la Cass. penale n. 337, del 19 novembre 1993.

Perciò, si configurano delle norme di correttezza che regolamentano un procedimento che persegue garantire l'evidenza d'ogni registrazione. Gli allibramenti erronei devono essere salvati immediatamente sia percepito lo sbaglio, per lo quale, si cancellerà la registrazione incorretta in modo tale che rimanga costanza di quale era il suo contenuto anteriore, indicandosi la nuova valutazione di questi e, consideriamo che pure deve esserci un'espressione succinta di perché si è praticato questa rettifica (per esempio, "errore di valutazione", "duplicità nella registrazione" ...). Ugualmente, siccome le annotazioni che si sostituiscono da altre devono salvarsi con posteriorità alle prime, lasciando visibile il contenuto di quelle, è necessario che la rettifica indichi anche la data nella quale si è fatta⁴⁸³.

b) Lingua nella quale si deve tenere la contabilità

Dobbiamo fermarci in questo momento a considerare come si devono praticare le registrazioni per quanto riguarda alla sua parte letteraria. Né il C. de c. esp. attuale né il C. c. ita. fanno allusione al riguardo, ma storicamente fu oggetto di discussione (che si può ancora mantenere nell'attualità) la considerazione di in quale lingua si dovevano praticare le registrazioni contabili. In principio, come minimo, in ogni documento contabile ci saranno due lingue: una letteraria ed un sistema di codici matematici. Per quanto riguarda alla parte numerica, non c'è dubbio sulle cifre che devono essere impiegati, cioè, la numerazione arabica. Di fronte a quello, la parte terminologica è suscettibile di diverse interpretazioni. Così, il C. de c. spagnolo di 1829 affermava che *i libri di commercio si terranno nell'idioma spagnolo*⁴⁸⁴, imponendosi delle sanzioni pecuniarie e d il dovere di traduzione contro l'inadempimento di questa disposizione. La dottrina dell'epoca considerava per tale il castigliano e non alcuna lingua propria di alcuna provincia del regno⁴⁸⁵. Di fronte alla mancata considerazione del problema dalla normativa attuale,

⁴⁸³ CASANOVA, M., *Impresa e azienda: le imprese commerciali*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1986, p. 277.

⁴⁸⁴ *Cifr.* art. 54 C. de c. di 1829.

⁴⁸⁵ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., "Sobre las reformas legislativas...", *Op. cit.*, p. 2974.

consideriamo due fattori che si trovano in conflitto: da un lato, la libertà d'impresa ed il diritto ad utilizzare la lingua propria, specialmente nelle situazioni di riconoscimento di lingue co-ufficiali (come è il caso dello Stato spagnolo) o in considerazione del riconoscimento della libertà di stabilimento come premessa basilica del Diritto comunitario; di fronte a quello, non si può eludere che perché possa essere utile, l'informazione contabile deve essere comprensibile e comparabile; principalmente per quanto riguarda ai libri di contabilità, i quali svolgono la sua principale funzionalità di fronte a servire in giudizio come mezzo probatorio, dallo quale si deriva l'esigenza di dover essere, in ogni caso, comprensibili per il giudice.

Una possibile soluzione che si è offerta consiste in considerare che dovrà scegliersi necessariamente una lingua viva e scritta in forma convenzionale, in alfabeto latino –mai in stenografia⁴⁸⁶. Pensiamo, nonostante che questa visione colloca in aggravio comparativo a certi paesi –e le sue imprese- che impiegano altri alfabeti tali come quello greco o il cirillico che, come saputo, sono da tempo fa lingue ufficiali nell'ambito dell'Unione Europea. Per il contrario, molto più ampia è l'opzione legislativa adottata in Germania (§ 239.1 HGB) che solo richiede nella tenuta dei libri l'utilizzazione di una *lingua viva*.

La questione sembra di non ammettere una soluzione radicale e omnicomprensiva, ma che si deve considerare sempre in funzione dell'entità e la proiezione dell'impresa. Così, un'impresa la cui attività non supera i limiti spaziali di uno Stato dovrà tenere i suoi libri e formulare il suo bilancio nella lingua –o lingue- ufficiali di quello. Nel caso spagnolo, dunque, saranno validi i libri e i bilanci in qualunque modalità linguistica riconosciuta come ufficiale⁴⁸⁷, senza che in nessun caso si possa obbligare all'imprenditore al suo adattamento ad altra né – molto meno- imporre sanzioni per quello. Quando l'ambito d'attuazione di un'impresa oltrepassa i limiti della sua propria nazionalità, pensiamo che deve

⁴⁸⁶ VICENT CHULIÁ, F., "En torno al concepto y fuentes...", *Op. cit.*, p. 623.

⁴⁸⁷ Opinione che condividiamo con PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., "Sobre las reformas legislativas...", *Op. cit.*, p. 2974.

ammetersi la formulazione originaria nella sua lingua propria sempre che l'attuazione si svolga dentro del seno dell'Unione Europea, giacché il contrario sarebbe una limitazione ingiustificata della libertà di stabilimento. In mancanza di normativa specifica sulla materia pensiamo che identica soluzione deve essere applicabile nelle ipotesi extracomunitarie⁴⁸⁸.

Nel caso italiano ci troviamo con il fatto che la normativa non offre soluzione alla questione della lingua di registro, seguendosi in questo il modello francese. Si è considerato che questa lacuna è deplorabile, perché la questione si trovava ormai proposta nei lavori preparatori del Codice di commercio italiano⁴⁸⁹. Dinanzi quest'indefinitività, la dottrina italiana si trova divisa nelle due posizioni basiche al riguardo –sebbene non mancano quei che si mostrano partitari di un'opzione o altra in funzione della destinazione dei registri-. Da un lato, troviamo a quei che difendono l'assoluta libertà all'ora di decidere la lingua nella quale si possono tenere le scritture contabili. L'appoggio principale con il quale si trova questa tesi è il fatto che, come si è giunto ad un accordo nella dottrina, i registri contabili hanno una natura di carattere non recettizio. A favore di questa frangente ci troviamo con il principio di libertà di forma, o meglio, della libertà d'espressione. Altri dati che sostengono questa tesi sarebbero la possibilità della traduzione, il diritto dell'imprenditore a decidere sulla gestione della sua impresa e l'interesse nel segreto contabile⁴⁹⁰.

Di fronte a questa, ci troviamo con la posizione che considera obbligatorio l'uso della lingua italiana. Questa tesi si trova supportata dal carattere funzionale delle scritture contabili, giacché l'impiego di qualsiasi lingua, specialmente se si

⁴⁸⁸ Riguardo al sistema italiano, una visione molto aperta ci fa considerare che «anche la forma scritta può essere ritenuta superflua e sostituibile, per la descrizione dei fatti relativi all'impresa, con un linguaggio in codice», così RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 66. In questo modo, nonostante non imporsi all'imprenditore nessuna limitazione sul linguaggio che si deve impiegare nella pratica delle sue registrazioni, quando sia diversa all'italiano, il giudice in caso di controversia giudiziale potrà essere assistito da un traduttore (*ibid.* pp. 68-69).

⁴⁸⁹ Così, PANUCCIO, V., *La natura giuridica delle registrazioni...*, *Op. cit.*, pp. 68 e ss.

⁴⁹⁰ Questa visione è difesa da RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, pp. 66 e ss. e DE GREGORIO, A., *Corso di Diritto Commerciale: imprenditore, società*, Dante Alighieri, Milano, 1965, p. 128

tratta di una lingua morta o scritta in codice, impedisce o impossibilita le funzioni probatorie e principalmente di controllo che legalmente sono chiamati a proteggere i registri contabili. Dalla mia prospettiva ci sono più argomenti per impedire che sia utilizzata qualsiasi lingua, come potrebbero essere i problemi che sorgerebbero sulla base della difficoltà di successione nel dovere di tenuta della contabilità da una persona che non conosca tale lingua –come può accadere nel caso che l'impresa sia gestita da un tutore, un usufruttuario, un cessionario, l'amministrazione concorsuale o, semplicemente, con il cambio di amministratori nelle società di capitali-. Dato che la contabilità fa parte dell'aspetto organizzativo della società, difficoltare il controllo degli elementi contabili di questa potrebbe supporre una sua devalutazione, per l'incorporazione di ostacoli innecessari. Allo stesso tempo, difficolterebbe, in un modo che pensiamo incomprensibile, le possibilità di realizzare negozi sull'impresa⁴⁹¹.

Una parte della dottrina⁴⁹² difende una tesi che, pensiamo, può essere condivisibile. Si considera che non sia necessario offrire una giustificazione positiva di perché si adotta una lingua non italiana, ma che basta con che oggettivamente non concorrano ostacoli alla funzione probatoria e di controllo dei registri contabili. Logicamente, al mio parere, la soluzione si semplifica in larga misura impiegando la lingua ufficiale della nazionalità della società.

In conformità a questi argomenti, si possono estrarre tre conclusioni: in primo luogo, che si dovrebbe escludere l'utilizzo di lingue che siano contrarie alle funzioni dei registri contabili, dunque, l'uso di lingue morte o cifrate, ma non si potrebbe –in principio- scartare quelle lingue che non siano contrarie a quelle funzioni. In secondo luogo, non si deve proteggere la creazione di difficoltà ostruzioniste impiegando una lingua di non facile traduzione, o quanto è peggio, di un sistema in codice. Finalmente, per quanto riguarda al linguaggio matematico,

⁴⁹¹ Mantiene questa visione restrittiva CASANOVA, M., *Impresa e azienda...*, *Op. cit.*, p. 278; PANUCCIO, V., *La natura giuridica delle registrazioni...*, *Op. cit.*, p. 68 e COTTINO, B., *L'imprenditore*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, CEDAM, Padova, 2001, p. 209.

⁴⁹² Sulle considerazioni di PANUCCIO, V., *La natura giuridica delle registrazioni...*, *Op. cit.*, p. 69.

dobbiamo considerare le sue possibilità con maggiore libertà dato il progresso della tecnica nel registro dei dati di carattere matematici.

Per quanto riguarda al suo contenuto linguistico, la normativa proibisce in modo espresso l'impiego di abbreviature o simboli il cui significato non risulti preciso in conformità alla legge, le pianificazioni contabili o la pratica commerciale di generale applicazione. Data la generalizzazione del uso della contabilità informatizzata, oggigiorno l'impiego di queste abbreviature o simboli viene introdotto in modo globalizzato attraverso i principali software informatici di gestione della contabilità, che devono incorporarsi al sistema interpretativo di questa norma. La normativa tedesca, dalla sua parte, considera che se s'impiegano abbreviature, cifre, lettere o simboli, il suo significato deve rendersi constatabile⁴⁹³, il cui ci può fare ammettere l'utilizzazione di simboli o abbreviature non generalmente diffusi, sempre che s'accompagnino in un glossario elaborato dalla stessa impresa sui simboli impiegati nella tenuta della contabilità.

Allo stesso modo, dobbiamo fare riferimento all'anacronistica allusione dell'art. 29.2 del C. de c. spagnolo, che considera che le indicazioni numeriche spreseranno i valori in pesetas, considerandosi per tale –come si è commentato ormai-, un'allusione alla moneta a corso legale, cioè l'Euro⁴⁹⁴. Nel caso italiano, l'allusione alla moneta si realizza in sede di bilancio indicando che deve essere redatto in unità di euro senza cifre decimali, con eccezione della memoria, che può essere redatta in migliaia di euro⁴⁹⁵. Ma si contiene in modo simile al sistema spagnolo un'anacronistica allusione alla lira nell'articolo 2423 C.c. ita.

Per la sua maggiore modernità risulta interessante analizzare qui la previsione del §239.4 HGB, il cui considera che le norme alle quali abbiamo appena

⁴⁹³ *Cifr.* § 239.1 HGB.

⁴⁹⁴ Ley 46/1998, del 17 dicembre, sobre introducción del Euro (sull'introduzione dell'Euro), che impone che si considerano realizzate a valori in euro tutte le considerazioni legali che fanno riferimento alla peseta.

⁴⁹⁵ *Cifr.* art. 2423, 5º C.c. ita.

fatto riferimento sulla tenuta dei libri, saranno applicabili analogicamente quando questi siano tenuti attraverso procedimenti informatici. In questi casi, dovremo impiegare l'astrazione dei fini che, come si è analizzato, si perseguono con ogni mandato o proibizione, per vedere come si potrà dare adempimento a quegli attraverso mezzi elettronici. Come difendiamo, la marcatura temporale e l'inserimento della firma elettronica saranno cruciali nell'adempimento di tali fini.

Si è considerato⁴⁹⁶ che con la nascita dell'intelligenza artificiale sembra evidente e vicino l'arrivo d'alcun procedimento tecnologico capace di tenere per se la contabilità attraverso un sistema di partita doppia e, in prospettiva, redigere sulla base di questi *inputs* il bilancio dell'impresa. Non consideriamo che sia molto fattibile questa opzione data la versante organizzativa che presenta la contabilità nella vita della società. Sebbene tecnicamente questa possibilità sia ovvia, non sarebbe raccomandabile, perché le diverse scelte che nello svolgimento della contabilità si possono adottare, come le diverse politiche di bilancio che si possono articolare, consigliano un'attività gestrice in questa tenuta.

Conclusivamente possiamo affermare che, almeno, tre sono i principali vantaggi che si derivano della tenuta della contabilità informatizzata. In primo luogo, che suppone un risparmio di spazio e di materiale investito nell'adempimento del dovere. In secondo luogo, la tenuta della contabilità per computer permette accedere con più velocità alla ricerca elettronica dei dati consegnati, allo stesso tempo che la pratica degli allibramenti si realizza più veloce e chiaramente. Ed in ultimo termine –anche se non per quello meno rilevante–, permette di unificare il procedimento di registrazione contabile con quello della fatturazione elettronica.

iii. Conseguenze giuridiche dell'inosservanza delle formalità

⁴⁹⁶ RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 85 nt. 63.

Si è discusso cosa succede quando nella tenuta della contabilità si producono difetti che affettano alla forma, cioè, s'inadempiono alcune delle prescrizioni sulla forma di tenuta che abbiamo appena considerato. Due sono state le principali visioni che si hanno manifestato al riguardo: quella che considera che in questi casi la scrittura contabile deve essere considerata inesistente; e quella che ritiene che in questi casi la scrittura deve essere considerata non già come inesistente, ma come "irregolare"⁴⁹⁷.

La prima delle visioni considera che per poter trovarci effettivamente di fronte a registrazioni contabili, queste devono essere state elaborate secondo le prescrizioni marcate dalla normativa. Di fronte agli inadempimenti di quella si stima che si è violato l'obbligo di tenuta della contabilità e che, dunque, non devono esistere giuridicamente⁴⁹⁸.

La seconda delle visioni, che pensiamo sia più condivisibile, afferma che se non si sono rispettati i requisiti intrinseci di forma, quello implica una tenuta irregolare, il cui non è sinonimo della sua mancanza di tenuta perché la prima si può svolgere certi effetti giuridici. Può succedere anche che solo siano irregolari alcuni registri e non la totalità del libro, in modo che l'irregolarità di una sola annotazione non può implicare la nullità (inesistenza) di tutto il libro. L'irregolarità assoluta, che si dovrà valutare in ogni caso dal criterio del giudice, avrà peso sull'efficacia probatoria di questo registro particolarmente considerato, però non priverà l'insieme del libro del carattere e gli effetti della documentazione regolarmente tenuta⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Distinzione articolata da PANUCCIO, V., *La natura giuridica delle registrazioni...*, *Op. cit.*, pp. 78-79.

⁴⁹⁸ Questa soluzione dell'inesistenza è ritenuta da NIGRO, A., "Le scritture contabili", *Op. cit.*, p. 239.

⁴⁹⁹ Ugualmente ritiene quest'osservazione DE LA CUESTA RUTE, J.M., "La contabilidad en el Código...", *Op. cit.*, p. 334.

Risolta interessante la soluzione al riguardo che ha offerto alcun autore⁵⁰⁰, sulla necessità di discriminare di ché tipo di irregolarità si tratta. Se l'irregolarità affetta alle formalità estrinseche, l'insieme del libro o delle scritture risulterà giuridicamente irregolare –e, nella sua opinione, inesistente-. In caso che l'irregolarità affetti alle formalità intrinseche, dovrà analizzarsi se questa violazione affetta esclusivamente ad una parte del libro o ad una registrazione in concreto; il cui, in funzione del caso concreto, implicherà esclusivamente la irregolarità e la perdita d'efficacia di tale registro concreto o, nel suo caso, di tutto il libro o scrittura.

L'una o l'altra soluzione svolgerà i suoi effetti, principalmente, sul piano fallimentare. In questo modo, dobbiamo considerare, da un lato, che l'irregolarità di una parte concreta della tenuta della contabilità (un allibramento, un registro) non deve sanzionare con la nullità a tutto il resto dell'insieme. D'altro lato, è pratica abituale che i tribunali della materia commerciale spagnola (jueces de lo mercantil) considerino che non tenere contabilità è uguale a tenere una contabilità in forma irregolare, cioè, inosservando le norme contabili, al riguardo della qualificazione del fallimento come colposo (similare al reato di bancarotta fraudolenta)⁵⁰¹.

L'esistenza di irregolarità nella tenuta della contabilità, come è logico, sarà normalmente considerata in giudizio da un terzo che vuole giustificare qualcosa contraria a quello registrato oppure invalidare la contabilità come mezzo probatorio nel caso concreto, perché solo questo terzo potrà argomentare in giudizio che la contabilità che si considera come proba presenta irregolarità formali. Invece, l'imprenditore come generatore di queste irregolarità, non potrà in nessun caso beneficiarsi dei difetti che lui stesso ha prodotto⁵⁰². Di conseguenza,

⁵⁰⁰ NIGRO, A., *Íbid.*, p. 239, nt. 106.

⁵⁰¹ Entro una lunga giurisprudenza, possiamo appuntare la sentenza recente dell'Audiencia Provincial di Madrid (secc. 28ª), del 22 febbraio 2012.

⁵⁰² Così, PANUCCIO, V., *La natura giuridica delle registrazioni...*, *Op. cit.*, p. 80.

un registro contabile irregolarmente tenuto non può fare prova come se fosse un registro regolare.

B. Contabilità materiale

Le norme di contabilità formale alle cui abbiamo appena fatto riferimento costituiscono l'insieme di regole richieste per dotare alle scritture contabili delle note di inalterabilità e non modificabilità del suo contenuto. Con quelle si vuole conseguire che, praticati gli allibramenti, l'imprenditore non possa procedere alla sua manipolazione per offrirgli configurazioni diverse per impiegarle a fini diversi o presentarle a diversi interessati. Anche riconoscendo il rilievo di queste norme formali, non si può ignorare che si tratta di prescrizioni strumentali per il conseguimento del fine del Diritto contabile, qual è, insomma, offrire l'immagine veritiera e fedele della situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa, così come la determinazione del risultato dell'esercizio.

È per ciò che le norme centrali del Diritto contabile devano tenere carattere materiale, cioè, devono superare la mera configurazione della struttura delle registrazioni contabili per approfondire nella sua sostanza⁵⁰³. Questa contabilità, che chiameremo materiale fa riferimento al contenuto concreto dei libri di contabilità e del bilancio, cioè, analizza come si praticano le registrazioni per riflettere la situazione dell'impresa e non la forma in cui s'elaborano i libri ed il bilancio o si tengono materialmente questi registri.

Giacché queste norme affettano al contenuto concreto di ogni libro o ognuno dei documenti che conformano il bilancio dell'impresa, l'analisi dettagliata di come si procederebbe alla pratica di tali registri eccede le pretese di questo

⁵⁰³ Come si è considerato, l'ordinazione della contabilità non si può limitare alla regolazione della chiara e nitida forma esterna, all'assenza degli spazi in bianco, delle interlinee, delle annotazioni al margine, delle abrasioni o delle soppressioni illeggibili, ma si deve entrare nel fondo, PANUCCIO, V., *La natura giuridica delle registrazioni...*, *Op. cit.*, p. 81-82.

studio, perché lo convertirebbero in un trattato di ragioneria dalla sua prospettiva di pratica economica. Ciò nonostante, data il suo speciale rilievo nel piano giuridico si analizzeremo la finalità che si pretende con queste norme, cioè, mostrare l'immagine fedele dell'impresa⁵⁰⁴; così come i grandi principi contabili che articolano il sistema e che attuerebbero come norme marco che giustificano la logica del complesso normativo della contabilità materiale.

i. Obiettivo della normativa: mostrare la immagine veritiera e fedelle dell'impresa

Lo scopo perseguito dal sistema giuridico-contabile è plasmare in supporti documentali la rappresentazione schematica della situazione economica e patrimoniale e dei risultati dell'impresa. Perciò, le norme di contabilità materiale regolano come deve procedere l'imprenditore alla registrazione dei fatti con rilievo contabile, per lo quale dovrà, in primo luogo, determinare quali sono questi fatti e, una volta identificati, procedere alla sua valutazione (impiegandosi per quello, il criterio adeguato in ogni momento). Dopo la valutazione si procede alla registrazione del fatto contabile nel libro giornale, creandosi una prima registrazione, effettuata secondo le regole del sistema di partita doppia. In ultimo termine, l'insieme delle registrazioni del libro diario saranno utilizzate per il suo analisi e l'articolazione conformando l'edificio dell'informazione contabile dell'impresa: su questi allibramenti si faranno –attraverso la sua ordinazione sistematica- gli inventari di comprovazione e risultati dell'impresa, che permetteranno elaborare l'insieme del bilancio e, a livello interno –e fuori dalla parte imperativa della normativa contabile-, offriranno all'imprenditore notizia sull'andamento del suo negozio, informazione sulla quale si potranno adottare in modo informato decisioni sull'impresa.

⁵⁰⁴ Nel concetto d'immagine fedele introdotto nella IV Direttiva si è cercato di osservare che rappresenta un plus al riguardo del contenuto di quella precisione, veracità o esattezza che si richiede nella maggioranza delle legislazioni nazionali, BISBAL, J., "El interés público, protegido...", *Op. cit.*, p. 261.

Con quello si conforma il ciclo contabile, considerandosi per tale il flusso degli atti che vanno dall'osservazione e quantificazione dei fatti con rilievo contabile per l'impresa all'elaborazione del bilancio, così come la sua approvazione per l'Assemblea generale, la decisione sull'applicazione del risultato dell'esercizio, la consegna e la pubblicità di tale informazione. Però, comunque, tutto il sistema contabile è articolato allo scopo d'ottenere un'informazione affidabile, oggettiva e comparabile sulla situazione dell'impresa. Soltanto si può considerare che l'informazione sia affidabile quando si sono impiegati per la sua quantificazione ed elaborazione una serie di criteri (materiali e formali che permettono a qualsiasi usuario esterno della stessa considerare che rispondono alla realtà dell'impresa). L'oggettività fa riferimento a che l'elaborazione dei dati si è portata a termine secondo delle premesse standardizzate e oggettive, predeterminate prima dalla produzione del fatto contabile e che, nella maggioranza dei casi –eccettuando determinate situazioni nelle quali s'osserva un certo ambito di libertà nella valutazione di determinati elementi-, restano al margine della discrezionalità dell'imprenditore. Per ultimo, l'informazione che si elabora deve essere comparabile, il cui svolge effetti in due sensi: in primo luogo, l'informazione deve essere confrontabile *ad intra*, vale a dire, deve permettere all'imprenditore mettere a confronto la situazione attuale della sua impresa con momenti anteriori della stessa (così la situazione patrimoniale di un momento determinato in relazione con un momento anteriore; il risultato economico di un esercizio sociale al riguardo degli anteriori...); ed, in secondo luogo, -e con rilievo pure di fronte all'esterno dell'impresa-, la contabilità deve permettere un paragone *ad extra*, cioè, permettere la comparazione dei dati contabili di alcune imprese di fronte ad altre (appartengano o meno allo stesso settore). È per ciò che il pubblico interesse nella contabilità delle imprese richiede ugualmente che nell'elaborazione di questa tutte le imprese impieghino gli stessi parametri, in modo tale che i dati offerti da queste risultino paragonabili⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ Questo fu il motivo logico della recezione in Europa delle NICs e le NIIFs, le quali furono incorporate all'ordinamento dei paesi membri attraverso il Regolamento 1606/2002 (DOCE del 11 settembre 2002), modificato dal Regolamento 297/2008 (DOCE del 9 aprile 2008) ed il Regolamento 1725/2003 (del 29 settembre 2003) –che si completano per questioni specifiche dai Regolamenti 1126/2008, del 3 novembre 2008, per il quale s'adottano determinate NICs ed il

Come si afferma, il polo che orienta tutto il sistema è conseguire rappresentare l'immagine veritiera e fedele della situazione patrimoniale e finanziaria, così come i risultati economici dell'impresa. Corollario di questo fine è l'elaborazione del bilancio come riflesso dell'immagine dell'impresa, che deve essere elaborato secondo i parametri della normativa contabile. Logicamente, il processo è cumulativo, per ottenere il bilancio adeguato, è necessario avere

Regolamento 1569/2007, del 21 dicembre 2007, per il quale si stabilisce un meccanismo per la determinazione dell'equivalenza delle norme di contabilità applicate dagli emittenti di valori di terzi paesi. Modificazioni posteriori sono state adottate attraverso i Regolamenti 707/2004 della Commissione del 6 aprile 2004; Regolamento 2086/2004 della Commissione del 19 novembre 2004; Regolamento 2236/2004 della Commissione, del 29 dicembre 2004; Regolamento 2237/2004 della Commissione, del 29 dicembre 2004; Regolamento 2238/2004, del 29 dicembre 2004; Regolamento 221/2005 della Commissione, del 4 febbraio 2005; Regolamento 1073/2005, della Commissione del 7 luglio 2005.

Come è saputo, l'Unione Europea non ha fatto altro che adattare ed applicare in forma imperativa le norme internazionali di contabilità e d'informazione finanziaria che erano di generale applicazione nella pratica commerciale, soprattutto nel contesto statunitense. Nella sua origine, le IASs/IFRSs furono elaborate dall'IASB (International Accounting Standards Board), un organismo statunitense senza capacità di creare norme imperative. Le grandi imprese del mondo anglosassone adottarono in forma volontaria gli standards dettati da quest'organismo, in modo tale che il suo utilizzo si generalizzò nella pratica commerciale della zona al considerarsi la necessità e la convenienza d'impiegare dei criteri normalizzati nell'elaborazione dell'informazione contabile delle imprese. Posteriormente, come s'osserva, l'Unione Europea decise l'opportunità di applicare tale norme in forma imperativa negli Stati membri, il cui si consegue attraverso la sua imposizione attraverso Regolamenti. Questa situazione è stata criticata dalla dottrina che la vede come un genere di delegazione dinamica del potere normativo dell'UE in mani di un'organizzazione privata d'estrazione corporativo-privata, alla che si confida il suo permanente aggiornamento, GONDRA ROMERO, J.M., "El nuevo rumbo del Derecho de balances...", *Op. cit.*, p. 21.

Sulla problematica giuridica dell'incorporazione di queste norme nell'ordinamento spagnolo, *vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, J.R./ROS AMORÓS, F./ PÉREZ IGLESIAS, J.M., "Repercusión en la normativa contable española de la introducción de las Normas Internacionales de Contabilidad adoptadas por la Unión Europea", *Noticias de la UE*, num. 259-260, 2006, (Monográfico Contabilidad y Unión Europea), pp. 49-61; così come il commento di GÓMEZ PORRÚA, J.M., "Comentario a la Ley 16/2007, de 4 de julio de adaptación a las normas internacionales de contabilidad adoptadas por la UE", in *Derecho de los Negocios*, num. 204, 2007, pp. 29-32. Per quanto riguarda alla sua influenza nelle società quotate SÁNCHEZ CALERO, F., "Alcance de la aprobación del Reglamento Comunitario de aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad a las sociedades cotizadas", *RDBB*, num. 86, 2002, pp. 141-158, chi si questiona se l'applicazione obbligatoria delle IAS alle società quotate dopo l'approvazione del Regolamento 1606/2002 supposeva una mutazione della natura di tali norme passandosi di norme di carattere tecnico a norme giuridiche *proprio sensu* (p. 155). Ugualmente, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., "Normas Internacionales de Contabilidad y Legislación Mercantil: una reflexión", *Noticias de la UE*, num. 259-260, 2006, (Monográfico Contabilidad y Unión Europea), pp. 81-88.

Per la dottrina europea, centrandoci nella principale modificazione introdotta dalle IAS/IFRS, cioè, la generalizzazione del criterio di *fair value*, *vid.* STRAMPELLI, G., "Gli IAS/IFRS dopo la crisi: alla ricerca dell'equilibrio tra regole contabili non prudenziali e tutela della stabilità patrimoniale della società", *Riv. Soc.*, 2010, pp. 395-446.

adempito precedentemente in modo corretto tutto il procedimento di registrazione e tenuta della contabilità lungo l'esercizio economico. La normativa, dunque quando esige l'adempimento dei parametri d'oggettività e veracità di questo bilancio, insomma, quello che fa è esigere la costruzione di un adeguato sistema giuridico di regolazione del processo contabile. Qualsiasi incorrezione nel processo si ripercuoterà, necessariamente, sulla qualità dell'informazione contenuta nel bilancio, la quale, allo stesso tempo, sarà in la maggioranza dei casi, l'unica che trascenderà all'esterno dell'impresa e che servirà, dunque, per dare soddisfacimento al pubblico interesse nella contabilità.

In Spagna, l'attuale redazione dei precetti concernenti al bilancio, dopo la riforma introdotta dalla Legge 16/2007, del 4 luglio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base a la normativa de la Unión Europea (di riforma e adattamento della legislazione commerciale in materia contabile per la sua armonizzazione internazionale con base alla normativa dell'Unione Europea), ha passato a configurare questi documenti come un compendio unitario di cinque elementi: lo stato patrimoniale (*balance*), il conto economico (*cuenta de pérdidas y ganancias*), uno stato che riflesse i cambiamenti nel patrimonio netto dell'esercizio (*un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio*), uno stato dei flussi d'effettivo (*un estado de flujos de efectivo*) e la nota integrativa. In Italia, l'articolo 2423 C.c. lo configura esclusivamente sulla base di tre documenti: lo stato patrimoniale, il conto economico e la nota integrativa. Si stabilisce che il bilancio, al cui si attribuisce una percezione di unità giacché ognuno di questi documenti individualmente considerati non potrebbe offrire un'immagine completa sulla situazione dell'impresa, devono riflettere l'immagine (*veritiera*) e fedele del patrimonio, della situazione finanziaria e dei risultati dell'impresa; dalla sua parte, la normativa italiana esige da questo che il bilancio deva essere redatto con chiarezza e deve rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione economica e finanziaria della società ed il risultato economico dell'esercizio⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ «Il bilancio deve essere redatto con chiarezza e deve rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell'esercizio».

Poniamo l'accento il carattere di *veritiera*, soprattutto se si vuole arrivare ad una corretta armonizzazione europea della normativa contabile. Questo è dovuto a che nelle versioni spagnola ed italiana della Quarta Direttiva 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978⁵⁰⁷, relativa al bilancio di determinate forme di società⁵⁰⁸, nel suo articolo 2.3 si produce una separazione al riguardo della dizione nelle versioni originarie inglese e tedesca⁵⁰⁹; separazione che affetta sia a questi paesi come alle versioni romanze della Direttiva⁵¹⁰, da dove la dottrina ha voluto estrarne una pretesa ripercussione⁵¹¹.

In qualunque dei casi, è quanto meno curioso che quest'allusione ad offrire un'immagine *veritiera* e fedele della situazione dell'impresa s'attribuisca esclusivamente al bilancio e non si stabilisca niente al riguardo di questo riflesso nella contabilità ordinaria⁵¹², cioè, rispetto della tenuta dei libri contabili,

⁵⁰⁷ Nel caso italiano, «I conti annuali devono dare un quadro fedele della situazione patrimoniale, di quella finanziaria nonché del risultato economico della società», ugualmente, la versione della Direttiva omette il carattere di *veritiera*, che, a differenza del sistema spagnolo si è incorporato alla normativa italiana nel secondo comma del art. 2423.

⁵⁰⁸ DO L 222, del 14 agosto 1978, pp. 11-31.

⁵⁰⁹ Che stabiliscono rispettivamente: «shall give a *true and fair view* of the company's assets, liabilities, financial position and profit or loss» (letteralmente: dovranno offrire un'immagine *veritiera* e fedele dei suoi attivi, passivi, situazione finanziaria e profitti o perdite), «*tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild* der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft zu vermitteln» (dovranno proporzionare le circostanze reali di un'immagine fedele della situazione patrimoniale, finanziaria e dei profitti della società).

⁵¹⁰ Così, la versione francese considera: «Les comptes annuels doivent donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que des résultats de la société» o la portoghese: «As contas anuais devem dar uma imagem fiel do património, da situação financeira, assim como dos resultados da sociedade».

⁵¹¹ Fra altri, GONDRA ROMERO, J.M., «Significado y función del principio...», *Op. cit.*, pp. 553-559, *esp.* 555, la qualifica come una versione abbastanza poco fortunata. In quelle pagine, Gondra realizza, ugualmente, un'analisi dei due sistemi archetipici che si impiegarono nella conformazione del principio d'immagine *veritiera* e fedele per la costruzione della IV Direttiva, vale a dire, quello britannico e quello tedesco, *vid.* pp. 558-573. Così, mentre che nel sistema inglese si considera che il bilancio giuridicamente verace è quello che economicamente si considera corretto e, logicamente, per questo giudizio sulla correttezza economica di esso, il giudice normalmente si fonda sull'opinione della dottrina economico-contabile; invece, il sistema tedesco segue il principio della *Bilanzwahrheit*, secondo il quale la veracità comporta l'esplicitazione dello scopo che presiede l'insieme della regolamentazione legale, senza che si possa apprezzare nessuna contrarietà fra di questa ed il resto delle norme legali, in modo che si tratta di una veracità che ha una significazione principalmente convenzionale, quella considerata dalla normativa, la quale non deriva così tanto della sostanza come dalla forma, vale a dire, dell'adempimento delle norme contabili.

⁵¹² In questo senso, CODA, V., «Trasparenza dei bilanci di esercizio e principi contabili», *Riv. Dott. Comm.*, num. 2, 1983, p. 183, che considera che «La trasparenza dei bilanci di esercizio è il cardine

specialmente quando su di quella si poggia il dovere d'annotare trimestralmente nel *libro de inventarios y cuentas anuales* (libro degli inventari) gli stati di comprovazione che –al uguale che il bilancio di chiusura e quello d'apertura di esercizio- devono rilevare, effettivamente, l'immagine fedele dello stato economico e patrimoniale dell'impresa. Dunque, sembra come se il Código de comercio spagnolo come il Codice civile italiano mostrassero più attenzione sugli aspetti formali ed esterni della tenuta della contabilità che sugli aspetti sostantivi che permettano raggiungere i fini programmatici promulgati dai principi contabili.

Dai principi di chiarezza, verità e realtà predicabili dell'informazione contabile si è affermato che hanno una funzione programmatica generale, la cui gli colloca in una posizione d'autonomia e supremazia sull'insieme dell'ordinamento giuridico contabile⁵¹³. Comunque, dobbiamo considerare che nonostante trattarsi di clausole generali, di portata superiore alle concrete norme, hanno un'applicazione pratica perché svolgono i suoi effetti su ognuna delle norme concrete che hanno per oggetto il conseguimento di quelli. Così, dalla necessità che la contabilità sia chiara se ne derivano altri dei grandi principi della contabilità materiale, quali sono il principio d'importanza relativa, quello d'aggiungere alla contabilità tutte le menzioni necessarie per la chiarezza e l'inapplicazione di alcuni principi giustificandolo nel conseguimento dell'immagine fedele⁵¹⁴.

su cui poggiano rapporti economici corretti fra l'impresa e le diverse categorie di soggetti ad essa partecipanti. Ma la trasparenza dei bilanci, a sua volta, implica la conformità dei bilanci medesimi a corretti principi di ragioneria (o principi contabili, come sono usualmente chiamati)» (*idem.*, p. 187).

⁵¹³ Così, BIANCHI, L.A., "Le clausole generali della chiarezza e della rappresentazione in modo veritiero e corretto", in *La disciplina giuridica del bilancio d'esercizio*, dir. L.A. Bianchi, Giuffrè, Milano, 2001, p. 44.

⁵¹⁴ Si è affermato che il raggiungimento dell'obiettivo dell'immagine fedele e della chiarezza della contabilità si potrebbe costatare nella misura in cui siano adempiti i fini che la contabilità deve adempiere, fondamentalmente, la sua finalità informativa, per lo quale dovrà attendersi alle caratteristiche concrete dei soggetti che sono destinatari di questa. Così, BIANCHI, L.A., "Le clausole generali della chiarezza...", *Op. cit.*, p. 46.

D'altronde, BISBAL, J., "El interés público, protegido...", *Op. cit.*, p. 262, considera che la chiarezza si deriva dall'articolazione degli schemi contabili, mentre che, d'altra parte, l'immagine fedele deriva come minimo dalle valutazioni alle quali si devono assoggettare gli elementi che figurano negli schemi contabili. In questo sistema, la chiarezza occuperebbe una posizione subordinata all'immagine fedele, utilizzandosi come strumento per la sua consecuzione.

Situare l'obiettivo di mostrare l'immagine veritiera e fedele della situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa, così come del suo risultato, come elemento base che deve caratterizzare il dovere di contabilità, è conseguenza diretta del riconoscimento di un pubblico interesse nella contabilità. Così, se, come abbiamo difeso, in disporre di un'informazione contabile adeguata sulla situazione dell'impresa si trovano interessati una molteplicità difficilmente identificabile di soggetti che hanno interessi diversi sulla stessa informazione, solo mostrando un'informazione chiara e sufficientemente comprensiva si potrà dare soddisfazione in modo generalizzato a questa amalgama d'interessati⁵¹⁵.

Il requisito dell'immagine fedele e della veracità dell'informazione contabile non comporta che questa deva perseguire lo scopo di una «verità oggettiva», dato che i valori rappresentati nel bilancio sono, nella sua maggior parte, frutto dell'applicazione di un sistema convenzionale di valori e di un'artificiosa frammentazione dell'unità temporale di riferimento, così come di un'ampia ed inevitabile discrezionalità tecnica⁵¹⁶. Così, il principio di veracità dell'informazione contabile acuisce principalmente rilievo in quegli aspetti nei quali la legge prevede la possibilità del redattore di scegliere fra diversi criteri astrattamente

⁵¹⁵ Per determinare un'immagine fedele si deve pensare nell'interesse di un soggetto ideale interessato in disporre d'informazione contabile sulla società, considerando che «questo soggetto ideale non può pertanto coincidere, non soltanto con un utilizzatore professionale del bilancio – quale è tipicamente un analista finanziario ovvero un addetto alle c.d. analisi di “fido”- ma neppure con un soggetto portatore di bisogni informativi sofisticati: si pensi a colui che intenda fondare le proprie strategie di investimento sulle risultanze del bilancio civilistico», BIANCHI, L.A., “Le clausole generali della chiarezza...”, *Op. cit.*, p. 53.

⁵¹⁶ BIANCHI, L.A., “Le clausole generali della chiarezza...”, *Op. cit.*, p. 58. In questo senso, la persecuzione di una rappresentazione fedele e veritiera della realtà dell'impresa non esclude la relatività del risultato, sia per quanto s'incorpora ai conti, sia per la capacità di valutazione e di gestione dell'informazione da parte dell'incaricato della redazione del bilancio. Così, COLOMBO, G.E., “Dalla chiarezza e precisione alla rappresentazione veritiera e corretta”, in *Il bilancio d'esercizio e il bilancio consolidato*, Dir. Palma, Giuffrè, Milano, 1999, p. 19.

Comunque, la tenuta della contabilità secondo le prescrizioni del modello legale solo rappresenterebbe una presunzione di prova dell'adeguatezza del bilancio al mandato generale dell'immagine fedele, ma non sarebbe condizione sufficiente né necessaria per garantire, per se, questa adeguamento, GONDRA ROMERO, J.M., “Significado y función del principio de imagen fiel...”, *Op. cit.*, p. 576.

impiegabili⁵¹⁷. Questa discrezionalità tratta di essere salvata, secondo il principio che la documentazione contabile dell'impresa ha una struttura unica, richiedendosi agli amministratori che quando ottino per una possibilità fra le varie legalmente riconosciute, dovranno giustificare la sua scelta nella nota integrativa, e conservare questo criterio per valutazioni simili (giustificando, ugualmente nella nota integrativa, i possibili cambiamenti di criterio in momenti posteriori).

Per tutto questo, il senso concreto del principio d'immagine fedele deve indursi, nella mia opinione ed in quella di parte della dottrina⁵¹⁸, dal insieme del sistema di regolazione contabile, per lo quale sarà ugualmente utile attendere ai fini che la contabilità è chiamata a conseguire, principalmente la finalità informativa, e considerare la potenzialità che ha il bilancio verace e fedele di soddisfare le richieste di un usuario ideale di tale informazione.

La considerazione di questo principio come epicentro di una contabilità adeguatamente tenuta svolge nonostante una serie di funzioni che l'immagine fedele deve adempiere. In primo luogo, dovrà servire per interpretare l'insieme del sistema contabile⁵¹⁹, risolvendo le contraddizioni e le antinomie: quando due norme entrano in conflitto, sarà prevalente quella che, nel complesso, sia più incline a

⁵¹⁷ Vid. LAÍNEZ GADEA, J.A., "Efectos de la reforma contable sobre la discrecionalidad informativa", *RDMV*, num. 3, 2008, pp. 59 e ss., secondo il cui la normativa di registro contabile si caratterizza dalla discrezionalità nell'applicazione di determinati principi contabili, l'immagine fedele come riferimento nell'elaborazione dell'informazione, la necessità di stime e soggettività implicita nell'applicazione di determinati criteri contabili, la flessibilità delle norme al contemplare diverse opzioni per riconoscere e valutare lo stesso atto u operazione, così come l'esistenza di vuoti nella regolazione; fattori che secondo Laínez, s'aggiungono ai condizionamenti nel comportamento del redattore dell'informazione e all'esigenza d'asimmetria nell'informazione. Nonostante, questo autore, dalla sua visione come economica, punta sul importante avanzamento che suppone il nuovo marco normativo contabile nella soppressione della discrezionalità.

⁵¹⁸ Fra altri, *vid.*, GONDRA ROMERO, J.M., "Significado y función del principio de imagen fiel...", *Op. cit.*, p. 579, chi afferma che la concrezione del significato del principio generale deve farsi, dunque, scendendo alle norme singolari, per scoprire attraverso del suo fondamento teleologico –sempre più visibile a questi livelli inferiori di concrezione normativa-, i fini ultimi del sistema giuridico, che logicamente si presumono riassunti in quel principio generale».

⁵¹⁹ BISBAL, J., "El interés público, protegido...", *Op. cit.*, p. 289, configura l'immagine fedele come il vertice superiore del sistema, che svolge, ugualmente, la funzione d'essere la clausola generale d'interpretazione.

riflettere l'immagine fedele della situazione contabile dell'impresa⁵²⁰. Ugualmente, il principio d'immagine fedele servirà per riempire le possibili lacune legali che restano nella configurazione del sistema contabile. In ultimo termine, tale principio tiene una finalità ordinatrice, sia nella sua applicazione all'ora d'esprimere i dati contabili dentro dei diversi documenti, sia all'ora d'aiutare alla configurazione strutturale dell'impresa.

ii. Principi contabili

Il conseguimento dello scopo di offrire l'immagine veritiera e fedele della situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa e del risultato dell'esercizio attraverso la documentazione contabile si materializza, nella pratica, in offrire soddisfazione ad una serie di principi contabili⁵²¹. Queste norme, di carattere generico, hanno come finalità attendere a certe richieste nel procedimento di tenuta della contabilità e di redazione degli strumenti di sintesi in modo tale che si conferisca una certa oggettività e realtà all'informazione contabile, così come che questa si stabilisca e si pubblicizzi in modo chiaro⁵²². La sua imperatività si deriva (o meglio detto, si derivava) dalla sua considerazione come usi giuridici, dunque, come fonte del Diritto. Nell'attualità, l'incorporazione delle IAS, come norme internazionali di contabilità all'acervo normativo comunitario operata attraverso i

⁵²⁰ Così, stabilisce il PGC spagnolo che nei casi di conflitto fra i principi contabili, dovrà prevalere quello che conduca meglio a che il bilancio esprima l'immagine fedele del patrimonio, della situazione finanziaria e dei risultati dell'impresa.

⁵²¹ Secondo CAÑIBANO, L./TÚA PEREDA, J./LÓPEZ, J.L., "Naturaleza y filosofía de los principios contables", *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, num. 47, 1985, p. 297, possiamo considerare che i principi contabili sono regole (siano norme concrete e dettagliate, si tratti di concetti esplicativi dei fondamenti della disciplina contabile) emesse da istituzioni di autorità riconosciuta al riguardo (nell'attualità l'IASB), derivate dalla pratica più frequente e, dunque, più raccomandabile (almeno per l'adempimento della funzione della comparabilità, pensiamo). In altre parole, secondo la sua origine storica, un principio generalmente accettato è una regola o nozione fondamentale con origine nella propria pratica, avallata dalla sua abitudine e con il sostegno di un organismo armonizzatore, che la fa d'obbligo adempimento in attenzione sia al suo ampio grado di diffusione, sia al fatto di essere la più raccomandabile.

⁵²² Così, la credibilità degli stati contabili che plasma il bilancio si sostiene sulla corretta applicazione delle norme che fanno parte di quell'insieme di regole e regole d'attuazione, CAÑIBANO CALVO, L., "Principios contables", *Revista de Economía*, num. 6, 1990, p. 27.

Regolamenti che gli adottano sembra che ci permette iniziare a considerargli come vere norme giuridiche direttamente e sprovvisti dal suo carattere di usi.

Senza pretesione d'offrire un'enunciazione esaustiva né un trattamento dettagliato di questi principi, possiamo considerare alcuni dei criteri sui quali si costruisce materialmente il dovere di contabilità, e che oltrepassano gli ormai considerati di immagine fedele, veracità e chiarezza.

- *Principio d'impresa in funzionamento o continuità.* Secondo questo principio, e salvo prova in contrario la contabilità deve tenersi con la considerazione che la gestione dell'impresa continuerà in un futuro prevedibile (art. 31.1.a IV-D). Questo comporta l'adozione di criteri di valutazione degli elementi patrimoniali diversi a quei che si utilizzerebbero se l'impresa fosse in liquidazione; non si pretende la determinazione del valore liquidativo degli elementi patrimoniali, ma il suo valore effettivo⁵²³.
- *Principio di prudenza valutativa.* Di fronte a situazioni d'incertezza, si dovrà essere prudente nelle stimazioni e valutazioni da svolgere. Sebbene, stabilisce il PGC spagnolo che, la prudenza non giustifica che la valutazione degli elementi patrimoniali non risponda all'immagine fedele che deve riflettere il bilancio. Così, questo principio difende l'imputazione degli introiti e le spese solo nel momento in cui se materializzano, mentre che le perdite si devono registrare nel momento in cui si prevedano e siano suscettibili di valutazione razionale⁵²⁴(Art. 31.1.c IV Direttiva).

⁵²³ Così, stabilisce il PGC spagnolo affermando che si considererà, salvo prova in contrario, che la gestione dell'impresa continuerà in un futuro prevedibile, dunque l'applicazione dei principi e criteri contabili non ha lo scopo di determinare il valore del patrimonio netto agli effetti della sua trasmissione globale o parziale, né l'importo risultante in caso di liquidazione. In quelli casi in cui non risulti d'applicazione questo principio, nei termini che si determinino nelle norme di svolgimento del PGC, l'impresa applicherà le norme di valutazione che risultino più adeguate per riflettere l'immagine fedele delle operazioni tendenti a realizzare l'attivo, cancellare i debiti e, nel suo caso, distribuire il patrimonio netto risultante, dovendosi somministrare nella memoria del bilancio tutta l'informazione significativa sui criteri impiegati.

⁵²⁴ *Cifr.* PGC spagnolo, che al riguardo stabilisce che unicamente si contabilizzeranno i profitti ottenuti fino alla data di chiusura dell'esercizio. Tutt'altro, si dovranno prendere in considerazione tutti i rischi, con origine nell'esercizio o in un altro previo, così presto come siano conosciuti, anche

- *Principio di uniformità.* Questo principio è requisito imprescindibile per il conseguimento del fine della comparabilità. Implica che una volta adottato un criterio entro le alternative che si permettano, dovrà mantenersi nel tempo ed applicarsi in modo uniforme, in quanto non s'alterano i presupposti che hanno motivato l'elezione di questo criterio (art. 31.1.b. IV-D). In caso di modificazione di criteri, nella memoria si dovrà giustificare tale cambiamento di parametro, indicandosi i motivi e la sua incidenza quantitativa e qualitativa sui conti⁵²⁵.
- *Principio di non compensazione.* Con l'obiettivo che siano sufficientemente espressivi, non si possono compensare le partite d'attivo con quelle di passivo, né quelle di spese con quelle d'incassi (art. 7 IV-D). Questo principio ha la finalità di evitare che i bilanci siano presentati in forma così aggregata che perdano la sua espressività.
- *Principio d'importanza relativa.* Questo principio è il garante ultimo dell'immagine fedele dell'impresa, spresando che alcuni di questi principi e criteri potranno non adempirsi strettamente quando l'importanza relativa della sua inapplicazione sia scarsamente significativa e non altere l'espressione dell'immagine fedele. Nel sistema legale della IV Direttiva (art. 31.2) pensiamo che ogni deviazione deve essere sufficientemente giustificata nella nota integrativa che accompagna al bilancio. Di conseguenza, può ammettersi la non applicazione stretta d'alcun principio,

se solo fossero conosciuti fra la data di chiusura del bilancio e la data in cui questo fu formulato. In tali casi s'offrirà l'opportuna informazione nella memoria, fermo restando dal suo riflesso, quando si abbia generato un passivo ed una spesa, negli altri documenti integranti del bilancio. Eccezionalmente, se i rischi si conoscessero fra la formulazione e prima dell'approvazione del bilancio e affettassero in modo molto espressivo all'immagine fedele, il bilancio dovrà essere riformulato.

⁵²⁵ Nel PGC spagnolo si considera che adottato un criterio entro le alternative che, nel suo caso, si permettano, dovrà mantenersi nel tempo ed applicarsi in forma uniforme per le transazioni, altri eventi e condizioni che siano simili, in quanto non s'alterino i presupposti che fondarono la sua elezione. In caso di modificarsi questi presupposti, potrà alterarsi il criterio adottato in quel momento; in tale caso le circostanze si faranno costare nella nota integrativa, indicandosi la incidenza qualitativa e quantitativa della variazione sul bilancio.

sempre che in termini quantitativi l'importanza relativa di tale variazione non abbia una grande significazione e non altere l'immagine fedele dell'impresa. Su questo aggiunge il PGC spagnolo che le partite o importi la cui importanza relativa sia scarsamente significativa potranno apparire aggruppati con altri di similare natura o funzione.

- *Principio di prevalenza del fondo sulla forma (substance over form)*. Questo principio, che non viene raccolto nel PGC spagnolo anche sì nel numero 35 del marco concettuale degli IAS e nell'art. 4.6 della IV Direttiva, implica la prevalenza dell'obiettivo dell'immagine fedele sulle norme formali e gli schemi del bilancio. Così, comporta l'obbligo di apportare informazioni complementari, allo stesso tempo che l'inapplicazione di quelle norme che sfigurano l'immagine fedele⁵²⁶ (ugualmente, *cifr.* art. 2423 C.c.ita)⁵²⁷. La sua applicazione avrà luogo quando l'informazione apportata secondo le norme generali sulla contabilità si possa considerare insufficiente, o semplicemente inadeguata per un usuario "medio" e "non professionale" dell'informazione societaria, per lo quale dovrà analizzarsi il rilievo qualitativo e quantitativo dell'ipotetica lacuna informativa che giustificerebbe la somministrazione di un'informazione complementare. Quello dipenderà, comunque, da una pluralità di fattori, come sono la natura dell'attività svolta, le caratteristiche della struttura della proprietà dell'impresa, le dimensioni del negozio, la struttura produttiva, etc.⁵²⁸

⁵²⁶ In questo senso, GONDRA ROMERO, J.M., "Significado y función del principio de imagen fiel...", *Op. cit.*, p. 575.

⁵²⁷ Articolo che prevede la non applicazione delle disposizioni regolatrici del bilancio quando, in casi eccezionali, sembrano incompatibili con il rispetto alla clausola della rappresentazione dell'immagine fedele dell'impresa. *Vid.* al riguardo, VENTORUZZO, M., "La disapplicazione obbligatoria delle disposizioni sul bilancio", in *La disciplina giuridica del bilancio d'esercizio*, dir. L.A. Bianchi, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 73-123, il cui svolge un'analisi delle norme la cui applicazione potesse occasionare un conflitto con il conseguimento dell'obiettivo dell'immagine fedele. Aggiungeremo, ugualmente, che nel caso in cui si porti a termine la derogazione dell'applicazione di questo principio, si dovrà costituire una riserva indisponibile nel bilancio, in quei casi in cui l'inapplicazione avesse generato un cambio patrimoniale.

⁵²⁸ BIANCHI, L.A., "Le clausole generali della chiarezza...", *Op. cit.*, p. 55.

- *Principio di devengo.* Comporta che i fatti contabili si registreranno quando accadano, cioè, nel momento in cui s'originino i diritti e gli obblighi corrispondenti ad essi, indipendentemente della data del suo pagamento o del suo incasso (art. 31.1.d IV-D). Nel caso che non presentino una transazione di fronte all'esterno, si registreranno quando si produca l'autentico consumo di un attivo, la trasformazione di un passivo o quando s'adempiano i presupposti stabiliti per l'imputazione di un determinato importo al risultato del periodo. Così, l'imputazione temporale degli incassi e le spese dovrà farsi in funzione del flusso reale che queste spese ed incassi rappresentano e non nel momento in cui si produca la corrente monetaria o finanziaria derivata di quelli⁵²⁹.

Criteri di valutazione. Ugualmente, anche se con un valore certamente diverso a quello dei principi contabili ai quali abbiamo appena fatto riferimento, la normativa contabile elabora una serie di parametri di valutazione. Questi non sono altro che l'indicazione di come devono essere computati economicamente i fatti con rilievo contabile ai fini di assegnargli un valore monetario con il cui posano includersi dentro della contabilità. Penso che l'analisi di questi parametri ecceda di gran lunga le pretese di questo studio⁵³⁰, sia sufficiente nonostante, menzionare alcuni punti. In primo luogo, considerare che nell'applicazione di questi criteri di valutazione in occasioni c'è spazio per una determinata discrezionalità da parte del valutatore. Questo può essere un'importante fonte d'irregolarità all'ora di conseguire che la contabilità di un'impresa riflesse effettivamente la sua immagine veritiera e fedele, e, dunque, ci troveremo di fronte ad un inadempimento suscettibile di generare responsabilità alla persona che li diedi origine.

⁵²⁹ CAÑIBANO, L./TÚA PEREDA, J./LÓPEZ, J.L., "Naturaleza y filosofía de los principios...", *Op. cit.*, p. 326. Così, ugualmente, il PGC spagnolo, che definisce tale principio considerando che gli effetti delle transazioni o i fatti economici si registreranno quando accadano, imputandosi all'esercizio al cui il bilancio fa riferimento le spese e gli incassi che affettino a quello, indipendentemente della data del suo pagamento o incasso.

⁵³⁰ Da una prospettiva giuridica recentemente si è offerto una certa trattazione di questi criteri e norme di valutazione. Rimettiamo all'analisi fatta da BONARDELL LENZANO, R., *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 227-310.

In secondo luogo, bisogna sottolineare che al riguardo dei parametri di valutazione troviamo una delle principali novità introdotte con l'applicazione delle norme internazionali di contabilità, come è la soppressione del criterio di costo storico o costo d'acquisizione⁵³¹ –generalmente utilizzato nella contabilità fino ad allora-, per il criterio di «fair value», valore razionale o valore di mercato⁵³², il quale comporta la quantificazione degli elementi patrimoniali per il valore attuale di quelli⁵³³.

II. FORMULAZIONE DEL BILANCIO (CUENTAS ANUALES)

Fino ad adesso abbiamo fatto riferimento alla prima delle manifestazioni del dovere di contabilità, costituita dalla la registrazione continuata (nel senso d'ininterrotta) dei fatti con rilievo economico che accadono nell'impresa. Occorre adesso ora analizzare il secondo degli aspetti del dovere, che ha causa su quella che

⁵³¹ Appare definito nel PGC spagnolo, stabilendosi che il costo storico o costo di un attivo è il suo prezzo d'acquisto o il suo costo di produzione. Il prezzo d'acquisto è l'importo in effettivo ed altre partite equivalenti pagate o pendenti di pagamento più, nel suo caso e quando proceda, il valore ragionevole delle altre controprestazioni compromesse derivate dell'acquisto, dovendo essere tutte quelle direttamente vincolate con quella ed essere necessarie per la messa dell'attivo in condizioni operative. Il costo di produzione include il prezzo d'acquisto delle materie prime ed altre materie consumabili, quello dei fattori di produzione direttamente imputabili all'attivo e la frazione che ragionevolmente corrisponda dei costi di produzione indirettamente legati con l'attivo, nella misura che facciano riferimento al periodo di produzione, costruzione o fabbricazione, si basino nel livello d'utilizzo della capacità normale di lavoro dei mezzi di produzione e siano necessari per la messa dell'attivo in condizioni operative. Il costo storico o costo di un passivo è il valore che corrisponda alla contropartita ricevuta in scambio d'incorrere nel debito o, in alcuni casi, la quantità di effettivo ed altri attivi liquidi equivalenti che si spera consegnare per liquidare il debito nel corso normale del negozio.

⁵³² Dalla sua parte, definito nel PGC spagnolo come l'importo per il cui può essere scambiato un attivo o liquidato un passivo, fra parti interessate e dovutamente informate, che realizzino una transazione in condizioni d'indipendenza mutua. Il valore ragionevole si determinerà senza dedurre i costi di transazione nei quali si potesse incorrere nella sua vendita. Non avrà in nessun caso il carattere di valore ragionevole quello che sia il risultato di una transazione forzosa, urgente o come conseguenza di una situazione di liquidazione involontaria. Con carattere generale, il valore ragionevole si calcherà con riferimento ad un valore affidabile di mercato.

⁵³³ Di fronte a questi due criteri, per la valutazione di determinati elementi patrimoniali si stabilisce la possibilità d'impegno di altri criteri, come sono il valore netto realizzabile, il valore attuale, il valore in uso, i costi di vendita, il costo ammortizzato, i costi di transazione attribuibili ad un attivo o un passivo finanziario, il valore contabile in libri ed il valore residuale.

è appena stata trattata, ossia, l'elaborazione d'informazione contabile sintetica sulla situazione dell'impresa e la sua pubblicità. Così, la registrazione continuata dei fatti contabili, la sua quantificazione e la tenuta dei libri offrono la base di dati sulla quale gli amministratori, periodicamente in questo caso (e non già in forma continuata), dovranno realizzare un'analisi e sistemazione per configurare dei documenti che comprendano, in modo riassuntivo, i dati sulla situazione economica e finanziaria e sul risultato economico dell'impresa. Nell'adempimento di questo secondo grande dovere contabile, Fortunato⁵³⁴ ha osservato che si devono adempiere tre fasi: una *fase preparatoria* –corrispondente con l'attuazione degli amministratori che devono formulare una proposta di bilancio, e che, in tale caso, ingloberebbe pure la revisione di tale progetto da parte dei revisori legali di conti-, una *fase costitutiva* –che consiste nell'approvazione, da parte dell'Assemblea generale, del progetto di bilancio, approvazione con la quale il bilancio passa a rilevare la volontà sociale-, ed una *fase d'opponibilità* –che si materializza nell'insieme di atti per i quali il bilancio viene reso pubblico: consegna nel Registro delle Imprese / Registro Mercantil ed altre forme di pubblicità-.

Per quanto possa interessarci in questa sede, la principale differenza che si può considerare fra i libri contabili e il bilancio sarà la sua pubblicità. Così, sebbene non neghiamo la nostra premessa di considerare che nell'adempimento generale del dovere di contabilità si sotteso un pubblico interesse, sarà solo con riguardo al bilancio che tale pubblico astratto avrà un accesso diretto ai dati contabili dell'impresa –logicamente, salvo nel caso d'accesso ai libri contabili in caso di lite-.

Dunque, la caratteristica fondamentale che si deve sottolineare del bilancio è la sua vocazione alla pubblicità, così come la sua finalità di conformare un quadro nel quale si riassume la situazione ed i risultati economici dell'impresa. Su questa base, la normativa impone all'imprenditore l'adempimento di un dovere di carattere periodico. Allo stesso tempo, il bilancio svolge altre due funzioni essenziali nella struttura della società: da un lato, implica una rendicontazione

⁵³⁴ FORTUNATO, S., "Il diritto contabile e l'impresa", *Op. cit.*, pp. 292-293.

degli amministratori per la gestione –principalmente economica, anche se l'informazione riflessa sia espressiva di dati che riguardano anche altri settori⁵³⁵- svolta durante l'esercizio; d'altro lato, la formulazione del bilancio e la sua ulteriore approvazione dall'Assemblea generale permettono di determinare il risultato dell'esercizio e di adottare decisioni sull'applicazione dello stesso⁵³⁶.

A. Elaborazione del progetto di bilancio

Offrire un'informazione contabile di sintesi con carattere periodico implica una frammentazione –artificiosa secondo alcuni, ma comunque sempre necessaria- della vita della società in periodi temporali *aprioristicamente determinati*⁵³⁷, esercizi economici, che saranno oggetto d'analisi e considerazione per l'elaborazione di tali documenti. Così, se l'adempimento della tenuta dei libri contabili aveva un carattere dilatato nel tempo, il bilancio, dalla sua parte, presenta un carattere periodico nel suo adempimento –generalmente, come indica il suo nome in spagnolo (*cuentas anuales*) di carattere annuale-.

i. Chiusura dell'esercizio sociale

Nella sua funzione organizzativa ed strutturatrice del complesso della società, la contabilità non solo svolge una razionalizzazione degli elementi che integrano l'impresa, ma inoltre, giustifica pure una temporizzazione della sua

⁵³⁵ In questo senso, BIANCHI, L.A., "Le clausole generali della chiarezza...", *Op. cit.*, p. 47, che considera la possibilità d'estrarre informazioni di carattere extra-contabile di tali documenti.

⁵³⁶ In mancanza di una concrezione più dettagliata degli elementi a considerare nella conformazione del bilancio nel Diritto italiano, la dottrina ha considerato che sia d'applicazione a questo la disciplina propria della rendicontazione nel mandato. Così, COLOMBO, G.E., *Il bilancio...*, *Op. cit.*, p. 279.

⁵³⁷ SFAMENI, P., "L'esercizio sociale e il bilancio nelle società di capital", in *La disciplina giuridica del bilancio d'esercizio*, dir. L.A. Bianchi, Il Sole 24 ore, Milano, 2001, p. 1179, chi ugualmente considera (p. 1180) che l'esercizio sociale presenta una *dimensione organizzativa* (vincolata agli effetti interni che svolge dentro della società), una *dimensione temporale* (riferente alla sua durata minima o massima) e una *dimensione quantitativa* (legata alla determinazione dei risultati dell'attività d'impresa che si svolge nel periodo temporale indicato).

attività. La vita societaria si divide, così, in archi temporali, gli esercizi sociali, i quali avranno una durata normale di un anno e, in ogni caso, mai superiore a tale⁵³⁸.

Così, una delle indicazioni che possono essere contenute nello statuto sociale delle società di capitali è la durata dell'esercizio sociale. Nel caso in cui quest'ultima non dovesse essere menzionata, s'intende che l'esercizio inizia il primo gennaio e finisce il 31 dicembre, corrispondendo con l'anno naturale (art. 26 LSC). Ciò nonostante potremmo interrogarci, nonostante, questionare sulla possibilità d'ammettere esercizi economici di durata più ridotta. In principio, almeno, si può considerare un caso d'esercizio sociale inferiore ad un anno: il primo esercizio delle società che si costituiscono e che stabiliscono nei loro statuti la corrispondenza dell'esercizio con l'anno naturale o, come vediamo, che non facciano nessuna allusione al riguardo. Così, con questi presupposti –e fatto salvo il caso nel quale la società fosse stata costituita il primo gennaio-, il primo esercizio sociale avrà una durata necessaria inferiore all'anno. Ma non sarà mai valido un esercizio prolungato, incorporando i dati contabili dei primi mesi dell'attività all'esercizio annuale seguente⁵³⁹.

Ci troveremo di fronte alla stessa situazione nel caso in cui si fosse costituito una società a termine e la conclusione di questa non corrispondesse con il fine dell'esercizio sociale. In questo caso, l'ultimo esercizio economico avrà, ancora, una durata inferiore all'anno. Ugualmente, un ultimo caso nel quale si può considerare ammissibile la possibilità di un esercizio sociale inferiore all'anno avrà

⁵³⁸ Sentenza Trib. Milano del 27 febbraio 1973, ugualmente, motivandolo nel controllo contabile che svolgono i soci sul bilancio formulato, Sentenza Trib. Milano del 11 febbraio 1954. Allo stesso modo, si mostra contraria alla possibilità di esercizi superiori, la Sentenza Trib. Torino del 27 gennaio 1988 che considera quattro motivi per non accettare il contrario: il diritto dei soci ad ottenere la distribuzione degli utili senza troppa periodicità; il diritto dei creditori a controllare le quantità che si possano distribuire ai soci a conto dei dividendi (che possono prendere come base i bilanci semestrali di comprobazione); il diritto dei soci e dei terzi all'informazione offerta con la pubblicità del bilancio; e, finalmente, l'assicurazione che la struttura patrimoniale della società non richiede una riduzione del capitale sociale a causa di perdite.

⁵³⁹ VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, Op. cit., p. 142, in senso simile, COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio delle società per azioni*, Cedam, Padova, 1965, p. 249.

luogo quando, durante la vita della società, si decida –attraverso la modificazione statutaria corrispondente- di cambiare la data di chiusura dell'esercizio sociale, stabilendola in una data che sia anteriore a quella nella quale si raggiunga il periodo dell'anno. In tal esercizio concreto nel cui si sia operata la modifica dello statuto, pensiamo che la durata dell'esercizio può essere inferiore all'anno⁵⁴⁰.

La questione di maggior rilievo è se negli statuti si possa stabilire *ab initio* che l'esercizio sociale dell'impresa avrà, sempre, una durata inferiore agli 12 mesi. La possibilità di un esercizio sociale superiore a tale termine deve essere scartata sin da adesso, oltre ad essere vietato nell'art. 125.1 RRM, in quanto comporterebbe l'inadempimento radicale di alcune norme imperative che disciplinano il Diritto delle società, quali sono la celebrazione dell'Assemblea generale ordinaria, l'approvazione del bilancio e tutta la normativa sulla pubblicità di tale informazione. Parte della dottrina⁵⁴¹ lo giustifica affermando che il divieto di esercizi superiori sia stabilito al fine di proteggere chi ne abbia interesse nel conoscere la situazione patrimoniale ed i risultati dell'esercizio dell'impresa, precisandosi, di conseguenza, che tale informazione sia elaborata in periodi fissi, che permettano la comparazione di dati di un esercizio ad altro, e che tali esercizi non siano troppo lunghi, perché in caso contrario impedirebbero la conoscenza immediata della situazione dell'impresa e l'adozione tempestiva di decisioni.

La situazione più complessa è quella che accade per l'esercizio sociale inferiore all'anno. Il menzionato articolo del RRM stabilisce che la durata dell'esercizio sociale "non potrà essere in nessun caso superiore all'anno", trattandosi di una norma neutra che né esclude la liceità di esercizi più brevi, ma che, nemmeno ci permette d'affermarla. Dalla nostra prospettiva –e nonostante i tre casi eccezionali che abbiamo appena considerato- tale opzione non deve essere ammessa. Si afferma ciò non perché la normativa sostantiva diretta sull'esercizio sociale lo proibisca (come consideriamo, questa è una norma inespressiva al

⁵⁴⁰ La casistica che si può sviluppare in casi di modificazione della data di chiusura dell'esercizio sociale è analizzata da SFAMENI, P., "L'esercizio sociale e il bilancio...", *Op. cit.*, pp. 1189-1201.

⁵⁴¹ COLOMBO, G.E., *Íbid.*, p. 248.

riguardo), ma perché lo impedisce l'adeguato adempimento di altre prescrizioni imperative che regolano la vita delle società di capitali. Così, per esempio, l'art. 164.1 LSC che esige la convocazione dell'Assemblea generale ordinaria durante i sei primi mesi di ogni esercizio, avendo fra le sue competenze l'approvazione del bilancio (art. 160 LSC). Nel caso italiano, le esigenze annuali basate sull'informazione contabile appaiono negli artt. 2217 C.c. (redazione dell'inventario), 2261 (sul rendiconto nella società semplice), e, soprattutto, nel art. 2364 (convocazione dell'Assemblea generale, "almeno una volta all'anno", richiedendosi la convocazione dell'Assemblea ordinaria entro il termine stabilito dallo statuto e comunque entro un termine non superiore a centoventi giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale, in forma più espressiva di quanto accade nel Diritto spagnolo, da dove si deduce, giacché in questa si deve approvare necessariamente il bilancio, che l'esercizio sociale sarà di un anno⁵⁴².

Ebbene, la prima operazione che devono portare a termine gli amministratori per l'elaborazione del bilancio è la chiusura d'esercizio⁵⁴³. La

⁵⁴² Si manifestano ugualmente in contro della possibilità d'esercizi superiori all'anno, VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 142 e COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio...*, *Op. cit.*, pp. 250 e ss, chi nonostante considerare «l'inamminssibilità in línea di principio di esercizi più brevi o più lunghi di dodici mesi», considera possibile una deroga di tale principio (sempre riducendo), per incassare l'inizio dell'attività con la fine dell'esercizio sociale, mentre che «la deroga non pare, tuttavia, potersi ammettere nel senso del prolungamento dell'esercizio, poiché gli interessi dei terzi alla conoscenza della situazione económica della società devono venir soddisfatti almeno annualmente» (p. 251).

La giustificazione del carattere imperativo di questa durata annuale, la offre SFAMENTI, P., "L'esercizio sociale...", *Op. cit.*, p. 1184, al considerare che «nell'esercizio sociale s'individua un principio dinamico necesario all'organismo sociale, che partecipa della inderogabilità della disciplina relativa alla struttura dell'ente societario (quale per esempio quella del capitale sociale o degli organi social) assumendo in tal modo il carattere della indisponibilità da parte dei soci». In senso simile, FERRO LUZZI, P., "L'esercizio sociale e la sua rilevanza nel diritto dell'impresa en el diritto delle società", *Riv. Dir. Comm.*, 1965, pp. 391 e ss.

⁵⁴³ Come osserva il professore VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 130, chiusura dell'esercizio sociale (cierre de ejercicio social) significa due cose: la data statutaria o legale della chiusura dell'esercizio (cioè, di fine del periodo dell'esercizio sociale), e le operazioni di gestione e contabili di chiusura dell'esercizio (vale a dire, l'attività tendente a separare contabilmente un esercizio sociale dall'altro, differenziando le partite che affettano ad un periodo da quelle che affettano a quello seguente. Questo si porta a termine con la trascrizione dei dati dal libro mastro, dopo lo quale, gli amministratori dovranno realizzare l'inventario fisico delle esistenze ed annotare le variazioni prodotte con le esistenze iniziali del periodo). *Vid.* GARRETA SUCH, J.M., *Introducción al Derecho contable...*, *Op. cit.*, pp. 229 e ss. Insomma, la chiusura dell'esercizio consiste nella realizzazione delle operazioni di comprobazione documentale e fisica e delle operazioni di calcolo e giuridiche per preparare la bozza del bilancio, VICENT CHULIÁ, F., *ibid.*, p. 132.

formulazione del bilancio, secondo l'art. 253 LSC deve essere operata entro i primi tre mesi successivi al momento della chiusura dell'esercizio sociale⁵⁴⁴, dunque, entro dell'esercizio sociale successivo. Dalla chiusura dell'esercizio, momento che si configura come *dies a quo*, gli amministratori disporranno di un termine di tre mesi –salvo dubbia possibilità di ridurre nello statuto questo termine⁵⁴⁵– per formulare il bilancio della società. Comunque, il termine di tre mesi si computerà secondo le regole dell'art. 60.1 C. de c., che stabilisce che nel computo dei termini i mesi si considereranno così come designati nel calendario gregoriano⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ Questo precetto, nonostante, contrasta con il generico dell'art. 34 del C. de c., d'applicazione generale per qualsiasi tipo d'impresa, e non già specificamente per le società di capitali, che stabilisce che alla chiusura dell'esercizio, l'imprenditore dovrà formulare il bilancio della sua impresa, il cui si ha capito (così VICENT CHULIÀ, *Íbid.*, p. 131) come che si dovranno formulare in forma immediata. Dalla mia prospettiva, entrambe le norme non sono, in nessun punto, incompatibili. Le due appuntano che dalla data di chiusura dell'esercizio surge il dovere degli amministratori di formulare il bilancio, il cui, per le società di capitali si dovrà, anche, trovare soddisfatto prima che finisca il termine legalmente stabilito di tre mesi.

⁵⁴⁵ Anche se parte della dottrina si è posizionata in contro della possibilità di ridurre il termine dal cui dispongono gli amministratori per la formulazione del bilancio, giacché comporta una riduzione del tempo dal quale dispongono per adempiere un dovere di tale rilievo come è mostrare contabilmente l'informazione sui risultati e la situazione economica dell'impresa, obbligandogli ad assoggettarsi ad un termine minore a quello legale, la DGRN si è pronunciata a favore di tale possibilità di fissazione statutaria nella Risoluzione del 21 giugno 1983.

La questione contraria è comunque più semplice di risolvere. Si deve considerare nulla qualsiasi disposizione statutaria attraverso la quale si cerchi d'ampliare il termine temporale dal cui dispongono gli amministratori per formulare il bilancio, giacché quello significherebbe una dilatazione ingiustificata dei termini di funzionamento della società, che arrecherebbe pregiudizi, non solo ai soci della medesima (i quali, pensiamo che in principio si sarebbero legittimati per transazionare sui suoi diritti), ma principalmente a tutti gli uttendi esterni dell'informazione contabile e tutti i soggetti che hanno dei rapporti con l'impresa. Pensiamo, dunque, che il precetto ha un carattere imperativo in quanto a massimi; invece al riguardo dei minimi, sempre che non si produca nessuna violazione di diritti dei soggetti interessati, dobbiamo considerare ammissibile la possibilità di riduzione. Questa visione è mantenuta da ILLESCAS ORTIZ, R., "La formulación de las cuentas anuales...", *Op. cit.*, p. 1936, chi ammette tale possibilità non solo attraverso patto statutario (e, dunque, di forma indefinita), ma anche in modo empirico per decisione del Consiglio o gli amministratori (in senso simile, ILLESCAS ORTIZ, R., "El proceso de aprobación de cuentas, La formulación de las cuentas anuales de la Sociedad Anónima", *Partida Doble*, num. 54, 1994, pp. 10-11). In contro della riduzione statutaria, VICENT CHULIÀ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 104, giacché considera che la norma espressa il pronostico del legislatore sul tempo necessario per adempiere un obbligo legale di grande rilievo per la vita economica, in protezione degli interessi dei soci e dei terzi o pubblico interesse e sotto responsabilità dei propri amministratori.

⁵⁴⁶ Così, ILLESCAS ORTIZ, R., "La formulación de las cuentas...", *Op. cit.*, p. 1936; in uguale senso, VÁZQUEZ CUETO, J.C., *Las cuentas y la documentación...*, *Op. cit.*, p. 127, chi aggiunge che il *dies a quo* è il giorno della chiusura dell'esercizio, dovendo aversi in conto che, se nel mese della scadenza non avesse giorno equivalente all'iniziale del computo, si deve capire che il termine finisce l'ultimo giorno del mese. Considerando che se l'ultimo giorno fosse non lavorativo, quello non farebbe estendersi lo stesso al giorno feriale seguente, in considerazione dell'indifferenza che il atto dell'organo d'amministrazione si celebri o meno in giorno festivo.

ii. Formulazione estemporanea del bilancio

Rispetto alle conseguenze giuridiche della formulazione del bilancio oltrepassato questo termine –nonostante non si configuri quale termine essenziale-, pensiamo che può comportare responsabilità agli amministratori⁵⁴⁷ quando –senza che ricorra forza maggiore o caso fortuito⁵⁴⁸- quest’ultimo superi il termine legale; Ciò, tuttavia, in nessun caso supporrà che il bilancio formulato non sia valido per il fatto di essere estemporaneo⁵⁴⁹, né che vi si possa sollecitare la nullità dell’accordo d’approvazione del bilancio per l’Assemblea generale basando questa pretesa semplicemente nel superamento del termine di formulazione. Comunque, l’impossibilità di formulazione del bilancio entro il termine di tre mesi

⁵⁴⁷ In questo caso, i danni indennizzabili possono essere numerosi e diversi, abarcando dal pregiudizio irrogato alla società per il doppio processo di pubblicità materiale della convocatoria d’Assemblea, alle possibili sanzioni che glieli impongono come conseguenza dell’applicazione di norme di legislazione d’intervenzione. In questo senso, ILLESCAS ORTIZ, R., “La formulación de las cuentas...”, *Op. cit.*, p. 1937. Come aggiunge VÁZQUEZ CUETO, J.C., *Las cuentas y la documentación...*, *Op. cit.*, p. 128, l’adempimento tardivo e il danno devono essere probati per quello che gli adduce. Al riguardo del primo, devono prendersi come punto di riferimento la data d’adozione delle decisioni o deliberazioni corrispondenti. Per l’accreditazione di questa data possono servire come strumento probatorio –senza pregiudizio della presentazione d’altri- il libro dei verbali (quando la struttura dell’organo d’amministrazione consista in un Consiglio di amministrazione) o il proprio bilancio, la cui data deve essere rifletta prima della firma.

⁵⁴⁸ Considerava già il professore Garrigues che quando questo termine massimo legale –o il termine inferiore che lo statuto possa stabilire- non è rispettato dagli amministratori, questi possono adurre diverse cause di giustificazione considerando a volte la forza maggiore ed aducendo in altre la colpa delle persone direttamente incaricate di tenere la contabilità. La prima causa sarà giustificata se concorrono nell’omissione i requisiti del caso fortuito o della forza maggiore; ma la seconda causa di discolpa non può essere ammessa per il motivo elementale che il personale dell’impresa è subordinato agli amministratori e sono, dunque, questi, quei che devono rispondere degli atti colposi di quello, GARRIGUES/OLIVENCIA, “Del balance”, *Op. cit.*, pp. 381-382. Dalla sua parte, ILLESCAS, “La formulación de las cuentas...”, *Op. cit.*, p. 1937, considera fra questi casi, l’incendio o il furto dei libri contabili, allo quale s’aggiunge la maggiore vulnerabilità alla perdita dei dati nei casi della tenuta elettronica dei registri contabili. Al riguardo di quest’ultimo caso, penso che se s’adottano questi meccanismi per l’adempimento della documentazione contabile della società, gli amministratori devono avere la precauzione d’adottare le cautele che si considerino necessarie per evitare tale rischio.

⁵⁴⁹ Così, entro un’estensa giurisprudenza, l’Auto dell’AP di Guadalajara del 15 maggio 2009, che considera che l’Assemblea ordinaria estemporanea deve considerarsi come straordinaria, allo quale aggiunge la SAP di Zaragoza, Sezione 4^ª, del 11 marzo 2005, che in questi casi ci potremo trovare di fronte a presupposti di responsabilità degli amministratori che inadempiono il suo dovere di diligenza. La validità è difesa ugualmente dal Tribunal Supremo nelle sue sentenze del 25 aprile 1986 e del 6 febbraio 1987. Nonostante, in un primo momento, ormai superato, la giurisprudenza aveva la tendenza a dichiarare la nullità dell’Assemblea ordinaria celebrata dopo il termine legale; così: STS del 29 marzo 1960, STS del 19 aprile 1960; STS del 19 maggio 1967.

stabilito dalla norma, non depone l'obbligo d'una formulazione posteriore, che pur sempre continua risultando obbligatoria⁵⁵⁰.

Il caso italiano è diverso. L'art. 2423 C.c. si limita ad imporre il dovere di redigere il bilancio agli amministratori, ma non impone direttamente un termine nel quale questa formulazione si deva effettuare. Dunque, tale termine deve essere dedotto dall'art. 2364 C.c., che, in sede dell'organo assembleare, stabilisce che l'Assemblea generale ordinaria si deve celebrare entro i centoventi giorni posteriori alla chiusura dell'esercizio sociale, delimitandosi fra le funzioni di essa l'approvazione del bilancio⁵⁵¹. Un termine maggiore, tuttavia, si concede a quelle imprese che devano redigere il bilancio consolidato o quando ciò sia dettato da particolari esigenze legate alla sua struttura o al suo oggetto sociale, caso in cui il termine potrà raggiungere il massimo di 180 giorni. La convocazione dell'Assemblea avrà luogo, al meno 15 giorni prima della celebrazione di essa, salvo che s'utilizzi per la convocazione la possibilità dell'avviso comunicato ai soci con mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento, caso in cui, si potrà celebrare negli otto giorni dalla convocazione. Dalla combinazione di queste due norme (art. 2364 e 2366 C.c. ita.) si deduce che gli amministratori dovranno redigere il bilancio nei tre mesi seguenti alla chiusura dell'esercizio⁵⁵², giacché in quel momento dovranno convocare l'Assemblea per la sua approvazione, ed il

⁵⁵⁰ Questione completamente diversa sarebbe il caso in cui la dimora nella formulazione del bilancio si tratti di risolvere riducendosi il termine legalmente stabilito che deve mediare fra la convocazione dell'Assemblea generale e l'effettiva celebrazione di questa. Se per evitare l'estemporaneità si facesse la convocazione di un'Assemblea a celebrarsi prima che trascorra tale termine, si starebbe vulnerando il diritto d'informazione dei soci, il cui potrebbe dare origine all'impugnazione della decisione d'approvazione del bilancio dall'Assemblea generale. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA Y LORENZO-VELÁZQUEZ, J., "La Junta general ordinaria: su competencia y su celebración fuera de plazo", *RDM*, num. 175-176, 1985, pp. 235-239. Nella giurisprudenza, *vid.* la sentenza de la AP Valencia (secc. 9ª) del 10 febbraio 2006.

⁵⁵¹ Nonostante la confusione terminologica, siamo d'accordo con RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, p. 90, nt. 26, sul fatto che, «il bilancio infatti viene redatto [*approvato] in un arco temporale compreso fra il quarto e il sesto mese dalla chiusura dell'esercizio (art. 2364, 2º comma), quando già cominciano ad emergere ed essere noti i fatti gestionali relativi all'esercizio successivo».

⁵⁵² Questa situazione s'incasta, ugualmente, con l'esigenza dell'art. 2217, 3º comma, C.c., che determina che l'inventario deve essere sottoscritto dall'imprenditore entro i tre mesi dal termine per la presentazione della dichiarazione dei profitti ai fini dell'imposizione diretta (imposta sulle Società).

bilancio dovrà essere pronto prima della convocazione, in modo tale che i soci possano fare uso del loro diritto d'informazione. La soluzione temporale, nonostante sia articolata attraverso altri procedimenti, finisce essendo la stessa che nel Diritto spagnolo.

iii. La formulazione del bilancio come competenza organica degli amministratori

Considerata la questione temporale, dobbiamo entrare ora nell'analisi soggettiva delle norme. In questo senso, la normativa commerciale regola l'adempimento del dovere di formulazione del bilancio dalla prospettiva organica attribuendo, cioè, l'adempimento del dovere di formulazione agli amministratori⁵⁵³. La normativa impiega la prospettiva della responsabilità e non quella della pratica materiale delle attuazioni tecnico-contabili. Come risulta ovvio, nelle società di capitali di certa entità, l'adempimento dei doveri contabili non è portato a termine dagli amministratori, ma da uno o una squadra di esperti contabili, sotto la supervisione della direzione finanziaria (dunque, dentro della struttura organizzativa volontaria della società). La direzione finanziaria o contabile della società adotta normalmente fra le sue competenze la tenuta dei libri di contabilità così come l'elaborazione dei documenti di sintesi, nonostante la normativa attribuisca questi doveri agli amministratori. Così, in realtà, per la chiusura dell'esercizio gli amministratori potranno fare affidamento sulla collaborazione del Direttore finanziario e gli altri direttivi della società e sul lavoro di esperti contabili per adempire questo dovere di formulazione del bilancio.

⁵⁵³ E l'adempimento di quello non può essere, in nessun caso, sostituito dall'intervento di nessun altro organo. Così, nel Diritto italiano, l'art. 2367, 3° comma C.c., impedisce che possa essere convocata l'Assemblea generale a istanza dei soci (convocatoria giudiziale) nei casi in cui tale Assemblea deva tenere per oggetto la discussione sulla base di un progetto o di una relazione predisposta dagli amministratori. Di là si deduce che l'approvazione del bilancio solo potrà essere promossa in conformità ad un progetto elaborato dagli amministratori, senza che la stessa Assemblea possa assumere nessuna competenza al riguardo, è che si possa supplire la competenza degli amministratori attraverso l'intervento giudiziale.

Con la chiusura dell'esercizio, si mettono in funzione i meccanismi del codice di condotta interno che si sia adottato nella società⁵⁵⁴, in modo che le direzioni dei diversi sistemi che compongono la struttura dell'impresa, trasmetteranno agli amministratori l'informazione necessaria per l'elaborazione del bilancio. Questi direttivi elaboreranno e trasmetteranno tutta l'informazione necessaria con responsabilità, potendosi modulare il contenuto della diligenza nelle sue attuazioni attraverso *due diligence letters* che si siano sottoscritte nel momento dell'assunzione dell'incarico e che possono aversi articolato attraverso la sottoscrizione di codici interni di funzionamento della società, ugualmente svolgeranno efficacia a questo riguardo le regole di buon governo corporativo che siano state adottate dalla società, per quanto riguarda ai rapporti fra gli amministratori e direttivi. La chiusura dell'esercizio diventa così un'operazione complessa di raccolta interna d'informazione dei diversi settori dell'impresa, sotto solenne dichiarazione di ognuno dei responsabili di dichiarare la verità e non occultare dati⁵⁵⁵. Tuttavia, si deve discernere la questione della redazione materiale dei documenti dalla relativa responsabilità nella predisposizione degli stessi. La responsabilità sorge in capo, in ogni caso, e in forma ineludibile, agli amministratori, anche se nel processo d'elaborazione dei documenti siano maggiormente intervenuti altri professionisti della struttura dell'impresa (ragionieri, direzione finanziaria)⁵⁵⁶.

Gli amministratori rispondono della formulazione del bilancio, anche se non sia stato formulato direttamente da loro⁵⁵⁷. Questa situazione si deve alla

⁵⁵⁴ VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 132.

⁵⁵⁵ VICENT CHULIÁ, F., *Íbid.*, p. 133.

⁵⁵⁶ GARRIGUES, J. e OLIVENCIA, M., "Del balance", *Op. cit.*, p. 323, giustificavano questa situazione affermando che quello che il legislatore pretende con questa regola è fare che gli amministratori si solidarizzino con l'attuazione dei ragionieri. In realtà quello che si fa, è fare responsabili a quelli dell'attuazione di questi, al trovarsi sotto la sua direzione e supervisione, e senza pregiudizio delle azioni di ripetizione per la responsabilità che questi potessero avere.

⁵⁵⁷ Entro un'ampia giurisprudenza, possiamo considerare la SAP di Tarragona, Sezione 1ª, del 15 ottobre 2008, nella quale si considera che indipendentemente del fatto che altri potessero tenere la contabilità o l'amministrazione di fatto dall'amministratore, questo è il responsabile della sua tenuta come unico soggetto registrato nel Registro Mercantil anche se la contabilità sia tenuta da altri, la responsabilità è dell'imprenditore che è quello obbligato alla sua tenuta.

circostanza che tutta l'attuazione delle direttive e le deleghe di poteri che si fanno nella struttura della società deve essere sottoposta alla sua supervisione. Gli amministratori, ugualmente, devono rispettare la diligenza dovuta nel consegnare ai direttivi le adeguate *due diligences* nelle quali si illustrino precise istruzioni su come procedere nell'adempimento adeguato degli obblighi della sua carica, e le quali implicano, in ogni caso, il rigoroso rispetto alla normativa. Allo stesso modo, le regole di «Buon Governo delle Società» (*governance*) includono la consegna dal direttivo agli amministratori di una «lettera di rappresentanza» (*representation and warranties*), simili alla «Lettera di Manifestazioni della Direzione» che i revisori legali richiedono agli amministratori delle società revisionate. Nel tema che ci occupa il Direttore finanziario indicherà in quella lettera che il progetto c'è stato elaborato rispettando le norme legali, sulla base dell'informazione verace ed esaustiva dei dati contabili della società⁵⁵⁸. In base a inadempimenti posteriori dei direttivi che potessero affettare alla responsabilità degli amministratori come garanti ultimi della legittimità del bilancio elaborato, questi potranno ripetere ante l'inadempimento che, infatti, hanno arrecato i suoi subordinati. Un settore della dottrina considera che attraverso queste *due diligences* e delle lettere di rappresentanza, gli amministratori potranno esonerarsi da eventuali responsabilità originate delle irregolarità contabili che derivano da colpa *in eligendo* o *in vigilando* di questi dei subordinati di quest'ultimi⁵⁵⁹.

La dottrina italiana nella materia considera che al riguardo si può parlare di due progetti di bilancio: il primo, di carattere informale è quello redatto dagli amministratori e contabili dell'impresa; il secondo progetto di bilancio ha carattere formale e si basa sul progetto previo, ed è quello adottato –attraverso la decisione di formulazione- dagli amministratori. Ma solo si potrebbe parlare di bilancio propriamente detto dall'approvazione per l'Assemblea. Così, SOMENZARI, P., "Il procedimento di formazione del bilancio d'esercizio della società per azioni", *Fisco*, 1996, p. 4412. Secondo BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, *Op. cit.*, p. 49, «il progetto di bilancio è riferito a tutti gli amministratori (ma) questo non significa che tutti gli amministratori debbano procedere alla materiale stesura dei documenti contabili, nella prassi predisposti da ausiliari a ciò addetti o da professionisti esterni. Al Consiglio di amministrazione compete, invece, una deliberazione collegiale sull'impostazione del bilancio, con la quale viene fatto proprio dall'organo amministrativo il progetto, solitamente già impostato».

⁵⁵⁸ VICENT CHULIÀ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, pp. 134-135.

⁵⁵⁹ La nostra opinione sull'intervento dei direttivi nella formulazione del bilancio è che questi possono partecipare in tutto il processo di "conformazione" del bilancio, ma non così nell'atto della sua formulazione (che sarà, sempre una decisione degli amministratori), né nella sua presentazione all'Assemblea generale. Dunque, nel caso in cui abbia luogo il suo intervento, questo si limiterà, in esclusiva, allo svolgimento di atti meramente materiali. In senso simile osserva ILLESCAS ORTIZ, R., "La formulación de las cuentas...", *Op. cit.*, p. 1934, che tale indelegabilità sembra proclamata per

Comunque, il dovere di formulazione del bilancio è un'attribuzione che si realizza in forma esclusiva ed indelegabile dall'organo d'amministrazione. L'adempimento di tale non può essere delegato né soddisfatto da nessun altro soggetto: il bilancio non potrà nemmeno essere formulato da esperti nominati giudizialmente e approvato per risoluzione giudiziale, giacché la volontà sociale non può essere sostituita dai tribunali⁵⁶⁰. Neanche potrà essere svolta questa funzione dai sindaci nel sistema italiano nel caso in cui gli amministratori rimangano inattivi⁵⁶¹.

Entrando nella parte materiale, formulare il bilancio implica la realizzazione dell'insieme degli atti tendenti all'elaborazione di un progetto⁵⁶² di bilancio che si presenterà all'Assemblea. Nell'elaborazione del bilancio, si prenderà come base gli allibramenti che siano stati praticati in modo continuato nei libri contabili – facendosi dipendere, così, l'esattezza del bilancio della corretta tenuta dei libri-, e, altre a seguirsi, le norme sostantive che abbiamo appena considerato, nella redazione di questi documenti si dovranno seguire una serie di criteri contabili: in primo luogo, s'indicheranno le cifre corrispondenti all'esercizio in questione, così come quelle dell'anteriore per permettere la comparazione nell'evoluzione; in

il caso che il Consiglio abbia delegato permanentemente funzioni in consiglieri delegati o commissioni esecutive. La legge sembra di vietare la delegazione per quanto riguarda alla formulazione e non la proibisce in forma tassativa, giacché il legislatore, per il caso, non tiene la dovuta coerenza terminologica –lo quale genera certi dubbi che si devono dissipare-. Infatti, la delegazione dal Consiglio che tassativamente è vietata dal legislatore è quella della rendicontazione e della presentazione dei bilanci all'Assemblea generale.

⁵⁶⁰ In uguale senso, VICENT CHULÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 105, aggiunge che questione diversa sarà che concorrano i presupposti in cui il giudice può procedere alla nomina d'amministratori giudiziali. In questo caso, penso che la logica si conserva giacché la formulazione del bilancio continuerà essendo prodotta dagli amministratori attuali della società, con indipendenza che la nomina di essi si abbia prodotto per espressione della volontà dell'Assemblea generale o per intervento giudiziale.

⁵⁶¹ COLOMBO, G.E., *Il bilancio...*, *Op. cit.*, p. 262.

⁵⁶² Come affermava GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Ed. Univ. de Valladolid, Valladolid, 1952, p. 449, il bilancio formulato dagli amministratori non è ancora bilancio, giuridicamente parlando, ma un progetto, ed è sprovvisto di carattere giuridico negoziale in quanto non produce effetti derivati della volontà degli amministratori. La normativa spagnola, comunque, non è così chiara come quella italiana al riguardo, la che attribuisce questo carattere di progetto al bilancio formulato prima della sua approvazione dall'assemblea nell'art. 2475 C.c.

secondo luogo, si proibisce di consegnare partite che non abbiano importo alcuno, al fine di non offrire apparenze fittizie. Il riflesso dell'immagine fedele impedisce la possibilità di compensare le partite le une con le altre, in modo che, aggregando risultati, il bilancio perda espressività⁵⁶³. Nel caso spagnolo, oltre a questo si stabilisce un modello di presentazione del bilancio⁵⁶⁴ nel Registro Mercantil per la sua pubblicità. Lo scopo di questi modelli è standardizzare la sua presentazione nel Registro, e, di conseguenza, pensiamo che la sua validità si progetta nella relazione con quest'ufficio, dunque non sono imperativi di fronte alla formulazione stessa del bilancio e la sua presentazione all'Assemblea generale. Sarà valida la formulazione del bilancio e la sua presentazione all'Assemblea anche in un formato che non segua precisamente questo modello, sempre che vengano rispettati, senza modificare il contenuto del bilancio approvato, per la remissione di essi al Registro. Nonostante sia plausibile, penso che tale soluzione sia abbastanza improbabile, principalmente perché i modelli approvati seguono direttamente tutte le indicazioni normative su come si deve procedere alla redazione del bilancio ed il contenuto delle diverse partite; dunque, supporrà uno sforzo addizionale dover "adattare" posteriormente a questi modelli un bilancio che si elabori senza seguirlo.

iv. L'atto di formulazione del bilancio

⁵⁶³ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "La contabilidad: Las cuentas anuales. Los principios contables. La auditoría de cuentas", in *Curso de Derecho Mercantil*, coord. URÍA/MENÉNDEZ, Tomo I, Civitas, Madrid, 2006, p. 184.

⁵⁶⁴ Istruzione del 28 febbraio 2011 (BOE 14/03/2011), della Dirección General de los Registros y del Notariado, per la que se modifican los modelos establecidos en la Orden JUS/206/2009, del 28 gennaio, por la que se aprueban nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación, modifica la Resolución de 6 de abril de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se modifican los modelos establecidos en la Orden JUS/206/2009, y se da publicidad a las traducciones a las lenguas cooficiales propias de cada Comunidad Autónoma. Così, ugualmente, se si seguono questi modelli si risolvino i possibili problemi sul linguaggio che si deve impiegare all'ora di formulare il bilancio, e che ci avevamo occupato quanto trattavamo la tenuta dei libri contabili. *Vid.* sui modelli, GÓMEZ PORRÚA, J.M., "Nuevos modelos para la presentación de las cuentas anuales en el Registro Mercantil", *DN*, num. 222, Marzo 2009, p. 29-30; *Íd.*, "Modelos de presentación de las cuentas anuales", *DN*, num. 226, luglio 2009, pp. 41-42; *Id.*, "Modificación de los modelos de presentación de las cuentas anuales", *DN*, num. 236, maggio 2010, pp. 29-30.

Oltre a questa redazione, avrà luogo la discussione dei documenti redatti fra tutti gli amministratori che, nel caso in cui siano in numero maggiore di uno integreranno l'organo d'amministrazione della società⁵⁶⁵. Facciamo riferimento, comunque al fatto che tale dovere sorge in capo agli "amministratori attuali" della società che, per l'adempimento di tale dovere, potranno utilizzare come base il lavoro contabile dei predecessori⁵⁶⁶. Ugualmente, il dovere di formulare il bilancio si mantiene nel caso di società in liquidazione, nel cui caso, i liquidatori saranno obbligati alla redazione del bilancio, sebbene, in questi casi, la valutazione degli elementi patrimoniali avrà luogo in funzione del loro valore di liquidazione e non utilizzando i criteri contabili di valore ragionevole o costo storico⁵⁶⁷. Continua pure l'obbligo di formulare ed approvare il bilancio nelle società inattive, perché nonostante ciò, gli attivi e passivi della società continuano soffrendo modifiche quando si verificano incassi, spese e deprezzamenti, suscettibili d'essere consegnati nel bilancio per riflettere l'immagine fedele dell'impresa⁵⁶⁸.

Ricevuta tutta l'informazione precisa per la configurazione dei documenti che integrano il bilancio e, in caso, con la collaborazione della direzione finanziaria della società, gli amministratori –tutti, o alcuni delegatamente- elaboreranno la proposta dei documenti che compongono il bilancio. Il sistema della IV Direttiva gira in torno a tre documenti: due sintetici della situazione economica,

⁵⁶⁵ Si tratta, dunque, di una decisione che compete al Consiglio di amministrazione di forma esclusiva ed escludente per ministero della legge. Né il consigliere delegato, né il comitato esecutivo, né il direttore generale possono formulare il bilancio, né presentarlo all'Assemblea. In senso simile, ILLESCAS ORTIZ, R., "La formulación de las cuentas...", *Op. cit.*, p. 1934.

⁵⁶⁶ Questa soluzione è adottata ugualmente da ILLESCAS ORTIZ, R., "La formulación de las cuentas...", *Op. cit.*, p. 1935, il cui aggiunge che la diligenza richiesta agli amministratori che acquiscano la sua condizione dopo la chiusura di un esercizio comprende la necessità di conseguire un grado di conoscenza sufficiente sull'evoluzione della compagnia nell'esercizio precedente come da poter intervenire senza scusa nella deliberazione di formulazione del bilancio. Illescas, ugualmente, fa fronte alla situazione che tutti gli amministratori di una società si siano dimessi delle sue cariche. In questo caso, condividiamo la sua opinione che i dimissionari si mantengono nell'esercizio interino delle sue funzioni fino a che dall'Assemblea generale si produca la nomina dei suoi successori.

⁵⁶⁷ Come dichiara l'auto del JM num. 2 di Pontevedra, del 10 novembre 2008, corrisponde ugualmente l'adempimento dei doveri contabili agli amministratori, assistiti dell'amministrazione concorsuale quando il procedimento abbia entrato nella fase di liquidazione, caso nel cui si dovrà adottare il valore di liquidazione come criterio di valutazione delle partite del bilancio.

⁵⁶⁸ Così, VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 147.

patrimoniale e finanziaria e uno esplicativo di questi due. Tale sistema, seguito in Italia e Germania, configura il bilancio integrato dallo stato patrimoniale, il conto economico e la nota integrativa. Nel sistema spagnolo di contabilità si è andato al di là a partire della riforma introdotta dalla Legge 16/2007, del 4 luglio, “de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea” (di riforma e adattamento della legislazione commerciale in materia contabile per la sua armonizzazione internazionale con base sulla normativa dell’Unione Europea), aggiungendo ai tre documenti considerati (balance, cuenta de pérdidas y ganancias e la memoria) altri due: un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio e un estado de flujos de efectivo.

In modo molto globale e senza pretese di esaustività, si può affermare che il contenuto informativo di ognuno di questi documenti –che integrano il bilancio formando un’unità-, ci offre informazioni di diverso segno sulla situazione dell’impresa. Così, lo stato patrimoniale configura con la dovuta separazione di attivi, passivi e fondi propri, un’immagine della situazione patrimoniale e finanziaria della società nel momento della chiusura dell’esercizio. Il conto economico offre informazioni sul risultato economico dell’attività dell’impresa durante l’esercizio, distinguendo per ciò fra il valore ed i costi della produzione; quei proventi ed oneri finanziari; le rettifiche di valore di attività finanziarie ed i proventi e oneri straordinari, offrendo insomma il risultato dell’esercizio. Il “estado de cambios en el patrimonio neto” si mostra come un conto dinamico che si occupa di riflettere le variazioni patrimoniali che si sono prodotte dentro di questo insieme di elementi dello stato patrimoniale; per il quale mostrerà in modo separato gli incassi ed i costi prodotti durante l’esercizio che siano conseguenza dell’attività dell’impresa, dei registrati direttamente nel patrimonio netto, così come mostrando una relazione di tutti i movimenti che hanno avuto luogo nel patrimonio netto, includendosi le transazioni realizzate con i soci. Il “estado de flujos de efectivo” mostra gli incassi ed i pagamenti realizzati dall’impresa, ordinati e raggruppati per categorie o tipi d’attività, allo scopo d’informare sui movimenti

d'effettivo che hanno avuto luogo durante l'esercizio. In ultimo luogo, la nota integrativa completa, amplia e commenta l'informazione di questi altri documenti.

Elaborati materialmente questi documenti, devono essere adottati, nel caso che l'amministrazione corrisponda a più di un soggetto, dagli amministratori (congiunti o disgiunti) o dal Consiglio di amministrazione. La normativa configura la «formulazione del bilancio» non tanto come l'insieme di atti materiali tendenti all'elaborazione di questi 3 o 5 documenti, ma che propriamente, considera per tale la decisione degli amministratori –come organo collegiale- d'accettare e firmare il progetto di bilancio che presenteranno all'Assemblea generale per la sua approvazione⁵⁶⁹. Si tratta, insomma, di una decisione dell'organo d'amministrazione con la quale si manifesta la dichiarazione di scienza di secondo grado che configura il bilancio, nella quale si devono riflettere la situazione e i risultati della società durante l'esercizio a cui vanno riferite. Ugualmente, gli amministratori dovranno formulare, senza essere integrati nel bilancio, la relazione sulla gestione e la proposta di destinazione degli utili dell'esercizio.

L'atto definitivo della formulazione del bilancio deve essere adottato come una decisione della totalità degli amministratori –senza costituire, al nostro avviso, un accordo di quest'organo, giacché ha il carattere proprio dell'adempimento d'un dovere e non quello di un'espressione di volontà-, adottato in forma maggioritaria e senza che ci sia spazio, nella manifestazione di questa volontà, per delega⁵⁷⁰. Al riguardo di questa decisione, dobbiamo considerare le diverse forme in cui si può strutturare l'organo d'amministrazione. Così, se c'è un unico amministratore, la volontà di questo di formulare il bilancio, servirà come formulazione; nel caso di due amministratori che attuano in modo congiuntivo, ciò implicherà la necessità di connivenza di entrambi sulla formulazione; con riguardo al caso in cui ci siano due amministratori che attuino in forma disgiuntiva, potrebbe sorgere un

⁵⁶⁹ Si è considerato che la formulazione del bilancio comporta un *nomen iuris* la cui portata è determinata legalmente e va al di là del significato abituale di tali termini. In questo senso, ILLESCAS ORTIZ, R., "La formulación de las cuentas...", *Op. cit.*, p. 1927.

⁵⁷⁰ VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 135, ILLESCAS ORTIZ, R., "La formulación de las cuentas...", *Op. cit.*, p. 1926.

problema: giacché in questo caso non è completamente chiaro se si deve esigere che ci sia consenso di entrambi sul bilancio da formulare o se si può ammettere, com'è stato considerato dalla dottrina⁵⁷¹, che ognuno degli amministratori possa formulare il suo proprio bilancio e presentare entrambi all'Assemblea generale affinché questa decida quale dei due progetti desidera approvare⁵⁷²; nel caso più frequente di formarsi Consiglio di amministrazione, si richiederà l'adozione per maggioranza di questi sul bilancio che si decide formulare⁵⁷³, giacché il contrario – cioè, richiedere l'unanimità- potrebbe portare ad una situazione di paralizzazione degli organi sociali⁵⁷⁴. In ultimo luogo, si deve considerare la situazione in cui, di fronte ad un Consiglio di amministrazione formato da un numero d'amministratori in cifra pari, i voti risultino pari di fronte alla delibera di due proposte di formulazione del bilancio. In questo caso, pensiamo, si potrà ammettere che entrambe le proposte di bilancio si presentino all'Assemblea, perché questa decida quale di quelle è espressiva della volontà sociale⁵⁷⁵.

Dunque, occorre considerare qual è la natura giuridica della «formulazione» del bilancio dagli amministratori. Comunque, si deve partire del ragionamento che tale formulazione suppone, prima di tutto, l'adempimento d'un dovere legale da parte degli amministratori. Questi sono obbligati a formulare il bilancio della società in un termine decorrente dalla fine dell'esercizio sociale. Succede, tuttavia,

⁵⁷¹ VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 103.

⁵⁷² In contro di quest'opinione, ILLESCAS ORTIZ, R., "La formulación de las cuentas...", *Op. cit.*, p. 1933, chi considera che si deve sostenere un argomento d'interessi in contro della possibile esistenza di formulazioni diverse.

⁵⁷³ Così, risulta ovvio che la formulazione, al uguale che qualsiasi altra decisione corporativa nelle società per azioni, non richiede dell'unanimità. Le discrepanze surgite si salvano attraverso la regola della maggioranza in votazione ad hoc, richiedendosi la maggioranza assoluta degli amministratori concorrenti alla sessione, presenti o rappresentati, ILLESCAS ORTIZ, R., "La formulación de las cuentas...", *Op. cit.*, p. 1933, in caso che non si sia raggiunta tale maggioranza, si dovrà ripetere la votazione, introducendo o meno le necessarie rettificazioni nei bilanci progettati ai fini di conseguire la maggioranza richiesta.

⁵⁷⁴ ILLESCAS, *ibid.*, sostiene questa soluzione sulla base dell'art.1693 C.c., il cui disciplina l'amministrazione congiuntiva nelle società civili, e contempla il diritto d'opposizione dell'amministratore discorde. Nonostante, come sottolinea, un'adeguata configurazione statutaria – o, attraverso le regolamentazioni di regime interno- su come deve procedere l'organo d'amministrazione di fronte a questi casi, potrà risolvere tanti conflitti.

⁵⁷⁵ Ugualmente, COLOMBO, G.E., *Il bilancio...*, *Op cit.*

che giacché l'amministrazione della società può essere organizzata in diverse forme, quando concorrono vari amministratori nello svolgimento della gestione della società –formino o meno Consiglio di amministrazione- l'adempimento di tale dovere si deve assurgere attraverso l'attuazione congiunta degli amministratori. È per tal ragione che la normativa esige che la formulazione del bilancio derivi da una decisione del Consiglio di amministrazione (quando si sia formato questo) come forma d'attuazione di un organo collegiale⁵⁷⁶.

Problematica può risultare la posizione dell'amministratore che sia discorde al bilancio formulato dal Consiglio di amministrazione. In questo caso, oltre a salvare la sua firma indicando il dissenso con il bilancio che si è adottato dal Consiglio, può considerarsi la possibilità che formuli il suo proprio bilancio e lo presenti in modo motivato all'Assemblea generale perché questa lo possa prendere in considerazione di fronte all'approvazione o meno del bilancio formulato dal Consiglio⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ Non possiamo in assoluto condividere l'opinione di PALÁ LAGUNA, E. e PALÁ LAGUNA, R., "Impugnabilidad del acuerdo del consejo de administración de una sociedad anónima, de formulación de las cuentas anuales", *RDS*, 1997, num. 9, p. 299, chi considerano che la formulazione del bilancio dal Consiglio di amministrazione ha la natura giuridica di «accordo sociale». In primo luogo, perché si tratta di una decisione adottata nell'ambito di uno degli organi che compongono la società e che, in nessun caso, è espressiva per se della volontà sociale. Massime dovuto a che la competenza per l'approvazione del bilancio corrisponde all'Assemblea generale (art. 160 LSC) e non all'organo d'amministrazione, che semplicemente ha incaricato il compito –materiale- di formulazione di quello. In secondo luogo, perché l'adozione della decisione (sottolineiamo «decisione dell'organo d'amministrazione») è semplicemente il meccanismo necessario per l'espressione della volontà dei suoi membri sull'opportunità di un progetto di bilancio; decisione che non può considerarsi che costituisca nemmeno un accordo dell'organo, giacché nel caso che la società affidi la sua gestione a un singolo amministratore, quello formulerà il bilancio ovviamente, senza precisare nessun accordo. In terzo luogo, a causa degli effetti giuridici esterni: la decisione di formulazione del bilancio –mentre non sia stata approvata dall'Assemblea generale, momento dal quale questo bilancio esprime la volontà sociale- non produce nessun effetto giuridico (in contra, *ibid.*, p. 301), al di là dalle conseguenze che, derivate della buona fede e dal dovere d'informazione, ci devono fare considerare che gli amministratori conoscono la situazione reale della società manifestata nel bilancio che hanno formulato e, dunque, glieli può esigere d'agire in conseguenza (si pensi in una situazione di spatrimonializzazione, nella vicinanza ad una situazione d'insolvenza...).

Condividiamo, invece, la visione che consideriamo più adatta del professore ILLESCAS ORTIZ, R., "La formulación de las cuentas...", *Op. cit.*, p. 1928, chi considera che la formulazione si configura come un atto essenziale, ma non esclusivamente, della volontà degli amministratori sulla base della quale danno forma definitiva, per quanto ad essi rispetta, al bilancio.

⁵⁷⁷ Quest'opinione è ritenuta da VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 136, e che condividiamo, al considerare che l'opinione della minoranza del Consiglio di amministrazione, che

È necessario distinguere fra la decisione di formulazione del bilancio ed il bilancio formulato di per se. Così, con riguardo alla decisione, la normativa non richiede che questa sia adottata all'unanimità, come abbiamo considerato. Per quanto riguarda il bilancio, invece, questo deve essere sottoscritto⁵⁷⁸ da tutti gli amministratori della società –art. 37.1.3^o C. de c., 253.2 LSC, e in certa misura, 2217, 3^o comma C.c. ita.-. Pensiamo che la firma del bilancio deve includersi in ognuno dei -3 o 5- documenti che lo compongono e, probabilmente, in ognuna delle pagine di questi⁵⁷⁹ -in modo tale che si possa constatare l'approvazione di tutti gli amministratori dell'intero contenuto⁵⁸⁰-. La firma dei tutti gli amministratori sarà anche intestata con la data della decisione di formulazione –*recte*, la data in cui si decise la sua presentazione come proposta dal Consiglio di amministrazione-, in modo tale che questa decisione sia fissata in un momento temporale concreto, aspetto che potrà avere rilievo in sede probatoria.

Questa distinzione fra la decisione e il bilancio per quanto riguarda la firma deriva del fatto che la firma non implica, in modo alcuno, la dichiarazione di conformità con quelle degli amministratori firmanti. Tale conformità o disconformità sarà stata espressa durante la votazione della proposta, e potrà essere incorporata alla firma in un'attestazione nella quale, nonostante incorporare la firma dell'amministratore, s'indichi che questo non è conforme con il suo contenuto (e che, in caso, si spieghi in modo succinto, sebbene basta che s'indichi una formula tipo "con il mio voto in contro")⁵⁸¹. Ugualmente, sarebbe

può essere quella di un singolo amministratore, potrà essere espressa nell'Assemblea general in forma orale o scritta, ma non avrà carattere di formulazione di bilancio.

⁵⁷⁸ Si è affermato tradizionalmente che tale firma deve essere necessariamente autografa. Pensiamo che, nell'attualità, tale considerazione dovrebbe essere aggiornato, a causa della generalizzazione dell'uso della firma elettronica e la progressiva informatizzazione dei processi entro le società di capitali, in modo tale che si permetta da tale l'inserimento della firma elettronica avanzata di tutti gli amministratori.

⁵⁷⁹ Ugualmente, ILLESCAS ORTIZ, R., *Íbid.*, p. 1938.

⁵⁸⁰ O bene, nel caso di firma elettronica, che si doti ai documenti informatici dei meccanismi tali che impediscano l'alterazione successiva da quanto firmato.

⁵⁸¹ Parte della dottrina considera che quest'esigenza di tutte le firme ha lo scopo di elevare ad un estremo innecessario il grado d'autenticità del bilancio, così ILLESCAS ORTIZ, R., "La formulación de

possibile che nessun amministratore si opponga alla firma dovendo in tal caso il segretario del Consiglio di amministrazione esprimere questa circostanza così come giustificare la mancanza di firma al certificare la decisione dell'organo. Dalla mia prospettiva, la finalità perseguita dal legislatore all'esigere la firma di tutti gli amministratori è quella di renderli responsabili dal contenuto della formulazione, responsabilità che li riguarda esclusivamente come organo collegiale della società e che non raggiunge ai direttivi o ragionieri dell'impresa. Così, nel richiedersi la firma di tutti gli amministratori li responsabilizza, da una parte, del contenuto che hanno dichiarato –non si deve dimenticare, che il bilancio conforma una dichiarazione di scienza, e che, come tale, deve essere riferito ad un emittente, in questo caso, la totalità dell'organo d'amministrazione-; e, d'altra parte, possono derivare da questa firma conseguenze per quanto riguarda l'informazione degli amministratori. Al consegnarsi della firma sul bilancio, si presuppone –e pensiamo che difficilmente possa mediare prova in contrario- che gli amministratori conoscono il contenuto del bilancio che formulano, vale a dire, che sono coscienti della situazione economica che è alla base dell'impresa e, che, sotto la propria responsabilità, tale bilancio corrisponde con la situazione reale dell'impresa. In tal modo non possono esimersi da responsabilità di fronte a situazioni successive: coinvolgimento della società in causa legale di scioglimento per il patrimonio risultante inferiore alla metà del capitale sociale che si trova in una situazione vicina al fallimento e non adottare misure di risanamento oppure operare la sollecitudine volontaria del concorso... In tali casi, pensiamo che gli amministratori non possono dilatare l'adozione di decisioni fino al momento in cui l'Assemblea generale proceda all'approvazione del progetto di bilancio.

La decisione di formulazione di questo progetto di bilancio deve essere iscritta nel libro delle adunanze e deliberazioni dell'organo d'amministrazione⁵⁸².

las cuentas...”, *Op. cit.*, p. 1938. In senso simile, VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 136.

⁵⁸² In contro, con un ragionamento che non condividiamo, si manifestò la Risoluzione della DGRN del 5 luglio 1986, al affermare che l'accordo del Consiglio di amministrazione non deve costare obbligatoriamente nel libro delle deliberazioni del Consiglio, al trattarsi di un atto interno. Pensiamo che qualunque decisione di tale organo che svolga rilievo per la società, com'è l'adozione

Tutto ciò, tuttavia, non conferisce a tale documento nessuna efficacia giuridica esterna, al di là dell'inopponibilità del disconoscimento del suo contenuto da parte degli amministratori. Così, fino al momento in cui il bilancio non sia approvato dall'Assemblea generale –nel caso generale spagnolo e italiano–, oppure dal Consiglio sindacale/Aufsichtsrat –nel caso del sistema dualistico italiano o nel sistema tedesco–, non esplicheranno effetti esterni.

v. Differenze fra gli amministratori al riguardo della decisione di formulazione

Riprendendo la questione della disconformità di uno o più amministratori con la formulazione del bilancio approvata dal Consiglio, dobbiamo pensare che gli amministratori non sono né legittimati né autorizzati per impugnare la decisione dell'organo d'amministrazione, giacché quello potrebbe supporre una paralizzazione degli organi sociali che sarebbe contraria all'interesse sociale, al potersi derivare di tale inattività una causa legale di scioglimento⁵⁸³. Invece, gli amministratori disconformi con il bilancio sì sono obbligati a impugnare l'accordo d'approvazione del bilancio dall'Assemblea generale, quando considerino che tale approvazione sia nulla perché il bilancio è stato redatto contravvenendo le disposizioni legali. In caso contrario, pensiamo che l'amministratore passivo

del progetto che si proporrà all'Assemblea generale, debba costare in tale libro. Massime quando per l'adozione di questo progetto (il cui la legge qualifica con il *nomen iuris* di formulazione) è necessaria la discussione da tutti i membri del Consiglio.

⁵⁸³ In contro, PALÁ LAGUNA, E. y PALÁ LAGUNA, R., "Impugnabilidad del acuerdo...", *Op. cit.*, p. 305, chi considerano che l'impugnazione della deliberazione non implica in nessun caso la paralizzazione della vita sociale, giacché non impedisce l'approvazione del bilancio formulato. Glieli scapano a questi autori, dalla nostra prospettiva, due fattori. In primo luogo, che nella domanda d'impugnazione si solleciti del tribunale che si sospenda cautelamente la validità della decisione; in secondo luogo, in caso di dichiararsi nulla la decisione del Consiglio di amministrazione, tale nullità ripercuoterà sulla validità della deliberazione d'approvazione dall'Assemblea generale, che può essere stata favorevole a tale bilancio formulato.

GALGANO, F., *La società per azioni*, *Op. cit.*, pp. 275, considera opportunamente che «l'attività deliberativa del consiglio di amministrazione si svolge in un vero e proprio "spazio vuoto di diritto": la violazione, ad opera di esso, di norma di legge o di atto costitutivo non dà, in linea di principio, luogo ad azioni di nullità o di annullamento delle deliberazioni consiliari», le quali solo avrebbero spazio nel caso che la decisione sia stata adottata con il voto favorevole di un amministratore che si trovi in situazione di conflitto d'interesse con la società.

potrebbe incorrere in responsabilità perché non ha fatto tutto quanto possibile per evitare il danno e perché, al non impugnare, sarebbe obbligato a dare adempimento agli accordi che s'adottino e che abbiano causa nel bilancio che si è appena approvato, il quale, dal momento della sua approvazione, avrà il carattere di esecutivo⁵⁸⁴.

Ugualmente, per lo svolgimento di questa "impugnativa" che, come consideriamo, deve dirigersi contro l'accordo d'approvazione per l'Assemblea generale, gli amministratori che vogliono evitare il maggiore pregiudizio che si potrebbe irrogare alla società per adempimento di un bilancio illegalmente elaborato –salvando allo stesso tempo la sua eventuale responsabilità come membro dell'organo d'amministrazione- potranno sollecitare al giudice di sospendere cautelatamente l'esecuzione di tale accordo dell'Assemblea. In questo caso, intanto che il giudice non si pronunci, l'esecuzione degli atti che si derivano dall'approvazione del bilancio, concretamente la decisione sul destino del risultato dell'esercizio ed il riparto degli utili, dovranno rimanere sospese. Si potrebbe verificare la possibilità che la distribuzione degli utili s'avesse prodotto e solo ex post il giudice abbia dichiarato che il bilancio approvato del cui questa distribuzione prende causa è nullo per infrangere disposizioni legali. In questo caso, la nullità dell'accordo d'approvazione del bilancio si ripercuoterà sulla validità della decisione d'applicazione degli utili, che diventerebbe pure nulla, dovendosi –al nostro parere, anche se con difficile applicazione pratica- procedere alla restituzione degli utili illecitamente ripartiti, perché la distribuzione di questi si produce in pregiudizio dei creditori. Tutto ciò senza pregiudizio della responsabilità degli amministratori responsabili del bilancio sul quale si è adottato quest'accordo d'applicazione dei risultati⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, Op. cit., p. 138.

⁵⁸⁵ Così, SASSI, C., *Irregolarità di bilancio e responsabilità di amministratori e sindaci*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 4, chi considera che «Il controllo di questi criteri costituisce pertanto un momento fondamentale del procedimento utilizzato per accertare eventuali responsabilità in capo agli amministratori ed è diretto a determinare gli utili effettivamente distribuibili o a verificare l'esistenza dei presupposti obbligatori per l'adozione di adeguate ricostituzioni del capitale in seguito alle perdite che avrebbero dovuto essere accertate»

B. Controllo del progetto di bilancio: organo di supervisione, revisione legale

Giacché l'obiettivo centrale della contabilità è offrire un'informazione verace sulla situazione economica e finanziaria dell'impresa, è conveniente evitare che nell'elaborazione delle dichiarazioni contabili che costituisce il bilancio intervenga in modo esclusivo l'organo d'amministrazione della società. Allo scopo di offrire un certo controllo dell'adeguatezza dell'informazione riflessa dalle norme imperative sulla contabilità, i sistemi giuridici elaborano diversi sistemi di revisione del progetto di bilancio prima che lo stesso venga sottoposto all'approvazione dall'Assemblea. Nonostante, la revisione del bilancio deve considerarsi come un confronto di veracità contabile, che si deve effettuare in ogni caso, e non, come succede nell'attualità, come una manifestazione di sfiducia verso gli amministratori⁵⁸⁶.

Si è considerato, ugualmente, che la sottomissione del bilancio a verifica somministra un'informazione creatrice di valore. Così, nell'adozione di decisioni, la revisione migliora il processo interno della sua adozione, giacché incrementa il valore degli stati finanziari impiegati dagli amministratori, impostazione che è estrapolabile per i creditori ed i terzi in generale, i quali per il suo esame possono indagare su qual è il livello di rischio che assumono e sulla prestazione che ricevono in cambio⁵⁸⁷. Questa creazione di valore si giustifica per la riduzione del elemento rischio che offre la certificazione dell'informazione.

Con carattere generale, l'intervento di questi organi di supervisione si caratterizza dal fatto che le relazioni che emettono nelle quali manifestano il

⁵⁸⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., "Régimen de cuentas anuales", in *La reforma del Derecho español de Sociedades de Capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*, Coord. Alonso Ureba / Chico Ortiz / Lucas Fernández, Civitas, Madrid, 1987, p. 729.

⁵⁸⁷ MARINGA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, p. 190.

risultato del loro controllo non risultano vincolanti per la società, in modo tale che l'Assemblea generale potrà approvare un bilancio così come fu elaborato dall'organo d'amministrazione, senza dover considerare l'opinione sfavorevole di questi organismi di supervisione.

I sistemi di supervisione fra i quali può scegliere il legislatore sono diversi. La scelta per uno o altro sistema dipenderà, da un lato, dell'importanza che il legislatore attribuisca a disporre di un'informazione contabile realmente veritiera e completa; d'altro lato, dei costi cui l'impresa deva incorrere per eseguire questi controlli legalmente imposti: imporre costi eccessivi a imprese modeste o di scarso rilievo, può supporre un'opzione sconsigliabile, se prendiamo in considerazione i benefici che si ottengono con l'imposizione di tale sistema. Per esempio, potrebbe risultare eccessivo sottoporre legalmente a revisione legale una piccola srl di carattere familiare che svolge poche transazioni economiche nella sua attività o che fa scarso ricorso al mercato di credito.

Un primo sistema, scarsamente tutelativo, ma conveniente per le imprese di minore dimensione e trascendenza economica, è quello che lascia il controllo della formulazione del bilancio degli amministratori nelle mani dei propri soci. È il sistema tipico spagnolo per le piccole e medie imprese, che non s'assoggettano al dovere di revisione legale e che possono redigere il loro bilancio secondo i modelli abbreviati predisposti. Nel marchio della srl si riconosce il diritto dei soci di consultare i libri contabili che sono stato utilizzati come base per l'elaborazione del bilancio, accedendo a tali da loro stessi o contando sull'assistenza di un esperto ragioniere. In questo caso, come si vede, si delega la funzione di controllo ai soci, il quale, sebbene è una forma economica di disporre il controllo –giacche i soci attuano nel suo proprio interesse e non percepiscono emolumento alcuno per questo controllo-, può trovarsi sprovvista d'esecuzione effettiva nel caso che l'insieme dei soci si disinteressi d'esercitarlo, generandosi così la condotta di disinteresse (*apatia*) ragionevole –*rational apathy*-, alla cui abbiamo ormai fatto riferimento, la quale aumenta progressivamente nella stessa misura che s'incrementa la dimensione della società e la dispersione della sua titolarità.

Comunque, in caso d'avvertirsi inesattezze nel bilancio, i soci ispettori della contabilità non emettono nessuna relazione che possa essere consegnata *a priori* prima dell'Assemblea e conosciuta dagli altri soci, tutt'altro, la sua attuazione consisterà, fondamentalmente, nel manifestare –e comunicare agli altri soci- la loro insoddisfazione circa il bilancio formulato, adducendo i difetti di questo, o bene, impugnare a posteriori l'accordo d'approvazione del bilancio quando il difetto rilevato annulla il contenuto dei documenti.

Un secondo sistema di controllo, stabilito in ordinamenti come quello italiano⁵⁸⁸, si basa sullo stabilimento d'un organo dentro la struttura della società stessa che abbia fra le sue funzioni quella di revisionare il bilancio elaborato dagli amministratori ed emettere precettivamente una relazione nella cui si manifesti la loro opinione sull'adeguatezza di questo. Questo sistema suppone la realizzazione di un controllo da parte di un organo della società, ma diverso da quello decisorio, che potrà o meno sottoporsi alle considerazioni di questo.

In ultimo luogo, un terzo sistema è quello che affida il controllo del bilancio formulato a un soggetto esterno alla società, il revisore legale di conti o la società di revisione (auditing). Si tratta di sottoporre il progetto di bilancio ad un parere tecnico di un esperto indipendente che verifichi la conformità del bilancio che hanno formulato gli amministratori con la normativa contabile. Nella sua relazione, i revisori incorporano quei commenti, obiezioni e eccezioni che considerino adeguate per conseguire che il bilancio, in definitiva, permetta di offrire l'immagine veritiera e fedele della situazione dell'impresa. La sottomissione del bilancio della società a verificaione da parte d'un revisore legale, secondo la configurazione del sistema giuridico, potrà essere imposta dalla Legge in ogni caso, oppure, potrà essere richiesto dai soci, individualmente, o riuniti in una determinata percentuale del capitale sociale.

⁵⁸⁸ Non così il tedesco, che nonostante la struttura duale che distingue fra un organo d'amministrazione (Vorstand) ed un organo di controllo (Aufsichtsrat), a questo secondo corrisponde allo stesso tempo il controllo e l'approvazione del bilancio, e dunque, si troverebbe in una situazione più simile a quella del controllo per i soci che all'emissione di una relazione di supervisione.

Delle tre forme di revisione che consideriamo, questa è quella più affidabile, al essere incaricata la revisione a un organismo di carattere tecnico⁵⁸⁹, dotto sulla materia ed esterno alla struttura della società, con la quale si vincola soltanto attraverso un rapporto contrattuale⁵⁹⁰.

Il caso ordinario è che gli ordinamenti giuridici, nella disciplina del processo d'elaborazione del bilancio, introducano come fase necessaria della procedura una combinazione di alcuni di questi sistemi⁵⁹¹. Sebbene, come abbiamo considerato, le revisioni più indipendenti e tecniche offriranno la maggiore garanzia della veridicità dell'informazione che hanno elaborato gli amministratori, il legislatore, nel momento di decidere la combinazione adeguata dei sistemi, dovrà svolgere un'adeguata analisi economica dei benefici che si possono ottenere con ogni forma di revisione ed i costi relativi nei quali deve incorrere l'imprenditore.

⁵⁸⁹ Quello non esclude che possa avere carattere tecnico pure il compito di supervisione interna svolta dall'organo di controllo. Si deve considerare a questo riguardo l'esigenza stabilita dall'art. 2397 C.c. ita. che, al meno, uno dei tre o cinque membri del Collegio sindacale sia scelto fra i revisori legali iscritti nel Registro corrispondente (il cui nel sistema spagnolo sarebbe richiedere che si tratti di un revisore legale dei conti -auditor de cuentas- dovutamente iscritto nel ROAC). Ugualmente, l'art. 2409 bis C.c. ita. stabilisce che nel caso che i lavori di verifica contabile siano svolti in forma esclusiva dal Collegio sindacale, questo sarà costituito dai revisori legali iscritti nel registro corrispondente.

⁵⁹⁰ Nonostante, da una prospettiva critica possiamo considerare che in funzione da come sia giuridicamente regolato il contratto di revisione dei conti, quest'indipendenza sarà effettiva o, nel suo caso, i revisori troveranno alcun genere d'incentivo a mostrarsi favorevoli all'accettazione del bilancio formulato dagli amministratori. È il caso considerato da MACEY, J.R., *Corporate governance...*, *Op. cit.*, pp. 160 e ss., che accade nella revisione delle grandi società degli Stati Uniti, legalmente obbligate a sottoporsi a revisione da una delle "Big four" società di revisione legale (vale a dire, Ernst & Young, Deloitte, PricewaterhouseCoopers e KPMG) secondo le disposizioni della Sarbanes-Oxley's Act, che impone che una società non può sopporre più di una determinata percentuale degli affari per l'impresa che la revisiona, in modo tale che le quattro grandi compagnie d'auditing sono le uniche capaci di prestare questo servizio alle società di maggiori dimensioni. Con quello si genera, nella pratica, una situazione di oligopolio che fa aumentare i costi del servizio di revisione legale nelle grandi imprese e che, pure, riduce l'indipendenza, non tanto della società d'auditing al riguardo della società revisionata, ma dalla società che sottopone il suo bilancio a revisione rispetto della società d'auditing.

⁵⁹¹ Nelle ultime decadi si stanno generalizzando i motivi che fanno richiedere una revisione dell'informazione contabile elaborata, in modo che si generi una certa garanzia della veracità di quelle. Così, l'apparizione dei cosiddetti esecutivi come protagonisti delle decisioni imprenditoriali, la dispersione o atomizzazione del capitale imprenditoriale, l'apparizione di organizzazioni multinazionali e l'incidenza dei risultati di queste, pubbliche e private, nella vita economica, fa che la regolazione giuridica delle imprese non si limita all'ambito esclusivo dei diritti soggettivi dei suoi titolari, il cui giustifica che si promuovano e regolino tecniche per il suo controllo, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, p. 248.

FORME DI REVISIONE	Controllo da organo esterno	Controllo da organo interno	Controlli interno ed esterno
Volontario	<i>Spagna</i> (soc. con bilancio abbreviato)		
Obbligatorio	<i>Spagna</i> (soc. senza bilancio abbreviato / quotate / gruppi) <i>Italia</i> srl senza Collegio sindacale (art. 2477)	<i>Italia</i> generale: srl con Col. Sind.; spa che conferiscano al Col. Sind (2409bis).	<i>Italia</i> : spa che non conferiscano al Coll. Sind., ogni caso gruppi <i>Italia</i> : sist. dualistico (approv- cons. Sorv./control – revis.), sist. monistico.

Lasciando da un lato il controllo improprio svolto dai soci, al quale faremo riferimento di nuovo quando considereremo il diritto d'informazione previo all'approvazione del bilancio, possiamo affermare che il legislatore spagnolo attribuisce i compiti di supervisione esclusivamente a una revisione contabile esterna, attraverso la revisione contabile (*auditoría*); invece, il sistema italiano, svolge una struttura più complessa, combinando il controllo dall'organo interno (Collegio sindacale) e/o dai revisori legali. Comunque è distaccabile una differenza considerabile fra entrambi i sistemi, così, come si può osservare, il diritto italiano non permette in nessun caso che il bilancio delle società di capitali possa essere discusso dall'Assemblea senza contare previamente con alcuna relazione di revisione, che permetta ai soci valutare il bilancio proposto dagli amministratori. In Spagna, accade invece il caso contrario, la revisione legale sarà obbligatoria solo per le società che non possano formulare il bilancio abbreviato, così come sempre per le società quotate ed in caso di consolidazione contabile; dalla sua parte, le società che possano formulare bilancio abbreviato –si tratti di spa o srl- non sono imperativamente tenute a nessun controllo, al di là dalla censura che possano svolgere i propri soci al riguardo.

i. Revisione dall'organo di supervisione

I sistemi giuridici che offrono alle sue società di capitali una struttura complessa, nella quale la gestione è affidata a due organi –l'organo

d'amministrazione e quello di controllo- incaricano a uno di quei lo svolgimento delle attuazioni di direzione e rappresentazione dell'impresa, ed all'altro quelle di controllo del adeguato funzionamento della società e delle attuazioni di quell'organo. Così, essendo l'organo di controllo incaricato di vigilare l'osservanza della normativa e dei principi di corretta amministrazione da parte degli amministratori, non si può disinteressare per completo delle problematiche di natura contabile, giacché l'adempimento di questi doveri occupa un ruolo centrale nella gestione della società⁵⁹².

Nel sistema italiano attuale si è prodotta una scissione di competenze in quei casi in cui concorrono competenze di revisione sia nell'organo di supervisione che nella revisione legale. Così, fermo restando i casi in cui lo statuto attribuisca questa competenza al Collegio Sindacale, la revisione contabile corrisponderà nella spa al revisore legale e, in ogni caso, quando ci troviamo di fronte ad un bilancio consolidato -nel cui caso non è possibile l'attribuzione al Collegio Sindacale-. In questo modo, quando la funzione di revisione contabile non sia specificamente attribuita al Collegio ed i sindaci coesistano con i revisori, i primi svolgeranno un controllo sulla gestione degli amministratori ed i secondi un autentico controllo contabile. Nonostante questa differenza, dobbiamo prendere in considerazione che non è semplice stabilire una distinzione tassativa fra il controllo contabile ed il controllo sull'attività amministrativa, sebbene quest'ultima non avrà necessariamente carattere analitico né sarà orientata a comprovare l'adeguata tenuta della contabilità né la corretta redazione del bilancio (compiti, comunque, affidati alla revisione legale dei conti).

In ogni caso, e pur nel caso che le competenze in materia di revisione contabile siano attribuite ai revisori legali, il Collegio Sindacale conserva l'obbligo di vigilare che l'assetto amministrativo e contabile della società sia adeguato, così come che questo permette rappresentare in forma corretta gli atti di gestione⁵⁹³. Si

⁵⁹² Così, RIGOTTI, M., "Doveri del collegio sindacale", *Op. cit.*, p. 199.

⁵⁹³ *Cifr.* art. 2403 C.c. ita. e, per le società quotate, art. 149 TUF.

deve anche considerare che i sindaci possono portare a termine in ogni momento atti d'ispezione e di controllo, in modo tale che l'esercizio diligente della sua carica potrà supporre una forma robusta di controllo. Non possiamo omettere neanche l'imposizione che fa l'art. 2409 septies C.c. ita. del dovere di scambiare tempestivamente le informazioni rilevanti per l'adempimento delle sue funzioni che spetta sia ai sindaci come ai revisori legali.

Gli amministratori devono comunicare il bilancio al Collegio sindacale ed al soggetto incaricato della revisione legale dei conti, insieme alla relazione sulla gestione in un termine previo in almeno trenta giorni da quello fissato per la celebrazione dell'Assemblea nella quale sarà considerato questo bilancio per la sua approvazione. Sulla base dello studio –che non sempre implicherà una revisione, come vediamo-, i sindaci dovranno redigere una relazione nella quale facciano le osservazioni e le proposte che considerino pertinenti sul bilancio e la sua approvazione⁵⁹⁴. Questa relazione si deve accompagnare al bilancio e glieli deve dare la stessa pubblicità che a questo. Incluso, questa relazione si deve accompagnare alla relazione che emettono i revisori legali. In questo modo, le relazioni di entrambi gli organi si complimentano (uno versante più sull'amministrazione, l'altro centrato sugli aspetti contabili), considerandosi, oltre a questo, la diversa portata delle competenze di entrambi.

Per l'emissione di questa relazione, il Collegio sindacale disporrà di un termine di 15 giorni (il cui si deduce di confrontare i commi primo e terzo dell'art. 2439 C.c.). Il ritardo da parte degli amministratori all'ora di consegnargli il progetto di bilancio solo avrà rilievo quando questo impedisca all'organo di controllo svolgere la sua funzione e offrire tempestivamente la sua relazione. Il termine si può ridurre nello statuto, sempreché non diminuisca la possibilità di esercitare questo controllo. Questo informe dovrà anche essere consegnato nella sede dell'impresa e messo a disposizione dei soci in modo tale da permettere il suo

⁵⁹⁴ Relazione regolata nell'art. 2429 C.c. ita., che differisce sostanzialmente dalla relazione di revisione del abrogato art. 2409 ter, che solo dovranno redigere i sindaci quando corrisponda a quest'organo, effettivamente, la revisione.

studio –insieme a quello del bilancio- allo scopo di formarsi una decisione su di quello. La consegna deve farsi con un anticipo di, almeno, 15 giorni rispetto della data di celebrazione dell'Assemblea nella quale si procederà –in caso- all'approvazione del bilancio.

Risulta difficile di tracciare una distinzione tassativa fra il compito di supervisione che deve svolgere il Collegio sindacale e quello dei revisori legali, quando entrambi gli organi coesistono. Così, il rischio di sovrapposizione dell'attuazione dei revisori contabili e del Collegio sindacale non è facilmente evitabile⁵⁹⁵. Cercando di tracciare una linea di distinzione per quanto riguarda al contenuto delle sue relazioni, possiamo affermare che la revisione contabile dei revisori legali svolge un controllo analitico dei principali aspetti della contabilità e verifica in dettaglio come si hanno registrato gli atti di gestione; il Collegio sindacale, invece, si limiterà a verificare che i processi del ciclo imprenditoriale abbiano avuto un adeguato riflesso nel sistema amministrativo e contabile e che questo sistema risulti operativo. Così, il controllo dei revisori si basa su una verifica analitica delle partite contabili, sia per quanto riguarda alle norme che regolano la sua forma d'elaborazione come per quanto corrisponde al suo contenuto; dalla sua parte, il controllo della supervisione svolta dal Collegio sindacale si baserà in controllare che il bilancio sia adeguatamente redatto, svolgendo un controllo sintetico-compressivo, ma senza dover verificare la corrispondenza dei dati contenuti nei conti con quelli riflessati nei libri di contabilità⁵⁹⁶.

La supervisione svolta dal Collegio Sindacale cristallizzerà, dopo il processo di controllo della contabilità degli amministratori nella redazione della relazione che devono presentare all'Assemblea. Quest'informe conterrà informazioni in torno a due poli, da un lato, per quanto riguarda alla marcia dell'esercizio e

⁵⁹⁵ Questa situazione produce, come sarà oggetto d'analisi nell'ultimo capitolo di questo studio, che il legislatore spagnolo concreti il modo in cui si devono articolare le relazioni di collaborazione fra il comité de auditoria ed i revisori contabili nelle società quotate spagnole.

⁵⁹⁶ RIGOTTI, M., "Doveri del Collegio Sindacale", *Op. cit.*, p. 201.

l'adeguamento dei risultati ottenuti dagli amministratori nello svolgimento della sua gestione, così come dei risultati riflettati nel bilancio; d'altro lato, nella relazione si conterrà un rapporto delle attività di controllo svolte.

ii. Revisione legale dei conti

Eccede notabilmente lo scopo di questo studio realizzare un'analisi concreta dell'attività che svolgono i revisori legali dentro della società, così come del carattere della relazione che gli vincola con questa⁵⁹⁷. Dunque, semplicemente faremo qualche considerazione per quanto riguarda al processo conducente alla presentazione del progetto di bilancio all'Assemblea generale.

Lasciando a un margine l'eventuale controllo contabile che possa svolgere l'organo di supervisione nei sistemi legislativi che lo includano nei suoi modelli di società, formulato il bilancio dagli amministratori, la normativa imporrà normalmente il dovere di sottoporre questo a un parere –la relazione dei revisori– di esperti indipendenti che verifichino la conformità del suo contenuto con le norme di contabilità⁵⁹⁸. Questo avrà luogo sempre che la normativa lo richieda,

⁵⁹⁷ Un'analisi completa ed esaustiva dell'istitutazione si può consultare, per il diritto spagnolo, nelle opere di PETIT LAVALL, M.V., *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, ICAC, Madrid, 1994, NÚÑEZ LOZANO, P.L., *El régimen jurídico de la auditoría de cuentas en Derecho español*, Consejería de Hacienda y Planificación – Junta de Andalucía, Sevilla, 1989; JANÉ BONET, J., *Análisis jurídico de la auditoría de cuentas, estudio particular de la figura del auditor*, Bosch, Barcelona, 1995.

⁵⁹⁸ Questa relazione dei revisori è stata definita come il documento commerciale emesso da un revisore dei conti nominato dall'entità revisionata, nel quale si raccoglie il risultato della sua attività di revisione sul bilancio e che conclude con la sua opinione tecnica su se questo bilancio esprime o meno l'immagine fedele del patrimonio e della situazione finanziaria dell'impresa o dell'entità revisionata, così come il risultato delle sue operazioni e la concordanza della relazione sulla gestione con questo bilancio, GARRETA SUCH, J.M., *La responsabilidad de los auditores por no detección de fraudes y errores*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 65. Secondo l'art. 3.1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas (nel successivo, LAC), stabilisce come contenuto minimo di questa relazione:

- L'identificazione dell'entità revisionata, del bilancio che è oggetto della revisione, del marco normativo dell'informazione finanziaria che fu d'applicazione nella sua elaborazione, delle persone fisiche o giuridiche che si hanno incaricato di fare i lavori e, nel suo caso, delle persone che siano stati designate; così come il riferimento a che il bilancio è stato formulato dall'organo d'amministrazione dell'entità revisionata.

- Una descrizione generale della portata della revisione svolta, con riferimento alle norme di revisione legale secondo le quali questa sia stata portata a termine e, nel suo caso, dei procedimenti

oppure quando nello statuto s'imponga la sottomissione obbligatoria del bilancio a revisione legale senza essere obbligato l'imprenditore a quello dalle sue proprie caratteristiche, o bene quando i soci in minoranza sufficiente richiedano sottoporre il bilancio a verifica da un revisore legale. Quest'ultimo avrà luogo in Spagna sempre che lo sollecitino soci che rappresentino, almeno, un 5% del capitale sociale, nel cui caso, la nomina dell'auditor (revisore) sarà fatta dal Registro Mercantil del domicilio sociale ed il pagamento dei suoi emolumenti si farà alle spese della società⁵⁹⁹. Nel caso italiano non si prevede quest'opzione di richiesta di revisione da parte dei soci, perché, come abbiamo considerato, tutte le società di capitali sono obbligate a sottoporre il suo bilancio a revisione, sia da parte di un revisore legale, ben attraverso il Collegio Sindacale –nel cui caso dovrà essere conformato da revisori legali-, o sia, in fine, per entrambi gli organi.

La regolazione spagnola stabilisce che la nomina ordinaria dell'auditor si svolgerà dall'Assemblea generale, per un termine superiore a tre ed inferiore a nove anni, prorogabile per termini massimi di tre anni, potendosi nominare come revisore a una o più persone fisiche o giuridiche. Questa nomina potrà essere

previsti in quelle che non sia stato possibile applicare come conseguenza di qualsiasi limitazione resa manifesto nello svolgimento della revisione. Ugualmente, s'informerà sulla responsabilità del revisore dei conti o la società di revisione di esprimere un'opinione sul menzionato bilancio nel suo complesso.

- Un'opinione tecnica nella che si manifesterà, in forma chiara e precisa, se il bilancio offre l'immagine fedele del patrimonio, della situazione finanziaria e dei risultati dell'entità revisionata, secondo il marco normativo d'informazione finanziaria che sia d'applicazione e, in particolare, con i principi e criteri contabili contenuti nello stesso. L'opinione potrà essere favorevole, con eccezioni, sfavorevole o negata. Quando non ci siano eccezioni l'opinione sarà favorevole. In caso che esistano tale eccezioni, si dovranno rendere manifeste tutte queste nella relazione e l'opinione tecnica sarà con eccezioni, sfavorevole o negata.

- Un'opinione sulla concordanza o meno della relazione sulla gestione con il bilancio corrispondente allo stesso esercizio, nel caso in cui la citata relazione sulla gestione sia insieme al bilancio.

- Data e firma di quello che o quelli che l'avessero realizzato. La data della relazione della revisione sarà quella nella quale il revisore legale e la società di revisione abbiano completato i procedimenti di revisione necessari per formarsi un'opinione sul bilancio.

⁵⁹⁹ *Cifr.* art. 265.2 LSC. Per un'analisi dettagliata e pratica sulla nomina del revisore dal Registro, *vid.* GARCÍA URBANO, J.M., *Nombramiento de auditores en el Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992.

impugnata giudizialmente –di concorrere causa giusta-, sollecitando al giudice la nomina di un altro revisore.

Lo scopo della sua attuazione si centra in comprovare se il bilancio offre l'immagine fedele del patrimonio, della situazione finanziaria e dei risultati della società, così come la concordanza della relazione sulla gestione con il bilancio. Nella sua attuazione, i revisori si assoggettano a tutta la normativa contabile ed anche alla normativa specifica regolatrice dell'attività di revisione legale⁶⁰⁰.

Nonostante il fatto che questa non è questione pacifica, condividiamo con la maggior parte della dottrina la considerazione che il rapporto che lega alla società con il revisore è contrattuale e non organica, non integrandosi questo dentro della struttura dell'impresa, ma che semplicemente svolge un'attività puntuale –anche se ripetuta annualmente- dentro del suo sistema informativo⁶⁰¹. Per la sua propria configurazione, pensiamo che la revisione costituisce un contratto tipico, che adotta la forma dell'appalto di servizi, in quanto il revisore si compromette allo svolgimento –secondo le sue norme professionali- di un'attività in modo prolungato durante un tempo nella vita della società.

Così, il contenuto del contratto per il revisore sarà quello d'ispezionare il contenuto e la procedura che si è seguito per l'elaborazione del bilancio e la relazione sulla gestione (così come, in caso, del bilancio consolidato), constatando che si sono osservate le esigenze della normativa contabile⁶⁰². Il risultato di questa

⁶⁰⁰ In Spagna, il Real Decreto Legislativo 1/2011, del 1 luglio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas y su reglamento de desarrollo, aprobado mediante Real Decreto 1517/2011, del 31 ottobre. In Italia, l'attività di revisione si regola attraverso il d. lgs. del 27 gennaio 2010, n. 39, di Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, e che abroga la direttiva 84/253/CEE.

⁶⁰¹ In questo senso, PETIT LAVALL, M.V., *Régimen jurídico de la auditoría...*, Op. cit., pp. 119 e ss (sp. 132-137), ugualmente, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, Op. cit., pp. 37-38.

⁶⁰² Così, l'art 1 del testo rifondato della Legge spagnola di Revisione Legale dei Conti, considera per tale l'attività consistente nella revisione e verificaazione del bilancio, così come di altri stati finanziari o documenti contabili, elaborati secondo il marco normativo d'informazione finanziaria che risulti d'applicazione, sempre che quest'attività abbia per obbietto l'emissione di una relazione sull'affidabilità di questi documenti che possa avere effetti di fronte ai terzi. Su questo s'aggiunge

verificazione dovrà essere incluso in una relazione, la relazione di auditing, nella quale s'esprime l'adeguatezza o meno del bilancio formulato alla normativa ed alla realtà della società considerata⁶⁰³. Questa relazione seguirà la sorte del proprio bilancio e permetterà ai soci disporre di un'opinione fondata e di carattere tecnico sulla correzione del bilancio soggetto a approvazione.

L'informe conterrà l'identificazione dell'impresa revisionata e dell'esercizio economico al quale fa riferimento il bilancio, delle persone che hanno fatto l'incarico dei lavori ed un riferimento a che il bilancio è stato formulato dall'organo d'amministrazione della società revisionata, del quale i revisori richiederanno la collaborazione che in ogni momento risulti necessaria per eseguire la sua attività, principalmente per quanto riguarda all'accesso ai libri di contabilità che sono stati utilizzati come base per la redazione del bilancio. Nella relazione si conterrà pure una descrizione della portata della verifica che si è svolta con riferimento alla normativa che sia d'applicazione. Ma il punto centrale di questa relazione sarà il parere tecnico del revisore nel quale si renda manifesto in modo chiaro e preciso se il bilancio offre l'immagine fedele del patrimonio, della situazione finanziaria e dei risultati dell'entità revisionata.

Questo parere sull'adeguatezza del bilancio potrà essere favorevole, contenere delle eccezioni –il cui accadrà quando si verifichino degli avvenimenti che nonostante ad implicare alcun'incorrezione contabile, non snatura l'espressività dell'immagine fedele dell'impresa-, sfavorevole –quando, nel parere del revisore il bilancio non si sia formulato adeguatamente secondo la normativa

che la revisione legale dei conti consisterà in verificare il bilancio agli effetti di determinare se espressa l'immagine veritiera e fedele del patrimonio, della situazione finanziaria e dei risultati dell'entità revisionata, secondo il marco normativo d'informazione finanziaria che sia d'applicazione; anche, comprenderà, nel suo caso, la verifica della concordanza della relazione sulla gestione con questo bilancio.

⁶⁰³ Come si è affermato, questa relazione costituisce l'opera alla quale tendono tutte le attività in cui consiste la revisione dei conti, ma non esaurisce il contenuto del contratto, dunque non possiamo considerarlo come un obbligo di risultato, ma d'attività, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 38. Nonostante questo, il ruolo centrale di questa relazione ci deve fare considerare che ogni attività revisora che non finisca nella relazione non è legalmente qualificabile come revisione legale dei conti e quello secondo lo stabilito non tanto nelle regole di diritto privato, come per quelle d'intervenzione regolatrici della stessa revisione dei conti (*ibid.* p. 106).

contabile-, o bene, essere negato –il cui avrà luogo quando i revisori non hanno potuto svolgere in modo giusto il suo esame e, dunque, non si trovano in condizioni di emettere un giudizio sul bilancio della società-. Il revisore non potrà rifiutare di finalizzare la relazione sul bilancio che sta analizzando, a meno che esista un'impossibilità assoluta per concludere l'incarico ricevuto (per esempio, gli amministratori non mettono alla sua portata i supporti contabili), o bene, ci sono minacci sul revisore che possono compromettere in modo grave la sua neutralità o indipendenza. Nel caso che ci siano eccezioni, il parere dei revisori non potrà essere qualificato come "favorevole", e si dovrà contenere nella sua un elenco di quelle. In modo uguale, i revisori devono formulare la sua opinione sulla concordanza o meno della relazione sulla gestione con il bilancio corrispondente a questo esercizio.

Comunque, come consideriamo, il compito dei revisori è quello di revisionare il bilancio formulato dagli amministratori e di emettere una relazione nella cui si contengano tutte le sue osservazioni al riguardo; non si tratterà, in nessun caso, di una correzione del bilancio formulato, giacché la competenza per la formulazione –e, nel suo caso, rettifica- del bilancio corrisponde agli amministratori e non ai revisori dei conti.

La relazione dei revisori dovrà essere datata e firmata dai revisori, in modo tale che si possa determinare sia il *tempus* nel quale fu emessa la relazione come la revisione concreta di quello, il cui sarà di rilievo all'ora di considerare l'eventuale responsabilità dei revisori per una relazione inidonea. Per evitare responsabilità innecessarie e per evitare che si renda inespressiva, si proibisce la diffusione in modo parziale della la relazione dei revisori, la quale, oltre a questo, dovrà avere sempre attaccato il bilancio al cui fa riferimento.

Tornando sul piano degli amministratori, possiamo questionarci su quale sia la condotta dovuta da questi nel caso che, presentato il bilancio che hanno formulato a revisione legale, questi ne offrano un parere negativo nella sua relazione. In questo caso, è possibile che lo statuto o il Regolamento di

funzionamento interno del Consiglio di amministrazione stabiliscano un modo concreto d'attuazione al riguardo di quella situazione. Nel caso che non ci sia nessun'indicazione al riguardo, penso che si deve ritenere la possibilità di permettersi la riformulazione di esso dagli amministratori prima della sua presentazione all'Assemblea, specialmente giacché quello che si persegue è la formulazione di un bilancio sufficientemente espressivo dell'immagine veritiera e fedele dell'impresa –obiettivo che, come si è reso manifesto nella relazione della revisione non si è raggiunto-; ed anche perché presentare un bilancio rispetto al quale ci sono delle eccezioni importanti nella relazione dei revisori implicherà –in caso che l'Assemblea sia adeguatamente neutrale e sia informata- indirizzarlo verso la sua non approvazione. È per questo che, per motivi d'economia temporale sia raccomandabile la riformulazione, adottando i criteri segnalati dall'informe e la sua sottoposizione, nuovamente, a revisione prima della sua presentazione all'Assemblea⁶⁰⁴.

C. Presentazione del bilancio all'Assemblea Generale

i. Competenza e convocazione dell'Assemblea

Prima d'analizzare la presentazione del progetto di bilancio all'Assemblea generale, dobbiamo prendere in considerazione l'ipotesi seguente: Gli amministratori procedono alla formulazione del progetto di bilancio e, posteriormente lo sottopongono a revisione legale. I revisori emettono una relazione negativa sul bilancio formulato dagli amministratori, i quali per fare fronte alla rotondità delle eccezioni e alle contraddizioni avvertite dai revisori decidono di riformulare il bilancio. Sono legittimati a redigere una nuova formulazione? Dalla mia prospettiva non c'è base legale per negare questa possibilità e, infatti, la necessità di sveltire la vita della società attraverso un

⁶⁰⁴ Questa seconda revisione, può essere un po' più confutabile. Sarà oggetto di un'analisi più approfondita *infra*.

diligente adempimento dei doveri di gestione include tale possibilità. Ante tale situazione, la reazione più logica sarà che gli amministratori formulino un nuovo bilancio –basandosi sulle considerazioni della relazione dei revisori-, caso nel cui, poi, questa nuova redazione dovrà essere accettata dal Consiglio di amministrazione, considerandolo come nuovo bilancio, e decidendosi la sua presentazione all'Assemblea per la sua approvazione⁶⁰⁵. A questo riguardo sorge una nuova questione, considerare se sarà necessario o meno sottoporre di nuovo questo bilancio a revisione legale. Dalla mia prospettiva, si tratta di una scelta che gli amministratori, volontariamente, possono accogliere o no. D'altronde, se la relazione della revisione si trova sufficientemente sviluppata e dettagliata, e se è stata dovutamente seguita dagli amministratori per inserire le sue modifiche, non avrebbe un gran senso incorrere nei nuovi costi della procedura di revisione legale. Non è questionabile, in nessun caso, quali sono i documenti che si devono presentare all'Assemblea. Il dovere di diligente amministrazione e di lealtà degli amministratori esige che all'Assemblea si presenti il primo bilancio, insieme alla relazione sfavorevole, così come il nuovo bilancio che si è formulato sulla base delle correzioni in questo parere proposte. Sarebbe vuoto di senso mantenere che gli amministratori devano presentare all'Assemblea per la sua approvazione un bilancio sul quale si è elaborata una relazione radicalmente opposta (non semplicemente con eventuali eccezioni, comunque soggette a considerazione), giacché tale proposta non avrebbe –o, almeno, non dovrebbe avere- successo e, in caso, la decisione adottata potrebbe risultare facilmente impugnata. Comunque, in caso d'attraversarsi per questo procedimento di una formulazione sbagliata del bilancio, con tutta probabilità quello implicherebbe la superazione del termine legalmente stabilito per la celebrazione dell'Assemblea generale ordinaria, cosa che –aumentata dagli eventuali costi che la dilazione potrebbe produrre (ad

⁶⁰⁵ A favore di quest'opzione si esprime BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, *Op. cit.*, p. 61, il che condiziona tale possibilità, a che si rispetti il termine di deposito del nuovo bilancio nella sede sociale in modo tale che possa essere consultato dai soci, evitandosi con quello qualsiasi scapito del diritto d'informazione, «in tal modo si evita, infatti, il deficit informativo che potrebbe derivare da un cambiamento del progetto di bilancio in assenza di un adeguato periodo dei tempo per consultarlo».

esempio, decidersi questa nuova sottomissione a revisione legale)-, potrebbe essere un presupposto per generare responsabilità agli amministratori.

Per quanto riguarda alle società quotate, il Código Unificado de Buen Gobierno nel suo numero 53 considera che il Consiglio di amministrazione deve cercare di presentare il bilancio all'Assemblea Generale senza eccezioni né considerazioni nella relazione del revisore legale dei conti e che, nei casi eccezionali che ci siano, il Presidente del Comité de Auditoria (commissione di revisione dei conti) come gli auditori legali spieghino con chiarezza agli azionisti il contenuto e la portata di queste eccezioni o considerazioni specifiche.

Considerato questo inciso, una volta formulato il bilancio dagli amministratori e, in caso, revisionato dagli revisori legali dei conti o per l'organo corrispondente, il bilancio –in modo generale- non costituisce ancora un'espressione della volontà sociale. E diciamo che in modo generale perché in determinati sistemi giuridici, l'approvazione del bilancio è competenza di un organo diverso all'Assemblea generale⁶⁰⁶. Questo è il caso tipico di Germania, dove l'Aufsichtsrat (§ 172 AktG) procede all'approvazione del bilancio sanzionando i documenti formulati dagli amministratori, sempre dopo considerare i pareri di revisione elaborati dai suoi membri o per revisori contabili esterni. S'eccezione il caso in cui l'Aufsichtsrat ed il Vorstand decidano di sottoporre all'Assemblea generale il bilancio per la sua approvazione. Questo è il modello seguito pure in Italia quando si sceglie d'adottare il sistema dualistico d'amministrazione, sistema nel cui –secondo l'art. 2407 terdecies C.c. ita.- corrisponde al Consiglio di sorveglianza l'approvazione del bilancio.

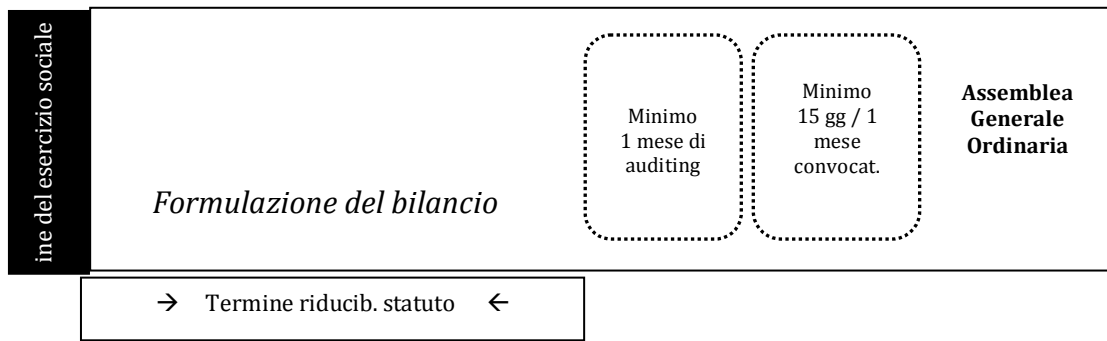
Nel sistema spagnolo, e in quello italiano generale (tradizionale e monistico), invece, corrisponde all'Assemblea generale come organo espressivo

⁶⁰⁶ Queste competenze, ancora, non saranno modificabili. Così, né si può trasferire all'Assemblea general l'obbligo di formulare il bilancio né si può conferire agli amministratori la facoltà d'approvazione, giacché in questo caso si sottoporrebbe alla censura degli amministratori lo stesso bilancio che proprio loro hanno redatto, GARRIGUES e OLIVENCIA, *Comentario a la Ley...*, Op. cit., p. 379.

della volontà sociale, il compito d'approvare il bilancio della società, sulla base della proposta formulata dall'organo d'amministrazione.

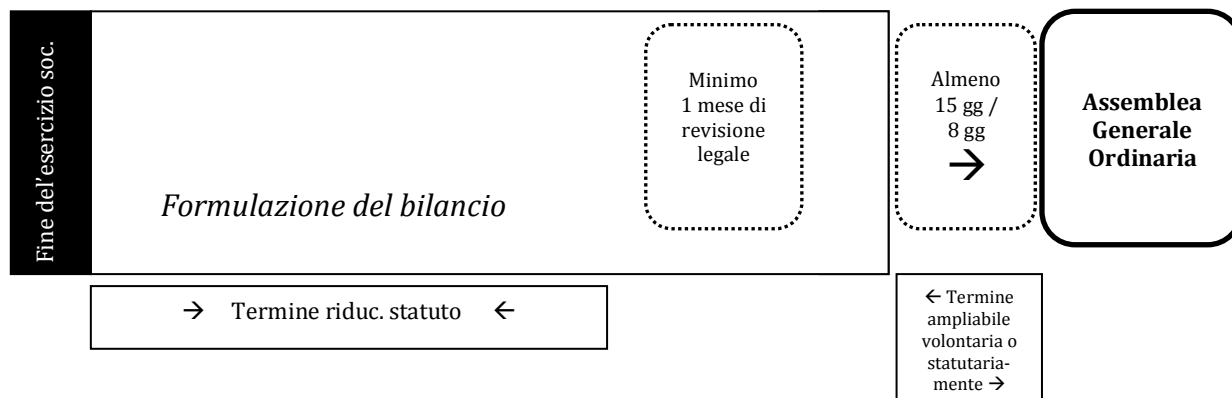
La proposta di bilancio formulata dagli amministratori (e, quando corrisponda, supervisionata e revisionata) sarà necessariamente oggetto di discussione nell'Assemblea generale ordinaria convocata a tale effetto. Nel caso spagnolo, l'Assemblea generale ordinaria *si riunirà* nei sei primi mesi dell'esercizio –art. 164 LSC-, dovendosi avere convocato con un anticipo minimo di un mese (per la spa) o di quindici giorni (per la srl) salvo che nello statuto si stabilisca un'altra cosa, il cui dobbiamo considerare che, in nessun caso potrà ridurre tale termine (giacché implicherebbe una violazione del diritto d'informazione dei soci). Quello comporta che, per la maggioranza delle imprese spagnole che o bene non fissano la fine dell'esercizio sociale nel suo statuto, o bene lo determinano con la data di 31 dicembre, l'Assemblea generale ordinaria avrà luogo prima dal 30 giugno dell'anno seguente a quello dell'esercizio che si considera. L'esistenza di una data di chiusura dell'esercizio diversa stabilita nello statuto, implica che si debbano cambiare le date, ma non modifica il termine di sei mesi⁶⁰⁷. Questo termine, nonostante, può essere volontaria o statutariamente ridotto, pur sempre rispettando due periodi che sono imperativi: il termine di un mese per che i revisori contabili emettano la sua relazione (art. 270 LSC), e il termine di un mese o quindici giorni che si esige che deve mediare fra la convocazione e la celebrazione dell'Assemblea. Oltre a questo mese e mezzo o due mesi obbligatori, lo statuto potrà fissare che l'Assemblea si celebrerà prima di consumare il termine di sei mesi. Ugualmente, gli amministratori specialmente diligenti potranno decidere la celebrazione dell'Assemblea generale prima che trascorran i sei mesi legalmente previsti, giacché imperativamente obbligatorio è solo il trascorso di due mesi (mese e mezzo per la srl), e se il dovere di tenuta della contabilità è adempito in modo adeguato, l'elaborazione degli stadi di sintesi non dovrebbe costituire (salvo specialità per ragione dell'oggetto o la struttura della società) un compito troppo difficile.

⁶⁰⁷ In questo senso, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 175.



Nel caso italiano, invece, si stabilisce che l'Assemblea generale ordinaria dovrà essere *convocata* entro i 120 giorni seguenti alla chiusura dell'esercizio sociale, salvo nei casi in cui la società deva presentare il bilancio consolidato o si richieda di un termine superiore a causa della struttura e l'oggetto della compagnia, non potendosi in questi casi esaurire i centottanta giorni seguenti alla chiusura dell'esercizio⁶⁰⁸. Il Codice civile, comunque, esige che fra la data della convocazione e la celebrazione dell'Assemblea trascorrano almeno quindici giorni (se s'impiega il mezzo della pubblicazione dell'annuncio nella Gazzeta Ufficiale), o di otto giorni, se la convocazione si dirige direttamente ai soci. L'estemporaneità nella convocazione dell'Assemblea non svolge effetti sulla validità di quanto accordato in essa, salvo le eventuali violazioni del diritto d'informazione, alle quali faremo riferimento più avanti.

⁶⁰⁸ La dottrina considera che, in questi casi, sia necessario che ci siano le circostanze particolari che lo richiedano e che, allo stesso tempo, si permetta tale opzione dallo statuto della società. Così, CORRADO, D.A., "Il procedimento di formazione e approvazione del bilancio", in *La disciplina giuridica del bilancio d'esercizio*, dir. L.A. Bianchi, Il Sole 24 ore, Milano, 2001, p. 1051. Quello che non sembra ancora così chiaro è se questa previsione dello statuto deve includere una descrizione di quali possono essere tali "circostanze particolari", o se, per il contrario, basterebbe considerare che può darsi quell'opzione, lasciando alla discrezionalità degli amministratori, in ogni concreto esercizio, di considerare l'ampliamento del termine dal cui dispongono per la formulazione dei conti.



Al nostro avviso, è più adeguata la dizione della norma spagnola di quella italiana. Questo si giustifica sul fatto che la remissione all'Assemblea che si fa nella LSC indica semplicemente che l'Assemblea si dovrà riunire in un termine, indipendentemente da come si sia svolto la convocazione di questa –e sempre che si rispettino i diritti d'informazione-. Così, potrebbe risultare valida l'approvazione di un bilancio in un'Assemblea che si abbia convocato giudiziarmente, per iniziativa della minoranza, ed incluso di un'Assemblea che abbia il carattere di universale⁶⁰⁹. Di fronte a questo, la normativa italiana semplicemente allude al termine entro il quale gli amministratori dovranno convocare l'Assemblea, come se solo fosse possibile la convocazione istata da essi, limitazione che non si può considerare che sia stata la volontà del legislatore.

Ugualmente sarà valida l'approvazione fuori del termine per un'Assemblea straordinaria⁶¹⁰, giacché essa può doversi a dilazioni nel procedere dei revisori

⁶⁰⁹ Condividiamo quest'opinione con ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 182, al considerare che affermare che il bilancio deve essere approvato dall'Assemblea non comprende il genere di convocazione della che l'Assemblea che approva il bilancio ha potuto essere oggetto. Dunque, è irrilevante nella materia che la convocazione sia stata svolta dagli amministratori *motu proprio* o per iniziativa della minoranza o per decisione giudiziale.

⁶¹⁰ In questo senso, fra tante altre, la sentenza della AP di Madrid, Sezione 28^a, del 30 dicembre 2009, stabilì che la estemporaneità nella celebrazione dell'Assemblea non è causa di nullità delle deliberazioni in essa adottati, sempre che siano stato rispettati i diritti d'informazione dei soci, e ferma restando l'eventuale responsabilità nella cui potessero essere incorsi gli amministratori con la dimora. In senso simile, SAP di Madrid, Sezione 28^a, del 16 gennaio 2009 e del 30 giugno 2009.

contabili nell'elaborazione della sua relazione o ad alcun'altra causa giustificabile. Allo stesso tempo, non ammettere tale approvazione potrebbe implicare la paralizzazione della vita della società. Quest'approvazione estemporanea normalmente sarà la che abbia luogo quando il bilancio formulato non sia stato approvato dall'Assemblea alla quale fu presentato, in prima occasione, ante lo quale gli amministratori dovessero reazionare elaborando un nuovo progetto di bilancio e, nel suo caso, sottomettendolo ancora a revisione contabile⁶¹¹ per la sua nuova presentazione all'Assemblea generale per procedere alla sua approvazione.

Sarà competenza essenziale di quest'Assemblea generale l'approvazione del bilancio, della relazione sulla gestione degli amministratori e della decisione sulla proposta di distribuzione degli utili⁶¹². Nel caso italiano d'adozione del sistema dualistico o nella società per azioni tedesca, sebbene l'approvazione del bilancio corrisponde all'organo di supervisione, l'Assemblea sarà sempre competente per decidere sulla destinazione degli utili dell'esercizio, giacché questo rimane sempre come organo decisorio in quanto rappresentativo del capitale sociale, così come per censurare l'attuazione degli amministratori.

Per l'approvazione del bilancio –non così della relazione sulla gestione e la proposta di distribuzione degli utili dell'esercizio- si richiede della concorrenza di volontà dell'organo d'amministrazione e dell'Assemblea generale. Così, il bilancio è formulato dai primi ma solo svolgerà effetti quando il progetto di questi sia accettato dall'Assemblea. Nonostante, in questa relazione che richiede la doppia accettazione, l'Assemblea generale si trova in un piano teorico superiore, in modo che se nega l'approvazione del bilancio presentato, gli amministratori dovranno

⁶¹¹ In contro di questa seconda sottomissione a revisione legale, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 182, chi non crede che il rifiuto in una prima lettura generi la necessità che i revisori emettano una seconda relazione prendendo in considerazione le modifiche suggerite e i suoi effetti contabili. Dalla nostra prospettiva, invece, questa seconda revisione sì è precettiva e può pure determinare –se l'Assemblea lo decide così- la nomina di altri revisori per la seconda revisione, nel caso che le incongruenze che si sono considerate dall'Assemblea nel primo bilancio formulato non siano stato considerate come tali dai revisori e, nonostante tutto, a giudizio dell'organo decisorio sì ci siano presenti.

⁶¹² *Cifr.* artt. 160 LSC, 2364 C.c. ita.

riformularlo, correggendo quegli aspetti che siano stati osservati nel suo caso dall'Assemblea. In questa relazione, nonostante, non svolge nessun ruolo la relazione dei revisori contabili, che è sprovvista di effetti vincolanti. Così, un bilancio formulato dagli amministratori e che sia stato oggetto di una revisione nella cui relazione si presentino delle obiezioni o eccezioni, potrà essere validamente approvato dall'Assemblea generale e tale approvazione svolgerà effetti (salvo in caso d'impugnazione). Per il contrario, un progetto di bilancio elaborato dagli amministratori e oggetto di una relazione dei revisori contabili impeccabile, potrà essere rifiutato da parte dell'Assemblea generale, nel caso che questa consideri che il bilancio non rifletta la situazione reale della società. Quest'irrilevanza dell'opinione tecnica dei revisori contabili può essere oggetto di critiche, giacché l'immagine fedele –almeno in teoria- non dovrebbe esserne più di una⁶¹³, e trattandosi quello dei revisori legali di un corpo tecnico e qualificato, si trovano in una condizione normalmente superiore, che gli permette d'offrire una opinione più fondata sull'adeguatezza o meno del bilancio formulato. Tutto ciò salvo nel caso in cui i revisori contabili non abbiano attuato con professionalità nell'agire della sua carica. Collegando questa situazione con l'impossibilità di modificare nell'Assemblea il bilancio presentato dagli amministratori, possiamo affermare che se i revisori hanno offerto la sua conformità sul bilancio, qualsiasi modifica che solleciti l'Assemblea su di questo, rifiutando la configurazione con la quale fu presentato, comporta un tentativo d'approvare un nuovo bilancio che, con ogni probabilità, non rifletterà in modo corretto l'immagine patrimoniale della società, giacché quella era la riflettata nel primo bilancio.

ii. Diritto d'informazione

a) Ambito soggettivo

Direttamente legato con l'attribuzione all'Assemblea generale della competenza per l'approvazione del bilancio troviamo il diritto d'informazione dei

⁶¹³ Così, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 181.

soci sui dati contabili della società, presupposto logico per che possa avere luogo a quest'approvazione. Così, se i soci devono approvare il bilancio è necessario che previamente siano informati dell'oggetto di tale approvazione⁶¹⁴. Questo diritto d'informazione implica l'accesso del socio non amministratore all'informazione contabile ed imprenditoriale della compagnia nei termini legalmente determinati⁶¹⁵. Si distacca il carattere di "socio non amministratore", almeno nell'applicazione negativa del diritto, giacché, nonostante non essere dottrina consolidata dal Tribunal Supremo, che si mantiene contrario al riguardo⁶¹⁶, è logica la non impugnabilità della deliberazione d'approvazione del bilancio istata da un socio amministratore che adduce che si è vulnerato il suo diritto d'informazione perché, in quanto amministratore, ha dovuto partecipare nel processo di formulazione del bilancio, e incluso, ci sarà la sua firma su quel bilancio⁶¹⁷.

Continuando con l'analisi del soggetto titolare del dovere, l'art. 2429.3^o C.c. ita. e l'art. 272.2 LSC riconoscono come tale a «qualsiasi socio» o «ai soci»⁶¹⁸. Dunque, ante la mancanza di maggiore specificazione da parte della normativa, dobbiamo considerare l'accezione più ampia possibile dei soci, affermando che

⁶¹⁴ Sarebbe difficile decidere sul bilancio se questo non è conosciuto in forma previa alla celebrazione dell'Assemblea da quei che conformano la volontà sociale che decide, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 183. In questo modo, il diritto d'informazione permette l'esercizio cosciente e responsabile del diritto di voto ed anche è uno strumento o mezzo per il controllo della gestione sociale e una via d'ispezione della contabilità, BOQUERA MATARREDONA, J., "Aprobación de las cuentas anuales y derecho de información del socio en la sociedad anónima y en la sociedad de responsabilidad limitada", in *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, p. 2070.

⁶¹⁵ ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 183. D'altronde, EMBID IRUJO, J.M., "Derecho de información", in *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Coord. Arroyo/Embid/Górriz, Tecnos, Madrid, 2009, p. 654, pone l'accento che si tratta di un diritto individuale del socio che deve esercitarsi unicamente nell'ambito della società, dunque, manifesta la sua determinante «prospettiva intrasocietaria».

⁶¹⁶ *Cifr.*, *inter alia*, sentenze del TS del 7 ottobre 1985 e del 12 giugno 1997.

⁶¹⁷ Così, come la dottrina inizia a considerare in forma unanime, la necessità d'informazione gliel'ha l'azionista che deve fiscalizzare all'organo d'amministrazione, e non i membri di questo che, nell'esercizio ordinario delle sue funzioni, disporranno di quella. Così, BOQUERA MATARREDONA, J., "Aprobación de las cuentas anuales y derecho de información...", *Op. cit.*, p. 2074.

⁶¹⁸ Le considerazioni per il diritto italiano devono essere completate con la menzione dell'art. 130 del TUF sul diritto dei soci d'ispezionare tutti gli atti depositati nella sede sociale per la celebrazione delle assemblee ormai convocate, così come d'ottenere copia degli stessi «a proprie spese», vale a dire, per conto proprio, il cui contrasta con la configurazione di questo diritto nel sistema spagnolo che lo configura come essenzialmente gratuito per i soci.

questo diritto appartiene a tutti quei che ostentino tale qualità nel momento della convocazione dell'Assemblea nella quale si deve approvare il bilancio, indipendentemente della percentuale del capitale sociale che ostentino e, tanto più, indipendentemente dell'incorporazione o meno del diritto di voto ai titoli che ostentano⁶¹⁹, vale a dire, si tratti d'azioni senza diritto di voto (artt. 102.1 LSC e 2351 C.c. ita.) o di soci titolari d'azioni di godimento (art. 2353 C.c. ita.). Nei casi di pegno o usufrutto d'azioni e partecipazioni, corrisponderà il diritto d'informazione al soggetto che sfrutta di queste, restando di conseguenza, in sospensione il diritto d'informazione del pignorante o dell'usufruttuante. Consideriamo che tale diritto debba corrispondere, ugualmente, al socio costituito in mora⁶²⁰. Sebbene gli azionisti morosi hanno sospesi i diritti di voto, di partecipazione nei dividendi e di sottoscrizione preferente (art. 83 LSC e 2344, 4^o comma C.c. ita.), non glieli deve negare l'informazione in base a due ragionamenti: in primo luogo, perché la legge non gli esclude in modo espresso di tale diritto, anche se lo potrebbe avere fatto,

⁶¹⁹ Condividiamo così la visione di ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 186, giacché risulta ovvio che tali soci hanno rifiutato in forma esclusiva al diritto politico e non ai suoi diritti economici, come sembra di potersi dedurre dall'art. 102 LSC. Giacché dipendono questi ultimi del risultato dell'esercizio, se bene non possono votare sul bilancio che presentino, si glieli affetterà il beneficio contabile che in quelle si determini e l'accordo che sia adottato sulla destinazione degli utili. Ugualmente, saranno legittimati per l'impugnazione della deliberazione d'approvazione del bilancio.

⁶²⁰ Ugualmente a favore di permettergli il diritto d'informazione ai soci in mora e senza diritto di voto, BOQUERA MATARREDONA, J., "Aprobación de las cuentas y derecho de información...", *Op. cit.*, p. 2072, diversamente a quanto sostenuto da ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 186, chi considerando che il diritto d'informazione ha carattere strumentale rispetto del diritto di voto, e avere i soci in mora sospeso il diritto di voto, quello di partecipazione negli utili e quello di sottoscrizione preferente, giacché l'informazione è strumentale a un diritto che hanno sospeso e gli effetti della deliberazione che sia adottata affetterà, ugualmente, a diritti che ha sospesi, tale diritto glieli può essere anche negato. Con la normativa anteriore, si considerava anche che il diritto d'informazione solo si configurava nella normativa come un presupposto del diritto di partecipare in una deliberazione, DE GREGORIO, A., "Note sul diritto di informazione dell'azionista", *Riv. Soc.*, 1959, p. 636. Secondo De Gregorio, le informazioni preve all'Assemblea «sono informazioni che (...) non costituiscono l'oggetto di un particolare diritto, poiché sono il presupposto dell'esercizio del diritto di voto» (p. 640). In contro di questa visione come «diritto strumentale» si posiziona SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *La acción y los derechos del accionista*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Dir. Uría/Menéndez/ Olivencia, Civitas, Madrid, 1994, pp. 170-171, il che considera che si tratta in realtà di uno «strumento di controllo sociale», che svolge i suoi effetti principalmente nell'ambito contabile, dove con il rinforzamento della normativa la posizione giuridica del socio non adotta effettivamente un potenziale come *controller* o fiscalizzatore inesistente fino al momento. Una soluzione intermezza adotta EMBID IRUJO, J.M., "Derecho de información", *Op. cit.*, p. 656, all'affermare che si tratta di un diritto di carattere politico-amministrativo, e che, nonostante il suo carattere autonomo, acquisisce pieno senso al servizio di altre facoltà del socio, come il diritto di voto, per esempio.

indicandolo in forma parallela nella stessa menzione in cui gli esclude agli altri tre diritti. Logicamente, dove la legge non distingue, non si devono fare distinzioni, specialmente quando si tratti d'interpretazioni restrittive di diritti. In secondo luogo, per la possibilità di pagamento, che sempre rimane aperta, e che comporta la recupero dei diritti da parte del moroso, avendo, ugualmente, diritto a ricevere i dividendi ancora non prescritti. Al affettare la decisione d'approvazione del bilancio alla determinazione del risultato dell'esercizio della quale dipende la sua partecipazione negli utili, pensiamo che l'interesse dell'azionista moroso dovrebbe essere protetto.

Oltre a questo, l'esercizio del diritto d'informazione si concede a tutti i soci senza stabilire nessun condizionante per il suo esercizio. È per ciò che saranno nulle tutte le clausole dello statuto che trattino di sopprimere o restringere il suo esercizio per esempio, determinando una percentuale minima del capitale sociale che devano ostentare i soci per esercitare tale diritto. Ugualmente, i soci avranno il diritto d'informazione anche nei casi in cui il sistema legale sia configurato in modo tale che l'approvazione del bilancio corrisponda a un altro organo e non all'Assemblea generale, come succede nel sistema dualistico del diritto italiano o nel sistema tedesco⁶²¹.

b) Contenuto del diritto

Il diritto d'informazione sulla contabilità si configura come un diritto di carattere strumentale del diritto di voto (anche se non per ciò subordinato a quello, come si è considerato), di carattere irrinunciabile e inderogabile⁶²². I soci,

⁶²¹ Come si può osservare, troviamo qui un argomento per scartare che il diritto d'informazione del socio abbia semplicemente carattere strumentale rispetto dell'adozione di decisioni nell'Assemblea. In questo caso si conserva il diritto del socio all'informazione, giacché dalla conoscenza dei dati sulla situazione contabile dell'impresa potrà dipendere la situazione di questo nella società, i dividendi che ottenga e la possibilità d'impugnare il bilancio approvato dall'Aufsichstrat.

⁶²² PULIDO BEGINES, J.L., *El derecho de información...*, *Op. cit.*, p. 17. Nonostante, parte della dottrina considera che si può rinunciare a questo diritto, se bene, solo sotto condizioni di unanimità, così BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, *Op. cit.*, p. 61. Al nostro avviso si tratta di un diritto di carattere indisponibile, il cui, per un'adeguata protezione (non solo del diritto degli azionisti ad essere informati, ma per garantire l'adeguato funzionamento della società), deve essere irrefutabile.

essendo competenti per l'approvazione del bilancio, devono agire in modo informato nel suo attuare⁶²³, per lo cui si richiede che tale informazione sia offerta dai soggetti che ce l'hanno, cioè, gli amministratori. Così, il contenuto del diritto d'informazione nella pratica si manifesta sull'esigenza che si faccia allusione nell'ordine del giorno della convocazione dell'Assemblea che in questa si metterà a discussione l'approvazione del bilancio corrispondente all'esercizio finito⁶²⁴, e che tali documenti si trovano a disposizione dei soci perché questi possano esaminargli da quello giusto momento fino alla celebrazione dell'Assemblea.

In questo modo, gli amministratori sono obbligati a porre a disposizione dei soci i documenti che hanno formulato in modo tale che questi possono accedere a tali di forma immediata e gratuita e che possano agire in modo informato all'ora di prendere la sua decisione al riguardo⁶²⁵.

Niente impedisce, d'altra parte, che nell'esercizio di questo diritto i soci dispongano della collaborazione di un'altra persona esperta nelle materie di ragioneria che gli permetta di svolgere un giudizio più fondato sulla migliore decisione di fronte a manifestare la sua volontà nell'Assemblea.

Solo si potrebbe considerare un caso nel quale ci fosse giustificata tale opzione, è il presupposto nel quale tutti i soci fossero amministratori della società, giacché in questo caso sarebbero sufficientemente informati del contenuto del bilancio che sarà oggetto d'approvazione.

⁶²³ Perciò affermava DE GREGORIO, A., *I bilanci delle società anonime nella loro disciplina giuridica*, 2^a Ed., Vallardi, Milano, 1938, p. 94 che questo diritto si conforma dalla legge «non tanto a protezione del singolo azionista quanto per rendere la discussione nell'Assemblea generale il più possibilmente sincera ed illuminata».

⁶²⁴ Così come, in generale, l'insieme degli argomenti che saranno discussi in tale Assemblea. Per quanto riguarda al sistema di revisione legale dei conti, la sentenza della AP di Valencia, Sezione 9^a, del 18 settembre 2008 dichiarò la nullità della deliberazione sociale di designazione del revisore dei conti per l'esercizio successivo perché tale questione non appariva inclusa nell'ordine del giorno. Invece, la stessa sentenza considera che non è necessario indicare che si produrrà nell'Assemblea la decisione sull'applicazione del risultato dell'esercizio se si è menzionato che nella stessa sarà approvato il bilancio, giacché si considera che la prima deliberazione si sussume in quest'ultima.

⁶²⁵ Risulta interessante il caso giudicato dalla Sentenza della AP di Balears, Sezione 5^a, del 22 ottobre 2008, nella che si presentò alla minoranza per adempiere col diritto d'informazione un bilancio nel quale s'alteravano alcune partite vulnerandosi il principio dell'immagine fedele, situazione che posteriormente fu sossannata nell'Assemblea generale al informare l'assessore fiscale dello sbaglio prodotto. Considerò il tribunale che l'emendamento della deliberazione è valida e non comporta la violazione del diritto d'informazione.

Il Tribunal Supremo spagnolo ha stabilito in modo reiterato che la regolazione del diritto d'informazione si tratta di una normativa imperativa, che non può essere oggetto di modifica né per quanto riguarda alle esigenze soggettive, né per quanto si riferisce ai documenti sui quali si progetta, né sul suo termine d'esercizio. L'imperatività, logicamente, si rende di manifesto come regola *de minimis*, in modo tale che lo statuto può ampliare il contenuto di tale diritto (per esempio, ampliando il termine, permettendo l'esercizio di esso pure dagli obbligazionisti, oppure imponendo che la sua portata comprenda anche il diritto d'informazione sulla proposta di applicazione degli utili dell'esercizio).

La sanzione per la violazione di questo diritto è la possibile dichiarazione della nullità della decisione adottata nell'Assemblea generale, giacché comporta che esso è stato adottato senza avere permesso che i soci si siano formati una vera e fondata opinione sulla decisione che adottano. L'estensione della nullità solo ha rilievo sull'approvazione del bilancio in questo caso –e quelle altre decisioni che ne hanno causa-, e non si estende alle altre decisioni che validamente si siano potute adottare nella stessa Assemblea. Tale violazione si produce quando non ci sia l'accesso ai documenti come quando si vulneri il termine durante il quale si possa accedere, s'impongano delle condizioni o si gravi la modalità d'accesso a queglii⁶²⁶. Si potrebbe pure sollecitare la nullità degli accordi adottati dall'Assemblea generale per violazione del diritto d'informazione quando non si abbia fatto costare il ricordativo di tale diritto nella convocazione dell'Assemblea. Se l'incapacità per esercitarsi il diritto d'informazione è dovuta alla condotta dolosa degli amministratori che negassero o impedissero in modo ingiustificato ai soci l'esercizio di tali diritti, si potrebbe anche arrecare ad essi responsabilità penale al incorrere in un reato d'ostacolizzazione dell'esercizio dei diritti sociali (art. 293 CP esp.)⁶²⁷.

⁶²⁶ In quella circostanza, la legge sanziona di nullità l'assemblea nel cui contesto si abbia emesso una volontà indocumentata o analfabeta nel senso più letterale di entrambi i termini, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, Op. cit., p. 184.

⁶²⁷ Vid. SAP Sevilla del 21 maggio 1999.

c) Ambito temporale

Il diritto d'informazione contabile si deve configurare mettendo a disposizione dei soci tale documentazione durante un tempo sufficiente per che questi possano conformarsi un'opinione fondata sul bilancio rispetto del quale devono decidere. Non avrebbe senso permettergli l'accesso ai documenti che si discuteranno durante un termine così breve che non permetta nemmeno una minima considerazione del suo contenuto.

La normativa non stabilisce un termine esatto durante il quale s'eserciti tale diritto, semplicemente si offrono degli orientamenti. Così, il *dies a quo* dal quale i soci avranno accesso ai documenti contabili deve essere, come minimo, il momento della convocazione dell'Assemblea generale. Sebbene, consideriamo, che niente osti a che gli amministratori possano rendere questi documenti alla portata dei soci con un anticipo superiore. Dall'espressione "dalla convocazione dell'Assemblea generale", che utilizza l'articolo 272.2 LSC, si deve interpretare che il diritto deve essere esercitabile dall'azionista dal momento della prima comunicazione legale o statutariamente obbligatoria che gli amministratori svolgano dell'Assemblea nella quale sarà soggetto a discussione il bilancio⁶²⁸. Il *dies ad quem*, ovviamente, sarà la data di celebrazione dell'Assemblea nella quale si proceda alla sua approvazione, giacché da quel momento –se s'approva il bilancio– questo non sarà più un progetto degli amministratori sociali per diventare, propriamente, un accordo sociale; dunque, dotato della pubblicità caratteristica di essi –che, posteriormente, s'allargherà con l'adempimento dei doveri di consegna registrale e pubblicità–.

Nel diritto italiano, invece, il termine a considerare non si stabilisce dalla data di convocazione dell'Assemblea generale, tutt'altro, si determina che il diritto d'informazione si potrà esercitare durante i quindici giorni prima della

⁶²⁸ ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 185.

celebrazione dell'Assemblea generale nella quale si sottopongano a approvazione questi documenti (art. 2429, 3° comma, C.c. ita). Dobbiamo considerare che nel caso italiano, il periodo a decorrere fra la convocazione e la celebrazione dell'Assemblea potrà essere di quindici o d'otto giorni, in funzione da come si abbia prodotto la convocazione. Invece, il diritto d'informazione avrà una durata – consideriamo che totalmente imperativa e non riducibile attraverso disposizione speciale dello statuto- di quindici giorni, il cui in caso della convocazione individualizzata dell'Assemblea, eccederà il termine che trascorre fra essa e la celebrazione. Non si comprende che si possa costituire l'Assemblea generale negli otto giorni seguenti alla convocazione se quello comporta una violazione del diritto d'informazione che si stende sui quindici giorni prima dell'Assemblea. Non avrebbe senso, ugualmente, che in primo luogo gli amministratori “*avvisino*” che il bilancio è a disposizione dei soci perché questi possano esercitare il diritto d'informazione e che, posteriormente convochino l'Assemblea, rispettando entrambi i termini. Considerata quest'antinomia, e di fronte al silenzio del legislatore italiano, il diritto d'informazione in Italia non implica il dovere d'informare per gli amministratori ai soci che il bilancio si trova alla sua disposizione, tutt'altro, si può stabilire –ad esempio, attraverso clausola nello statuto al riguardo- che il bilancio sarà pronto e disponibile per ogni socio che desideri di consultarlo, nella sede della società a partire di una determinata data.

Considera la dottrina che, comunque, questa messa a disposizione dei documenti dovrà farsi attraverso la consegna di questi nella sede della società, giacché mettere tali documenti a disposizione dei soci in un luogo diverso da quello del domicilio sociale equivale a non farlo⁶²⁹.

d) Oggetto dell'informazione

⁶²⁹ BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, Op. cit., p. 89.

Il diritto d'informazione ricade sul bilancio che sarà oggetto d'approvazione⁶³⁰, così come sulla relazione della revisione contabile elaborata su di quello⁶³¹ e, anche se non fa parte del bilancio, la relazione sulla gestione. Invece, questo diritto non si stende sulla proposta di applicazione degli utili dell'esercizio che devono formulare gli amministratori all'Assemblea.

Come consideriamo, l'oggetto elementale del diritto d'informazione è il bilancio che sarà oggetto d'approvazione. Questa considerazione è rilevante, giacché si è considerato che se gli amministratori decidono presentare all'Assemblea solo alcuni dei documenti che compongono il bilancio per la sua approvazione –per esempio, per avere ricevuto una relazione della revisione contabile negativa ad alcuno dei conti in concreto e avere deciso gli amministratori di riformularlo-, solo sarebbero oggetto del diritto d'informazione tali conti e non quelle che non si presentassero⁶³². Nonostante, non penso che tale possibilità fosse fattibile. Principalmente perché la normativa sul bilancio rileva il fatto che dei tre/cinque documenti che lo compongono (tre nel diritto italiano, cinque in quello spagnolo generale), conformano un'unità e, da tale unità –della sua considerazione congiunta- se ne deriva l'immagine fedele della situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa e dei suoi risultati economici. Difficile sarebbe –per esempio- che la considerazione di alcun incorrettezza nel conto economico non ripercuotessi sullo stato patrimoniale (specialmente perché il risultato dell'esercizio è una partita che si deve includere in quello), e così con gli altri documenti che compongono il bilancio. Forse l'unica possibilità sarebbe che si decidessi di postergare l'approvazione della memoria, in quanto si tratta di un documento che completa ed spiega agli altri. Tale possibilità non si può

⁶³⁰ La SAP di Cáceres, Sezione 1ª, del 16 settembre 2009, stabilisce che il diritto d'informazione raggiunge semplicemente il bilancio che sarà oggetto d'approvazione e non su di quei corrispondenti a esercizi anteriori.

⁶³¹ Secondo la SAP di Cantabria, Sezione 2ª, del 30 giugno 2009, tale diritto d'informazione non raggiunge la relazione dei revisori contabili al cui si è sottomesso il bilancio delle altre imprese che conformano il gruppo e incluse dentro del bilancio consolidato, giacché il controllo della legalità di queste è ormai stato preso in considerazione nell'approvazione individualizzata di ognuna delle società.

⁶³² Questa è l'opinione di ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, Op. cit., p. 188.

considerare neanche adeguata, perché questo documento è strumentale per poter tracciare l'immagine fedele dell'impresa; d'altra parte, non avrebbe senso in termini d'efficienza ed economicità una seconda convocazione dell'Assemblea generale per approvare solo alcuno o alcuni dei conti, mentre che gli altri fossero stato oggetto d'approvazione in un'Assemblea previa. E quello perché il legislatore non sanziona di nullità né annullabilità la decisione estemporanea d'approvazione del bilancio e, allo stesso tempo, perché l'incaricato del Registro Mercantile / Registro delle Imprese –come si vede- non permetterebbe la consegna incompleta del bilancio.

Per che i soci siano dovutamente informati del bilancio che glieli presenta, e possano farsi un'immagine adeguata da quanto gli è stato formulato dagli amministratori, deve mettersi alla sua disposizione pure la relazione dei revisori contabili. In questo modo, i soci potranno analizzare le eccezioni o approvazione che un esperto contabile riversa sui documenti contabili elaborati dagli amministratori. Opinione che, d'altronde, sarà determinante nel giudizio che svolgano i soci all'ora di manifestare il suo voto nell'Assemblea.

La relazione sulla gestione deve mettersi anche a disposizione dei soci perché questi la possano considerare, giacché in essa gli amministratori fanno il rendiconto su come hanno attuato nello svolgimento della sua carica lungo l'esercizio. In Italia, si esige pure la possibilità d'accesso alla relazione del Collegio sindacale, com'è ovvio. Non raggiunge tale diritto –perché la Legge non lo richiede- alla proposta d'applicazione del risultato dell'esercizio, nonostante la pratica generalizzata nelle imprese di permettere la sua consultazione ai soci che esercitino il diritto d'informazione. Pensiamo che, sebbene non sia richiesto precettivamente, lo svolgimento di tale opzione risulta vantaggioso per i soci che potranno, così, considerare in modo complessivo qual è la situazione dell'impresa e qual è il modo di agire che si può adottare con il risultato reso manifesto nel bilancio. Nonostante, a differenza dal bilancio, la relazione sulla gestione e la

proposta d'applicazione del risultato dell'esercizio potranno essere modificati posteriormente dagli amministratori prima della celebrazione dell'Assemblea⁶³³.

Finalmente, come considereremo di seguito, nelle società a responsabilità limitata spagnole l'oggetto materiale sul cui ricade questo diritto d'informazione può essere più ampio, giacché la normativa offre ai soci che ostentino più del 5% del capitale sociale il diritto di esaminare i libri di contabilità sui quali si è elaborato il bilancio.

e) Modalità d'accesso

I legislatori mettono a tacere il modo d'esercizio di questo diritto. La LSC spagnola, almeno stabilisce come norma per il suo esercizio che si stabilisca in modo tale che i soci possano avere accesso ai documenti in modo immediato e gratuito. In modo globale possiamo considerare che le modalità d'esercizio di questo diritto possono essere due: permettendo la consultazione dei documenti ai soci nella sede sociale, o bene –anche più che una disgiuntiva, sarebbe un'adizione– attraverso la remissione di un esemplare dei documenti oggetto d'informazione ai soci che così lo sollecitano⁶³⁴. Dalla nostra prospettiva, rimane nelle mani dei soci di scegliere se preferiscono consultare i documenti nel domicilio della società o se, preferiscono che glieli rimetta una copia di essi⁶³⁵. Nel caso in cui si decida d'accedere al bilancio attraverso la consultazione nel domicilio sociale, si deve permettere ai soci d'ottenere e conservare una copia dei documenti che glieli sono

⁶³³ Così, ILLESCAS ORTIZ, R., *Íbid.*, p. 188, il che si giustifica dallo stesso contenuto della relazione sulla gestione che in ogni caso dovrà contenere –art. 2428 C.c. ita. e 262 LSC– una relazione degli eventi rilevanti per la società che siano accaduti dopo la chiusura dell'esercizio, così come una previsione del futuro svolgimento della società, con i rischi e le incertezze alle quali deve fare fronte.

⁶³⁴ Come considera PULIDO BEGINES, J.L., *El derecho de información...*, *Op. cit.*, p. 77, rispetto all'ottenimento di copia dei documenti, se bene il tenore letterale legale non conferisce espressamente ai soci tale facoltà, in questo punto si può interpretare estensivamente la Legge in forma che risulti ammissibile la petizione di copia gratuita dei documenti da parte del socio, giacché questa soluzione non supporrebbe per regola generale una carica economica eccessiva per le società di scarso numero di soci.

⁶³⁵ Attribuisce ugualmente la possibilità di decisione ai soci e non agli amministratori ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 184.

stato presentati, in modo tale che la possano studiare posteriormente con maggiore profondità⁶³⁶; è superfluo dire che potranno anche conservare questi documenti con posteriorità alla celebrazione dell'Assemblea.

La nota di gratuità nell'esercizio di tale diritto comporta che i soci non sono obbligati a soddisfare nessun importo per l'accesso ai documenti. Per il contrario, in Italia, l'articolo 130 TUF stabilisce che le copie che si ottengano dei documenti dovranno farsi alle spese del socio interessato⁶³⁷. In questo modo, se si decide che i documenti siano inviati al domicilio del socio, le spese di spedizione devono essere a carico della società; se si decide l'ottenimento d'alcun tipo d'informazione per chiamata telefonica, le sue spese dovranno corrispondere alla società⁶³⁸. Nell'attualità, con la diffusione delle nuove tecnologie e la sua entrata nel Diritto delle società, le relazioni societarie iniziano a modularsi in forma telematica. Così, consideriamo che gli amministratori possono adempiere il suo dovere d'informazione in attenzione a questo diritto quando rendano a disposizione dei soci per via telematica i documenti che saranno oggetto d'approvazione. Con la possibilità recentemente introdotta di convocazione elettronica dell'Assemblea generale, considero che sarebbe una soluzione idonea attaccare alla convocazione spedita per questi mezzi un archivio nel cui si contengano i documenti che saranno oggetto d'approvazione, in modo tale che si soddisfa il diritto d'informazione dei soci. Ciò nonostante, i soci che non abbiano offerto il suo consentimento per

⁶³⁶ La configurazione del diritto che si fa nel sistema italiano è molto più restrittiva. Così, l'art. 2429 C.c. esclusivamente fa riferimento alla facoltà di «prendere visione» dei documenti, senza che s'indichi la possibilità che essi siano spediti al domicilio dei soci (la quale, pensiamo che, dunque, deve considerarsi esclusa), e senza che s'indichi la possibilità d'ottenere una copia di quelli. Nonostante, un'interpretazione ampia e ragionevole si deve considerare contenuta nel diritto di consulta la possibilità di estrarne copie, giacché l'art. 130 del TUF si lo ammette per le società quotate, il cui dobbiamo considerare estensibile alle società chiuse. In questo senso, BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, *Op. cit.*, p. 64.

⁶³⁷ In un'interpretazione forse troppo libera, si potrebbe pensare che la logica di questa norma è evitare gli eccessivi costi che la spedizione di copie per i soci potrebbe supporre nelle società quotate grandi. Di farsi estensivo questo diritto per le società chiuse, pensiamo che tale motivazione economicista potrebbe trovarsi priva del suo principale sostegno.

⁶³⁸ In contro, PULIDO BEGINES, J.L., *El derecho de información...*, *Op. cit.*, p. 78, chi considera la possibilità, per le società di molti soci, di fissare statutariamente che le spese dell'ottenimento delle copie dei documenti saranno a carico dei richiedenti. D'altronde, Pulido fa derivare dal carattere della gratuità dell'accesso all'informazione contabile la possibilità dei soci di chiedere la remissione al suo domicilio di copie della documentazione contabile.

relazionarsi in modo telematico con la società, continueranno potendo esercitare il suo diritto d'informazione per le procedure tradizionali (invio fisico al suo domicilio), e ugualmente, penso che si dovrà conservare sempre una copia di tali documenti nella sede della società in modo tale che i soci possano avere accesso ad essi.

Il diritto italiano, nella sua configurazione più ristretta del diritto d'informazione sulla contabilità, si limita a disporre che gli amministratori consegneranno nella sede della società una copia dei documenti che saranno oggetto d'approvazione, in modo tale che i soci interessati nella sua consultazione possano avere accesso a tale⁶³⁹.

Per quanto riguarda all'immediatezza con la quale qualifica l'esercizio di questo diritto la norma spagnola, dobbiamo considerare per tale la maggiore brevità di tempo per avere accesso ai documenti da che i soci manifestino il suo interesse per conoscerli. Così, la norma può considerarsi violata sia per non inviare la documentazione o per non metterla a disposizione, sia per il fatto di farlo con un *ritardo disfunzionale* e meramente colposo, così come per cobrare gli importi della trasmissione dell'informazione⁶⁴⁰.

Logicamente si deve procedere con cautela all'ora di considerare quando si è prodotta una violazione di questo diritto e quando no. È ovvio che non si può considerare lesionato l'interesse del socio all'informazione quando la sua lesione sia stata dovuta alla sua propria colpa. Così, per esempio, quando si è convenuta con gli amministratori della società la consultazione dei documenti in un momento determinato nella sede sociale e il socio non concorre all'incontro. Allo stesso modo, i soci non possono utilizzare questo diritto per forzare agli amministratori a

⁶³⁹ Vid. PERRINO, M., "Il controllo individuale del socio di società di capitali: fra funzione e diritto", *Giur. Comm.*, num. 33, 2006, I, sp. pp. 648-656.

⁶⁴⁰ Così, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 187. PULIDO BEGINES, J.L., *El derecho de información...*, *Op. cit.*, p. 76, dalla sua parte considera che nella valutazione dell'idoneità del termine dovrà considerarsi il momento in cui fu realizzata la richiesta da parte del socio, essendo chiaramente esigibile dagli amministratori la massima celerità, ed esistendo infrazione del diritto solo quando si produca un ritardo colposo.

che modifichino per la sua consultazione l'orario d'apertura degli uffici, cosicché sia possibile accedere alla sede sociale incluso in momenti in cui questa normalmente sarebbe chiusa⁶⁴¹.

Allo stesso modo, non merita protezione questo diritto quando la pretesa violazione di esso s'avvalga in abuso del diritto. Su questo punto si manifesta in modo diretto il C.c. ita., -art. 2379bis- al considerare che non si potranno impugnare gli accordi adottati nell'Assemblea per mancata convocazione (o convocazione non rispettosa dei limiti del diritto d'informazione) da quello che abbia manifestato posteriormente il suo assentimento allo svolgimento di tale.

f) Specialità dell'accesso diretto all'informazione contabile nella srl

Una configurazione speciale del diritto d'informazione dei soci è quello configurato per le società a responsabilità limitata. Nella configurazione del diritto spagnolo, i soci che ostentino almeno il 5% del capitale sociale, potranno, oltre a accedere ai documenti che abbiamo considerato, esaminare nel domicilio sociale, per se o in unione di un esperto ragioniere, i documenti che servano di supporto ed antecedente del bilancio, a partire della convocazione dell'Assemblea generale e fino alla celebrazione di essa. Nel caso italiano, questo diritto non si configura come un diritto esercitabile dalla minoranza, tutt'altro, l'art. 2476, 2° comma, lo considera come un diritto esercitabile da tutti i soci non amministratori. Cioè, la legge permette ai soci delle srl che, oltre a consultare i documenti che saranno oggetto d'approvazione nell'Assemblea, accedano al contenuto dei libri contabili nei quali si trovano i dati sui quali questi documenti furono redattati, così come a tutta la documentazione di carattere extracontabile che possa contenere dati relativi alla gestione.

È importante incidere sull'ambito soggettivo della norma, giacché sebbene in Spagna si richiede la riunione di, almeno il 5% del capitale sociale⁶⁴², non è

⁶⁴¹ BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, Op. cit., p. 65.

preciso che tale porzione appartenga allo stesso socio, tutt'altro, potranno esercitare il diritto d'accesso alla documentazione contabile un insieme di soci minoritari sindacati in modo tale che considerati in congiunto ostentino una cifra superiore a quella. In questo caso, per questioni operative, si deve considerare che sia necessario nominare ad un rappresentante che eserciti tale funzione.

La ratio di questa norma è il sistema generalizzato nel diritto spagnolo di non obbligatorietà di sottoporre a revisione contabile il bilancio delle società *piccole*, cioè, quelle che non raggiungano i limiti che l'articolo 257 LSC fissa per poter redigere il bilancio in forma abbreviata⁶⁴³ -precetto al cui rinvia l'art. 263.2 LSC, che è quello che propriamente esonera dal dovere di revisione-. Siccome queste società non sono soggette a nessuna forma di controllare che il bilancio che hanno elaborato gli amministratori si corrisponde con gli allibramenti contenuti nei libri di contabilità, i compiti di fiscalizzazione devono essere svolti dai propri soci, ben per se stessi, ben accompagnati da esperti ragionieri⁶⁴⁴. Così, il motivo di tale configurazione con un contenuto extra del diritto d'informazione si fonda sulla funzione di controllo che in queste società devono svolgere i propri soci, e si completa con la considerazione che stabilisce l'articolo 272.3, il cui permette alla minoranza di nominare pure un revisore contabile in modo volontario⁶⁴⁵.

⁶⁴² L'esigenza di una percentuale minima di capitale per attribuire la titolarità di questo diritto, passandosi così da essere un diritto del socio a essere un diritto della minoranza, è stato criticata dalla dottrina. Così, GALÁN CORONA, E., "Derecho de examen de la contabilidad", en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Coord. Arroyo/Embido/Górriz, Tecnos, Madrid, 2009, p. 969.

⁶⁴³ Vale a dire, che si riuniscano durante due esercizi almeno due di queste tre condizioni: attivo totale inferiore a 2.850.000 €; importo netto della cifra annuale degli affari inferiore a 5.700.000 € e numero mezzo di lavoratori durante l'esercizio inferiore a 50.

⁶⁴⁴ Condividiamo questa visione con PULIDO BEGINES, J.L., *El derecho de información...*, *Op. cit.*, p. 19, chi considera che il diritto d'informazione solo è effettivo se s'arbitrano meccanismi che garantiscano la veracità dell'informazione contabile proporzionata dagli amministratori, potendo in conseguenza affermarsi che il diritto d'informazione in senso ampio è indissolubilmente legato all'istituzione della censura dei conti e ai diversi strumenti previsti dal legislatore per assicurare che i documenti contabili riflettano in modo fedele la realtà economica della società.

⁶⁴⁵ Come considera PULIDO BEGINES, J.L., *Íbid.*, p. 20, nella maggioranza delle occasioni la sottomissione della contabilità a revisione legale è un dovere della società non correlativo ad un diritto soggettivo del socio, che non può decidere al riguardo, ma che viene imposto *ex lege*; in altri casi, tale intervento si è conseguenza di un diritto del socio o della minoranza, dovendo rispondere la società a questa iniziativa permettendo la fiscalizzazione.

Questa configurazione ci permette, dunque, affermare che il socio della società a responsabilità limitata ostenta un diritto d'informazione contabile di portata maggiore che l'azionista nella società per azioni. Ugualmente, comporta l'attribuzione al socio della limitata di compiti di fiscalizzazione della gestione sociale, le cui nella società per azioni sono attribuite ai revisori legali dei conti – almeno nelle società che superino i limiti del bilancio abbreviato o in quelle in cui la minoranza solleciti la sottomissione del bilancio a revisione-.

In Spagna, l'esercizio di questo diritto d'accesso alla contabilità, nonostante, è suscettibile di una certa modificazione nello statuto, giacché il precetto stabilisce «salvo disposizione contraria dello statuto»⁶⁴⁶. Tale disposizione statutaria potrebbe lasciare vuoto di contenuto questo diritto⁶⁴⁷. Nonostante la rotondità della norma (introdotta per il resto nella riforma del 1989, che rompe con il carattere d'inderogabile che questo diritto aveva nelle sue configurazioni originarie), pensiamo che non è fortunata. Sarebbe stato più adeguato permettere semplicemente modulazioni statutarie che non permettessero lasciare vuoto a questo tipo societario di nessun tipo di fiscalizzazione dell'elaborazione dell'informazione contabile da parte degli amministratori. Per esempio, potrebbe esserci luogo per la sostituzione del diritto d'accesso per la sottomissione obbligatoria del bilancio a revisione contabile⁶⁴⁸; o la modulazione dell'esercizio di questo in modo tale che non si provochino grandi pregiudizi alla società. Quello

⁶⁴⁶ Si è considerato che la possibilità, introdotta nella LSRL del 1995, di eliminare nello statuto questo diritto suppone il risultato dello sviluppo evolutivo della struttura della srl, passando da essere una forma societaria di carattere eminentemente chiuso a conformare una struttura giuridica capace di sopportare le più diverse configurazioni sociali ed economiche. Così, GALÁN CORONA, E., "Derecho de examen...", *Op. cit.*, p. 969, se la società a responsabilità limitata presenta un minore o più ridotto carattere personalista, potrebbe essere raccomandabile sopprimere attraverso l'opportuna disposizione dello statuto il diritto all'esame diretto della contabilità, giacché la tutela degli interessi dei soci –per quanto pare- potrebbe trovarsi sufficientemente protetta con la verifica che devono svolgere i revisori legali e con il diritto all'esame dei documenti contabili. Comunque, rimane nelle mani della maggioranza sociale la esistenza stessa del diritto, giacché una modificazione statutaria può farlo sparire.

⁶⁴⁷ In questo senso, PULIDO BEGINES, J.L., *El derecho de información...*, *Op. cit.*, pp. 80-81.

⁶⁴⁸ A favore di quest'opzione si manifesta pure GALÁN CORONA, E., "Derecho de examen...", *Op. cit.*, p. 969

che non possiamo condividere, nonostante la possibilità legale, è la soppressione *ab radice* di questo controllo, in modo tale che il bilancio formulato dagli amministratori deva essere *creduto* dai soci senza che ci sia luogo per nessun tipo di controllo sul medesimo (né dai propri soci, né da un revisore contabile indipendente).

Questo diritto di consultazione della documentazione contabile deve essere esercitato nel domicilio sociale durante i quindici giorni prima della celebrazione dell'Assemblea nella quale siano discussi i documenti contabili per la sua approvazione, e in modo tale che si produca il minore disturbo possibile al funzionamento della società. Ugualmente potranno adottarsi le cautele che si considerino opportune ai fini d'evitare il pericolo di diffusione d'informazione riservata concernente alla società.

L'esercizio di questo diritto d'ispezione delle basi sulle quali si sono elaborati i documenti contabili si trova soggetto al limite dell'abuso del diritto⁶⁴⁹. In questo modo, pensiamo ragionevole che si permetta alla società di potere imprendere le azioni opportune, anche nell'ambito penale, agli effetti di rivendicare gli eventuali danni che si possano irrogare di un esercizio abusivo di questo diritto da parte dei soci –accesso e diffusione di informazione riservata, perdita d'informazione contabile...-.

g) Diritto a sollecitare informazione complementare

Il diritto spagnolo configura in forma positiva un complemento al diritto d'informazione attraverso il riconoscimento ai soci e gli azionisti delle società di capitali del diritto a ottenere informazione complementare rispetto degli argomenti che saranno oggetto di discussione, stabiliti nell'ordine del giorno. L'esercizio di tale diritto potrà prodursi in anticipo alla celebrazione dell'assemblea, o bene, durante il suo svolgimento. Per che si possano sollecitare

⁶⁴⁹ Secondo PULIDO BEGINES, J.L., *El derecho de información...*, Op. cit., p. 86.

relazioni o spiegazioni per scritto su estremi vincolati con l'ordine del giorno nella società per azioni, tale sollecitudine si dovrà portare a termine prima del settimo giorno anteriore a quello previsto per la celebrazione dell'Assemblea e tale informazione dovrà essere proporzionata dagli amministratori prima del giorno della celebrazione dell'Assemblea generale, in modo tale che gli azionisti possano considerare tale informazione. Ugualmente, sia per la spa come per la srl gli azionisti ed i soci potranno sollecitare durante la celebrazione dell'Assemblea chiarimenti o informazioni sulle questioni comprese nell'ordina del giorno che si stanno considerando⁶⁵⁰. Quando nella spa non si possa offrire l'informazione richiesta in modo tempestivo durante lo svolgimento dell'Assemblea, gli amministratori saranno obbligati a procurarla in un termine di sette giorni seguenti alla sua celebrazione. L'esercizio di questo diritto all'informazione complementare trova un limite: gli amministratori potranno negare tale informazione quando si consideri che la pubblicità di questa pregiudichi l'interesse sociale, senza che possa avere luogo questa forma di negativa quando sia stato sollecitata l'informazione da soci o azionisti che rappresentino, almeno, il 25% del capitale sociale⁶⁵¹ (percentuale che –per la spa- potrà essere ridotto statutariamente, sempre che risulti superiore al 5%, a partire della riforma introdotta dalla Legge 25/2011, del 1 agosto, di modificación de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas –modifica della LSC e d'incorporazione della Direttiva 2007/36/CE, del

⁶⁵⁰ Così, la SAP di Las Palmas, Sezione 4ª, del 14 settembre 2009, dichiarò la nullità delle deliberazioni adottate dall'Assemblea generale di una srl, alla quale non comparirono gli amministratori, e dunque non si potette dare soddisfacimento alla richiesta d'informazione sollecitata dai soci sul bilancio che doveva essere oggetto d'approvazione in tale assemblea.

⁶⁵¹Ante il silenzio che mantiene la norma sul discorso se tale percentuale viene riferita al capitale presente nell'assemblea oppure al capitale totale della società, pensiamo che l'interpretazione logica deve essere quest'ultima. Condividiamo, così, la visione di SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *La acción y los derechos del accionista*, *Op. cit.*, p.169. Come sostiene EMBID IRUJO, J.M., "Derecho de información", *Op. cit.*, p. 661, non è il presidente dell'Assemblea quello che deve costatare la congruenza o meno con gli interessi sociali dell'informazione richiesta, ma l'organo d'amministrazione. Allo stesso tempo, la possibilità di negare viene riconosciuta statutariamente, dunque denegare l'informazione per considerarsi incompatibile con gli interessi sociali è un atto giuridicamente irreprensibile da parte dell'organo d'amministrazione (*ibid.*).

11 luglio, sull'esercizio di determinati diritti degli azionisti nelle società quotate)
652.

In Italia, il diritto all'informazione sugli accordi che si sottomettono a approvazione si precisa con carattere negativo e, consideriamo, con maggiore rigidità. In questo modo, si stabilisce che i soci che intervengano nell'Assemblea e che riuniscano più di un terzo del capitale rappresentato in essa potranno rimandare la celebrazione di questa in n termine non superiore a cinque giorni quando considerino non essere sufficientemente informati degli estremi oggetto di deliberazione (art. 2374 C.c.), sebbene non si può fare uso di questa possibilità più di una volta, sempre che s'alluda allo stesso oggetto.

D. Approvazione del progetto di Bilancio

Convocata nella forma dovuta e soddisfatti adeguatamente i diritti previsti d'informazione sulla documentazione contabile, si costituirà formalmente l'Assemblea generale all'oggetto d'adottare una decisione su tali documenti, di valutare l'attuazione degli amministratori sulla base della relazione sulla gestione e di decidere su come si deve procedere di fronte al risultato dell'esercizio sulla base della proposta elaborata dagli amministratori. È importante sottolineare che da queste tre funzioni vincolate con la contabilità e l'attuazione degli amministratori nella gestione della società, solo è propriamente approvazione quella che riguarda al bilancio; la relazione sulla gestione comporta, invece, semplicemente una rendicontazione su come è attuato l'organo amministrativo durante l'esercizio, che non richiede d'approvazione; neanche richiede tale la proposta d'applicazione degli utili, che ha semplicemente il carattere di proposta e non vincola per niente la decisione dell'Assemblea.

⁶⁵² Ciò nonostante, come afferma la SAP di Navarra, Sezione 3^a, del 15 gennaio 2010, il diritto dei soci a sollecitare informazione addizionale nella convocazione dell'Assemblea raggiunge solo ai fatti contenuti nell'ordine del giorno, dunque, in una spa i soci che rappresentino più del 25% non possono convertire questo diritto di consultazione in un vero diritto a esaminare i documenti base dell'informazione contabile, come succede con il diritto d'informazione della srl.

i. Decisioni dell'Assemblea

Per quanto riguarda all'approvazione del bilancio, le decisioni che può adottare l'Assemblea generale sulla base dei documenti che li sono stato presentati e, nel suo caso, con sostegno sulla relazione dei revisori contabili o nei dati empirici che i soci abbiano ottenuto nell'esercizio del suo diritto d'informazione, possono essere di tre tipi⁶⁵³:

- a) Approvazione semplice del bilancio. Implica l'accettazione dall'Assemblea della validità del bilancio che gli è stato presentato, precisandosi per l'adozione di questa decisione la maggioranza ordinaria degli artt. 198 e 201 LSC, salvo che lo statuto abbia previsto una maggioranza superiore.
- b) Rifiuto *ab radice* di tutti i conti che gli sono stato presentati. Implica la non ottenimento della maggioranza fissata per l'approvazione del bilancio, con lo cui non prospera l'adozione dell'accordo su le medesime. Quello comporta, logicamente, il dovere degli amministratori di redigere un'altra volta il bilancio⁶⁵⁴, di sottoporlo a revisione contabile⁶⁵⁵ e presentarlo all'Assemblea per la sua nuova considerazione, il cui si dovrà effettuare già in un'assemblea di carattere straordinario, e supporrà, comunque, la superazione del termine legale per l'approvazione di quello. Non si stabilisce dalla normativa nessun'indicazione temporale –

⁶⁵³ Nonostante la dizione imperativa che impiega l'art. 272 LSC ("aprobarán" - approveranno), e che è stato criticata dalla dottrina. Così, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 179. Quest'articolo contrasta con il 160 che determina che è competenza dell'assemblea ordinaria deliberare e decidere sull'approvazione del bilancio.

⁶⁵⁴ Sottomettendosi per quello alle istruzioni che li siano stato offerte dall'Assemblea durante la deliberazione sui conti, COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio...*, *Op. cit.*, p. 328.

⁶⁵⁵ Seconda revisione dei documenti contabili che, come abbiamo considerato, è di dubitata imperatività, come sostiene pure COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio...*, *Op. cit.*, p. 330, il che, nonostante, difende la negativa, a causa fondamentalmente del fatto che la legge solo esige la revisione imperativamente in un'occasione. Noi, adottando una logica finalista, ci decantiamo a favore della necessità di questa seconda verifica.

né massima né minima- su quando si deva celebrare questa seconda Assemblea che riconsideri il nuovo bilancio che si presenti.

- c) Rifiuto di solo alcuni dei documenti che sono stati presentati. Anche se non considero adeguata tale possibilità perché il bilancio conforma un'unità –art. 254.2 LSC- e, dunque, le decisioni che si adottino su di quelle devono tenere un carattere unitario, parte della dottrina⁶⁵⁶ ha considerato la possibilità che si valutino nell'Assemblea i documenti contabili divisamente e che solo si produca il rifiuto dell'approvazione d'alcuno o alcuni di essi. In questo caso, si dovrebbe ammettere la validità della decisione d'approvazione di parte dei documenti, ordinandosi la riformulazione degli altri. Come affermiamo, non consideriamo né possibile né adeguata tale possibilità, se si prende in considerazione la relazione di dipendenza che esiste fra di questi documenti che conformano il bilancio, giacché i risultati mostrati in uno dei documenti ripercuote sugli altri, e viceversa.

Approvato il bilancio, la decisione d'approvazione dovrà essere nuovamente firmata dagli amministratori della società, i quali devono promuovere la sua consegna e deposito nel Registro delle Imprese nel termine di un mese da quest'approvazione. Questa nuova firma degli amministratori non comporta la loro conformità con la decisione d'approvazione raggiunta, tutt'altro, semplicemente implica una ratificazione del fatto che il procedimento si è svolto in modo corretto⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ Così, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 179.

⁶⁵⁷ In parole di VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 138, la firma a posteriori del bilancio approvato dall'Assemblea non significa nemmeno necessariamente l'adesione individuale a questo di ogni amministratore, ma il riconoscimento che l'organo d'amministrazione come tale riconosce tale approvazione, il contenuto definitivo del bilancio e che procede a ubbidire e dare esecuzione alla deliberazione sociale d'approvazione, almeno agli effetti del suo deposito e pubblicità registrale.

ii. Modificabilità del bilancio presentato durante l'Assemblea

Questione di maggiore complessità, e alla quale la dottrina ha dedicato pure una maggiore attenzione, è la possibilità di modificare il progetto di bilancio durante lo svolgimento dell'Assemblea generale. Il presupposto è che, presentato il progetto di bilancio per la sua approvazione all'Assemblea, e avendo esercitato i soci il suo diritto d'informazione previa su tali documenti, si decida, durante lo svolgimento della deliberazione, modificare determinati aspetti di questa proposta, adottandosi, finalmente, una decisione d'approvazione del bilancio modificato.

Come premessa dalla quale partire, dobbiamo considerare che, come norma generale, l'Assemblea generale è sprovvista della capacità tecnica e della documentazione sufficiente per procedere a tale modifica⁶⁵⁸, allo stesso tempo che la discussione di quei documenti non è la sede adeguata per introdurre correzioni puntuali di determinati aspetti del bilancio, in modo che possano essere corrette *ipso facto* e s'approvino, modificate, nella stessa Assemblea generale⁶⁵⁹.

Come argomenti in contrario della possibilità di modificazione si possono considerare che l'elaborazione del bilancio conforma un atto tecnico di gestione, che è responsabilità che spetta unicamente agli amministratori, dunque con la sua approvazione, l'Assemblea generale si limita a autorizzarlo -o meno- senza introdurre niente di nuovo, salvo, forse alcuni ritocchi di carattere puramente formale e sempre che non affettino al contenuto. Questa tesi si basa, ugualmente, sulla necessaria distribuzione delle competenze fra gli organi della società. In Italia questa posizione ha un carattere minoritario, anche se con notevoli difensori come

⁶⁵⁸ In contro dell'opportunità della modifica, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 179.

⁶⁵⁹ Invece, si mostra favorevole alla modificabilità della proposta di bilancio VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 110, il che dopo un'analisi delle diverse opzioni conclude che l'Assemblea ha competenza per modificare definitivamente il bilancio formulato.

De Gregorio⁶⁶⁰, Ferri⁶⁶¹ o Galgano⁶⁶²; nella dottrina spagnola, questa tesi è stata sostenuta da Sánchez Calero⁶⁶³ e Illescas⁶⁶⁴, il cui aggiunge –pensiamo che adeguatamente- che le novità legislative apportano ogni volta più argomenti a favore di questa considerazione.

A favore della possibilità di modificare il progetto di bilancio si manifestava l'abrogato Codice di commercio italiano che ammetteva la possibilità dell'Assemblea di discutere, approvare o modificare il bilancio (art. 154.1), facoltà di modificazione che non consideriamo abbia entrata nell'attuale 2433 C.c. ita. Nonostante, in difesa di questa posizione si è considerato che è l'Assemblea generale quella che configura la realtà del bilancio, infatti, è quella che li conferisce efficacia giuridica con l'adozione della sua decisione d'approvazione. Su questa base, i sostenitori di questa posizione considerano che l'Assemblea sovrana potrà, ugualmente, modificare i documenti che glieli presentino. I suoi argomenti girano in torno al fatto che il bilancio può conformare la base sulla quale si svolgono determinate decisioni imprenditoriali che si fondano sulla pratica delle cosiddette

⁶⁶⁰ DE GREGORIO, A., *I bilanci delle società...*, *Op. cit.*, p. 91, dove aggiunge che «il bilancio resta essenzialmente opera degli amministratori: l'assemblea modifica rare volte le quote proposte per gli ammortamenti o per le riserve, ma non sostituisce mai essa stessa un proprio bilancio al progetto presentatole: se ha dei dubbi sull'esattezza si limita a nominare appositi revisori o ad imporre agli amministratori la presentazione di un nuovo bilancio o più chiaro o più minuzioso o compilato secondo altri criteri».

⁶⁶¹ FERRI, G., *Le società*, 2ª Ed., in Trattato di Diritto Civile Italiano, fondato da Vassalli, Utet, Torino, 1985, pp. 763-764.

⁶⁶² GALGANO, F., *Le società di capitali...*, *Op. cit.*, pp. 372-373.

⁶⁶³ SÁNCHEZ CALERO, F., *La determinación y la distribución...*, *Op. cit.*, p. 97, il che afferma che quando gli amministratori hanno infrangito alcun precetto legale nella formulazione del bilancio, l'Assemblea non deve approvare il bilancio, ma proporre la sua rettificazione agli amministratori, ritornandogli il progetto presentato. Quello, d'altronde, non deve implicare sempre e necessariamente che gli amministratori abbiano redatto un bilancio contrario alla normativa, tutt'altro, la non approvazione può essere stata dovuta a che non si sono seguite le istruzioni che l'Assemblea gli offrì sugli ammortamenti o criteri di valutazione in generale. Sánchez Calero giustifica la negativa alla possibilità di modificazione del bilancio nell'Assemblea giacché la Legge ha delimitato chiaramente l'attuazione di ogni organo incaricando agli amministratori la formulazione del bilancio, ai revisori il suo esame e la relazione ed all'Assemblea la sua approvazione o negazione. La modifica rappresenta un'immissione nelle funzioni di formulazione del bilancio, che è stato incaricato agli amministratori in forma esclusiva, giacché l'atto della formulazione del bilancio è un atto complesso che deve rimanere nelle mani di un solo organo.

⁶⁶⁴ ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 109.

*politiche di bilancio*⁶⁶⁵. Questa posizione è stata dominante in Italia, anche se forse sta perdendo impulso nell'epoca più recente⁶⁶⁶. Classicamente furono difensori di questa postura Jaeger⁶⁶⁷ e Colombo⁶⁶⁸.

Come posizione intermedia, si è sostenuto che deva esserci un certo carattere di consenso, in modo tale che l'Assemblea può approvare o negare, indicando agli amministratori che sono gli incaricati della formulazione effettiva, i cambi che si devono portare a termine. Questa postura fu mantenuta in Spagna da Vicent⁶⁶⁹, chi la autoqualificava di poco realista, anche se, nel fondo quello che implica è una scarsa definizione delle attribuzioni competenziali, passando a posizionarsi questo autore a favore della modificabilità.

Dalla nostra prospettiva questa postura di necessità di consenso apportata da Vicent, non è completamente scartabile, e potrebbe avere applicazione nelle società a responsabilità limitata di scarsa dimensione o di carattere familiare (le quali come saputo, conformano anche un'importante percentuale del totale delle imprese). In queste società di scarsa complessità organizzativa, l'Assemblea generale si potrebbe essere ammessa come sede nella quale s'introducano puntuali modifiche nel bilancio presentato dagli amministratori; sebbene, penso che tale possibilità solo deva essere accettata in questi casi di poca complessità. Dalla mia prospettiva, l'opzione generale per la quale si deve optare, principalmente per motivi d'operatività e all'obiettivo d'evitare violazioni ingiustificate di diritti dei soci, è quella di negare la possibilità di modifica del progetto di bilancio durante l'Assemblea. Quello pure perché introdurre modificazioni puntuali nel bilancio di forma affrettata e, normalmente, sprovvista dalle garanzie tecniche, ci colloca

⁶⁶⁵ JAEGER, P.G., *Il bilancio d'esercizio delle società per azioni: Problemi giuridici*, 2^a Ed., Giuffrè, Milano, 1988, p. 9

⁶⁶⁶ *Cifr. App.* Trieste del 7 febbraio 1977.

⁶⁶⁷ JAEGER, P.G., *Ibid.*, pp. 7-10.

⁶⁶⁸ COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio...*, *Op. cit.*, pp. 329-330, il che afferma che questa modificazione «può se mai incontrare difficoltà di puro fatto, ma non incontra ostacoli nel sistema delle competenze legislativamente stabilite, né fa sorgere problema particolari in tema di responsabilità verso i terzi».

⁶⁶⁹ VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 109.

abbastanza prossimi a un elevato rischi di fare che tale bilancio non rifletti l'immagine veritiera e fedele della situazione economica, finanziaria e patrimoniale dell'impresa, con lo quale i fini ultimi di tutto il sistema contabile rimane fallito.

Ugualmente, ammettere la modificabilità nell'Assemblea ci situerebbe, nuovamente, di fronte ad un problema, la depurazione delle eventuali responsabilità per l'informazione versata in questi documenti⁶⁷⁰. Permettendo all'Assemblea d'introdurre modifiche sul bilancio che hanno presentato gli amministratori si rompe il vincolo diretto di paternità esistente fra gli amministratori ed i documenti contabili e che trovano come corollario l'obbligo di firmare (o, in caso, salvare la firma) l'esemplare del bilancio. Se s'ammette la possibilità di modificazione, chi sarebbero i responsabili delle dichiarazioni modificate? Gli amministratori in quanto autori della base documenta sulla quale furono operate? –il cui ci sembra uno sproposito giacché glieli fa responsabili di atti sui quali non hanno né responsabilità né controllo-; o l'Assemblea generale in quanto organo che gli operai? –soluzione che non incastra bene nel sistema che articola le società di capitali-.

Un seguente aspetto a considerare è la modificabilità del bilancio che è stato favorevolmente informato dai revisori contabili. Abbiamo affermato anteriormente che la relazione di revisione non vincola in nessun caso la decisione dell'Assemblea generale sull'approvazione del bilancio, ma, al nostro giudizio, sono precise certi chiarimenti al riguardo sulla base dei fini perseguiti dalla regolazione giuridica della contabilità. È evidente che se si presenta all'Assemblea generale un bilancio sul quale la relazione dei revisori è stato completamente positiva e si è elaborata senza contenere nessun tipo di riserva u obbiezione, risulterà improbabile che durante la deliberazione assembleare si decidesse d'introdurne qualsiasi tipo di modificazione; principalmente perché nonostante essere la relazione non vincolante per la decisione che s'adotti dall'Assemblea, non perde il suo carattere d'essere un parere qualificato –considerando le connotazioni soggettive della

⁶⁷⁰ Nonostante che Colombo, come abbiamo considerato prima, nega che ci sia questo rischio.

persona che lo emette- sull'adeguatezza del bilancio all'immagine reale della società.

In questi conflitti fra la relazione dei revisori e la capacità del bilancio d'esprimere «la» immagine fedele dell'impresa, risulta interessante considerare che l'obbligo d'elaborare un bilancio adeguato non corrisponde in modo esclusivo agli amministratori, infatti, la normativa impone tal dovere «al imprenditore», dunque quando questo adotta la forma sociale, corrisponderà la sua soddisfazione ai suoi diversi organi sociali, dentro lo quale, acquisisce dello stesso modo responsabilità l'organo assembleare. Dato che il compito svolto dai revisori è la constatazione che il bilancio presentato dagli amministratori è stato svolto seguendo effettivamente le norme tecniche contabili, e avendo i soci –come organo sociale- ugualmente il dovere d'approvare un bilancio che si espressivo dell'immagine fedele dell'impresa, si può considerare che, per che l'Assemblea generale possa rifiutare l'approvazione di un bilancio presentato dagli amministratori e che abbiano ricevuto una relazione favorevole da parte degli auditori⁶⁷¹, sarà preciso, allo stesso tempo, manifestare un rifiuto alla relazione della revisione contabile, per considerar che non risponde all'immagine fedele che si pretende; salvo che il rifiutamento non si deva tanto alla capacità del bilancio di riflettere l'immagine fedele come al non adempimento da parte degli amministratori di certi criteri che glieli sono attribuiti nella valutazione o provisione di ammortizzamenti che implicano autentiche politiche di bilancio⁶⁷².

iii. Natura giuridica della deliberazione d'approvazione del bilancio

Su quale sia la natura giuridica dell'accordo d'approvazione del bilancio si sono versate diverse opzioni. Prima di entrare a considerarle, dobbiamo avvertire

⁶⁷¹ Così, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 181.

⁶⁷² In maggiore profondità, *vid.*, LOJENDIO OSBORNE, I., "Delimitación de competencias entre los órganos de la sociedad anónima y modificación del balance", *RDM*, 1976, pp. 283-348.

che è preciso differenziare fra la deliberazione d'approvazione che sarà, in ogni caso, un accordo sociale, adottato dall'Assemblea generale ed espressivo della volontà della società; dal suo contenuto, cioè, i conti annuali, documenti elaborati in conformità a norme tecniche e che hanno per oggetto riflettere l'immagine fedele della situazione contabile dell'impresa⁶⁷³.

Una prima prospettiva considera che il accordo d'approvazione del bilancio conforma una dichiarazione di volontà attraverso la cui si fissa il valore del patrimonio della società e che, dopo l'approvazione della destinazione degli utili, darà luogo al suo riparto. Si tratterebbe, secondo questa prospettiva, di un accordo di carattere negoziale che implica come effetto la determinazione del patrimonio per che, dopo una decisione su di esso, si possa procedere a attuare sul risultato dell'esercizio. Consideriamo scartabile questa prima tesi giacché offre una configurazione di "volontarietà" all'atto adottato dall'Assemblea, il cui, nonostante, non ha questo carattere. In primo luogo perché la società è obbligata all'approvazione del bilancio –indipendentemente di a chi corrispondi l'adempimento di tale dovere, che come vediamo, si riparte fra amministratori, revisori contabili/sindaci, e soci-; e, in secondo luogo, per il carattere imperativo che hanno le norme di contabilità che impediscono che la discrezionalità dell'Assemblea sia quella che determini la situazione del patrimonio, come rende di manifesto la possibilità d'impugnare tale deliberazione quando il bilancio che approvino non rifletti l'immagine veritiera e fedele dell'impresa.

Una seconda prospettiva è quella adottata da Sánchez Calero⁶⁷⁴ secondo la tesi stabilita da Messineo –nonostante il fatto che questo, in un primo luogo, fosse favorevole alla sua considerazione come dichiarazione di scienza-, considerando

⁶⁷³ Giacché nell'elaborazione e approvazione del bilancio intervengono tre organi senza che si possa attribuire a nessuno integralmente la sua paternità, conviene separare la significazione del bilancio dalla significazione della deliberazione d'approvazione del bilancio. Questa decisione è un atto giuridico, nel senso stretto, che produce la costituzione del bilancio convertendoli in definitivo e costituisce un atto d'efficacia interna che produce come principale effetto finire il processo di redazione del bilancio, e in questo modo s'adempie l'obbligo che grava sulla società di formulare annualmente il bilancio, SÁNCHEZ CALERO, F., *La determinación y la distribución...*, *Op. cit.*, p. 99.

⁶⁷⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., *La determinación y la distribución...*, *Op. cit.*, p. 99.

che la delibera d'approvazione è un fatto d'efficacia sociale interna. Così, l'approvazione del bilancio dall'Assemblea non può essere presa come un'assunzione dei risultati da parte di questa, tutt'altro, la sua attività è prevalentemente d'omologazione, di controllo della legalità dell'atto. In questo modo, l'Assemblea non sarebbe autrice del bilancio, ma semplicemente prende conoscenza della situazione della società come si espone nel progetto degli amministratori, secondo i documenti giustificativi, e conferisce ai risultati un carattere obbligatorio di fronte ai soci. Se l'approvazione dell'assemblea non può considerarsi come un atto di fissazione del patrimonio sociale, giacché quello si realizza attraverso il bilancio e non è opera esclusiva dell'Assemblea, ma della collaborazione dei tre organi, non è soddisfacente nemmeno la considerazione come dichiarazione riproduttiva, giacché questo solo è vero nella parte in cui il bilancio rappresenta un fatto che ha esistenza fuori da questo, cioè, fuori dal proprio bilancio; ma nel bilancio attraverso di valutazioni s'assegnano a determinati elementi valori che non coincidono con la realtà, come lo rende manifesto l'esistenza e l'ammissione delle riserve occulte⁶⁷⁵.

Finalmente, consideriamo più adeguato considerare che la delibera d'approvazione del bilancio è una dichiarazione di verità o scienza, in modo congruente con tutto il processo di regolazione contabile che stiamo considerando. Così, il bilancio non è altro che la costatazione ed esteriorizzazione di un fatto precedente e oggettivo, com'è la situazione patrimoniale e finanziaria della società ed i risultati ottenuti da questa durante l'esercizio. In questo modo, con l'approvazione del bilancio da parte dell'Assemblea, quello che si svolge è un compito di certificazione di esso, così come d'attribuzione del suo contenuto alla società che l'adotta.

Il più rilevante da questa considerazione è l'accettazione che, anche la delibera sia espressione della volontà sociale, quello che si fa attraverso questa è dichiarare da parte della società, dunque, attraverso l'Assemblea, dei fatti che si

⁶⁷⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., *Íbid.*

presumono veraci –di là che si tratti di una dichiarazione di scienza o verità- sulla situazione reale dell'impresa e i risultati ottenuti, che sono stato determinati attraverso l'applicazione di regole tecniche tendenti a riprodurre simbolicamente una quantificazione di tale situazione reale sottostante.

L'approvazione del bilancio e la determinazione che si fa in questa del risultato dell'esercizio si tratta di una dichiarazione al riguardo della quale la volontà dell'Assemblea non può essere sostituita giudiziariamente. Si è voluto vedere da alcuni autori che questo comporta un argomento a favore di considerare tale decisione come un atto negoziale di fissazione del risultato; crediamo, nonostante, secondo il settore opposto della dottrina che quello non sbocca necessariamente nel carattere negoziale. L'approvazione del bilancio è la manifestazione di una dichiarazione di scienza o verità che realizza l'Assemblea, e questa insostituibilità della volontà assembleare nella deliberazione può scendere pure dalla considerazione che esistendo un margine d'incertezza dentro il quale il giudizio (e non la volontà) dei soci può legittimamente oscillare; e dunque, dentro di questo margine, il giudizio dei soci deve considerarsi sovrano⁶⁷⁶.

iv. Modificabilità della deliberazione d'approvazione

In un tentativo di determinare in forma ragionata qual è la natura giuridica della delibera d'approvazione del bilancio, si è prospettato di orientare l'analisi verso la risoluzione de se è possibile o meno la modificazione della deliberazione d'approvazione del bilancio. Secondo i ragionamenti manifestati da Colombo⁶⁷⁷, dobbiamo ammettere tale possibilità. In primo luogo, data la propria finalità del Diritto di bilanci: mostrare l'immagine veritiera e fedele della situazione economica e patrimoniale dell'impresa. Se questo è l'obiettivo perseguito da tutta la normativa, deve tenere entrata qualsiasi modifica che s'introduca in qualsiasi tipo di delibera e che permetta essere più vicini al conseguimento di questa

⁶⁷⁶ Così, COLOMBO, G.E., *Il bilancio...*, *Op. cit.*, p. 345.

⁶⁷⁷ COLOMBO, G.E., *Il bilancio...*, *Op. cit.*, pp. 347-356.

immagine fedele. Ciò indipendentemente che l'impugnazione della prima approvazione del bilancio sia dovuta a errore o a dolo nella sua formulazione o nella sua approvazione, giacché la possibilità di modificazione non si sostenta sulle condizioni soggettive di chi approva il bilancio, ma si deriva della semplice constatazione empirica della differenza fra quello che si è dichiarato e la realtà⁶⁷⁸. In secondo luogo, perché non esiste nessuna norma che sancisca, né esplicita né implicitamente, l'immutabilità del bilancio approvato. E, in terzo luogo, sulla base del principio generale della revocabilità delle dichiarazioni enunciative mentre queste non abbiano fatto sorgere un'apparenza giuridica nella quale si possano trovare tutelati altri soggetti o non si sia dichiarato irrevocabile dalla legge o dalla volontà delle parti.

Su questa base teorica sembrerà che la possibilità di modifica non s'incontra con troppi problemi. Questi, nonostante, appaiono al considerare che dell'approvazione del bilancio si deriva la determinazione del risultato dell'esercizio, sulla quale si opera, nel suo caso, la decisione sulla destinazione degli utili ottenuti, procedendosi al riparto dei dividendi. Così, sulla base dell'intangibilità del diritto degli azionisti al dividendo convenuto si possono incontrare certi problemi che si mostrano contrari alla modificabilità del bilancio. Nonostante, non penso che i problemi siano tali: il bilancio solo produce l'effetto di determinare il risultato dell'esercizio, ma il diritto dei soci al dividendo non si deriva dalla delibera d'approvazione dei conti, che semplicemente determina il risultato, ma della decisione sulla destinazione degli utili; essendo l'una e l'altra due deliberazioni diverse -sebbene la seconda dipende, nella quantificazione, dei dati offerti dalla prima-.

⁶⁷⁸ En contro, fondò il ragionamento della possibilità di modificazione nello stato soggettivo dei soggetti che approvarono il bilancio DE GREGORIO, A., *I bilanci delle società...*, *Op. cit.*, p. 130, il cui afferma: «Io non sostengo già che l'assemblea possa, con una nuova deliberazione, togliere o ridurre senz'altro i diritti al dividendo acquisiti dagli azionisti; ma che essa possa distruggere gli effetti giuridici di una sua prima dichiarazione di volontà qual è quella con cui approva il bilancio e la ripartizione dei dividendo, dimostrando che ci fu indotta per errore e per frode».

L'art. 278 LSC determina che le distribuzioni irregolari di dividendi dovranno essere restituite dai soci quando questi conoscano l'irregolarità che ha dato luogo all'illegalità della sua distribuzione o quando non possano ignorare la medesima⁶⁷⁹. Il sistema italiano dell'art. 2433, 4^o comma, C.c., per la sua parte, permette difendere l'irrepetibilità dei dividendi distribuiti ai soci di buona fede sulla base di un bilancio regolarmente approvato.

Comunque, nella mia opinione, il fatto che si sia accordato, e incluso, distribuito, gli utili ai soci non è ostacolo per la modifica del bilancio. La modificazione di questo potrà –o meno- avere effetti sul risultato dell'esercizio, nel cui caso, questo ripercuoterà sulla validità della delibera d'applicazione dei risultati –la cui si deve adottare sempre entro i limiti legalmente fissati-⁶⁸⁰. Così le cose, la modificazione della delibera d'approvazione del bilancio deve venire accompagnata dall'impugnazione o modifica dell'accordo d'applicazione del risultato⁶⁸¹, il cui, sebbene non implicherà la ripetizione degli utili distribuiti ai soci di buona fede, genererà –al mio giudizio- una perdita per la società, che dovrà essere considerata immediatamente per l'esercizio successivo, e nel suo caso, provvisionata contabilmente.

v. Efficacia giuridica della deliberazione

⁶⁷⁹ Acuisce qui senso, dunque, la posizione mantenuta da De Gregorio sull'influenza del fattore soggettivo nella modificabilità della deliberazione.

⁶⁸⁰ COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio...*, *Op. cit.*, p. 353, considera che questa deliberazione è regolare per quanto riguarda ai presupposti ed al procedimento, ma che ha oggetto illecito, in quanto comportava la distribuzione di utili che non si sono prodotti effettivamente, o pretendeva la distribuzione di essi fuori dei limiti legalmente fissati.

⁶⁸¹ COLOMBO, G.E., *Ibid.*, dalla sua parte considera che questa invalidità per oggetto illecito non precisa dichiarazione giudiziale di nullità e procura come effetti la considerazione della deliberazione di riparto di dividendi come improduttiva di effetti, comportando la necessità della nuova redazione di un bilancio che risponda alla realtà. Comunque, condividiamo con lui la conclusione che «una modifica al bilancio la quale riduca gli utili accertati ad un livello inferiore a quelli che si è deciso di distribuire non sarebbe invalida (...) ma semplicemente non opponibile agli azionisti che non ne accettassero le conseguenze e pretendessero egualmente il pagamento del dividendo deliberato» (p. 351).

Dell'approvazione del bilancio dall'Assemblea generale se ne deriva una dichiarazione di conoscimento o verità che, per se, è semplicemente dichiarativa⁶⁸², e dunque non produce altro effetto giuridico che la conversione del progetto di bilancio degli amministratori in definitivo, giacché ora si passa a essere espressivo della volontà sociale, conformando un vero accordo.

A differenza da quanto si è considerato, l'approvazione del bilancio non produce la determinazione del beneficio netto, infatti questo è prodotto dell'attività economica dell'impresa, senza necessità di soddisfare nessun procedimento giuridico: è un elemento meramente fattuale⁶⁸³. Quello che si deriva dalla deliberazione d'approvazione del bilancio è la sua constatazione, o meglio detto, la sua quantificazione monetaria, per posteriormente, nel momento di decisione sull'applicazione del risultato dell'esercizio⁶⁸⁴, si decida cosa fare con i profitti o come si procederà nella compensazione delle perdite.

Sebbene, l'approvazione del bilancio non comporta da per se la creazione del diritto sugli utili, si implica, con la dichiarazione del risultato dell'esercizio, l'adempimento dei requisiti legali perché si possa procedere alla decisione sull'applicazione del risultati dell'esercizio e, dunque, alla decisione sul riparto dei dividendi o come si provvisionerà per compensare le perdite, dentro del marco legale che proibisce la distribuzione i utili che non si faccia con carico a utili realmente conseguiti e risultanti dal bilancio regolarmente approvato. Certi effetti si produrranno al riguardo degli utili distribuiti in forma previa alla determinazione del risultato contabile dell'esercizio. L'approvazione del bilancio e la determinazione in questo che l'impresa a ottenuto benefici implica che questi si

⁶⁸² È sprovvisto, dunque, di carattere negoziale, il cui impossibilitava l'applicazione per riempire le lacune legali delle regole proprie dell'impugnazione dei contratti e gli atti unilaterali. Così, COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio...*, *Op. cit.*, p. 338.

⁶⁸³ Questa visione è sostenuta da COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio...*, *Op. cit.*, p. 339, al considerare che la deliberazione d'approvazione del bilancio è «uno strumento meramente conoscitivo» «atto pertanto a contenere esclusivamente attestazioni di ciò che è, e non espressioni di ciò che dai suoi redattori si vuole». In conseguenza, il rapporto che esiste fra la realtà dell'impresa e quello speso nella contabilità è la stessa che esiste «tra l'accertare ed il creare: ora il bilancio accerta l'utile, non lo crea, così come accerta, e non crea, la perdita».

⁶⁸⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., *La determinación y la distribución...*, *Op. cit.*, p. 100.

consolidino, senza necessità di ulteriori accordi. Comunque, la posteriore decisione che si adotti sull'applicazione del risultato dell'esercizio dovrà risultare coerente con queste distribuzioni previe⁶⁸⁵.

L'accordo d'approvazione del bilancio non implicherà in nessun caso la liberazione di responsabilità degli amministratori⁶⁸⁶, dei sindaci, dei direttori generali o dei revisori contabili, giacché questi continuano essendo responsabili delle conseguenze giuridiche che si derivino dei suoi atti dolosi o imprudenti, così, l'art. 2434 C.c. ita. Ugualmente, l'approvazione del bilancio non comporta in nessun caso la ratificazione degli atti di gestione svolti dall'amministrazione eccedendo le sue facoltà o in contro le disposizioni dello statuto⁶⁸⁷.

E. Approvazione della gestione sociale

Insieme all'approvazione del bilancio, nell'Assemblea generale ordinaria si decide sulla gestione svolta dagli amministratori durante l'esercizio. Si soddisfa così il compito di rendicontazione integrante d'ogni relazione d'agenzia, per la quale gli amministratori offrono una relazione sull'attuazione che hanno svolto, perché l'Assemblea valute in quale misura si è dato adeguato soddisfacimento all'interesse sociale.

i. Relazione sulla gestione

⁶⁸⁵ ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 178.

⁶⁸⁶ Quest'approvazione non comporta in modo alcuno un *quitus* o scarico di responsabilità degli amministratori che hanno formulato il bilancio o che hanno amministrato alla società durante l'esercizio sociale al cui fa riferimento, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 177.

⁶⁸⁷ In questo senso possiamo menzionare la Sentenza del TS del 12 gennaio 2007, la SAP di Barcelona, Sezione 15^a, del 17 dicembre 2009 e la SAP di Castellón, Sezione 3^a, del 2 aprile 2009, nelle quali si pretendeva che l'approvazione del bilancio da parte dell'Assemblea implicassi la ratificazione di un sistema di retribuzione degli amministratori che si stava pagando ma che, ciò nonostante, non era stato mai approvato dall'Assemblea.

La normativa spagnola e italiana al riguardo stabiliscono una distinzione in funzione della dimensione della società. Così, le società di capitali di dimensione più ridotta –in questo caso, quelle che possono formulare il bilancio abbreviato⁶⁸⁸– non sono tenute a presentare all’Assemblea generale ordinaria una relazione sulla gestione nella quale si contengano certi dati sull’attività amministrativa svolta. Invece si raggiunge agli amministratori di tutte le società di capitali, indipendentemente della sua misura e oggetto, il dovere di rendicontazione della sua gestione di cara all’Assemblea –ex artt. 164 LSC e 2364 C.c. ita. i quali non stabiliscono distinzione alcuna-. In questi casi, nonostante l’esonero della formulazione di questo documento si si dovrà informare sulle azioni proprie e le partecipazioni in gruppi (pensiamo che tale informazione si rifletterà negli altri conti e, specialmente, nella nota integrativa).

Altro alla scarsa attenzione che tradizionalmente ha prestato la dottrina scientifica allo studio di questo documento, la relazione sulla gestione è regolata in modo praticamente identico nei diversi paesi dell’Unione Europea, che semplicemente hanno operato alla trasposizione delle esigenze che, al riguardo, stabiliva la IV Direttiva⁶⁸⁹.

Nonostante il fatto che la normativa non stabilisce nessuna allusione in concreto sull’ordine delle deliberazioni che si devono adottare durante la celebrazione dell’Assemblea generale, pensiamo che la censura della gestione degli amministratori –sulla base di quanto considerato nella relazione sulla gestione nel

⁶⁸⁸ Così, l’art. 262.3 LSC, che contiene un rinvio ai criteri dell’art. 257 LSC che, come si è considerato, comporta la combinazione di due di questi tre criteri: totale delle partite d’attivo inferiore ai 2.850.000 €, netto della cifra annuale degli affari non superiore a 5.700.000 € o numero medio dei lavoratori durante l’esercizio inferiore a 50. In Italia, art. 2435bis C.c. ita. (attivo: 4.400.000 / cifra degli affari: 8.800.000€ / lavoratori 50), l’esonero del dovere di redigere la relazione sulla gestione appare nel 7° comma.

⁶⁸⁹ Come indica GALÁN CORONA, E., *Memoria e informe de gestión*, in *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Dir. Uría/Menéndez/Olivencia, Tomo VIII, Vol. 1º, Civitas, Madrid, 2000, pp. 641-642, l’incorporazione di questo documento al diritto della IV Direttiva ha il suo antecedente storico nel Lagebericht (relazione di situazione) stabilito nella legislazione tedesca di società per azioni dall’AktG del 1965, e che insieme all’Erläuterungsbericht (relazione esplicativa) conformava l’insieme delle menzioni espositive che doveva contenere la relazione (Geschäftsbericht) che il Vorstand doveva offrire alla chiusura dell’esercizio.

suo caso, e quando l'impresa non sia obbligata alla sua redazione, sulla base delle spiegazioni che gli amministratori offrano all'Assemblea- deve realizzarsi con posteriorità all'approvazione del bilancio e con anteriorità all'adozione delle decisioni sull'applicazione del risultato dell'esercizio. Questo si deve a che nella relazione sulla gestione s'include un'importante quantità d'informazioni di carattere futuro, che possono offrire dati su quale sarà il destino prossimo della società e che possono avere rilievo all'ora che i soci conformino la decisione sociale. Così, possono infondere prudenza nell'adozione di decisioni da parte di questi, che consiglio un maggior approvvigionamento di riserve; o, per il contrario, può mostrare il convincimento del buon andamento dell'impresa che permetta la distribuzione di grandi utili.

Senza l'intenzione di entrare in questa sede all'analisi in profondità di questo documento considerando, in lunga misura, il carattere aperto di quello, ci sembra, nonostante, interessante sottolineare alcuni aspetti della relazione sulla gestione. Così, a differenza da quanto accade con il bilancio, alla relazione sulla gestione glieli esige che offra un'esposizione fedele sull'evoluzione degli affari e la situazione della società⁶⁹⁰. Dobbiamo rilevare che si tratta di un'*analisi fedele* e che, giacché non fa parte questo documento del compendio che integra il bilancio⁶⁹¹, non si trova, di conseguenza, subordinato al fine generale di rappresentare l'immagine veritiera e fedele della situazione della società. Questo non implica che non si trovi questa relazione ugualmente soggetta ai doveri di veracità e di esattezza, ma che, più precisamente, per lo scopo che si persegue con quello -più prospettico ed esplicativo che dichiarativo della situazione dell'impresa-, si trova necessariamente caratterizzato da un margine di libertà maggiore nella sua redazione, allo stesso tempo che non implica una sottomissione così stretta ai dati fattici della disciplina contabile. È, dunque, il luogo giusto dove gli amministratori

⁶⁹⁰ GALÁN CORONA, E., *Memoria e informe de gestión*, Op. cit., p. 644.

⁶⁹¹ Conserva comunque la sua indipendenza ed autonomia al riguardo del bilancio, rispetto al quale non si può pretendere la riduzione del suo contenuto considerandosi la sua inclusione nella relazione sulla gestione. *Cifr.* art. 262.5 LSC, il che determina che l'informazione contenuta nella relazione sulla gestione, in nessun caso, giustificherà la sua assenza nel bilancio quando quest'informazione deva includersi in esso.

devono versare quelle informazioni che, nonostante il suo carattere non facilmente esplicativo di forma economica o contabile, hanno speciale rilievo per l'andamento e l'evoluzione futura dell'impresa.

Così, il suo contenuto raccoglie il parere dell'amministrazione della società sulla situazione di questa, così come dell'evoluzione dei suoi affari, non collegandosi in modo diretto con le partite dei conti annuali⁶⁹². A differenza dalla nota integrativa (e degli altri conti annuali in generale), la relazione sulla gestione non comporta una visione statica e retrospettiva della situazione della società, ma l'informazione contenuta si proietta sulla situazione presente (in quanto deve contenere i fatti trascendenti per la vita dell'impresa che siano accaduti fra la data del fine dell'esercizio e la celebrazione dell'assemblea) e futura (in quanto gli amministratori devono contenere in questo documento un'esposizione della prevedibile situazione futura della società, così come dei rischi e le incertezze ai quali deve fare fronte).

Allo stesso tempo, e fondamentalmente per questi motivi, è meno rotonda l'attività che svolgono i revisori all'ora di revisionare la relazione sulla gestione giacché, semplicemente, controlleranno che i dati spresati in quella siano coerenti con il bilancio. Questo dovuto a che il livello d'oggettività è chiaramente minore e il suo grado di verificabilità è pure più ridotto⁶⁹³. A quello s'aggiunge il fatto che, dovendo contenere la relazione sulla gestione informazione sugli avvenimenti importanti per la società accaduti dopo la chiusura dell'esercizio, così come una predizione sull'evoluzione futura dell'impresa, questo documento può essere oggetto di modifiche una volta formulato e prima della convocazione dell'Assemblea, per adattarlo o aggiornarlo sulla base delle nuove situazioni che

⁶⁹² Sebbene, parte della dottrina considera che la funzione di rendicontazione che deve adempiere la relazione sulla gestione viene adempita pure parzialmente dal conto economico, nel quale, con la dovuta separazione delle diverse spese ed incassi dell'esercizio può servire come strumento di base sul quale giudicare l'attuazione degli amministratori nella gestione della società. Così, BIANCHI, L.A., "Le clausole generali della chiarezza...", *Op. cit.*, pp. 48-49.

⁶⁹³ GALÁN CORONA, E., *Memoria e informe de gestión*, *Op. cit.*, p. 644.

affettino alla vita della società dal momento della chiusura dell'esercizio, o che possano affettare alle previsioni di futuro.

Sul contenuto preciso di questo documento, dobbiamo sottolineare che, nel suo congiunto, deve supporre un'esposizione fedele sull'evoluzione degli affari e la situazione della società (*Lagebericht*). Per questo, s'includeranno, nella spiegazione, indicatori finanziari e non finanziari, così come determinate informazioni che affettano alla struttura dell'impresa (titolarità d'azioni proprie, partecipazione e posizione in gruppi d'impresa...). Come informazione addizionale, tale documento deve apportare dati sulla gestione medio ambientale svolta dall'impresa, così come le attività in materia di ricerca e di sviluppo che stanno portando a termine, tutto ciò senza che si deva confondere questo documento con la memoria di responsabilità sociale corporativa che svolgono alcune imprese (la relazione sulla gestione è un documento imperativo mentre che la relazione o memoria di responsabilità solo avrà tale carattere per certe imprese, e quelle che, volontariamente, abbiano assunto tali compromisi).

Per quanto interessa all'informazione contabile, due sono i principali nuclei d'informazione che deve contenere la relazione sulla gestione. Il primo di quei consiste in un'analisi attuale e attualizzato (in quanto non chiuso alla data della fine dell'esercizio sociale) sulla situazione dell'impresa. In quella si deve svolgere un'analisi dei rischi ed incertezze ai quali deve fare fronte l'impresa, così come un'analisi equilibrata ed esaustiva dell'evoluzione e i risultati dei suoi affari e la situazione della società, che avranno maggiore o minore profondità in funzione della portata e complessità della società. Ugualmente si conterrà informazione sui prodotti finanziari che impieghi la società, su qual è la situazione di questi e quale sono i rischi e i costi che tali implicano per la società.

Il secondo blocco d'informazione, di carattere più gestionale, ha una finalità prospettica, giacché consiste in informare sulla previsione d'evoluzione della società in un futuro, dei suoi affari e della fine che avranno i rapporti giuridici in cui si trova immersa. Tutto quello comporta una carica importante d'aleatorietà

che esige che, perché questo strumento risulti utile, deva essere aggiornato praticamente alla data della convocazione dell'Assemblea, in modo tale che i soci contino con la massima informazione possibile per determinare la previsione dell'andamento della società in un futuro prossimo, così come per determinare le strategie che di conseguenza dovranno essere adottate.

In ultimo termine, le società che abbiano i suoi valori ammessi a quotazione in mercati secondari sono obbligate a includere nella sua relazione sulla gestione, in una sezione separata, la relazione sulla corporate governance⁶⁹⁴, con lo cui si pretende di dare maggiore pubblicità a questo strumento.

ii. Censura della gestione dall'Assemblea

Indipendentemente da se la società è obbligata a che la gestione svolta dagli amministratori sia informata o meno nella relazione sulla gestione, è obbligazione comune in tutte le società di capitali che nell'Assemblea general ordinaria abbia luogo una rendicontazione da parte degli amministratori, nella quale informino in modo dettagliato sulla sua gestione, e che l'Assemblea approvi quest'attuazione o, in caso, che s'addotti delle misure al riguardo.

Su questo punto determina l'art. 2364 C.c. ita., che l'Assemblea generale ordinaria s'incarica della nomina e revocazione degli amministratori, sindaci e il presidente del Collegio sindacale, così come del revisore contabile; determina ugualmente la remunerazione degli amministratori e dei sindaci se tale aspetto non è regolato nello statuto e delibera sulla responsabilità degli amministratori. Questi giudizi sull'attuazione degli amministratori non implicano, in nessun caso, lo svolgimento di azioni di responsabilità contro di essi, ma semplicemente compongano un giudizio che realizza l'organo assembleare sull'attuazione di questi, nel cui si verifica che abbiano attuato secondo le sue competenze ed in persecuzione dell'interesse sociale. Da questa decisione potrà accordare

⁶⁹⁴ Cifr. art. 538 LSC.

l'Assemblea l'interposizione di azioni sociali di responsabilità quando dall'attuazione degli amministratori si abbia irrogato un pregiudizio diretto per la società o i soci (art. 2392 C.c. ita.).

Nel caso spagnolo, non ci troviamo un contenuto legalmente determinato di quali sono i compiti dell'Assemblea ordinaria, al di là dall'approvazione della gestione sociale, il bilancio dell'esercizio e la decisione sull'applicazione del risultato (art. 164.1 LSC). Di là si può derivare che l'Assemblea generale svolge un'analisi del rendiconto che fanno gli amministratori, dal quale si potrebbe accordare l'interposizione delle opportune azioni sociali di responsabilità (art. 238 LSC).

F. Decisione sull'applicazione del risultato dell'esercizio

L'approvazione del bilancio produce come primo effetto la constatazione del risultato dell'esercizio, cioè, le perdite o i guadagni che sono derivati come conseguenza dell'esercizio dell'attività economica dell'impresa. Questo implica offrire la base fattuale sulla cui si deve adottare una terza deliberazione durante la celebrazione dell'Assemblea generale, quale sarà decidere la destinazione del risultato dell'esercizio⁶⁹⁵. A questo riguardo, la decisione che adotta l'Assemblea non è libera, tutt'altro dovrà assoggettarsi a una serie di parametri legali che stabilisce la normativa, che alludono alla struttura patrimoniale dell'impresa e che hanno come ultimo obiettivo evitare che, come conseguenza dell'accordo

⁶⁹⁵ Non condividiamo l'opinione di ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 196, quando afferma che l'Assemblea generale solo adotta decisioni quando il risultato dell'esercizio è positivo, e invece quando il risultato dell'esercizio è negativo, l'Assemblea non ha la facoltà di risolvere sulla sua applicazione. Infatti, l'Assemblea si ha la facoltà di decidere come rispondere per fare fronte alle perdite: se si fa con carico alle riserve, o attraverso un aumento del capitale, per esempio.

d'applicazione del risultato, la società sia spatrimonializzata, mettendo in pericolo, da un lato, i diritti dei creditori, e d'altro, la continuità stessa della società⁶⁹⁶.

La deliberazione che l'Assemblea generale adotta sul risultato dell'esercizio è una decisione indipendente, anche se vincolata a quella di approvazione del bilancio della società⁶⁹⁷. Così, la società, da un lato dichiara qual è la sua situazione patrimoniale e finanziaria, dall'altro considera i risultati ottenuti della sua attività economica durante l'esercizio. Una volta costatati i guadagni o le perdite che ne sono derivati, gli amministratori considereranno il marco legale del quale s'assoggetta questo risultato e formuleranno, insieme alla redazione del bilancio una proposta d'applicazione del risultato dell'esercizio, cioè, una proposta su cosa si potrebbe fare di fronte alle perdite o guadagni percepiti durante l'esercizio. Questa proposta è subordinata all'adempimento del marco imperativo fissato dalla normativa, in modo tale che, se gli amministratori formulano una proposta che violi le norme di protezione del capitale sociale, non solo sarebbe invalida tale

⁶⁹⁶ Nel più attuale dibattito sulle funzioni che deve svolgere il capitale sociale e che fronteggia ai paradigmi giuridico-commerciali di Europa continentale con quelli e il mondo anglosassone, occupa un posto centrale di discussione il controllo della distribuzione degli utili come misura per evitare la spatrimonializzazione della società. Su questo argomento, *vid.*, BAIRD, D.G., "Legal Approaches to Restricting Distributions to Shareholders: The Role of Fraudulent Transfer Law", *EBOR*, num. 7, 2006, pp. 199-215; WAGNER, G., "Distributions to Shareholders and Fraudulent Transfer Law", *EBOR*, num. 7, 2006, pp. 217-231; SANTELLA, P. / TURRINI, R., "Capital Maintenance in the EU: Is the Second Company Law Directive Really That Restrictive?", *EBOR*, num. 9, 2008, pp. 427-461. Sulle basi di questi ragionamenti, la Fraudulent Transfer Law degli Stati Uniti proibisce alle società in situazioni vicine all'insolvenza distribuire gli utili, così come realizzare transazioni o contrarre obblighi per un valore superiore alla sua retribuzione ragionevole. L'obiettivo sarebbe quello di evitare che il debitore svolga transazioni che i creditori proibirebbero se i costi di negoziare in questi termini fossero sufficientemente bassi (così, BAIRD, *cit.*, p. 200).

⁶⁹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *La determinación y la distribución...*, *Op. cit.*, dice che la deliberazione d'approvazione del bilancio e la decisione sulla distribuzione degli utili sono due deliberazioni diverse, non perché producono diversi effetti, ma pure perché in essi l'Assemblea attua in modo diverso (nt. 7, p. 95). Così, la deliberazione d'approvazione del bilancio tende a completare il processo di formazione del bilancio e il conto economico; la deliberazione sull'applicazione del risultato considera la destinazione degli utili e fa nascere il diritto di credito dei soci e degli amministratori su una parte degli utili, ma può darsi il caso d'approvazione del bilancio senza che si produca una decisione sulla distribuzione degli utili (p. 95).

D'altronde, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 197, lo definisce come un'autentica *condictio iuris*, in modo tale che ogni distribuzione degli utili agli azionisti –dividendi– senza la previa approvazione del bilancio che gli rende evidenti solo può basarsi in una decisione contraria alla legge e, dunque, è impugnabile. È espressivo, in questo senso, il §174.3 AktG al stabilire che la deliberazione (di distribuzione degli utili) non suppone la modifica della chiusura annuale dei conti ormai approvata.

proposta, ma implicherebbe pure un inadempimento dei suoi doveri da parte degli amministratori che potrebbe essere, ugualmente, generatore di responsabilità.

Oltre al marco legalmente stabilito nel quale si deve inquadrare la politica che si adotta sul risultato dell'esercizio, troviamo l'esistenza del diritto dei soci alla distribuzione degli utili –nel quale si è voluto vedere la manifestazione ultima di quale sarebbe l'interesse sociale-, e il dovere di proteggere i diritti dei terzi di buona fede, si trattino questi dei soci o dei creditori della società.

i. La determinazione del risultato dell'esercizio e la fissazione degli utili distribuibili

Dal bilancio della società e, più propriamente, dal conto economico, si ottiene la cifra del risultato dell'esercizio, che posteriormente s'integrerà nel netto patrimoniale dello stato patrimoniale della società. Questa è l'espressione matematica del risultato dell'attività dell'impresa durante il periodo dell'esercizio sociale che, come abbiamo considerato, normalmente ha una periodicità annuale⁶⁹⁸. Così, la frammentazione della vita della società in esercizi economici è un'esigenza dell'attività imprenditoriale, perché permette di dividere i risultati che ottiene l'impresa, evitando di dovere aspettare fino alla liquidazione di essa per determinare se si sono ottenuti guadagni o perdite. Allo stesso tempo permette remunerare con periodicità gli apporti offerti dai soci, facendogli partecipi, nella stessa misura in cui contribuiscono al capitale della società, dei risultati ottenuti per l'attività di questa.

⁶⁹⁸ La dottrina ha fatto la differenziazione fra due accezioni al riguardo del concetto di utili: un senso diretto, che fa riferimento all'eccedente degli incassi ottenuti durante l'esercizio sociale sui spese occasionate durante quello; ed un senso indiretto, che considera l'incremento del valore del capitale netto esistente al principio del periodo che ha avuto –indipendentemente dei nuovi apporti o di restituzioni del capitale o rivalorizzazioni straordinarie di componenti del capitale preesistente- durante l'esercizio per effetto della gestione e delle attribuzioni realizzate di valori. Così, ILLESCAS ORTIZ, R., *El derecho del socio al dividendo...*, Op. cit., p. 38.

Per poter valutare sul risultato dell'esercizio dobbiamo partir dalla base di un concetto di beneficio nella società. Condividiamo con un settore maggioritario della dottrina (Illescas, Sánchez Calero...) la considerazione che per beneficio si deve capire tutti gli aumenti patrimoniali che si sono prodotti durante l'esercizio qualunque sia il suo origine, sia che derivino questi dell'attività economica dell'impresa e dei suoi risultati finanziari, sia che derivino da qualsiasi altre operazioni o circostanze che affettino alla vita della società. Comunque, la normativa richiede che si tratti di utili "realmente ottenuti"⁶⁹⁹. È per quello che nella configurazione del conto economico secondo il modello della IV Direttiva sia necessario stabilire una separazione fra il risultato dell'esercizio e quelli che non lo siano. La normativa specifica stabilisce, in occasione, che di fronte a determinati profitti non imputabili allo stabilimento o all'attività finanziaria della società sia preciso adottare determinate cautele –come la provvisione di una riserva speciale di fronte alle rivalorizzazioni o la riserva del fondo di commercio (art. 273.4 LSC)-⁷⁰⁰.

ii. Il diritto del socio al dividendo

Dobbiamo partire dalla base che non esiste un diritto assoluto del socio al dividendo, cioè, non c'è niente che garantisca il diritto dei soci di una società a ottenere la distribuzione di tutti gli utili ripartibili ogni esercizio⁷⁰¹. Il dividendo è stato definito come la parte del guadagno corrispondente ad ogni azione (o

⁶⁹⁹ Con quello si proibisce la distribuzione degli utili imputati direttamente al patrimonio netto, che non potranno essere oggetto di distribuzione diretta né indiretta. *Cifr.* art. 273.2 LSC.

⁷⁰⁰ Così, ILLESCAS ORTIZ, R., *El derecho del socio al dividendo...*, *Op. cit.*, p. 45, considera che per che si possano considerare questi utili come non derivato dall'esercizio è necessario, in primo luogo, che si constatinò delle condizioni di esistenze e, in secondo luogo, ci si vuole che si riuniscano degli requisiti di distribuibilità, i quali fanno riferimento non già all'esistenza del concetto di profitti, ma alla funzione di esso, come delimitatore del settore patrimoniale potenzialmente destinato alla distribuzione fra i soci.

⁷⁰¹ In queste posizioni negazioniste, ILLESCAS ORTIZ, R., *El derecho del socio al dividendo...*, *Op. cit.*, p. 135 e ss.; *Íd.*, *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, p. 196; *Íd.*, "El derecho del socio al dividendo hoy...", *Op. cit.*, p. 30; SÁNCHEZ CALERO, F., *La determinación y la distribución...*, *Op. cit.*, p. 131 e ss.

partecipazione) in un esercizio sociale determinato⁷⁰². In ogni caso, il dividendo e il diritto dei soci a ottenerlo è conseguenza di un accordo sociale adottato sulla base del risultato dell'esercizio⁷⁰³.

Concluso l'esercizio e considerato il risultato che si è ottenuto dalla società attraverso la sua dichiarazione nel bilancio, i soci devono decidere nell'Assemblea su come procedere per fare fronte alle perdite o ai guadagni ottenuti. Come abbiamo affermato, di fronte alle perdite non c'è spazio per altra soluzione che quella di coprirle, attraverso diversi procedimenti senza che sia possibile, in tale caso –e nonostante il possibile ricorso alle riserve di libera disposizione–, procedere alla distribuzione di dividendi. Invece, se si ottengono guadagni, l'Assemblea potrà decidere se procedere alla sua distribuzione o, invece, impiegargli per costituire riserve nella società con le quali contare con un margine patrimoniale di garanzia per intraprendere nuove attuazioni.

La dicotomia di decisioni esistenti rispetto ai profitti ottenuti (distribuire o provvisionare riserve) può rendere manifesto un conflitto d'interessi nel seno della società⁷⁰⁴. Ad alcuni soci gli interesserà più la distribuzione dei dividendi (piccoli

⁷⁰² ILLESCAS ORTIZ, R., *El derecho del socio al dividendo...*, *Op. cit.*, p. 53.

⁷⁰³ Forse, la consacrazione più effettiva del diritto del socio al dividendo la troviamo nel § 58.4 AktG, il che stabilisce che gli azionisti hanno diritto sugli utili secondo bilancio per decisione dell'Assemblea generale, a meno che si escluda la distribuzione degli utili fra di loro per disposizione della legge o dello statuto, distribuzione di utili che si potrà fare pure –secondo la normativa tedesca– in natura.

⁷⁰⁴ Risolta imprescindibile fare riferimento qui alle riflessioni di ASQUINI, A., "I batelli del Reno", *Riv. Soc.*, 1959, pp. 617-633, che nonostante trattarsi di un classico sostiene, probabilmente, alcuni dei pensieri più interessanti sul conflitto d'interessi che sta sotto la distribuzione degli utili nelle società di capitali. La sua conclusione la offre dall'inizio (con lo che offre titolo all'articolo) ricordando una frase attribuita agli inizi del secolo XX ad uno degli amministratori del Norddeutscher Lloyd, che dichiarò che l'obiettivo della sua società non era quello di distribuire gli utili fra gli azionisti, ma quello di fare navigare le navi sul Reno. Infatti, ed anche quando una delle note definitorie delle società di capitali sia lo scopo di lucro, condividiamo con Asquini la considerazione che questo non si può materializzare sempre nella distribuzione dei dividendi, ma nel conseguimento dell'oggetto sociale, che ripercuoterà necessariamente in profitto degli azionisti, sia conseguendo un aumento del valore delle sue partecipazioni nella società, sia facendogli partecipi dei profitti ottenuti da questa.

Secondo le sue riflessioni, dobbiamo negare l'esistenza di un diritto astratto del socio ai dividendi che non si basi nella costatazione e deliberazione da parte dell'Assemblea dell'esistenza degli utili distribuibili (p. 625).

risparmiatori incidentali, soci che vogliono una redditività dei suoi apporti...), mentre altri preferiranno che la società abbia un ampio margine patrimoniale di garanzia che offra solidità alla sua struttura (soci di maggioranza con interesse in progetti a lungo termine; ugualmente, interesse dei creditori, che a maggiore patrimonio sociale, maggiori saranno le garanzie che avranno per il corretto soddisfacimento dei suoi crediti...). Ugualmente, in queste opzioni si possono vedere influenzati gli interessi degli amministratori: per esempio, se hanno un sistema di retribuzione accordato sulla base dei dividendi distribuiti, o se questi hanno la condizione di azionisti o si retribuiscono attraverso stock-options; o se sono interessati in conservare un certo prestigio nello svolgimento della sua attività come gestori, e dunque la continuità dell'impresa è la sua grande aspirazione...

In ogni caso, si tratta di una decisione che è adottata dai soci, sulla base del risultato dell'esercizio e che può prendere –o meno- come sostegno la proposta d'applicazione dei risultati redatta dagli amministratori e che accompagna al bilancio e alla relazione sulla gestione. Nonostante questo carattere negoziale dell'accordo per il quale si decide sulla destinazione degli utili ottenuti, non si può ovviare che le società di capitali, ontologicamente, perseguono lo scopo di lucro. A questo riguardo si può stabilire una distinzione fra il lucro diretto ed il lucro indiretto: il primo si manifesta nella distribuzione diretta degli utili ai soci una volta finalizzato l'esercizio; il secondo, fa riferimento al lucro ottenuto come conseguenza dell'aumento di valore del patrimonio della società, che si ripercuote sul valore delle azioni e partecipazioni, come che porzioni di questo.

Anche se si tratta di una decisione sociale, la giurisprudenza ha stabilito in modo reiterato che saranno abusivi gli accordi sociali contrari alla distribuzione di utili realmente ottenuti, quando si produca –in abuso di diritto da parte della maggioranza e contro la volontà di parte dell'azionariato- di forma reiterativa in vari esercizi consecutivi, nonostante essere sufficientemente dotate le riserve della

società (legali, statutarie e volontarie)⁷⁰⁵. Si capisce che la società, comunque, è orientata a offrire ai suoi soci una partecipazione negli utili che si siano ottenuti, e che sarebbe contrario alla finalità della compagnia permettere alla maggioranza che converta alla società in un'autentica «cassaforte»⁷⁰⁶ nella quale s'accumolino grandi cifre di riserve senza procedersi alla distribuzione di queste.

Su queste considerazioni non sarebbe valida una clausola statutaria che dimorasse l'esercizio effettivo del diritto alla partecipazione negli utili al momento della liquidazione della società o della separazione del socio. Questo ripercuote sulla decisione dell'Assemblea sulla distribuzione degli utili netti ripartibili, deliberazione che nonostante essere libera non può essere assolutamente arbitraria, in modo tale che l'applicazione sistematica o durante diversi esercizi di tutto o quasi tutto il beneficio netto dell'esercizio alle riserve costituirebbe un abuso di diritto o di maggioranza, un accordo contrario al dovere di lealtà o fedeltà del socio maggioritario, che potrebbe considerarsi ugualmente come adottato in pregiudizio dell'interesse sociale –concepito come l'interesse di tutti i soci d'ottenere redditività della sua inversione nella società- ed in beneficio dell'interesse dei maggioritari⁷⁰⁷. Possiamo considerare, dunque due casi in cui, al mio parere, destinare la totalità del profitto di libera distribuzione a riserve potrebbe essere annullabile:

- a. Quando con la no distribuzione degli utili si perseguino fini extrasocietari illeciti per se stessi, come: esercitare pressione sulla minoranza per la vendita della sua partecipazione nella società, favorire

⁷⁰⁵ Così, ASQUINI, A., "I battelli del Reno", *Op. cit.*, p. 630, si situa in un settore dottrinale condiviso con Ferri, Ferrara, Frè, Greco, De Gregorio, Vivante e Ascarelli, al affermare che si deve offrire «il dovuto riconoscimento al diritto individuale dell'azionista al dividendo in misura equitativa, con il riconoscimento che la deliberazione di accertamento degli utili distribuibili ha natura dichiarativa e che quindi in caso di sua invalidità per lesione del diritto dell'azionista al dividendo vi è luogo all'azione giudiziaria per accertare il diritto leso». Nella sua opinione, una deliberazione che intenda conservare gli utili ottenuti in riserve della società sarà impugnabile quando la deliberazione «leda comunque il diritto individuale del socio a un equo dividendo e, indipendentemente, ove siano viziati i voti marginali in conflitto d'interesse o la deliberazione sia altrimenti viziata da eccesso di potere» (p. 632).

⁷⁰⁶ VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 107.

⁷⁰⁷ Così, VICENT CHULIÁ, F., *Ibid.*

ai soci maggioritari amministratori la cui remunerazione dipenda da una percentuale sul patrimonio, o nelle situazioni in cui il socio maggioritario può ottenere benefici senza necessità di distribuzione (per esempio, essendo integrato in gruppi di società).

b. Quando l'impiego del beneficio netto per dotare di forma sistematica le riserve della società non è giustificato per esigenze dell'attività della società, che dispone di liquidità sufficiente per lo svolgimento del suo oggetto sociale. In questo modo, una sopra-patrimonializzazione della società che si trova di fronte ad una situazione nella quale non imprenderà nuovi progetti che implicino un certo rischio, si vede ingiustificata⁷⁰⁸.

Si potrebbe questionare ugualmente la possibilità di stabilire nello statuto sociale una clausola nella quale si determini che, una volta soddisfatte le percentuali di riserve legali e statutarie, si dovrà distribuire, almeno una determinata percentuale degli utili fra i soci. Su tale possibilità dobbiamo considerare che non ostante, la legge esige in forma imperativa che sia una deliberazione sociale, un accordo, quello che determini la volontà dell'imprenditore sulla destinazione del risultato, dunque, anche nel caso di determinazione di questa possibilità nello statuto, sarebbe necessario sottomettere tale destinazione a consultazione assembleare⁷⁰⁹. Ugualmente, e forse con maggiore frequenza, le clausole di questo tipo sarebbe meglio di includerle –e, probabilmente, con maggiore effettività- in patti parasociali.

iii. La protezione del capitale sociale

⁷⁰⁸ Al contrario, la previsione di realizzazione d'investimenti, con il conseguente rischi che queste hanno implicito, comportano la convenienza di capitalizzare l'impresa, con il che si giustificherebbe la possibilità che, nonostante ottenere utili, si decida conservare questi come riserve, come è considerato dalla sentenza della AP di Castellón, Secc. 3^a, del 2 aprile 2009.

⁷⁰⁹ Su questa possibilità di configurazione nello statuto, *vid.* COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio...*, *Op. cit.*, p. 507.

Sia nei sistemi di diritto societario del tipo europeo continentale –la cui struttura economica gira intorno all’istituzione del capitale sociale-, come in quelli di corte anglosassone –più liberi in quanto riguarda alle garanzie patrimoniali-, mostrano speciale attenzione alla regolazione di una serie di premesse sulle quali può prodursi la distribuzione di dividendi, all’oggetto d’evitare che con una politica libera di distribuzione dei risultati si produca la spatrimonializzazione della società in pregiudizio dei creditori e della continuità stessa della vita societaria.

Nell’Europa continentale, la normativa considera in modo generalizzato che non si può procedere alla distribuzione degli utili che non si sono realmente conseguiti⁷¹⁰ (o, nel suo caso, con carico a riserve di libero utilizzo), sempreché il patrimonio netto della società dopo il ripartito sia superiore al capitale sociale e solo dopo che si abbia proceduto alla dotazione di una serie di riserve, di carattere legale⁷¹¹ o volontario⁷¹².

Possiamo considerare che queste norme sono orientate ad adempiere una doppia funzione: da un lato, la finalità d’evitare la spatrimonializzazione della società, assicurando ai creditori che conterranno con risorse sufficienti per il soddisfacimento dei suoi crediti; d’altro lato, offrire alla società una struttura patrimoniale sufficientemente stabile che gli permetta lo svolgimento della sua

⁷¹⁰ Principio d’effettività del dividendo: *cfr.* art. 273.2 LSC, 2433.2^o C.c. ita.

⁷¹¹ Per la dotazione di questa riserva legale, che in Italia come in Spagna si quantifica in un quinto del capitale sociale, la normativa italiana (art. 2430, 1^o comma, C.c.) richiede che ogni esercizio si destini a raggiungere tale percentuale un 20% degli utili, la normativa spagnola dilaziona più il raggiungimento della riserva minima, obbligando a dotare in ogni esercizio soltanto il 10% degli utili (art. 274 LSC). Ugualmente, la normativa italiana –più protezionista di quella spagnola in materia di capitale sociale- richiede che il sovrapprezzo che si paghi per le azioni che s’emettono per valore superiore al nominale deve essere destinato a riempire queste riserve. Germania (§150.2 AktG) impiega un sistema di dotazione veloce della riserva legale (20% degli utili), ma la quantità di questa riserva legale obbligatoria è inferiore, essendo solo della decima parte del capitale sociale.

⁷¹² Favorevole al riconoscimento di un certo diritto dei soci agli utili, l’AktG tedesca, nel suo §58.1 stabilisce che solo si potranno trasferire utili alla dotazione di riserve statutariamente costituite quando non comporti un importo superiore alla metà dell’eccedente degli utili (al cui glieli dovrà detrarre previamente quanto necessario per la dotazione delle riserve obbligatorie), salvo che lo stesso statuto autorizzi la possibilità che il Vorstand ed il Aufsichtsrat decidano una dotazione superiore (§ 58.2). Comunque, le riserve volontarie –fermo restando il patto nello statuto- non si potranno continuare dotando quando abbiano raggiunto ormai un importo superiore al 50% del capitale sociale.

attività. Allo stesso tempo, si condiziona in certa misura il procedere alla finalizzazione dell'esercizio giacché una volta determinato il risultato secondo il bilancio (impiegando la adeguata nomenclatura dell'AktG), gli amministratori dovranno destinare una percentuale di questi alla dotazione delle riserve legali e volontarie fino a che questi raggiungano un determinato importo, e solo sulla parte che resta potrà accordarsi dall'Assemblea la sua distribuzione fra i soci⁷¹³ oppure un'altra destinazione che si consideri adeguata: dotazione di nuove riserve, acquisto di azione proprie... Ugualmente, nella decisione sulla distribuzione si dovranno considerare le quantità ormai distribuite fra i soci in concetto di acconti sui dividendi⁷¹⁴, nel caso che queste si fossero accordate.

Il sistema anglosassone, dalla sua parte, prende come centro l'applicazione della Fraudulent Transfer Law, con la quale si persegue che, in situazioni vicine all'insolvenza non si producano attribuzioni che implicino l'uscita di attivi dalla società per una contropartita inferiore al suo *fair value*, che, logicamente, include le uscite d'attivo a titolo gratuito, come possono essere gli accordi di distribuzione di dividendi. Alcuni autori⁷¹⁵ hanno considerato l'adeguatezza che i modelli europei tendano verso queste strutture normative di corte statunitense, e che, dunque, regolino le transazioni fraudolente. Dalla mia prospettiva considero che si tratti di due atteggiamenti diversi su come perseguire –pure in diversi momenti- gli stessi effetti. L'obiettivo d'entrambe è evitare che escano in modo ingiustificato gli attivi della società, con i quali si metta in pericolo i diritti dei creditori (principalmente anche se non solo). La normativa europea –sulla base della IV Direttiva principalmente- si è svolta impiegando un sistema di previsione *ex ante* di tali uscite di capitali: così, tutta la normativa di regolazione del bilancio, la pubblicità di questo ed i limiti che si stabiliscono all'ora di decidere la distribuzione degli utili

⁷¹³ Distribuzione che, secondo la normativa tedesca, sarà del 4% degli apporti al capitale sociale che avesse realizzato ogni azionista, se gli apporti al capitale non si sono sborsate nella stessa proporzione. In caso che gli utili distribuibili non permettano coprire questo importo, si considererà la massima percentuale che si sia possibile entro dei limiti distribuibili.

⁷¹⁴ *Cifr.* artt. 277 LSC, 2433bis C.c.ita., 59 AktG.

⁷¹⁵ Così, il professore tedesco WAGNER, G., "Distributions to shareholders...", *Op. cit.*, pp. 229-231, il che considera favorevole l'avvicinamento del sistema tedesco alla normativa statunitense.

hanno come finalità evitare che si producano distribuzioni che non rispondano a utili realmente ottenuti, da un lato, e, dall'altro, attraverso la necessità di provvedere riserve, evitare che tali distribuzioni di utili si producano in situazioni vicine all'insolvenza⁷¹⁶. Dalla sua parte, il sistema americano, si svolge *ex post*: considerato in situazioni di crisi che una distribuzione di dividendi (o una uscita fraudolenta di capitali dalla società) si è svolta pregiudicando i diritti dei creditori a ottenere il soddisfacimento dei suoi crediti, si procede a lasciare senza validità tale uscita, reintegrandosi il suo importo e ricostituendosi, con quello, il patrimonio della società.

Non è questo il luogo adeguato per considerare quale dei due sistemi sia meglio. Nonostante si possono considerare qui alcuni apprezzamenti. In primo luogo, nonostante il fatto che il sistema europeo s'articoli principalmente *ex ante*, niente impedisce che questo si completi con regolazioni puntuali *ex post*. Così, ad esempio, le azioni rescissorie concorsuali, o le azioni di revocazione della delibera di distribuzione degli utili, così come le azioni di responsabilità contro gli amministratori per le conseguenze che si derivino della sua attuazione nella gestione della società. In secondo luogo, si deve considerare i costi e la redditività in ognuno dei sistemi. Così, la struttura rigida di dotazioni di riserve e tutte le cautele che si devono adottare in Europa prima di decidere la distribuzione⁷¹⁷ implicano, in generale, scarsi costi di transazione (giacché comporta, semplicemente, l'adempimento di una normativa imperativa) ed offrono

⁷¹⁶ Sebbene dobbiamo considerare due critiche su queste considerazioni: in primo luogo, che le istituzioni sull'insolvenza in Europa si costruiscono più come un problema di liquidità che di struttura patrimoniale, definendosi in modo generalizzato la situazione d'insolvenza come l'incapacità di fare fronte in modo regolare agli obblighi esigibili. In secondo luogo, e soprattutto, che per conseguire che il sistema funzioni adeguatamente sarebbe necessaria la esigenza di una capitalizzazione adeguata della società, giacché le riserve obbligatorie e volontarie si costruiscono sulla cifra del capitale sociale. Così, scarsa garanzia rappresenta (anche con tutte le riserve dovutamente costituite) una società di grandi dimensioni quando per la sua costituzione si optò per dotare il capitale minimo legalmente richiesto.

⁷¹⁷ Distante dai sistemi come quello di Delaware dove non si richiede che la distribuzione dei dividendi risponda agli utili effettivamente ottenuti. *Vid.* ALONSO LEDESMA, C., "Algunas reflexiones sobre la función...", *Op. cit.*, p. 137; ugualmente, il confronto di posizioni fra Enriques/Macey e Denozza nella dottrina italiana: ENRIQUES, L./MACEY, J., "Raccolta di capitale di rischio e tutela..." *Op. cit.*, pp. 78 e ss; DENOZZA, F., "A che serve il capitale?..." *Op. cit.*, pp. 585 e ss.; ENRIQUES, L., "Capitale sociale, informazione contabile..." *Op. cit.*, p. 607 e ss.

una protezione generalizzata (che ridonda a beneficio di tutti gli azionisti, sia la società in una situazione d'insolvenza o meno). Invece, per applicare la Fraudulent Transfer Law si preciserà incorrere in costi di monitoraggio da parte dei creditori, che dovranno percepire che la società si trova, effettivamente, in una situazione d'insolvenza; allo stesso tempo, l'esercizio di tali azioni di reintegrazione delle transazioni fraudolente, in certi casi solo approfittano a determinati creditori.

iv. La nullità della deliberazione e l'irrepetibilità dei dividendi accordati

Come abbiamo affermato, la delibera sull'applicazione del risultato d'esercizio è indipendente della delibera d'approvazione del bilancio, dalla quale, nonostante, trae causa. Indipendentemente delle conseguenze che la nullità della decisione d'approvazione del bilancio svolga sull'approvazione della destinazione degli utili secondo bilancio, quest'ultima decisione potrà, ugualmente, essere nulla per motivi estranei a quei relazionati con la validità o meno del bilancio che offre il risultato dell'esercizio. Così, la decisione sulla distribuzione degli utili sarà nulla quando non prenda come cifra di base il risultato dell'esercizio determinato nel bilancio o pretenda la distribuzione di utili non ottenuti effettivamente; ugualmente, quando non rispetti la normativa imperativa in materia di dotazione di riserve legali –o la normativa statutaria sulle riserve volontarie-; finalmente, come hanno ammesso i nostri tribunali, potrà dichiararsi la nullità della decisione di no distribuzione degli utili quando questo si realizzi in pregiudizio dei diritti dei soci di minoranza.

Qualunque sia la soluzione di questo quesito sulla validità o nullità della decisione che venga adottata sul risultato, è vero che non sempre potrà esigersi la restituzione dei dividendi che sono stati ormai distribuiti fra i soci. Questo rende manifesto la divergenza fra il risultato mostrato nel bilancio e il risultato realmente ottenuto (che, nonostante dover trovare costatazione nel bilancio, non sempre è così). Le esigenze di protezione dell'apparenza di legalità, così come

l'inopponibilità ai terzi degli atti adottati e resi pubblici senza il loro intervento richiede che le distribuzioni degli utili che sono stati accordate sulla base di un bilancio regolarmente formulato ed approvato non sono, in principio, ripetibili. E quello, salvo che i soci conoscessero la situazione d'irregolarità del bilancio che fu approvato, sapessero che la distribuzione degli utili che si pretendeva si portava a termine in violazione d'alcuna norma imperativa sulla protezione del patrimonio sociale, o bene, entrambi i casi, quando si consideri che non si potevano sconoscere le irregolarità che si commisero nella formulazione e motivazione della distribuzione.

In buona parte delle occasioni queste irregolarità invalidanti della decisione di distribuzione degli utili saranno conseguenza dell'attuazione degli amministratori: sia per avere presentato in modo incorretto il contenuto del bilancio, svanendo di conseguenza il beneficio realmente ottenuto; sia per essere incorso in irregolarità nella redazione della proposta di distribuzione degli utili dell'esercizio, sempre ché, in questo caso, l'Assemblea avesse aderito ad essa alla fine del esercizio. In qualunque di questi casi, oltre alla conseguenza dell'invalidità della decisione, si potranno (e si dovrà) interporre le azioni adatte per depurare la responsabilità degli amministratori dagli inadempimenti su questo piano, azioni che saranno considerate più avanti in questo studio.

G. Deposito del bilancio nel Registro delle Imprese.

Pubblicità dell'informazione contabile

Il pubblico interesse nell'informazione contabile elaborata dalle imprese trova il suo momento centrale con il deposito del bilancio nel Registro delle Imprese / Registro Mercantil e la pubblicità di quello. Da questo deposito qualsiasi soggetto interessato –senza dover giustificare in ché consiste di preciso questo

interesse e senza dovere essere dichiarato in modo espresso come meritevole di protezione giuridica⁷¹⁸ potrà accedere al bilancio della società.

i. Contenuto del dovere

La normativa impone agli amministratori -o, nel suo caso, liquidatori o curatori fallimentari- della società presentare per il suo deposito presso l'ufficio del Registro delle Imprese del suo domicilio⁷¹⁹ una copia del bilancio, corredata dalla relazione sulla gestione e la relazione dei sindaci e il verbale di approvazione dell'assemblea o del consiglio di vigilanza⁷²⁰ così come del verbale di applicazione del risultato, e quando corrisponda, del bilancio consolidato in questo caso, tale deposito dovrà essere promosso dagli amministratori della società dominante-. A quest'informazione consegnata nel Registro si deve aggiungere un'esemplare d'ognuno dei conti che conformano il bilancio e della relazione dei revisori legali dei conti (in entrambi i casi: quando il suo intervento si produca per imperativo legale come quando si pratici a richiesta della minoranza), documento che dovrà essere, ovviamente, firmato dai revisori che lo sottoscrivono. Ugualmente, nel caso

⁷¹⁸ *Cifr.* art. 281 LSC.

⁷¹⁹ Sulla base dell'art. 47 RRM, LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, p. 152, considera che nel caso d'urgenza o necessità il bilancio potrà essere depositato in un Registro diverso a quello del domicilio. Nonostante dobbiamo negare per il caso del deposito del bilancio tale possibilità. Questa negativa si deve a che non troviamo spiegazione di "urgenza o necessità" nel deposito del bilancio in un momento determinato (neanche quando la società si trova in una situazione temporale vicina ad incorrere in sanzione per mancato deposito, giacché in tale caso non saremmo di fronte ad un'urgenza, ma ante la conseguenza necessaria della mancanza della diligenza dovuta dagli amministratori); e, in secondo luogo, perché si deve capire che non comporta una carica molto maggiore sollecitare il deposito del bilancio in un registro o in altro. Negano tale possibilità, ugualmente, VÁZQUEZ CUETO, J.C., "Depósito y publicidad de documentos...", *Op. cit.*, p. 1752, e SELVA SÁNCHEZ, L.M., "Depósito y publicidad de las cuentas anuales", *DN*, num. 33, giugno 1993, p. 4, il che considera che questo procedimento non è applicabile al deposito del bilancio, giacché sono difficilmente conciliabili i concetti d'urgenza o necessità con la scadenza inesorabile e prefissata.

⁷²⁰ Certificazione che deve riunire i requisiti dell'art. 112 RRM, cioè, che deve implicare la trascrizione letterale o per strato della deliberazione, facendosi costare la data e sistema d'approvazione del verbale corrispondente o, nel suo caso, che le decisioni figurano in un verbale notarile. Ugualmente s'esprimerà se il bilancio è stato formulato in forma abbreviata, con espressione della causa di tale formulazione. Dovrà esprimere pure, in fede dell'attestante, che il bilancio e la relazione sulla gestione sono firmati da tutti gli amministratori, o se mancasse la firma d'alcuno di loro, si segnalerà questa circostanza nella certificazione, con spresa indicazione della causa.

che il bilancio sia stato elaborato in forma abbreviata, s'indicherà tale circostanza nella certificazione della decisione d'approvazione, nella quale si dovrà indicare il motivo per il quale si è potuta adottare tale opzione. In ultimo termine, quando la società sia obbligata a redigerlo, si aggiungerà un esemplare del documento relativo ai negozi sulle azioni proprie⁷²¹⁷²². La richiesta si deve presentare includendosi il verbale, con legittimazione notarile delle firme, della delibera dell'Assemblea. Per l'adempimento di questo dovere gli amministratori contano con un termine di trenta giorni dall'adozione della decisione d'approvazione, potendosi derivare responsabilità per gli amministratori che superino questo termine.

Per quanto riguarda alla natura giuridica di questo dovere, la dottrina non è pacifica al rispetto. Nella nostra opinione, pensiamo che si tratta dell'adempimento di una premessa più dentro del dovere pubblico di contabilità, una nuova esigenza che pesa sull'organo d'amministrazione come responsabile della gestione della società⁷²³. Altri autori, utilizzano la figura del deposito contrattuale (sebbene in

⁷²¹ Sono, dunque, sette i documenti che si devono presentare al Registro: la sollecitudine firmata dagli amministratori presentanti, la certificazione della deliberazione d'approvazione dal organo sociale competente (generalmente l'Assemblea, ma che può essere il Collegio sindacale nel caso italiano e sarà necessariamente l'Aufsichtsrat nel sistema tedesco) con le firme legittimate notarilmente che contengano la deliberazione d'approvazione e la decisione d'applicazione dei risultati; un esemplare del bilancio secondo i modelli legali; un esemplare della relazione sulla gestione; un esemplare della relazione dei revisori; un esemplare del documento relativo ai negozi sulle proprie azioni; ed una certificazione che il bilancio presentato si corrisponde con quello revisionato. A quello glieli aggiungerà, nel caso dei gruppi di società, una certificazione della deliberazione d'approvazione del bilancio consolidato ed un esemplare certificato di questo bilancio. *Cifr.* art. 279 LSC. In Italia, si dovrà depositare anche una copia della relazione del Collegio sindacale, *cifr.* art. 2435. Ugualmente, il secondo comma di quest'articolo esige che le società italiane non quotate spediscono una relazione dei soci nel momento dell'approvazione del bilancio, con indicazione del numero di azioni che possiedono, così come indicando altri soggetti che siano titolari di diritti o beneficiari di vincoli sulle stesse azioni.

⁷²² Particolarmente sul documento riguardante i negozi sulle proprie azioni, *vid.* SELVA SÁNCHEZ, L.M., "Cuentas anuales, calificación registral y autocartera", *DN*, num. 52, enero 1995, pp. 1-8.

⁷²³ LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, pp. 39-41, lo considera come l'adempimento di un obbligo di Diritto pubblico. Nonostante, nella nostra opinione preferiamo considerarlo come una manifestazione del pubblico dovere di contabilità: da un lato, a causa del turbolento ambito della delimitazione fra diritto pubblico e diritto privato; d'altronde, giacché consideriamo che si tratta di un obbligo nato dalle basi del Diritto della contabilità degli imprenditori, il cui ha i suoi fondamenti sul diritto privato anche se, come si vede, alcune delle sue norme hanno un carattere evidentemente pubblico (come questa che comporta, ugualmente, l'imposizione di sanzioni amministrative).

questo caso imposto dalla normativa) come fondamento della natura giuridica di questo dovere⁷²⁴.

Attraverso l'imposizione di sanzioni, un'altra norma regola il termine in cui si deve procedere a questa consegna. Facciamo riferimento all'art. 378 RRM, il quale –nonostante essere una norma regolamentare⁷²⁵- impone le sanzioni proprie della mancanza di deposito del bilancio nell'ufficio del Registro Mercantil, alle società nelle quale sia trascorso un termine superiore a un anno dalla chiusura dell'esercizio sociale senza che si pratici il deposito del bilancio approvato dall'Assemblea o, nel suo caso, la certificazione del verbale dell'Assemblea nel quale si faccia riferimento al fatto che, nonostante aversi presentato il bilancio a questa per la sua approvazione, la decisione che si adottò fu contraria alla sua approvazione. Pensiamo che il contenuto di questa norma non è configuratore del dovere –comunque, il dovere di deposito del bilancio si deve produrre nel mese seguente alla sua approvazione dall'Assemblea-, tutt'altro, si tratta di una norma di carattere sanzionatorio che tratta di stimolare la diligenza degli amministratori nell'adempimento dei suoi doveri. In questo modo, partendo dalle premesse che si deve considerare valida la celebrazione dell'Assemblea fuori di tempo, così come ugualmente valido sarà l'approvazione del bilancio adottata estemporaneamente, se non ci fossero delle norme imperative di carattere sanzionatorio che assillasse agli amministratori a che il processo di formulazione, verifica, resa a

⁷²⁴ Questa è la tesi di ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, pp. 296-298, che lo giustifica sul fatto che la qualificazione del registro è meramente formale, mentre che il dovere di custodia dei documenti acuisce un maggiore rilievo. Ugualmente considera che nessun altro atto della vita della società (fermi restando forse i bilanci successivi) si trovano vincolate con questo deposito, il che ci deve fare scartare la considerazione che si tratti di una iscrizione effettiva. La collocazione della contabilità nel registro si produce attraverso un deposito specialmente qualificato attraverso la qualificazione formale che sull'oggetto che si deposita effettua l'agente pubblico incaricato del registro, conseguentemente, l'espressione di deposito registrale del bilancio è significativa: esprime la natura essenziale di deposito nella quale consiste l'operazione e, allo stesso tempo, rende evidente con il carattere di registrale le peculiarità di luogo e disciplina pubblicista dalla quale il deposito considerato sfrutta (pp. 297-298).

⁷²⁵ Aspetto criticato abbastanza da VÁZQUEZ CUETO, J.C., "Depósito y publicidad de documentos...", *Op. cit.*, p. 1725, il che considera la sua illegalità. Così, in linea di principio, l'intenzione della normativa sembra lodevole: evitare i problemi della dilazione ingiustificata nella convocazione dell'Assemblea generale che deve deliberare sull'approvazione del bilancio o la sconoscenza dal registratore delle società che hanno approvato i suoi stati contabili e non gli hanno presentato per il suo deposito. Ma è sprovvisto del dovuto sostegno legale.

disposizione, approvazione del bilancio e richiesta del suo deposito s'adempisse entro un parametro temporale (un anno), le dilazioni nel suo adempimento sarebbero abituali e, nonostante quello, l'approvazione del bilancio –anche nei casi che sia prodotta al di là dell'anno posteriore alla chiusura dell'esercizio- sarebbe valida. In questo caso, la dilazione diventerebbe la regola generale e gli obiettivi del sistema di pubblicità dell'informazione contabile sarebbero frustrati⁷²⁶. La norma dell'art. 378 RRM si giustifica pure perché la fissazione di un *tempus certus* è l'unico medio del cui disporrebbe l'amministrazione (il Registro Mercantil) di considerare l'adempimento o inadempimento di tale dovere da tutti gli imprenditori, senza necessità d'entrare a indagare qual è la situazione concreta di ogni entità, quale sono i motivi della non approvazione del bilancio, etc.

Quest'obbligo spetta ugualmente ai liquidatori, che dovranno svolgere il deposito dello stato annuale dei conti della liquidazione⁷²⁷. Allo stesso modo, gli altri soggetti iscritti nel Registro Mercantil che non si trovino sottomessi al dovere legale del deposito di bilancio⁷²⁸, potranno, volontariamente, sollecitare il deposito del suo bilancio dovutamente formulato ed approvato, essendogli d'applicazione, in tale caso, la completa normativa relativa al deposito. Si mantengono pure soggette al dovere di deposito del bilancio le società che si trovano in situazione

⁷²⁶ Non condividiamo dunque con VÁZQUEZ CUETO, J.C., *Íbid.*, p. 1749, la sua affermazione del fatto che l'art. 378 RRM può suggerire la punibilità di quelli casi in cui la deliberazione dell'Assemblea generale sul bilancio dell'esercizio anteriore sia adottata nell'ultimo mese dell'esercizio seguente. In altre parole, si sanzionerebbero casi nei quali ancora non sarebbe trascorso il termine mensile previsto dall'articolo 218 TRLSA (attuale 279 LSC) per l'adempimento dell'obbligo. Infatti, la sanzione non viene imposta (ingiustificatamente) per il fatto che il deposito che si sollecita entro il mese seguente all'approvazione del bilancio; ma per un motivo abbastanza diverso, perché il processo integro dalla chiusura dell'esercizio sociale fino a che si richiede il deposito del bilancio dovutamente formulato ed approvato supera il termine di un anno. Comunque, la configurazione del dovere concreto di deposito dagli amministratori non si trova svanito da questa regola –che penso non l'affetta-, ma che si sovrappone la sanzione di un'altra norma che utilizzalo stesso presupposto.

⁷²⁷ *Cifr.* art. 365.2 RRM.

⁷²⁸ Come specifica l'art. 365.1 RRM, sono obbligate a sollecitare il deposito del suo bilancio le società per azioni, le società a responsabilità limitata, le società in accomandita per azioni, le società di garanzia reciproca, i fondi di pensioni e le altre entità alle quali glieli impongano questo dovere disposizioni specifica. Si deve ampliare questo elenco, necessariamente, con le società personalista nelle quali tutti i suoi soci siano società (derivato dalla Direttiva 90/605/CEE, di 8 novembre) che fu incorporata attraverso l'art. 41.2 C. de c. spa., trattandosi con quello d'evitare la disapplicazione parziale del regime di pubblicità dei bilanci attraverso la costituzione di società personaliste.

concorsuale, così come quelle inattive, dovendosi manifestare nel bilancio, in uno ed altro caso, qual è la situazione della società⁷²⁹. Allo stesso modo, dovranno depositare il bilancio le società con succursale iscritta in Spagna⁷³⁰, così come le società che fanno parte di un gruppo, secondo la normativa propria della consolidazione contabile⁷³¹.

Il sistema tedesco si mostra più complesso. Il dovere di deposito del bilancio dagli amministratori si deve adempiere immediatamente dopo la presentazione del bilancio ai soci, il quale deve avere luogo, necessariamente, prima che finisca il dodicesimo mese del seguente esercizio contabile⁷³². Forse l'aspetto più singolare di questo sistema tedesco in comparazione con i modelli spagnolo e italiano è la sconnessione esistente fra il dovere di deposito del bilancio e l'approvazione di esso. Così, il Vorstand deve depositare il bilancio nel Registro indipendentemente che questo sia stato approvato dall'Aufsichtsrat (o, nel suo caso, dall'Assemblea generale), e senza che questo snaturi la distribuzione di competenze, in modo tale che la fissazione definitiva del bilancio che sia approvato corrisponderà sempre all'Aufsichtsrat o all'Assemblea. Questo comporta la logica conseguenza che può avere luogo che, se si deposita il bilancio elaborato dai direttori (Vorstand) senza avere carattere definitivo, questo può essere diverso da quello che finalmente venga approvato dall'organo competente, il cui accadrà se s'introduce alcuna modificazione su di quello, sia da parte dell'organo di controllo, sia dall'Assemblea. Di conseguenza, nel caso che si depositi un bilancio che non sia approvato, si deva indicare tale situazione di "provvisorietà" nel Registro delle imprese, dovendosi correggere nel momento in cui si produca l'approvazione, procedendosi al deposito del bilancio definitivo. Possiamo criticare da questo sistema che genera un'importante insicurezza giuridica, giacché fa che, in occasioni, il bilancio depositato nel Registro non corrisponda con quello che ha validità per manifestare

⁷²⁹ Analizza questi casi SELVA SÁNCHEZ, L.M., "Depósito y publicidad de las cuentas...", *Op. cit.*, p. 3.

⁷³⁰ *Cifr.* artt. 375 e 376 RRM.

⁷³¹ *Cifr.* artt. 372-374 RRM.

⁷³² *Cifr.* § 325.1 HGB.

la volontà sociale⁷³³. Nonostante, si tratta di un sistema nel quale l'obbligo degli amministratori si trova più definito, allo stesso tempo è più semplice determinare la sua responsabilità: devono depositare il bilancio che hanno elaborato, indipendentemente dall'attuazione degli altri organi sociali. In questo modo, s'individualizzano le responsabilità dei diversi organi della società⁷³⁴.

Affinché si compiano i fini della contabilità ai quali abbiamo fatto riferimento, è preciso che il bilancio oggetto di pubblicità si corrisponda in modo completo e corretto con quello formulato dalla società⁷³⁵ e che si trovi articolato, nel caso spagnolo, secondo i modelli regolamentariamente approvati. Se si persegue che l'informazione contabile accessibile per il pubblico sia reale e sufficientemente espressiva, è preciso che il deposito del bilancio si svolga in forma integra, cioè, che non si permetta che si depositino solo alcuni dei documenti o i conti che lo compongono⁷³⁶. Infatti, l'incaricato dell'ufficio del Registro, dovrà negare il deposito quando si presentino i documenti richiesti dalla normativa in forma incompleta⁷³⁷.

⁷³³ Simile critica fa LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, p. 126. Non possiamo sconoscere le gravi conseguenze che si possono derivare dall'applicazione di questo sistema giacché un'informazione sugli stati contabili non definitivi risulta scarsamente utile e incluso pericolosa per gli interessi del traffico, VÁZQUEZ CUETO, J.C., "Depósito y publicidad de documentos...", *Op. cit.*, p. 1716.

⁷³⁴ Questo sistema, assunto in parte pure dalla normativa inglese (Section 244 CA) presenta, come si vede, il vantaggio che si rende indipendente l'adempimento del dovere delle incidenze che si possono produrre nel processo di formulazione del bilancio. Ma come considera LEÓN SANZ, F.J., *Ibid.*, p. 146, si deve avvertire che nel caso di prodursi ritardi nel procedimento corporativo d'elaborazione, sorge la questione d'ammettere la pubblicità registrale di bilanci non definitivi, come succede nel diritto tedesco (§ 325 HGB .1), o bene, di presupporre l'inadempimento, come si stabilisce nell'ordinamento inglese (Section 242 A CA). León, ugualmente, si posiziona a favore di un sistema come quello tedesco nel cui il dovere di deposito del bilancio diventa indipendente dal procedimento corporativo di formulazione del bilancio e dalle incidenze che possano sorgere in quello (p. 147).

⁷³⁵ LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, pp. 124-125.

⁷³⁶ Condividiamo quest'opinione con LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, p. 126, il che argomenta anche che di fronte al silenzio legislativo –effettivamente la normativa non riconosce la possibilità di depositi parziali- si deve optare per negare tale opzione.

⁷³⁷ In questo senso, risulta illustrativa la Risoluzione della DGRN del 20 maggio 2009, per la che si conferma la denegazione del preteso deposito di un bilancio nel Registro Mercantil per risultare incompleto il suo contenuto.

Questo ci colloca, nei diritti spagnolo ed italiano -nei quali si richiede che il bilancio che si presenti per il suo deposito sia quello approvato dall'Assemblea (salvo nel caso del sistema dualistico italiano) e che si presentino in forma integra-, di fronte al quesito del possibile inadempimento da parte degli amministratori del suo dovere di deposito quando il bilancio non sia approvato dall'Assemblea, o quando tale approvazione si produca inopportunamente. Pensiamo, come è considerato dalla DGRN spagnola in alcune risoluzioni⁷³⁸, che in tali casi, per evitare l'imposizione delle sanzioni proprie della normativa del Registro gli amministratori devono consegnare in quest'ufficio una certificazione dell'organo amministrativo nella quale si faccia riferimento alla decisione dell'Assemblea generale -dovutamente convocata, costituita e celebrata- di non approvare il bilancio adeguatamente formulato dagli amministratori⁷³⁹. Quello non comporta la finalizzazione del procedimento. Tale bilancio dovrà essere riformulato dagli amministratori e presentato ancora all'Assemblea per la sua approvazione, dopo la quale si procederà al suo deposito effettivo nel Registro, correggendosi la menzione della mancanza di deposito per la non approvazione. Logicamente, come conseguenza del principio di tratto successivo, non si potrà procedere al deposito del bilancio corrispondente a un esercizio economico se non si è depositato il corrispondente all'esercizio previo, il cui risulta ovvio perché i dati contabili dai quali si parte in un esercizio economico determinato devono corrispondersi, necessariamente, con i dati di chiusura dell'esercizio precedente.

⁷³⁸ *Cifr, inter alia*, Risoluzioni della DGRN del 13 giugno 2012, del 2 agosto 2005, del 1 settembre 2001 e del 18 settembre 2001.

⁷³⁹ Possiamo considerare su questo punto se si dovrebbe accompagnare al deposito di tale deliberazione un esemplare della relazione sulla gestione degli amministratori, giacché questo documento -che non integra il bilancio, anche è ugualmente formulato dagli amministratori e presentato all'Assemblea- non è oggetto d'approvazione da questa, anche se è soggetto a deposito. Pensiamo che tale soluzione non sia idonea: in primo luogo, a causa della necessità che stiamo considerando che tutti i documenti contabili siano depositati in modo congiunto per essere sufficientemente espressivi; e, in secondo luogo, giacché tale relazione contiene dati economici che hanno la sua base su allibramenti contabili del bilancio, dunque la sua pubblicità potrebbe dare luogo alla confusione nel caso in cui posteriormente s'introducano dei cambi nella sua seconda (o ulteriore) modificazione dagli amministratori per la sua approvazione dall'Assemblea. Considera LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, p. 147 che, comunque, quando non si possa adempiere il termine legale per il deposito sarà necessario comunicare tale circostanza al Registro Mercantil, così come all'organo sanzionatorio, cioè, l'ICAC.

Ugualmente, il dovere di depositare il bilancio approvato nei casi italiano e spagnolo si conserva anche quando questo sia stato impugnato giudizialmente, perché la validità e l'efficacia della decisione non si trovano compromesse dall'interposizione della domanda d'impugnazione, mentre che non abbia sentenza giudiziale estimatoria passata in giudicato. Al contrario, in caso di dichiarazione giudiziale in giudicato di nullità, pensiamo che dovrà iscriversi tale sentenza nel foglio della società, insieme alla nota marginale del deposito, e nel libro di depositi di bilanci, insieme alla sua iscrizione; così come pubblicando tale circostanza nel BORME⁷⁴⁰. Dalla sua parte, dichiarata la sospensione della decisione impugnata, consideriamo che se il bilancio è stato ormai oggetto di deposito, si dovrà indicare questa situazione di sospensione nel Registro –la quale si confermerà o sarà revocata con la risoluzione definitiva-; in caso che non si abbia proceduto ancora al deposito, questo dovrà rimanere dilatato fino ad ottenere risoluzione in giudicato sul fondo, potendosi, nonostante, presentare al Registro la documentazione corrispondente agli effetti d'evitare l'imposizione delle sanzioni per mancato depositi del bilancio in tempo utile.

ii. Modalità di remissione dell'informazione contabile

La richiesta di deposito potrà essere presentata dagli amministratori oppure da un rappresentante pero dovrà essere firmata, comunque, dalla persona che la presenti. Nei casi di fallimento o situazione di liquidazione, pensiamo che corrisponde l'adempimento di tale dovere ai curatori fallimentari o ai liquidatori.

Il RRM del 1989 permetteva la remissione dei documenti contabili che compongono la sollecitudine di deposito per posta, in forma simile al contenuto attuale dell'art. 2435, 1º comma, C.c. ita., che ammette la spedizione a mezzo di lettera raccomandata. Nonostante, tale possibilità fu soppressa nel diritto spagnolo nel Regolamento del 1996, in modo tale che, come si è considerato ⁷⁴¹, in caso di

⁷⁴⁰ In senso simile, VÁZQUEZ CUETO, J.C., "Déposito y publicidad de documentos...", *Op. cit.*, p. 1726.

⁷⁴¹ LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, p. 152.

prodursi la spedizione dei documenti contabili per posta, l'incaricato del Registro potrà estendere l'allibramento di presentazione corrispondente, ma non è obbligato a farlo⁷⁴². In Italia, spedita la richiesta di deposito del bilancio per lettera raccomandata, in un termine di trenta giorni dalla recezione, l'incaricato del Registro dovrà comunicare all'interessato il numero di protocollo e i dati dell'iscrizione che si è praticata⁷⁴³.

Al riguardo del modo in cui si può svolgere tale remissione, il sistema italiano si mostra più agile da quello spagnolo, ammettendo che si porrà procedere al deposito fisico (sia in formato carta o attraverso alcun supporto digitale), così come attraverso la posta raccomandata⁷⁴⁴ oppure, attraverso la spedizione telematica⁷⁴⁵.

La normativa spagnola ed italiana, nonostante gli sviluppi degli ultimi anni, si trovano ancora disaggiate in materia d'articolare la relazione telematica fra le imprese e il Registro Mercantil / Registro delle Imprese. Un livello massimo di svolgimento, al contrario, lo possiamo trovare nella normativa tedesca, il cui § 325 HGB, nella propria configurazione del dovere di deposito dagli amministratori stabilisce che tale remissione si farà in forma elettronica⁷⁴⁶. Questa norma, sebbene è orientata a regolare l'attuazione delle società grandi ci fa affrontare il dubbio sull'adeguatezza d'imporre in forma obbligatoria l'impiego dei mezzi informatici⁷⁴⁷.

⁷⁴² Così, l'art. 52 RRM, che determina che il Registratore non è obbligato a stendere l'allibramento di presentazione dei titoli che riceva per posta o procedimento analogo, salvo per motivi d'urgenza o necessità o quando provenga da autorità giudiziali o amministrative. Nonostante, potrà estendere comunque quest'allibramento.

⁷⁴³ *Cifr.* art. 15 D.P.R. del 7 dicembre 1995, n. 581, Regolamento di attuazione dell'articolo 8 della legge del 29 dicembre 1993, n. 580, in materia di istituzione del registro delle imprese di cui all'articolo 2188 del codice civile.

⁷⁴⁴ *Cifr.* art. 31.c. 2 quater-2quinquies, legge del 24 Novembre 2000, n. 340.

⁷⁴⁵ *Cifr.* d.m. del 20 Marzo 2003, (G.U. 31 Marzo 2003, n.75).

⁷⁴⁶ «Die gesetzlichen Vertreter von Kapitalgesellschaften haben für diese den Jahresabschluss beim Betreiber des Bundesanzeigers elektronisch einzureichen».

⁷⁴⁷ La nostra opinione al riguardo è che, sebbene si deve avanzare nella transizione verso l'impiego dei mezzi telematici nei rapporti con l'amministrazione, tale potenziamento deve farsi mettendo a

a) Spedizione telematica del bilancio per il suo deposito nel diritto italiano

In Italia, dall'art. 2435 C.c. e dalla possibilità che questo ammette d'impiegare la posta raccomandata per il deposito del bilancio si deve derivare la possibilità della comunicazione elettronica con il Registro⁷⁴⁸. Tale possibilità è stata, ugualmente, oggetto di regolazione attraverso il Decreto del 20 marzo 2003, di Sperimentazione dell'invio telematico dei bilanci di esercizio delle società (G.U. n.75 del 31 marzo 2003). Attraverso questo decreto s'autorizza alle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura a utilizzare i procedimenti telematici per il deposito dei bilanci, secondo le indicazioni tecniche che s'esprimono nella norma. Così, per che tale deposito possa avere luogo si precisa semplicemente che i documenti richiesti dall'art. 2435 C.c. siano sottoscritti con la firma digitale di un amministratore, il cui garantirà la conformità dei documenti informatici con gli originali trascritti e firmati nei libri sociali, i quali si conserveranno per dieci anni. Tale possibilità può svolgersi, ugualmente, attraverso un soggetto autorizzato per la trasmissione di comunicazioni telematiche, caso nel cui si preciseranno entrambe le firme digitali: quella di questo soggetto e quella dell'amministratore della società.

Il procedimento che si stabilisce è semplice. I documenti che non abbiano il carattere d'originali con firme autenticate, o si tratti di copie autentiche, si possono presentare validamente in forma di documenti digitali che risultino conformi ai documenti analoghi che trascrivono e che si trovano sottoscritti nei libri della società. Per incorporare a supporto elettronico tali documenti si deve impiegare un procedimento tecnico che offra garanzia che si tratta di una

disposizione dell'amministrato i mezzi tecnici e legali adeguati che fanno semplice tali rapporti, senza che quello dovesse comportare necessariamente l'imposizione di essi, che sempre dovrebbero conservare il carattere volontario, permettendosi in ogni caso l'impiego dei mezzi tradizionali.

⁷⁴⁸ Così, le indicazioni tecniche alle quali facciamo riferimento considerano che «a tale fine l'invio telematico equivale alla notificazione a mezzo posta».

riproduzione fedele e permanente del contenuto dei documenti originali (la quale dovrà essere sufficientemente datata). Per quello si potrà procedere alla memorizzazione digitale dell'immagine del documento originario analogico, o bene impiegare la loro riproduzione in un file di formato ".pdf" o ".tif". In quest'ultimo caso, invece dalle firme di quelli che sottoscrivono i documenti s'indicheranno il suo nome e la qualità di firmatari del documento, così come la data nella quale s'inserì la firma nel supporto materiale. Ad ogni documento digitale conformato secondo queste regole si aggiungerà una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, che dovrà indicare i seguenti termini: "il sottoscritto amministratore dichiara che il presente documento informatico è conforme a quello trascritto e sottoscritto sui libri sociali della società"⁷⁴⁹, al quale si deve aggiungere nel caso che si abbia prodotto la distribuzione degli utili, "e che ne è stata effettuata la registrazione presso l'Ufficio delle entrate di ... in data... al numero..."⁷⁵⁰. A ognuno di questi documenti digitali si incorporerà la firma digitale dell'amministratore, conformandosi, così l'oggetto della spedizione telematica.

Una volta generati i documenti oggetto di spedizione telematica, tale procedimento si sostanzia attraverso la piattaforma "*Telemaco*", di conformità con quanto stabilito dagli articoli 14 a 23 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000, comunicazione alla quale si attribuiscono gli stessi effetti che alla spedizione per posta raccomandata. Tale spedizione si svolge in modo tale che si garantisca la consegna dei documenti inviati. Perciò si procede ad impostare nel documento digitale una marcatura temporale, il quale si produce di forma automatica nel momento della recezione. Ugualmente, ricevuti i documenti s'invia all'amministratore un avviso di recezione telematica, emesso dal proprio sistema informatico, e che conforma una prova dal fatto che ha avuto luogo il deposito, comunicando la data e l'ora dal medesimo.

⁷⁴⁹ (L'amministratore che firma la presente dichiara che questo documento informatico è conforme a quello trascritto e firmato nei libri sociali della società).

⁷⁵⁰ (E che si è fatto registro di quello nell'Ufficio delle entrate di... in data... e con il numero...)

In ogni momento del procedimento di qualificazione l'utente potrà controllare lo stato di questo. Nel caso in cui si percepiscano difetti nei documenti presentati si comunicherà tale circostanza, pure in modo telematico, al soggetto presentante in modo tale che possa correggerlo in tempo e forma –esattamente uguale a quanto accade sul piano analogico-. In caso che il deposito sia stato provvisto in modo corretto (o avendosi rimediato quello difettoso) si procederà al deposito del bilancio. Così, completato il procedimento di protocollo, i documenti inviati passano a essere archiviati in forma ottica e messi immediatamente a disposizione del pubblico per la sua consultazione⁷⁵¹.

b) Spedizione telematica del bilancio per il suo deposito nel diritto spagnolo

Il caso del diritto spagnolo è più confuso. L'unico riferimento normativo dal cui si dispone al riguardo è quello contenuto nell'art. 366.2 RRM, il cui tenore stabilisce che previa autorizzazione della Dirección General de los Registros y del Notariado, i documenti contabili potranno depositarsi in supporto magnetico. Nonostante, possiamo estrarne una critica importante da questo precetto, giacché semplicemente autorizza il suo "deposito" in supporto magnetico, non facendo allusione alcuna alla sua "trasmissione". Con quello sembra che l'unica cosa autorizzata è che il bilancio non si possa presentare solo in formato cartaceo ma pure in qualsiasi altro supporto informatico.

Sprovvisto di base normativa stabile, sembra si stia articolando⁷⁵², per la pratica, un procedimento di configurazione del bilancio in supporto informatico e di trasmissione di esso a mezzo telematico al Registro. L'articolazione del procedimento di remissione informatica in Spagna, che dovrebbe essere analoga a come si è regolata in Italia, si trova con l'importante ostacolo dell'art. 52 RRM che

⁷⁵¹ Maggiori informazioni sul modo di procedere nei rapporti con il Registro attraverso il sistema *Telemaco* s'includono nel suo sito web: <http://web.telemaco.infocamere.it>

⁷⁵² Come fu già reso manifesto dal professore DÍAZ MORENO, A., "Dudas, reflexiones y precisiones acerca del depósito de cuentas en soporte informático y a través de procedimientos telemáticos", *Revista de la Contratación Electrónica*, num. 12, 2001, pp. 3-32.

svincola all'incaricato del Registro del dovere di considerare la presentazione di documenti ricevuti per posta *o procedimento analogo*; sebbene, volontariamente potrà procedere a inoltrargli⁷⁵³.

Per costruire il ragionamento della base giuridica che permette in Spagna la remissione telematica del bilancio al Registro Mercantil dobbiamo partire dalla previsione dell'art. 366.2 RRM che permette, previa autorizzazione della DGRN, il deposito in supporto magnetico del bilancio. Nonostante che in tale precetto si faccia riferimento semplicemente al "deposito", pensiamo che non deva esserne troppa complicazione per estendere l'interpretazione di tale concetto in modo tale che comprenda, ugualmente, la "remissione".

La prima regolazione al riguardo si contiene nell'Istruzione della DGRN del 30 dicembre 1999, la quale permetteva la presentazione telematica al Registro senza richiedere intervento notarile. Su tale risoluzione s'interpose un ricorso di nullità, il cui è stato risolto nella Sentenza del Tribunal Supremo del 9 maggio 2007, per la quale si conferma la validità dell'Istruzione, ammettendo che la firma elettronica riconosciuta ha, per la sua propria natura, delle caratteristiche differenti a quelle della firma manoscritta che permettono affidarsi della sua veridicità.

Con posteriorità, la DGRN emise una seconda Istruzione, con data del 13 giugno 2003, la quale abrogava la prima e che stabiliva un medio di remissione telematico richiedendo l'intervento notarile, in modo tale che l'imprenditore doveva rivolgersi al notaio, il quale rimetteva telematicamente il bilancio

⁷⁵³ Fra la scarsa dottrina al riguardo possiamo prendere in considerazione l'opinione del Direttore del Servicio de Sistemas de Información del Colegio de Registradores (servizio dei sistemi d'informazione del Collegio dei Registratori), AGUILERA ANEGÓN, G., "Aspectos registrales y fiscales de la presentación telemática", in *Comercio, administración y registros electrónicos*, Dirs. Orduña Moreno/ Aguilera Anegón, Civitas, Pamplona, 2009, pp.649-719, specialmente per quanto riguarda all'accesso telematico al registro (anche se riferito sempre a quello della Proprietà) pp. 676 e ss. Per quanto riguarda al Registro Mercantil, DEL VALLE HERNÁNDEZ, A.M., "El Registro Mercantil Electrónico", in *Comercio, administración y registros electrónicos*, Dirs. Orduña Moreno/ Aguilera Anegón, Civitas, Pamplona, 2009, pp.721-741. Ugualmente dedica un capitolo della sua opera al Registro Mercantil nella società dell'informazione, ARRIBAS ÁLVAREZ, J.F., *El Registro Mercantil en España: organización y función*, LaLey, Madrid, 2009, pp. 341-365.

(inserendo le firme elettroniche dell'imprenditore e la sua propria) al Registro Mercantil. Come si può osservare, questo sistema risulta più gravoso per l'imprenditore che procedere al deposito del bilancio in supporto cartaceo. In modo uguale a quanto accadeva nella risoluzione previa, si presentò un ricorso contro tale Istruzione, che fu risolto nella Sentenza del Tribunal Supremo del 25 maggio 2010, la quale la convalida.

Dopo di quello, conclusi il termine di trasposizione⁷⁵⁴ della modificazione della Prima Direttiva (Direttiva 2003/58/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 15 luglio, del Registro Elettronico), che, per quanto qui riguarda, obbligava agli Stati membri a svolgere i meccanismi adeguati per permettere l'accesso diretto dei documenti elettronici al Registro Mercantil. Tale trasposizione si produsse attraverso una norma più generica, la Legge 11/2007, del 22 giugno, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (d'accesso elettronico dei cittadini ai servizi pubblici)⁷⁵⁵.

Posteriormente si detta l'OrdenJUS/206/2009, del 28 gennaio⁷⁵⁶, per la que se aprueban nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación (per il quale si approvano i nuovi modelli per la presentazione nel Registro Mercantil dei bilanci dei soggetti obbligati alla sua pubblicazione), il cui articolo 2 fa riferimento ai modelli di presentazione in supporto elettronico. Così, s'ammettono due forme di presentare il bilancio per il suo deposito nel Registro: in forma fisica (sia in supporto cartaceo o bene in supporto digitale –al quale si deve accompagnare, in questo caso, una certificazione cartacea con firma legittimata-), ed in forma telematica,

⁷⁵⁴ Che finiva il primo gennaio 2007.

⁷⁵⁵ La che completa il regime ormai stabilito attraverso la Legge 24/2005, del 18 novembre, de reformas para el impulso de la productividad (di riforme per l'impulso della produttività), nella che s'articola il documento autentico elettronico al modificare l'articolo 112 della Legge 24/2001, sobre presentación de títulos por vía telemática a los Registros de la Propiedad, de Bienes muebles y Mercantiles (sulla presentazione dei titoli per la via telematica nei Registri della Proprietà, di Beni mobili e delle Società).

⁷⁵⁶ Modificata dopo dall'Orden JUS/1291/2009, del 21 maggio, e dalle Risoluzioni della DGRN del 6 aprile 2010, del 28 febbraio 2011 e del 29 febbraio 2012.

procedimento secondo il quale l'autenticità di quello che l'autorizza si fonda in una firma elettronica qualificata. L'Orden, ugualmente, abroga l'Istruzione della DGRN del 13 giugno 2003.

La cosa più rilevante del procedimento introdotto in 2009 è che abilita un canale diretto di comunicazione utente-sede elettronica del Colegio de Registradores, utilizzando per quello la firma elettronica qualificata degli amministratori della società. Questo sistema, logicamente, è basato nel principio di neutralità tecnologica, dunque s'ammetterà qualsiasi forma di firma elettronica che permetta la normativa. Con quello si dà adempimento alle esigenze della Legge d'accesso elettronico, che richiedevano ai poteri pubblici che dovevano articolare i mezzi necessari per permettere alle società e ai cittadini avere rapporti con le pubbliche amministrazioni, il più tardi a partire dal 1 gennaio 2007. Si ritorna, così, ad un sistema vicino alla abrogata istruzione del 1999, che permette la remissione diretta da parte della società dei documenti –dovutamente firmati elettronicamente- al Registro Mercantil, riconoscendosi che l'attività registrale si trova sottomessa alla Legge d'accesso elettronico ai servizi pubblici⁷⁵⁷.

Comunque, il procedimento si trova articolato attraverso il CORPME (Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Collegio Ufficiale dei Registratori della Proprietà e delle Società di Spagna), che hanno elaborato a titolo informativo un Manuale di utenti per la Presentazione Telematica del Bilancio (la cui ultima versione è del 20 giugno 2012)⁷⁵⁸. Il procedimento che si deve seguire non è molto diverso da quello articolato per il legislatore italiano, sebbene, consideriamo, che la base normativa sulla quale s'erige la pratica telematica del deposito in Spagna è molto più debole da quella italiana.

⁷⁵⁷ In questo senso s'aveva manifestato ormai la dottrina, *vid.* GÓMEZ PUENTE, M., "Registros, comunicaciones y notificaciones telemáticas en la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos", in *Comercio, administración y registros electrónicos*, Dirs. Orduña Moreno/Aguilera Anegón, Civitas, Pamplona, 2009, pp. 624-626

⁷⁵⁸ Consultabile online nel sito:

<https://www.registradores.org/estaticasm/manuales/manualAyudaPresenTelemaCuentas.pdf>

Così, per procedere al deposito si precisa avere installato il programma di remissione d'archivi D2, che mette a disposizione il CORPME⁷⁵⁹. Per la pratica in primo luogo si deve generare un file tipo ".zip" ed una marcatura digitale impiegando il programma D2⁷⁶⁰. Quello permetterà la salita dell'accordo d'approvazione dell'Assemblea, insieme ai documenti oggetto di deposito, che dovranno essere firmati dopo della generazione dei file e della marcatura digitale, dovendosi includere dentro la certificazione della deliberazione il codice alfanumerico che comprende questa impronta digitale. Il file creato dal programma D2 in formato ".zip", al quale si aggiungerà l'impronta digitale che si salverà nel computer dal quale si sta procedendo, in una cartella selezionata a tale effetto. In questo modo, si genereranno due documenti: un file ".zip" nel quale s'incluse l'oggetto di deposito ed una "istanza di marcatura" in formato ".pdf", in cui nel quarto foglio appare il codice alfanumerico dell'impronta digitale. Il file ".zip" non deve essere modificato sotto nessuna circostanza da questo momento (né modifica dal suo contenuto né dal suo nome), giacché qualsiasi alterazione lo farebbe invalidare. Dal file ".pdf" prenderemo il codice alfanumerico che identifica la marcatura, il quale sarà inserito sul modello di certificazione che si utilizza (cioè, normale, abbreviato o PMI, secondo il tipo di bilancio che deva essere depositato nel Registro). Nel modello di certificazione s'indicherà che furono adottati gli accordi d'approvazione del bilancio corrispondente all'esercizio, e quello d'applicazione del risultato, con una descrizione dal contenuto di quella destinazione degli utili. Si certifica di seguito che "Il bilancio approvato è quello che s'aggiunge nel file .zip, che si è presentato con quest'identificazione, che ha generato il codice alfanumerico seguente:". Questa certificazione dovrà essere impresa e firmata in modo manoscritto dagli amministratori della società, dopo si

⁷⁵⁹ Per le specificazioni tecniche su come s'utilizza questo programma ci rimettiamo al manuale d'utilizzazione del servizio di Deposito Digitale D2 elaborato dal CORPME, nella sua versione del 21 maggio 2012:

https://www.registradores.org/estaticasm/manuales/manualUsuarioD2_d2008.pdf

⁷⁶⁰ Sulla differenza fra «huella digital» (impronta digitale) e «firma digital» (firma digitale), *vid.* DÍAZ MORENO, A., "Dudas, reflexiones y precisiones acerca del depósito de cuentas en soporte informático y a través de procedimientos telemáticos", in *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 2099-2102.

scansionerà, generando un nuovo file “.pdf”, nel quale s’incluse la firma dell’amministratore ed il codice alfanumerico della marcatura digitale.

Il file .zip contenendo i documenti e questo nuovo .pdf che certifica la decisione della firma saranno oggetto d’invio telematico, per il quale si deve entrare nella piattaforma web di trasmissione telematica di documenti⁷⁶¹, cosa che richiede disporre di un utente registrato (username) e di una certificazione digitale valida per inviare documenti telematici⁷⁶². Si accederà, in questo modo, attraverso la certificazione al servizio di presentazione telematica, dove dopo aver selezionato gli aspetti necessari (presentazione di bilancio), si caricherà il file .zip, si verificheranno i dati di questo e s’aggiungerà la certificazione della decisione dell’Assemblea che si è generato in .pdf. In ultimo termine, si firmerà tale procedimento attraverso l’impostazione della certificazione digitale e s’inverrà⁷⁶³.

Una volta finito il processo d’invio, si può ottenere direttamente l’avviso di ricevuta del bilancio attraverso l’applicazione informatica. Le presentazioni realizzate si conserveranno con il nome desiderato in archivi con formato “.xml”, permettendo di scaricare copie di tale presentazione in ogni momento.

Il processo di deposito continuerà, secondo i procedimenti normali, con la qualificazione dall’incaricato del Registro di questo bilancio presentato, il cui notificherà⁷⁶⁴, pure telematicamente, se si è prodotto tale deposito o se è preciso

⁷⁶¹ <https://www.registradores.org/registroVirtual/init.do>

⁷⁶² Sulla base del principio di neutralità tecnologica, s’ammette qualsiasi mezzo di certificazione ammesso per generare una firma digitale avanzata: FNMT, SCR, quello delle diverse Comunidades Autónomas (CATCERT, ACCV-GVA, IZENPE...), ANCERT, DNIe, AC CAMMERFIRMA, ACA, Firma Profesional, etc. Per il controllo e la verifica che il certificato impiegato è riconosciuto ed è stato generato attraverso un dispositivo sicuro di creazione di firma si è abilitato nel portale del CORPE la cosiddetta “Sala de firmas”, per permettere la salita dei documenti che dovranno essere firmati da altri utenti posteriormente. Si può consultare il suo manuale di funzionamento nel sito:

<https://www.registradores.org/estaticasm/manuales/manualAyudaSalaDeFirmas.pdf>

⁷⁶³ Prima dalla firma del file XML, questo rimarrà salvato nell’applicazione, potendosi completare in atti successivi fino al momento della sua remissione, momento dal quale solo si potrà consultare ma non modificare il suo contenuto.

⁷⁶⁴ Vid. il *Manual de Ayuda a las Notificaciones Registrales* elaborato dal CORPME (ultima versione del 20 giugno 2012):

risolvere alcun difetto. Nel caso che sia preciso l'emendamento d'alcun documento addizionale, tale diffida si potrà svolgere, anche, a mezzo telematico, seguendo un procedimento analogo a quello impiegato per il deposito, che abbiamo appena descritto.

iii. Qualificazione del deposito

Il compito di qualificazione del bilancio presentato per l'incaricato del Registro si limita all'esame formale dei documenti presentati, così come sull'adeguatezza di questi con la normativa ed i dati contenuti nel Registro⁷⁶⁵. L'obiettivo del legislatore è quello di svolgere un controllo pubblico sulla validità formale dei documenti presentati, trattandosi ugualmente di garantire ai terzi che i documenti ai quali accedono per la pubblicità corrispondono al bilancio regolarmente formulato dalla società ed approvato dal suo organo deliberativo⁷⁶⁶. Su questa base, nel Diritto spagnolo, nel momento della presentazione, il

<https://www.registradores.org/estaticasm/manuales/manualAyudaNotificaciones.pdf>

⁷⁶⁵ Mentre che LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, pp. 157-164, considera che non si tratta di una qualificazione in senso proprio; VÁZQUEZ CUETO, J.C., "Depósito y publicidad de documentos...", *Op. cit.*, p. 1756 considera invece che si tratta di un'attività qualificatrice, che s'assoggetta al contenuto ed agli effetti di tale qualificazione. Dalla nostra prospettiva, consideriamo che si tratta di un'attività di qualificazione anche se non piena, giacché non comporta la verifica del contenuto del bilancio. Così, il Registratore valuterà che le forme esterne della documentazione presentata siano le richieste dalla normativa; così come che il suo contenuto s'assoggetti a quanto richiesto; senza entrare a valutare, invece, se gli allibramenti sono corretti, se riflettano l'immagine veritiera e fedele della società, se quei che la conferiscono sono capaci e sono legittimati o se presentano alcun genere d'incongruenza.

⁷⁶⁶ La dottrina ha dato speciale rilievo a individuare che aspetti in concreto controlla il Registratore all'ora di svolgere la sua qualificazione, giacché solo da tali punti si potrà derivare la responsabilità di quello nel caso che il controllo non si sia articolato adeguatamente. Così, LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, p. 162, considera che l'ambito di responsabilità del Registratore è delimitato dalla portata del suo esame: solo quando manchi alcuno dei documenti o della certificazione risulti che la deliberazione dell'Assemblea è nulla, etc., glieli potrà esigere responsabilità. Comunque, come affermiamo, il controllo che svolge il Registratore è di carattere meramente formale, e dunque difficilmente da una deliberazione favorevole al deposito si potranno derivare responsabilità per il Registro, giacché non entra nella sostanza del bilancio e sarebbe difficile provare una relazione di causalità fra che si sia pubblicato il bilancio e un danno che si sia prodotto (specialmente quando non si entra dal Registratore nello studio del contenuto dei documenti). La responsabilità, in ogni caso, si potrebbe generare nel caso contrario, cioè, quando nella sua qualificazione il registratore oltrepassa i limiti considerando che ci sono dei motivi per negare il deposito di un bilancio corretto nelle sue forme. In tale caso, si farà responsabile al Registro delle conseguenze che s'occasionino dalla cancellazione (concretamente, a modo d'esempio, la sanzione amministrativa imposta per violazione della norma).

registrador praticherà la registrazione di presentazione del bilancio nel Libro Giornale del Registro, identificando il richiedente e al presentante, aggiungendo un elenco dei documenti presentati, senza entrare ancora nella qualificazione di questi. Posteriormente, ed in un termine di 15 giorni dalla richiesta di deposito del bilancio, qualificherà sotto la sua responsabilità se i documenti presentati sono i richiesti dalla legge –e se sono tutti quei che la legge richiede-, se sono dovutamente approvati dall’Assemblea generale e se costano le precettive firme⁷⁶⁷. Così, quello che si pretende dal legislatore al stabilire la necessità di qualificazione è che si considerino la struttura e il contenuto dei documenti, ma non la sua intrinseca realtà; vale a dire, che l’apparenza e la struttura dei documenti seguano quanto prescritto dalla normativa, siano o no reali le cifre u operazioni matematiche che esprimono⁷⁶⁸.

Analizzati questi punti, la qualificazione del registratore può essere positiva, caso nel quale procederà al deposito, estendendo nel foglio della società tale circostanza, attraverso una nota marginale⁷⁶⁹ e praticando il corrispondente allibramento –iscrizione- nel Libro dei depositi di bilanci⁷⁷⁰. Ugualmente, si farà presente tale circostanza al piè della richiesta, che rimarrà a disposizione degli interessati. In caso contrario, cioè, se la qualificazione è negativa, si procederà secondo ai titoli difettosi. Cioè, se i difetti fossero rimediabili si solleciterà all’imprenditore a superargli, invece, se non lo sono si negherà definitivamente l’iscrizione.

⁷⁶⁷ Oltre a quello, la dottrina considera che c’è una nuova fase di qualificazione contabile che è quella che ha luogo quando si pretendano iscrivere nel Registro atti che hanno la sua base nelle informazioni contabili. Così, VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 118, considera che il registratore svolge due tipi di qualificazioni dell’informazione contabile, sebbene in momenti e con effetti diversi: la prima è una qualificazione formale dell’irregolarità della presentazione del bilancio quando esiste obbligo di deposito; la seconda è una qualificazione formale ed, in parte, di contenuto, dei documenti contabili che sono presupposto accreditativo o informativo di fatti o decisioni sociali iscrivibili (fusione, cessione, aumento e riduzione del capitale sociale...).

⁷⁶⁸ Così, SELVA SÁNCHEZ, L.M., “Depósito y publicidad de las cuentas...”, *Op. cit.*, p. 7.

⁷⁶⁹ In quella dovrà costare, almeno, i dati relativi al deposito –allibramento di presentazione con data, data di deposito e incartamento nel cui s’archivia- e l’esercizio al quale viene riferito.

⁷⁷⁰ *Cifr.* art. 28 RRM, il che lo regola.

iv. Pubblicità del deposito

La pubblicità che offre al bilancio il deposito nel Registro svolge effetti semplicemente di pubblicità notizia, essendo sprovvisto di effetti sostantivi⁷⁷¹. Comunque, dobbiamo considerare che si tratta questa di una funzione particolare del Registro –non in vano, nella regolazione del RRM glieli considera entro le “altre funzioni” del Registro-, che presenta obiettivi e caratteri diversi ai propri dell’iscrizione dei titoli. La finalità perseguita è permettere l’accesso pubblico ai documenti che sono stati depositati dall’imprenditore e che hanno passato una serie di controlli –sia dentro la società che da parte dell’amministrazione- per garantire che si corrispondono con il bilancio che hanno formulato gli amministratori e che dovrebbero esprimere l’immagine fedele della situazione economica e patrimoniale dell’impresa.

Fino alla riforma introdotta dalla Legge 25/2011, del 1 agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (di riforma parziale della Legge di Società di capitali e d’incorporazione della Direttiva 2007/36/CE, sull’esercizio di determinati diritti degli azionisti delle società quotate), l’art. 281 LSC stabiliva il sistema di comunicazione d’informazione fra i Registri Mercantili territoriali e quello centrale, sull’adempimento che gli imprenditori facevano del dovere di deposito dei bilanci. Dovuto al suo carattere regolamentare e relativo all’attività del Registro, senza che implichi un obbligo per la società, tale norma appare attualmente inclusa soltanto nell’art. 370.1 RRM. Dopo la riforma, la LSC conserva esclusivamente l’allusione che questo precetto fa

⁷⁷¹ LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, p. 150. Il che, anche, considera che l’applicazione dei cosiddetti principi registrali del sistema legale di pubblicità del Registro Mercantil al deposito del bilancio è contrario alla natura delle cose e la sua imposizione legislativa, in più o meno misura, comporta un intorpidimento per il suo adeguato funzionamento: l’esigenza di eccessive formalità suppone ostacolare innecessariamente l’adempimento dell’obbligo, pp. 150-151.

sul fatto che qualsiasi persona può ottenere informazione di tutti i documenti depositati.

Così, registratori comunicheranno nei tre primi giorni abili di ogni mese al Registro Mercantil Centrale una relazione alfabetica delle società che hanno adempito il dovere di deposito durante il mese anteriore, indicandosi in tal elenco i casi in cui l'adempimento si produsse fuori dal termine. Quest'elenco sarà unico per ogni Registro territoriale. Posteriormente, il Registro Centrale svolgerà un elenco a livello nazionale, che sarà oggetto di pubblicazione nel BORME, nel cui s'indicherà le società che hanno adempito l'obbligo di deposito⁷⁷².

L'accesso ai bilanci contenuti nel Registro Mercantil, così come ai documenti complementari di questo deposito, si farà effettivo attraverso certificazione espedita dal Registratore, oppure attraverso copia semplice dei documenti depositati, la quale potrà espedirsi, ugualmente in supporto informatico. Si permette, ugualmente, l'accesso al Registro attraverso procedure informatiche.

Con la regolazione di questa pubblicità e la possibilità d'accesso all'informazione contabile che si offre a ogni interessato, trova la sua massima espressione il riconoscimento legale del pubblico interesse sottostante all'informazione contabile delle società.

v. Conseguenze della mancanza di deposito

⁷⁷² Nonostante la dizione del precetto, condividiamo con SELVA SÁNCHEZ, L.M., "Depósito y publicidad de las cuentas...", *Op. cit.*, p. 3, la considerazione che si tratta di un dovere giuridico particolare giacché incide su soggetti che si collocano entro l'ambito d'attuazione di una norma senza che, correlativamente e di modo immediato, si faccia apparente un diritto soggettivo. Ugualmente, ci rimettiamo alle considerazioni che facevamo nella prima parte di questo studio nella quale qualificavamo come *pubblico dovere* l'adempimento delle prescrizioni sulla contabilità. Posizione simile adotta VÁZQUEZ CUETO, J.C., "Depósito y publicidad de documentos...", *Op. cit.*, pp. 1711 e ss., il che aggiunge che la presentazione dei documenti contabili per il suo deposito non è esigibile di fronte ai Tribunali, il che scarta l'inquadramento dell'esigenza fra gli obblighi in senso tecnico.

Allo scopo di conseguire che s'adempia in modo effettivo la finalità di dare pubblicità all'informazione finanziaria delle imprese attraverso il deposito dei bilanci nel Registro⁷⁷³, la normativa stabilisce una serie di sanzioni di fronte al suo inadempimento. Nel sistema spagnolo sono fondamentalmente due: la cosiddetta chiusura del Registro Mercantil e l'imposizione di sanzioni pecuniarie. Queste due sanzioni alle quali facciamo riferimento, come si può osservare, sono imposte da un organismo pubblico, nel primo dei casi dallo stesso Registro Mercantil, nel secondo dall'Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC – Istituto di Contabilità e Revisione Legale dei Conti), che ha delegata la potestà sanzionatrice del Ministero d'Economia. Ugualmente, si può considerare come sanzionatoria la misura di dare pubblicità al elenco delle società inadempienti, in caso che al diffondersi che si tratta di una società che inadempie i suoi doveri legali – soprattutto per quanto riguarda alla trasparenza-, si può pregiudicare alla società⁷⁷⁴.

Le sanzioni, comunque, non potranno applicarsi prima che il bilancio non sia stato approvato dalla società, essendo questo il suo presupposto giuridico⁷⁷⁵.

⁷⁷³ Obiettivo che non si è raggiunto completamente, come rende manifesto la statistica elaborata dal Registro Mercantil Central sui dati corrispondenti all'anno 2011. Secondo questi dati, solo il 77,49% delle società obbligate depositarono il bilancio corrispondente all'esercizio 2010, il che suppone, nonostante, un aumento con rispetto al 76% dei bilanci in 2009.

⁷⁷⁴ Sulla base della riforma introdotta dalla legge 25/2011, del 1 agosto, di riforma della LSC per l'incorporazione della direttiva sull'esercizio di determinati diritti degli azionisti delle società quotate, si cancella dall'art. 281 il contenuto del dovere che i Registratori pubblichino nel BORME al mese seguente l'elenco delle società che hanno inadempito il dovere di deposito, sebbene tale menzione si conserva nell'art. 370.3 RRM, il che afferma che il BORME pubblicherà l'annuncio delle società che avessero adempito l'obbligo di deposito (dopo che gli sia stata comunicata tale informazione dai diversi Registri, logicamente). Questa norma, penso, è sprovvista di senso nella sua configurazione. Così, si offre pubblicità a quei soggetti che hanno adempito un dovere che legalmente hanno imposto e che, penso, si deve presumere che s'adempie. Sarebbe più effettivo, al nostro parere, che l'elenco pubblicato nel BORME non faccia riferimento alle società che hanno depositato il bilancio, ma, propriamente, a quelle che non l'hanno fatto, giacché queste si potrebbero vedere pregiudicate da tale informazione ed, in certo modo, costretti ad adempiere il dovere. Possiamo presumere che il motivo della configurazione legale della norma sia la maggiore facilità di considerare che imprese hanno adempito con rispetto a quelle che non lo fanno; il cui potrebbe avere la sua giustificazione nei momenti in cui il Registro Mercantil non stava informatizzato. Disporre di un sistema dei dati degli Registri territoriali effettivamente agevoli potrebbe offrirci l'informazione su che società, passato il termine legale (a contare dalla data di chiusura del suo esercizio sociale) non hanno adempito il dovere di deposito.

⁷⁷⁵ VÁZQUEZ CUETO, J.C., "Depósito y publicidad de documentos...", *Op. cit.*, p. 1717.

Nonostante tutto, considerandosi la difficoltà che hanno gli organismi pubblici – propriamente il Registro Mercantile – per fare un tallonamento delle celebrazioni delle Assemblee generali e se in quelle si sono approvati i bilanci, la normativa stabilisce una presunzione iuris et de iure, considerando che trascorso un anno dalla chiusura dell'esercizio senza che si sia prodotto il deposito di essi, si procederà ugualmente alla chiusura del Registro⁷⁷⁶. Questa norma ha l'obiettivo di forzare il deposito del bilancio del maggior numero possibile di società, nonostante, non prende in considerazione il fatto che, in occasioni, il deposito non si produce non tanto per mancanza di diligenza degli amministratori, ma per l'assenza della decisione d'approvazione dall'Assemblea. Così, un'applicazione eccessiva della sanzione della chiusura del Registro potrebbe arrecare l'innecessaria ed eccessiva paralizzazione della vita della società⁷⁷⁷.

⁷⁷⁶ Questa modulazione del presupposto della sanzione, che si stabilisce sull'art. 378 RRM, supone un'ampliamento dell'ambito della sanzione che potrebbe criticarsi per non avere un sostegno legale sufficiente. Così, tale precetto appare svolto in una norma di carattere regolamentare senza trovare la sua base di configurazione in una norma legale propriamente considerata, giacché l'art. 282 LSC non fa riferimento alcuno a questo termine di un anno. Nonostante, la sua dizione non è completamente chiara, giacché la norma stabilisce che l'inadempimento dall'organo d'amministrazione dell'obbligo di depositare, dentro il termine stabilito, i documenti ai quali fa riferimento questo capitolo. Così, l'allusione è a non depositare entro il termine stabilito, ma cosa s'intende per quello? Da una prospettiva stretta si farebbe riferimento al termine di un mese dall'approvazione del bilancio dall'Assemblea generale; ma pure può esserci luogo –sebbene, più difficilmente– per l'interpretazione ampia di considerare che questo "termine stabilito" fa riferimento al termine di convocazione dell'Assemblea generale ordinaria nei sei mesi dalla chiusura dell'esercizio per l'approvazione del bilancio ed il termine di un mese da che abbia luogo tale approvazione. Nonostante, questa seconda interpretazione ignora il fatto che nell'Assemblea ordinaria si può, pure, decidere la non approvazione del bilancio, con lo cui non sorgerebbe per gli amministratori il dovere di procedere al deposito di niente. Possiamo concludere che, sebbene non siamo d'accordo con l'imposizione del 378 RRM, giacché è una norma orientata a conseguire la pubblicità dei bilanci di forma imperativa, indipendentemente delle circostanze delle società; tale regola sanzionatoria è sprovvista di un supporto legale solido sul quale si svolga.

⁷⁷⁷ Nonostante quello, dobbiamo capire che la competenza dell'approvazione del bilancio corrisponde all'Assemblea come organo della società, la che, al uguale che succede con l'organo d'amministrazione, deve attuare promuovendo il funzionamento dell'impresa. Una paralizzazione ingiustificata del funzionamento dell'impresa provocata dalla non approvazione successiva dei bilanci da parte dell'Assemblea generale deve essere considerata come una paralizzazione degli organi sociali e, in quanto tale, come causa di scioglimento della società. Così si pronuncia VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 138, al considerare che se l'Assemblea generale non approva il bilancio (rifiutando quello formulato e revisionato, o non approvando quello che risulti di una sentenza in giudicato in un giudizio d'impugnazione di una deliberazione previa d'approvazione del bilancio), la società inadempirebbe un dovere legale. Il giudice non può sostituire all'Assemblea generale approvando per se il bilancio giacché questo appartiene all'ambito della libertà d'impresa e il giudice non può ordinare alla società un comportamento futuro, il che non impedisce che una risoluzione giudiziale si sostenga sulla contabilità della società per quantificare la condanna a favore di un demandante, che il futuro bilancio dovrà considerare. Il

Per l'adempimento di questo dovere nella sua configurazione attuale s'impone al Registro Mercantil, anche, un dovere di comunicazione dei dati in quello consegnati relativi ai bilanci. Così, nel primo mese d'ogni anno, gli incaricati del Registro devono rimettere alla DGRN una relazione alfabetica delle società che non hanno adempito il dovere in dovuta forma, durante l'esercizio anteriore, l'obbligo di deposito del bilancio; e, d'altra parte, questa DGRN deve comunicare nel secondo mese d'ogni anno all'ICAC le liste anteriormente considerate per l'avvio del corrispondente provvedimento sanzionatore⁷⁷⁸. La configurazione di questa relazione di comunicazioni, nonostante, considero che non sia completamente adeguata. Si parte dal presupposto, che sebbene è il più abituale nella pratica non ha necessariamente carattere imperativo, che gli esercizi sociali coincidono con l'anno naturale. In questo modo, la comunicazione nei primi mesi delle società inadempienti non è utile per l'imposizione diretta della sanzione, giacché il presupposto di questa è il trascorso di più di un anno dalla data della chiusura dell'esercizio sociale, e non "dall'inizio dell'anno naturale seguente alla chiusura dell'esercizio".

vi. Efficacia giuridica del bilancio depositato

Analizzata la procedura di deposito e qualificazione del bilancio che svolge il Registratore, è il momento ora di chiederci che effetti giuridici produce tale informazione quando passa a mani dei terzi. A questi effetti dobbiamo partire dalla considerazione del fatto che questo deposito nel Registro non modifica la natura giuridica del documento depositato. Cioè, se quello che si consegna è la decisione d'approvazione del bilancio ed un esemplare di questo, sul quale s'attesta che

meccanismo che, secondo noi, si dovrebbe adottare dagli amministratori è basato in prevenire questa causa di scioglimento, in modo tale che dovrebbero convocare un'Assemblea con il seguente ordine del giorno: approvazione del bilancio; sussidiariamente, scioglimento della società per paralizzazione degli organi sociali, o nel suo caso per infracapitalizzazione (salvo che si decida un aumento o riduzione del capitale). Solo in questo caso si conseguirebbe salvare la sua responsabilità per non promuovere lo scioglimento.

⁷⁷⁸ *Cifr.* art. 371 RRM.

corrisponde con il bilancio effettivamente approvato, l'accesso ai documenti depositati non può avere altro valore da quello, vale a dire, avrà il valore di conoscere i documenti contabili elaborati dagli amministratori e che sono stato oggetto d'approvazione dalla società. Dunque, se il bilancio è una dichiarazione di scienza o verità, i documenti depositati non sono altro che un modo di rendere pubblica tale dichiarazione di scienza o verità che, d'altra parte, potrà corrispondersi –o meno- con la realtà economica e patrimoniale dell'impresa (in funzione de se si hanno adempito -o no- in modo adeguato le prescrizioni contabili nell'elaborazione di esse, sullo quale esiste una presunzione di correzione).

Di conseguenza, si deve affermare che il Registro esclusivamente offre al bilancio gli effetti della pubblicità-notizia, senza altri effetti che quelli di poter essere utilizzato come istrumento per offrire pubblicità e informazione sul bilancio. Quello che si garantisce il Registro è che l'informazione che si rende accessibile corrisponde necessariamente al bilancio che fu oggetto d'approvazione dalla società. Non saranno, al contrario, d'applicazione i principi materiali del registro che gravitano sul contenuto dei documenti iscritti nel registro, cioè: non si può stabilire una presunzione d'esattezza e veracità; non regge il principio di fede pubblica (al di là dalla garanzia che rispondono con il bilancio approvato) e non è applicabile il principio d'opponibilità materiale⁷⁷⁹. Invece, sarebbe d'applicazione, in un certo qual modo, il principio di tratto successivo, nel senso che il Registratore non dovrebbe procedere al deposito di un bilancio se non si è proceduto previamente al deposito dal corrispondente all'esercizio anteriore. Questo è conseguenza logica del principio di continuità della contabilità: ogni esercizio sociale deve iniziare sulla base del risultato dell'esercizio anteriore; dunque, non possiamo considerare valido un bilancio approvato, se non si basa nel risultato dell'esercizio previo sul quale si deve erigere⁷⁸⁰.

⁷⁷⁹ Così, VÁZQUEZ CUETO, J.C., "Depósito y publicidad de documentos...", *Op. cit.*, pp. 1768-1773.

⁷⁸⁰ In contro di questa visione si manifesta VÁZQUEZ CUETO, J.C., "Depósito y publicidad de documentos...", *Op. cit.*, p. 1774, il che considera che in questi casi il Registratore non potrà negare a iscriverne un bilancio presentato per il suo deposito argomentandosi che non si trova validamente depositato il bilancio corrispondente all'esercizio anteriore. Secondo Vázquez, la considerazione di tale contrarietà si potrebbe produrre attraverso l'impugnazione della deliberazione d'approvazione

In questo modo, si può affermare che dall'informazione ottenuta dal Registro Mercantil /delle Società per i terzi non si deriva nessun diritto sul quale si possa reclamare, né per quanto riguarda al suo ottenimento, né per quanto fa riferimento alla garanzia dell'esattezza dei dati ottenuti, perché tali documenti depositati hanno un carattere meramente informativo⁷⁸¹.

H. Impugnazione della delibera d'approvazione. Ripercussioni della nullità

Il processo contabile tendente alla formulazione del bilancio e la pubblicità di quest'informazione è integrato da una successione di atti, i quali sono oggetto di regolamentazione giuridica per conseguire armonizzare gli interventi e competenze che nella materia hanno i diversi organi sociali. Perciò hanno speciale

del secondo o ulteriore bilancio nella giurisdizione ordinaria, ma non costituisce un difetto attribuibile alla documentazione presentata per il suo deposito. Ugualmente si manifesta in contro, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito...*, *Op. cit.*, pp. 305 e 306. Quest'opzione è contraria alla soluzione dell'art. 378 RRM che stabilisce che nel caso di essere chiuso il Registro Mercantil per mancanza di deposito del bilancio, non si potrà scrivere in quello atto alcuno, con eccezione dei titoli relativi alla cessazione o dimissione degli amministratori, gerenti, direttori generali o liquidatori, e la revocazione o rinuncia di poteri, così come lo scioglimento della società e la nomina dei liquidatori e gli allibramenti ordinati dall'autorità giudiziale o amministrativa, elenco nel quale, nonostante, non troviamo nessuna allusione al bilancio degli esercizi successivi. Pensiamo che le soluzioni di Illescas e Vázquez Cueto furono offerte sulla base dell'antico art. 332.4 dell'abrogato RRM, il che stabiliva che per la qualificazione di documenti posteriori, il Registratore non avrà in considerazione i dati che constino nei documenti contabili depositati. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Publicidad registral de estados contables y financieros; el llamado «depósito de cuentas»", in *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1990, pp. 75-76, si esprime un parere più radicale nel senso che noi difendiamo. Non esiste propriamente tratto successivo, che è specifico del traffico dei beni, ma è un'esigenza logica del principio di continuità l'inammissione dei documenti della società, in caso di non essere stato presentati e incorporati quelli degli anni precedenti. Questa preoccupazione della continuità informa tutta la nostra legislazione: così si richiede che il bilancio d'apertura coincida con il finale dell'esercizio previo o che le partite dello stato patrimoniale, conto economico e quadro di finanziamento siano di doppia colonna, che contenga le cifre dell'esercizio che si chiude e di quello immediatamente precedente. Quest'ultimo motivo, il fatto che i bilanci successivi s'elaborino in doppia colonna, ci deve portare alla conclusione che approvandosi il bilancio dell'anno successivo, non dovrebbero esserci grandi problemi per che si possa approvare previamente il bilancio dell'anno anteriore.

⁷⁸¹ Così, LEÓN SANZ. F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, p. 165, il Registro è, naturalmente, un mero archivio d'informazione senza che questa produca effetti giuridici-sostantivi.

rilievo le norme di responsabilità d'ognuno degli organi (tendenti a conseguire l'imperatività del suo adempimento), così come le norme d'impugnazione del bilancio che sia approvato (per verificare che quello approvato corrisponde con la realtà e che il procedimento si è articolato correttamente).

Come si è potuto analizzare, l'approvazione dall'Assemblea generale del progetto di bilancio presentato dagli amministratori conforma il corollario di tutto il processo contabile. Si tratta della fine che si deve raggiungere dopo aver adempiuto soddisfacentemente le fasi successive del procedimento che implicano diversi atti realizzati, in occasione, da vari soggetti. Ma allo stesso tempo, la decisione d'approvazione è il punto nel quale confluiscono le virtù e i difetti di tutte le fasi anteriori. Così, nella decisione d'approvazione si manifesteranno i possibili errori o incorrettezze che si siano prodotti lungo il procedimento: gli sbagli si accumulano fino alla decisione d'approvazione, ripercuotendo su di questa.

Allo scopo di garantire la correttezza del procedimento che, insomma, implica una garanzia dell'adeguato funzionamento della distribuzione delle competenze fra i diversi organi sociali implicati nel procedimento, come garanzia di un adeguato funzionamento del sistema contabile, si deve prestare speciale attenzione al controllo di legalità della decisione per la quale s'approva il bilancio e, insieme a quello, l'esercizio delle possibili azioni di responsabilità contro l'organo corrispondente in caso che le infrazioni si siano prodotte per l'incorretto adempimento dei suoi doveri.

È conveniente puntualizzare che il bilancio per se conforma semplicemente un complesso di documenti contabile, che come tali non possono essere né nulli né annullabili, ma semplicemente concordi o discordi ai precetti legali per quanto riguarda al suo contenuto, e che potrà essere oggetto d'approvazione in modo regolare o irregolare⁷⁸².

⁷⁸² Così, COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio...*, *Op. cit.*, p. 393, che considera opportunamente che l'impugnazione fa riferimento alla delibera e non al documento (p. 397).

Non è questo il luogo adeguato per offrire un'analisi in profondità sul trattamento dell'impugnazione degli accordi sociali, semplicemente considereremmo alcune questioni specialmente vincolate all'impugnazione del bilancio che possono risultare interessanti allo scopo del nostro studio⁷⁸³.

i. Delibere nulle e delibere annullabili

Il sistema spagnolo come quello italiano partono dalla divisione all'ora di trattare i vizi che possono inficiare l'accordo in funzione dei motivi che gli generino e gli effetti che producano. Su questa base si distingue fra le deliberazioni nulle e quelle annullabili. Nonostante, le cause di nullità ed annullabilità differiscono fra entrambi gli ordinamenti.

Così, nel sistema spagnolo, saranno nulle le deliberazioni contrarie alla legge⁷⁸⁴. Nel caso italiano, invece, la nullità si applica alle deliberazioni adottate in casi di mancata convocazione dell'assemblea, di mancanza del verbale e di impossibilità o illiceità dell'oggetto⁷⁸⁵. In entrambi i sistemi, i casi d'annullabilità si configurano per scarto: implicherebbe le deliberazioni che siano contrarie allo statuto o si leda l'interesse sociale in beneficio di uno o vari soci o di terzi. Le conseguenze di considerare che un vizio determinato è una causa di nullità o d'annullabilità pregiudicheranno, da un lato, alla determinazione dei soggetti che possono promuovere l'impugnazione (per la nullità tutti i soci, gli amministratori e qualsiasi terzo che ne giustifichi il suo interesse; per l'annullabilità soltanto i soci assistenti che si abbiano opposto in modo espresso alla deliberazione, i soci

⁷⁸³ Per un'analisi più dettagliata della nullità delle decisioni sociali, *vid.* il recente e completo studio di GUERRIERI, G.L., *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2009; specificamente sull'impugnazione della deliberazione d'approvazione del bilancio, BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, *Op. cit.* e BOCCHINI, E., *Il bilancio delle imprese: problemi di diritto e di politica di diritto*, Liguori Editore, Napoli, 1979, pp. 65-104. Come si è ormai considerato, la dottrina spagnola non mostra specifica dedizione allo studio delle conseguenze giuridiche dell'inadempimento dei doveri contabili.

⁷⁸⁴ *Cifr.* art. 204.2 LSC.

⁷⁸⁵ *Cifr.* art. 2379 C.c. ita.

assenti, i soci che fossero stato illegittimamente privati del voto e gli amministratori), così come il termine dell'azione (in Spagna, 40 giorni per le delibere annullabili ed un anno per le nulle, fermo restando che questi siano contrari all'ordine pubblico, nel cui caso non caduca; in Italia i tempi s'ampliano, l'annullabilità si sottopone a un termine di 90 giorni e la nullità, tre anni). Comunque, in entrambi i casi l'obiettivo che si persegue è lo stesso: eliminare dal traffico giuridico una deliberazione che è stata irregolarmente adottata, sia per infrangere la legge, lo statuto o l'interesse sociale. Come vedremo, queste differenze nei *tempi* delle azioni giustificheranno che lo sviluppo del Diritto in questi paesi sia stato diverso, in modo tale che la dottrina e la giurisprudenza spagnola sono più inclini a considerare la nullità radicale di certe delibere (per conferire ai promotori dell'azione un termine superiore ai 40 giorni per esercitarla), mentre nel diritto italiano, la tendenza è opposta, cioè, si favorisce la considerazione dei casi di nullità relativa o annullabilità allo scopo d'evitare le incertezze dilatate che suppone lasciare latente la possibilità di promuovere l'impugnazione durante tre anni.

Al riguardo dell'esercizio dell'impugnazione, si è considerato che il procedimento d'impugnazione della delibera d'approvazione del bilancio può essere sottoposto ad arbitrato. Pensiamo che, in questo caso, debba trattarsi di un arbitrato di diritto⁷⁸⁶ nel quale sarebbe anche più raccomandabile che l'arbitro avesse conoscenze tecniche in materia di ragioneria, essendo specialmente conveniente la sua designazione in istituzioni vincolate alla ragioneria ed alla revisione di conti (ICAC, Ordine dei revisori dei conti...).

La differenza fra le deliberazioni nulle e quelle annullabili non si deriva dalla natura della deliberazione in questione, ma dal vizio in concreto che soffre questa, secondo se tale vizi alla procedura conducente alla sua adozione o al suo contenuto. Dunque, la deliberazione per la cui s'approva il bilancio di una società di capitali potrà essere annullabile o nullo in funzione dei vizi che abbia e che si

⁷⁸⁶ In contro, VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 129, il che considera che può trattarsi ugualmente di un arbitrato d'equità.

considerino nell'istanza d'impugnazione⁷⁸⁷. Nel caso del bilancio si possono analizzare i principali motivi di nullità dell'accordo distinguendo fra irregolarità nel processo di formazione del bilancio, irregolarità nella costituzione dell'Assemblea e irregolarità nel contenuto dei conti⁷⁸⁸.

a) Irregolarità nel proceso di formazione dei conti

Nel primo blocco dei casi dobbiamo considerare che potranno essere oggetto d'impugnazione i bilanci nei quali si vulneri una parte sostanziale del procedimento di formulazione del bilancio. A questi effetti, dobbiamo adottare un atteggiamento prudente all'ora di specificare i casi invalidanti, giacché una semplice incorrettezza non deve essere suscettibile di generare la possibilità d'impugnazione della deliberazione, al contrario, farà nulla –o serviranno per fare una domanda d'annullabilità- alla decisione quelle irregolarità sostanziali nel procedimento di formulazione e presentazione del bilancio all'Assemblea. Così, a modo d'esempio, la presentazione del progetto di bilancio per la sua approvazione per l'Assemblea in modo estemporaneo non è causa d'impugnazione di esso, giacché il fatto che sia stato formulato oltrepassato il termine legalmente stabilito

⁷⁸⁷ Di fronte a questa visione, ci sono delle opinioni nella dottrina che considerano che qualsiasi violazione delle norme legali e regolamentarie di natura giuridico-commerciale che regolano l'elaborazione del bilancio (si riferiscano a norme materiali o formali), è nullo per essere contrario a norme imperative (art. 6.3 C.c. esp. e 204.2 LSC), così VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 112.

⁷⁸⁸ La dottrina italiana s'esprime più belligerante all'ora di riconoscere differenze di trattazione fra i casi di nullità assoluta e annullabilità delle deliberazioni. In generale, i criteri che s'adottano –e che segue la giurisprudenza- sono quelli di considerare che una deliberazione sarà nulla solo quando affetti a un interesse generale che trascende l'interesse del socio individualmente considerato, o che comportino una deviazione della finalità economico-pratica della società. Così, la Suprema Corte italiana ha considerato il principio «secondo cui il criterio scriminante tra delibere nulle e annullabili va individuato, con riferimento all'ipotesi di violazione di norme imperative, nella natura degli interessi che la norma imperativa è chiamata a tutelare», BOCCHINI, E., *Il bilancio delle imprese*, *Op. cit.*, p. 66. Fra un'ampia giurisprudenza italiana nella materia possiamo citare, Cass. n. 2454, del 10 settembre 1974; Cass. n. 252, del 22 gennaio 1975 e Cass. n. 3373, del 28 luglio 1977.

Su queste premesse, anche se con puntualizzazioni, come vedremo più avanti, la dottrina italiana considera di solito che la violazione delle regole imperative relative al procedimento di formazione della deliberazione stessa non si trova fra le cause di nullità dell'art. 2379; giacché la nullità solo può essere considerata al riguardo del contenuto della deliberazione, la che si deve considerare nel senso dell'"oggetto" sul quale fa riferimento l'art. 2379, COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio...*, *Op. cit.*, p. 403.

per quello, non vizia la sua validità⁷⁸⁹. Di fronte a quello, possono prodursi invece altri tipi d'inadempimenti nel procedimento di formulazione del bilancio che possano viziare la validità di quello.

Questo può avere luogo quando il progetto di bilancio formulato dagli amministratori non sia assoggettato a revisione legale essendo l'impresa legalmente obbligata a quello, quando statutariamente s'avesse deciso tale opzione, o bene, quando la minoranza dei soci abbia fatto uso del suo diritto per sollecitare la nomina di revisore. Tuttavia, la portata di quest'irregolarità sarà diversa, in modo tale che quando la società sia legalmente obbligata a sottoporre il suo bilancio a revisione e non lo fa, la deliberazione d'approvazione sarà nulla, invece, quando l'imposizione di tale dovere sia a richiesta dei soci o alla disposizione statutaria, la decisione sarà annullabile. I motivi al riguardo sono vari: in primo luogo, formalmente solo nel primo dei casi si produce una contravvenzione della Legge, mentre che negli altri, si contravvengono esigenze di carattere volontario e, di conseguenza, disponibili. In secondo luogo, gli interessi sono diversi, di forma tale che un terzo estraneo alla società può sperare –ed è giuridicamente legittimato per quello- che la società sia oggetto di revisione quando la normativa la sottoponga a questo dovere; invece, non pensiamo proteggibile questo interesse esterno quando tale disposizione sia stabilita dall'accordo dei soci⁷⁹⁰. L'annullabilità dell'omissione della relazione dei revisori, ugualmente, si giustifica per il fatto che non avendo tale informazione, i soci sarebbero sprovvisti di un'opinione esterna e specializzata che gli offra informazione imparziale sull'adeguatezza dell'informazione contenuta nel bilancio che si sommette a approvazione.

⁷⁸⁹ Cifr. 164.2 LSC. Ciò nonostante la possibile responsabilità che la formulazione estemporanea gli possa generare agli amministratori che hanno inadempito uno dei doveri della sua carica, che potrà avere successo quando dell'approvazione tardiva del bilancio se ne derivi alcun genere di danno, come sarà oggetto di studio più avanti. In questo senso, BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, Op. cit., p. 95.

⁷⁹⁰ Così, BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, Op. cit., p. 84, considera che in questo caso «non avrebbe fondamento la scelta della più grave sanzione della nullità, dato che l'omessa redazione della relazione comunque non pregiudicherebbe gli interessi connessi al bilancio».

Similari conseguenze possono predicarsi in sistemi giuridici che contano con un organo di controllo nella sua struttura nei quali sia precettiva l'emissione di una relazione da parte di questo sul bilancio che è revisionato prima della sua approvazione. Ugualmente, in mancanza di quest'informazione, i soci vedrebbero limitata la sua capacità di farsi un giudizio sufficientemente ampio sui punti che saranno approvati nella deliberazione⁷⁹¹.

Nel caso di queste due forme di supervisione, dobbiamo considerare che la causa d'annullabilità –o di nullità nel caso d'imposizione legale- si produce quando si cancella l'intervento di questi soggetti, non emettendo la sua relazione o quando, essendo emessa questa, presenti alcun vizio sostanziale o si trovi redatta in forma incompleta, in modo tale che impedisca l'adempimento ultimo della sua funzione. Invece, nel caso in cui semplicemente pecchino di difetti aggettivi (per esempio, formulazione oltrepassato il termine legale per quello, o che non includano menzioni su certi aspetti puntuali), non saranno sufficienti per lasciare vuoto d'efficacia l'accordo d'approvazione del bilancio.

D'altronde, si è considerato che se manca la relazione sulla gestione, la deliberazione non sarà nulla di pieno diritto, ma semplicemente annullabile. Quest'opzione si è sostenuta nella dottrina italiana⁷⁹² sulla base che a differenza dalla relazione dei revisori e del collegio sindacale, la relazione sulla gestione è elaborata dallo stesso organo che formula il bilancio, dunque la potenzialità di questo d'influire nella formazione della volontà dei soci di fronte all'approvazione del bilancio è più relativo. Non consideriamo che questa visione sia condivisibile, come non si considera in modo generalizzato nel sistema spagnolo. Probabilmente le implicazioni della configurazione del sistema italiano di nullità radicale (principalmente la prescrizione dell'azione in un termine di tre anni) è motivo per quello. Ma di fronte a questo dobbiamo considerare che, in primo luogo, la

⁷⁹¹ In questi casi risulterebbe «leso il diritto dei soci ad un'informazione non solo preventiva, ma anche (almeno tendenzialmente) oggettiva sul bilancio che sono chiamati ad approvare», BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, *Op. cit.*, p. 60.

⁷⁹² BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, *Op. cit.*, pp. 83-84.

relazione sulla gestione è uno dei documenti che per imperativo legale, saranno oggetto d'approvazione per l'Assemblea, e dunque sarà precisa la sua conoscenza dai soci; in secondo luogo, perché il contenuto di questa relazione non è lo stesso del bilancio, perché in quello, oltre all'informazione di carattere contabile s'includono altri dati relativi alla gestione della società; finalmente, il ragionamento formale che l'elaborazione di tale relazione viene imposta da una norma di carattere legale e la sua approvazione forma parte del contenuto della deliberazione, dunque, del suo oggetto, senza il quale non può essere validamente adottato.

Il progetto di bilancio formulato dagli amministratori –nel caso che questi conformino Consiglio di amministrazione- s'adotta in forma collegiale dal Consiglio, la cui decisione deve essere firmata da tutti gli amministratori (abbiano questi manifestato o meno la sua conformità con il bilancio che si formula). Conviene chiedersi se l'approvazione dall'Assemblea di un progetto di bilancio non firmato da tutti gli amministratori vizia la decisione d'approvazione. In primo luogo, dobbiamo considerare la soluzione della possibile convalida del difetto: la normativa permette che, se si tratta di un vizio rimediabile, questo sia risolto prima di –ed anche durante- l'impugnazione. In caso che non si rimedi, al nostro parere si deve considerare che l'amministratore o gli amministratori che non hanno firmato la formulazione del Consiglio inadempiono uno degli obblighi inerenti alla sua carica (giacché la firma comporta la conformità con il procedimento per il quale si è adottato il progetto, no la conformità con questo stesso). D'altra parte, la mancanza di tale firma non vizia al contenuto della decisione, ma a una formalità esterna di essa. Una questione diversa sarebbe l'ipotesi nella quale l'impugnazione del bilancio si fondassi sull'impugnazione del modo in cui si decise la formulazione del progetto dal Consiglio (perché non sia rispettata la maggioranza per la sua adozione, perché non si abbia costituito in modo adeguato la riunione del Consiglio...), caso nel quale si potrebbe promuovere la nullità della deliberazione d'approvazione, ma non tanto per soffrire dei difetti procedurali, ma per ricadere tale decisione su un oggetto –il progetto- illecito, giacche non era stato correttamente elaborato.

b) Irregolarità nella celebrazione dell'Assemblea

Non c'è dubbio che il principale motivo considerato all'ora d'impugnare le deliberazioni sociali è la vulnerazione delle regole sulla costituzione e celebrazione dell'Assemblea, fondamentalmente per quanto riguarda al diritto d'informazione dei soci. La casistica d'irregolarità è amplissima perché può viziare la non inclusione della deliberazione in concreto nell'ordine del giorno (caso nel quale sarebbe solo impugnabile la deliberazione d'approvazione di tale punto e non di tutto quanto discusso nell'Assemblea se è adeguatamente convocata), all'inosservanza del termine legalmente fissato fra la convocazione e la celebrazione dell'Assemblea, a non mettere a disposizione dei soci (e, nel suo caso, permettere fare le copie o spedire) un esemplare del bilancio che sarà oggetto d'approvazione prima dell'Assemblea⁷⁹³, a non rispondere alle domande dovutamente formulate su questi oggetti, a non permettere nella srl la consultazione dei libri di contabilità sui quali trae causa il bilancio...

Nel punto della qualificazione della deliberazione approvata con vizi nel diritto d'informazione troviamo una differenza radicale fra il Diritto spagnolo e quello italiano. Di forma generalizzata, la dottrina e la giurisprudenza spagnole coincidono nell'affermare che il diritto d'informazione dei soci è un diritto irrinunciabile stabilito da una disposizione legale la cui violazione comporta la nullità radicale della deliberazione d'approvazione. Dalla sua parte, in Italia, la dottrina e la giurisprudenza concorrono nel senso opposto: la deliberazione approvata quando sia vulnerato il diritto d'informazione sarà semplicemente annullabile. Si può considerare un piccolo punto di giustificazione della differenza di trattamento nei diversi termini che fissano uno e l'altro ordinamento per

⁷⁹³ Ugualmente si deve considerare tutti i presupposti nei quali la messa a disposizione sia fatta in modo irregolare, per esempio, quando non si deposita il bilancio nella sede della società, ma in un altro locale di essa; non si depositano nel momento in cui si fa la convocazione dell'Assemblea, ma più avanti; si depositano in modo parziale i documenti... In questi casi, viene equiparata «l'assenza assoluta di informazione alla mancata convocazione» dell'Assemblea, BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, Op. cit., p. 85.

esercitare le azioni d'impugnazione (per le annullabili 40 giorni in Spagna, di fronte ai 90 d'Italia; per la nullità radicale, un anno in Spagna, di fronte ai tre d'Italia) in modo che, in parte, si potrebbe considerare che il sistema spagnolo considera insufficienti i 40 giorni per spronare la nullità delle deliberazioni e si decide d'ampliare tale termine all'anno; mentre che in Italia i tre anni sarebbero eccessivi, optandosi per la legittimazione per il suo esercizio nei 90 giorni considerati per la nullità parziale o annullabilità.

La prospettiva italiana si sostiene sulla considerazione che i soci possono disporre liberamente del diritto d'informazione, giacché questo è ausiliare all'adozione della decisione⁷⁹⁴. Secondo quest'osservazione, i soci potrebbero decidere volontariamente non fare uso di quello e procedere a considerare il progetto di bilancio direttamente nell'Assemblea generale. Ugualmente, s'argomenta che l'approvazione del bilancio potrà avere luogo attraverso la celebrazione di un'Assemblea universale, con il quale s'eviterebbe l'assoggettamento ad adempiere l'insieme delle norme al riguardo.

Considerando in forma comparata entrambe le due soluzioni dobbiamo posizionarci a favore della maggiore convenienza di quella che offre la normativa spagnola. Da un lato perché, effettivamente, il diritto d'informazione dovrebbe considerarsi come irrinunciabile e non soggetto a transazione, e quello perché questo non è soltanto un diritto strumentale che spetti esclusivamente ai soci perché questi possano adottare decisioni. Attraverso il riconoscimento legale di questo diritto s'arbitra il modo di procedere di un organo sociale come è l'Assemblea generale e, dunque, dal suo adeguato svolgimento non solo si derivano benefici per i soggetti che ostentano la condizione di soci, ma anche per tutti quelli che hanno interesse nell'adeguato funzionamento del sistema informativo-contabile della società, giacché con la sua decisione l'Assemblea generale svolge, pure, un processo di revisione dell'attività di configurazione dell'informazione contabile, il quale, sebbene non è così esaustivo come quello svolto dai revisori o

⁷⁹⁴ Così, BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, Op. cit., pp. 86-87.

dall'organo di supervisione, avrà effetti maggiori giacché implicherà –o meno- la conversione del progetto di bilancio in definitivo⁷⁹⁵.

c) Irregolarità nel contenuto del bilancio

L'ultimo dei casi che possono viziare la validità della decisione d'approvazione del bilancio fa riferimento ai vizi nell'oggetto della deliberazione, cioè, che il progetto di bilancio sul quale si discute sia irregolare per non essere assoggettato alle norme sul contenuto del bilancio. In questo caso, ci troviamo di fronte ad un caso d'illiceità dell'oggetto, ai sensi dell'art. 2379 C.c. ita., perché l'oggetto sul quale si produce la deliberazione assembleare è contrario alla normativa imperativa di contabilità.

L'oggetto ultimo di questa causa d'impugnazione, uguale per tutto il sistema contabile, è conseguire garantire che il bilancio riflette in modo chiaro l'immagine veritiera e fedele della situazione dell'impresa. Ciò nonostante, le norme contabili, in certa misura, non sono assolute, ma che permettono realizzare valutazioni o qualificazioni diverse secondo quelle che si considerano politiche di bilancio. È perciò che, sebbene esiste (o dovrebbe esistere) soltanto un'immagine veritiera della società, questa può essere rappresentata in diverse forme; ed è perciò che non tutti i *difetti* nella formulazione del bilancio risulteranno invalidanti del suo contenuto perché la considerazione di questi, in grande misura, è risultato di considerazioni soggettive. Così, il giudizio di un revisore può essere discorde ad una determinata valutazione, e quello può non significare sempre che tale valutazione sia sbagliata. In questo modo, solo sarà impugnabile la deliberazione

⁷⁹⁵ Come si è considerato, per poter ottenere la nullità della deliberazione che approva il bilancio per violazione del diritto d'informazione deve esistere connessione e ripercussione fra la mancanza d'informazione richiesta e l'oggetto della deliberazione. Deve esistere un'omissione d'informazione contabile per l'approvazione del bilancio. Per avere successo l'impugnazione della deliberazione, il difetto d'informazione deve incidere e avere un'influenza decisiva sul risultato dell'Assemblea. Si deve dimostrare l'influenza dell'atto u omissione dell'amministratore sul fatto dell'adozione della decisione o del suo contenuto. Si deve provare che la disinformazione o l'informazione falsa ha fatto adottare decisione sbagliate o pregiudizievoli o che non si sono adottate le opportune, BOQUERA MATARREDONA, J., "Aprobación de las cuentas anuales y derecho de información...", *Op. cit.*, p. 2090.

d'approvazione del bilancio quando questo soffra di difetti di tale gravità che impediscano riflettere l'immagine veritiera e fedele dell'impresa. Quello avrà luogo, non solo quando si includa nel bilancio partite fittizie o manchino altre che corrispondano a transazioni reali, ma anche quando le valutazioni contenute nel bilancio siano contrastanti con il principio di veridicità⁷⁹⁶. Tutto questo senza escludere le possibili ripercussioni che la redazione di un bilancio falso può irrogare nell'ordine penale⁷⁹⁷.

ii. Legittimazione per l'impugnazione

Come si è considerato, una delle principali conseguenze che si derivano di considerare che la deliberazione d'approvazione del bilancio pecca di nullità radicale o di semplice annullabilità è la delimitazione dei soggetti che sono legittimati per promuovere le azioni opportune. Così, l'impugnazione nei casi d'annullabilità potrà essere esercitata solo dai soci assistenti all'Assemblea che avessero fatto costare nel verbale la sua opposizione alla deliberazione, i dissidenti e quelli che fossero stati illegittimamente sprovvisti del suo diritto a voto, gli amministratori e, quando ci sia, i membri dell'organo di supervisione. Invece, di fronte ai casi di nullità radicale sarà legittimato qualunque socio, gli amministratori e i membri dell'organo di supervisione, così come qualsiasi terzo che accrediti il suo legittimo interesse.

⁷⁹⁶ COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio...*, *Op. cit.*, p. 404. Dobbiamo considerare che, ugualmente, con il processo di riforma della normativa contabile per l'adattamento alle IAS/IFRS, le norme di contabilità hanno una portata sempre più imperativa, in modo che pratiche che in alcuni momenti furono ammesse (come la creazione delle riserve occulte) devono considerarsi completamente nulle e contrarie all'immagine fedele secondo i principi internazionali di contabilità.

La giurisprudenza spagnola si mostra favorevole a questa differenziazione. Così, la SAP DI Cáceres, Sezione 1^a, del 16 settembre 2009, considera che perché si possa impugnare una deliberazione d'approvazione del bilancio per il contenuto dei documenti, è necessario che le incongruenze di questi abbiano la virtualità sufficiente per alterare l'immagine della situazione economica e patrimoniale dell'impresa.

⁷⁹⁷ Come rende manifesto BOCCHINI, E., *Il bilancio delle imprese*, *Op. cit.*, pp. 65-66.

Conviene, nonostante, precisare un aspetto al riguardo di questo elenco di soggetti. Così, condividiamo con parte della dottrina⁷⁹⁸ l'opinione che tale legittimazione per l'impugnazione, nel caso degli amministratori e dei membri dell'organo di supervisione, più che un diritto comporta lo svolgimento di un dovere. Così, gli amministratori e i sindaci che si mostrino contrari con il bilancio che si è formulato (nel quale, d'altronde, normalmente avranno spreso il suo dissenso nel momento di firmarlo) e approvato dall'Assemblea, devono promuovere la nullità di tale deliberazione se considerano che questa si trovi incorsa in alcuna causa di nullità rilevante.

Considerare l'impugnazione della deliberazione d'approvazione del bilancio come un dovere degli amministratori è una derivazione diretta del dovere di diligente amministrazione che ricade sugli amministratori. Così, è condotta esigibile ad un ordinato imprenditore fare quanto sia possibile perché gli atti incorretti che si producano nell'ambito della sua impresa siano adeguatamente cancellati e s'evitino i suoi difetti. Ugualmente, la considerazione di questo dovere è conseguenza dell'impossibilità d'impugnare la decisione del Consiglio di amministrazione per la quale si formula il progetto di bilancio –secondo la tesi per la quale ci posizioniamo-. Così, gli amministratori contrari al progetto di bilancio che è stato adottato in forma maggioritaria dal Consiglio di amministrazione non potranno impugnare direttamente tale decisione ma invece sì l'accordo per il quale l'Assemblea generale approvi la formulazione diventando il bilancio definitivo.

Un secondo punto che si deve considerare al riguardo della legittimazione è la considerazione nel diritto italiano che l'impugnazione della deliberazione d'approvazione del bilancio quando questo sia stato oggetto di revisione legale senza eccezioni non è un diritto del socio, ma della minoranza che rappresenti, almeno, il 5% del capitale sociale –ex art. 2434 bis, 2° comma C.c. ita.-, percentuale che si conserva nella regolamentazione specifica delle società quotate⁷⁹⁹ –art. 157

⁷⁹⁸ COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio...*, *Op. cit.*, p. 408; in certa misura pure BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, *Op. cit.*, pp. 82-84.

⁷⁹⁹ Le quali, come ricordiamo, sono sempre obbligate a sottoporre i suoi bilanci a revisione legale.

TUF-. Per quanto riguarda all'impugnazione delle deliberazioni annullabili, si stabilisce pure una restrizione, precisandosi una percentuale del 5% per le società chiuse o del 1% per quelle aperte⁸⁰⁰, percentuale che può essere ridotta o cancellata nello statuto.

Il fondamento di queste due restrizioni si è voluto trovare nella «non dimostrata»⁸⁰¹ equazione che vincola l'esercizio di azioni dalla minoranza e l'esercizio di azioni infondate o contrarie all'interesse generale della società. Così, sebbene è vero che, in occasioni, soci che rappresentano una percentuale infima del capitale sociale agiscono azioni d'impugnazione delle decisioni della società infondate all'unico scopo di dimorare o paralizzare l'attività dell'impresa ed attuando in contro dell'interesse sociale. Nonostante, al nostro avviso, da un lato, la trasformazione di questo diritto del socio in un diritto della minoranza comporta una restrizione di diritti infondata; d'altra parte, che difficilmente si potrà dimostrare che queste azioni infondate non s'esercitino (o s'esercitano in minore quantità), dallo stesso modo dalle minoranze legalmente richieste.

La normativa, comunque, permette ai soci che non raggiungano queste percentuali per l'impugnazione della deliberazione d'approvazione del bilancio l'esercizio di un'azione risarcitoria derivata dal danno prodotto per la difformità della deliberazione con la legge. Quest'azione non ha l'effetto di lasciare senza validità una deliberazione contraria alla normativa o allo statuto, ma risarcire ai soci che individualmente si siano visti danneggiati da una decisione irregolare e non si trovino legittimati per impugnare la deliberazione. Questa soluzione richiede che si costati l'irregolarità prima di procedere al risarcimento, ma non attua cancellando tale irregolarità. Possiamo considerare, di conseguenza, che comporta una superiorità degli interessi della maggioranza su quei soci così minoritari che non raggiungono le percentuali legalmente richieste per l'impugnazione. E, in ogni caso, l'esercizio di queste azioni sarebbe pure, in parte, contrario alla società,

⁸⁰⁰ *Cifr.* art. 2377, 3° comma C.c. ita.

⁸⁰¹ BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, *Op. cit.*, p. 93.

giacché il risarcimento del danno sofferto se ne farà fronte a spese della società, il che implicherà un'uscita di denaro dalla quale solo se ne profitterebbe il socio che esercita quest'azione⁸⁰². Un altro ostacolo considerevole da quest'opzione è la difficoltà d'individuare e valutare il danno subito dal socio⁸⁰³, determinazione che, anche, si deve fare dentro dello stesso termine di prescrizione dell'azione d'annullabilità, cioè, 90 giorni; se ne deduce che si tratta di un termine troppo breve per che si manifestino i danni.

iii. Limite: la proibizione dell'abuso del diritto

Accertata l'irregolarità nel procedimento o il contenuto del bilancio che si è approvato, e riuniti i requisiti di legittimazione attiva per l'impugnazione di questo, deve prendere in considerazione che non sempre avrà successo la pretesa d'impugnazione, giacché è necessario che questa sia esercitata di buona fede e senza incorrere in situazioni di abuso del diritto. Così, sono multipli i casi nei quali si prova ad esercitare una azione tendente ad annullare quando, nel fondo, la conta propria del soggetto che promuove l'impugnazione del bilancio rende manifesto che non soffrì il vizio d'annullabilità o che c'era un mezzo più semplice di superare il difetto e che risultava meno lesivo che procedere all'impugnazione. Ugualmente, non saranno meritorie di protezione le situazioni d'abuso del diritto da parte della minoranza che pretende una paralizzazione o rallentizzazione del funzionamento della società in pregiudizio di questa e degli altri soci.

Come se ne deduce, la casistica alla quale hanno dovuto fare fronte i tribunali al riguardo è ampissima. È comprensibile questa situazione se si considera che le azioni d'impugnazione si derivano dall'inadeguato adempimento

⁸⁰² Così si pronuncia NIGRO, A., "Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario", *Riv. Soc.*, 2004, p. 893, il che considera che nel calcolo del danno si prende in considerazione l'impovertimento del patrimonio sociale che si deriva dall'indennizzo, allo scopo di evitare che il socio deva sopportare *pro quota* il costo della decisione illecita. Sembra, nonostante, che in questo modo s'aggravi posteriormente la posizione degli assenti o i dissidenti che non hanno esercitato dalla sua parte l'azione risarcitoria.

⁸⁰³ BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, *Op. cit.*, p. 94.

di un dovere che è soggetto nel suo svolgimento a numerose norme specifiche e nel quale intervengono diversi organi indipendenti, il quale, oltre a questo, si ripete annualmente e conforma la base economica dell'impresa.

D'altronde, non può ignorarsi il fattore discredito che comporta per la società l'esercizio d'azioni d'impugnazione di decisioni, soprattutto quando fa riferimento all'impugnazione dell'approvazione del bilancio al riguardo del contenuto di questo. Perciò, nella considerazione dei casi, i giudici devono essere specialmente avveduti. Sicuramente, la parte più difficile al riguardo sarà quella di procedere alla prova del fatto che questo abuso ha veramente avuto luogo.

iv. Effetti dell'impugnazione

Uno degli aspetti più rilevanti del regime d'impugnazione del bilancio è determinare che effetti produce la dichiarazione di nullità dei conti approvati. In primo luogo si deve considerare che in caso abbia successo l'azione d'impugnazione del bilancio produrrà l'effetto di lasciare tale decisione sprovvista di valore, dunque si dovrà procedere alla redazione ed ulteriore approvazione di un nuovo bilancio nel quale s'includano le modifiche considerate nel processo; o, nel caso che la nullità si sia prodotta come conseguenza dei vizi nel procedimento di formulazione e approvazione del bilancio, si dovrà celebrare una nuova Assemblea generale superandosi tali difetti –potendo, in questo caso, essere identico il bilancio presentato dagli amministratori, giacché quello che si è considerato nell'impugnazione è il procedimento e non il contenuto di questo-.

Dichiarata la nullità, si deve procedere a riflettere nei libri contabili gli effetti che si producano come conseguenza dell'impugnazione, vale a dire, che la dichiarazione di nullità del bilancio avrà –quando si giudichi il suo contenuto- effetti patrimoniali che dovranno essere riflessi negli allibramenti contabili dell'esercizio successivo.

Come diffide formali, si esige che la sentenza giudiziale nella quale si ammette l'impugnazione dovrà essere oggetto d'iscrizione nel Registro Mercantile / delle società, giacché affetta ad una decisione che era pure oggetto d'iscrizione. Se si è prodotto ormai l'iscrizione della deliberazione d'approvazione che si è dichiarata nulla, si dovrà procedere a realizzare un allibramento di cancellazione di quello. Ugualmente, durante il procedimento d'impugnazione della deliberazione si potrà sollecitare cautelatamente l'inserzione –attraverso nota marginale- di un'indicazione del fatto che tale decisione è pendente di risoluzione. Allo stesso modo, se il bilancio fosse depositato, si dovrà procedere alla sospensione della pubblicità di tale deposito fino a che si ottenga pronunciamento giudiziale, agli effetti d'evitare che si producano conseguenze perniciose per i terzi che, di buona fede, abbiano confidato nell'informazione pubblicata nel Registro, al riguardo dei quali si dovrà proteggere sempre i diritti che avessero acquistato.

Ma non c'è dubbio che il punto più controverso degli effetti dell'impugnazione della deliberazione d'approvazione del bilancio è quello derivato dal suo rapporto con il principio di continuità contabile. Così, i bilanci successivamente si basano sul risultato contabile manifestato negli anteriori, in modo tale che ognuno trae causa nel suo origine dal bilancio dell'esercizio anteriore. Dunque dobbiamo questionarci che effetti produrrà la dichiarazione di nullità di un bilancio al rispetto dei conti formulati adeguatamente nell'esercizio successivo e che, dunque, si basano nei risultati mostrati dal bilancio ora considerato nullo.

Allo scopo di evitare la propagazione degli effetti annullanti, il diritto italiano impedisce l'impugnazione di un bilancio quando sia stato approvato il bilancio corrispondente all'esercizio seguente –ex art. 2434 bis, 1° comma C.c.-. Si tratta di una politica legislativa tendente a stabilire un tagliafuoco nella propagazione dei difetti del bilancio, e si fonda sull'idea che con l'approvazione del bilancio dell'esercizio posteriore, l'Assemblea generale ratifica l'approvazione del bilancio anteriore, si potrebbe dire che rinunciando all'impugnazione del contenuto di quello che s'accetta come corretto. Nonostante,

questa norma incontra alcuni problemi. Da un lato, dobbiamo considerare che fa riferimento ai casi di nullità radicale –giacché l’annullabilità prescrive ai 90 giorni, e riferendosi al bilancio dell’esercizio successivo sarebbe abbastanza improbabile, se non impossibile, che ci fosse ancora tempo alla fine del esercizio successivo e la celebrazione di una nuova Assemblea generale, fermo restando il caso in cui i bilanci dei due esercizi si approvino nella stessa Assemblea, caso nel cui potrebbe essere impugnato soltanto l’ultimo-. Così, i soggetti legittimati per esercitare la nullità assoluta della deliberazione d’approvazione eccedono l’ambito stretto dei soci, potendo essere promossa la nullità dai membri dell’organo d’amministrazione o di quello di supervisione, così come qualsiasi altro soggetto esterno all’impresa che abbia un legittimo interesse, i quali, in nessun caso hanno dichiarato la sua conformità né con il bilancio che si impugna, né con il nuovo che si fonda su di quello. Al riguardo di questi soggetti, nonostante, si potrebbe rispondere che la diligenza normale nell’agire di fronte a questi casi raccomanda d’attuare in modo tempestivo, di forma tale che non appena si avverta la causa di nullità, promuovano le azioni pertinenti.

In questo modo, si rende manifesto che il diritto italiano stabilisce un sistema di tagliafuoco tendente a evitare la propagazione dei difetti da un bilancio all’altro come conseguenza del principio di continuità. Ma il diritto spagnolo, tutt’altro, è sprovvisto di norma simile e dunque, in principio, non si potrebbe negare l’impugnazione di un bilancio basandosi sull’approvazione del successivo. Il presupposto, comunque, ha una portata limitata giacché, sebbene non si stabilisce una proibizione come quella dell’art. 2435 bis C.c. ita., nella pratica tale proibizione si fa evidente attraverso il sistema di prescrizione delle azioni d’impugnazione, che nel caso della nullità assoluta, sarà di un anno. In un adeguato svolgimento della vita societaria, il bilancio successivo sarà approvato –approssimatamente- all’anno dell’approvazione di quello previo, essendo ormai prescritta l’azione per la sua impugnazione, oppure essendo vicina quella data. Nonostante, quello non ci deve impedire considerare tale possibilità, da un lato, perché le deliberazioni che risultino contrarie all’ordine pubblico non hanno pareggiato un termine per essere impuginate (nel caso ipotetico che si potesse considerare contraria all’ordine

pubblico alcun inadempimento contabile); e per l'ipotesi, più fattibile, che il bilancio previo sia stato approvato in un'Assemblea celebrata estemporaneamente.

Considerandosi che tale opzione può avere luogo nel sistema spagnolo, dobbiamo considerare gli effetti che avrebbe la dichiarazione di nullità di un bilancio su quello che si è approvato posteriormente⁸⁰⁴. In principio, le deliberazioni d'approvazione dei bilanci subseguenti sarebbero valide, ma si troverebbero affette dalla dichiarazione di nullità del bilancio anteriore? D'altronde, dobbiamo considerare gli effetti di questa dichiarazione di nullità non soltanto sulla deliberazione d'approvazione di altri bilanci, ma anche su di tutte quelle deliberazioni che traggano causa nell'informazione contabile offerta dal bilancio irregolarmente approvato (decisione sulla distribuzione degli utili, aumenti o riduzioni di capitale...).

Di fronte a questa situazione si sono considerate⁸⁰⁵ tre possibili tesi: 1) il fatto che l'invalidità di un bilancio irregolare trasmette il suo "vizio" e fa irregolare allo stesso tempo a tutti i bilanci successivi; 2) il fatto che i bilanci sono indipendenti e, dunque, questa invalidità non può essere trasmessa; 3) la tesi che considera che un bilancio non può essere impugnato considerandosi che trae causa in incorrezioni dei bilanci precedenti.

Probabilmente, la soluzione più adeguata sia quest'ultima, cioè, considerare che i successivi bilanci che siano approvati saranno validi se il suo procedimento di generazione fu correttamente adempito, indipendentemente che abbiano causa in una decisione nulla. In questo modo, la deliberazione che si dichiara nulla non vizierebbe la validità dei bilanci susseguenti, i quali non potranno essere

⁸⁰⁴ Consideriamo questo bilancio in singolare giacché sarà il caso più frequente. Se si è svolto in modo regolare l'adempimento degli obblighi contabili non ci sarà tempo -a causa della prescrizione- perché s'affettino più bilanci successivi. Nonostante, si potrebbe affettare a multipli bilanci successivi nel caso che la loro approvazione si producesse in blocco, per esempio, quando si presentano all'Assemblea per la sua approvazione nello stesso momento vari bilanci di esercizi consecutivi durante i quali non si è dato adempimento regolare a quest'obbligo (caso lamentabilmente frequente).

⁸⁰⁵ SASSI, C., *Irregolarità di bilancio...*, Op. cit., pp. 24-25.

impugnati per questo motivo. Ma si potrebbe invece colpire la dichiarazione di nullità alle altre delibere sociali che traggano causa nel bilancio impugnato, principalmente per quanto riguarda alla determinazione del risultato dell'esercizio⁸⁰⁶. Così, nel diritto italiano, dal disposto dell'art. 2434-bis C.c. si può ricavare il principio per cui gli amministratori, nel predisporre i bilanci successivi all'accorgimento dell'impugnazione, devono operare le necessarie correzioni contabili per tenere conto dell'esito del giudizio.

Il fatto che non siano impugnabili i bilanci successivi come conseguenza della nullità di quello previo non è ostacolo per la possibilità che si può dare dentro la società di procedere alla correzione dei bilanci susseguenti, possibilità che, nonostante, avrà carattere meramente volontario. Così, dichiarata giudizialmente la nullità, sebbene i soci e i soggetti esterni non possono promuovere la nullità dei bilanci successivi (che si fondano su dati inesatti) da dentro la propria società si può invece procedere a regolarizzare i bilanci, attraverso la formulazione di nuovi conti che devono essere susseguentemente approvate –secondo i procedimenti legali ordinari-, e finalmente depositati nel Registro Mercantile / delle Società sostituendo a quelli previ.

La giurisprudenza ha considerato questa possibilità di rettificare il bilancio ormai approvato attraverso il procedimento d'approvazione di un nuovo bilancio che sostituisca a quello prima, richiedendosi in questi casi che l'approvazione della deliberazione che rettifica sia adottata per unanimità, come unico medio possibile per evitare le impugnazioni ulteriori⁸⁰⁷.

⁸⁰⁶ Così VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, pp. 116-117, considera che non si può impugnare un bilancio basandosi sulla nullità di quello previo del quale trae causa, ciò nonostante, come conseguenza della dichiarazione di nullità della deliberazione d'approvazione del bilancio, generalmente anche le deliberazioni susseguenti diventeranno nulle: così, le decisioni d'applicazione del risultato dell'esercizio (nel suo caso, distribuzione degli utili) e quelli di aumento o riduzione del capitale sociale che si sostengono sulla situazione contabile determinata dal bilancio.

⁸⁰⁷ In questo senso, in Spagna, le Risoluzioni della DGRN del 1 dicembre 1994 e del 3 marzo 1997. In Italia, sugli effetti possono essere considerate le sentenze Cass. n. 8048, del 3 settembre 1996; Cass. n. 73, del 8 agosto 1997; Cass. n. 27 del 21 febbraio 2000. Sono pure interessanti nella materia, Cass. n. 8760, del 18 aprile 1993; Cass. 12208, del 2 febbraio 1998; Cass. 4734, del 11 maggio, 1998. Trib. Milano del 3 settembre 2003.

In ultimo termine, e con ripercussioni specialmente interessanti per l'oggetto centrale di questo studio, dobbiamo chiederci se promuovere l'impugnazione di una deliberazione d'approvazione del bilancio è presupposto necessario per lo svolgimento di azioni di responsabilità contro gli amministratori. Nonostante che la questione sarà oggetto di trattazione in maggiore profondità più avanti, dobbiamo anticipare la risposta negativa, sebbene sottomessa alla condizione dello studio di ogni caso in concreto. Così, in principio, non si potrà negare un'azione di responsabilità nel caso in cui si sia causato un danno a un soggetto come conseguenza di un'attuazione incorretta degli amministratori sul piano contabile, per il fatto che questo soggetto non abbia proceduto all'impugnazione della deliberazione d'approvazione del bilancio. Sebbene, quest'impugnazione si potrà essere richiesta –anche in modo riflesso- in qualche casi. Così, per esempio, potrebbe essere contrario alla dottrina degli atti propri argomentarsi che si è derivato un danno da una formulazione incorretta del bilancio se –simultaneamente o con anteriorità- non si promossa la nullità di tale deliberazione che si considera contraria a diritto. Ciò nonostante, dobbiamo considerare ugualmente, che il danno si può derivare di qualunque tipo d'inadempimento nel piano contabile e che, nel suo caso solo si potrebbe richiedere l'impugnazione previa della deliberazione nelle ipotesi in cui il danno si derivi direttamente del contenuto del bilancio, e non da nessun atto previo all'approvazione di questo o degli atti o decisioni posteriori che siano stati adottati impiegando il bilancio come base.

I. Pubblicità dell'informazione contabile dalla società stessa

La normativa contiene anche una regolazione sull'utilizzo che si fa dell'informazione contenuta nel suo bilancio dalla propria società. La sottoposizione alla disciplina normativa dell'uso di quest'informazione –

nonostante sia stata elaborata dalla società stessa- è conseguenza della preoccupazione della normativa per evitare che la pubblicità di quest'informazione possa indurre a errore agli utenti su quale sia la situazione patrimoniale e finanziaria della società. Quello snaturerebbe il sistema di pubblicità organizzato intorno al Registro Mercantil / delle Imprese e, praticamente, tutto il sistema del Diritto contabile⁸⁰⁸.

Con questi obiettivi, si stabilisce che nel caso in cui si decida pubblicare i documenti depositati –in forma volontaria o in adempimento di una norma- le società dovranno indicare se tale informazione si corrisponde in forma integra o estratta con quella depositata nel registro⁸⁰⁹. Nel caso in cui si tratti d'informazione integra, questa dovrà riprodurre in modo fedele il testo dei documenti oggetto di deposito, includendo pure, la relazione dei revisori. Nel caso in cui si opti per la sua pubblicazione in modo abbreviato, si dovrà fare riferimento al Registro Mercantil / delle Imprese nel quale si può ottenere l'informazione completa.

Oltre alle società, come le quotate o quelle che svolgono il suo oggetto sociale in mercati finanziari, che imperativamente si trovano obbligate a rendere pubblici i suoi bilanci dentro della struttura della società, sono sempre più le società che, volontariamente o dentro delle sue strategie di buon governo, offrono pubblicità ai suoi stati finanziari al di là del deposito nel Registro. Tale adempimento si porta a termine, fondamentalmente, attraverso la pubblicazione dei suoi conti attraverso le sue pagine web.

⁸⁰⁸ Si pensi che se nonostante aversi costituito tutto il complesso sistema dei doveri in adempimento della normativa contabile, gli imprenditori decidessero offrire pubblicità a un'altra informazione –elaborata sulla base di altri criteri oppure senza assoggettarla ai passi prescritti dalle norme contabili-, alla quale si dia pubblicità come situazione patrimoniale e finanziaria della società, quello supporrebbe burlare tutto l'edificio normativo, riflettendosi un'immagine confusa e senza garanzie della realtà contabile della società.

⁸⁰⁹ PÉREZ SERRABONA, J.L., "Sobre las reformas legislativas en la llevanza...", *Op. cit.*, p. 2981, considera che per quanto riguarda alla pubblicità non legale, che non è obbligatoria, ma che non sarebbe pregiudiziale e, per alcuni imprenditori sociali, pure raccomandabile, dovrà contenere fedelmente la riproduzione del testo dei documenti depositati e, nel suo caso, la relazione dei revisori dei conti.

In questo modo, la regolazione specifica delle società quotate gli impone l'adempimento di una serie di doveri aggiunti in materia di pubblicità contabile. Fra questi, il più rilevante è, forse, l'obbligo di disporre di un sito web attraverso il quale si faciliti l'esercizio del diritto d'informazione degli azionisti e si possa utilizzare per diffondere l'informazione rilevante richiesta dalla legislazione sul mercato mobiliare⁸¹⁰. Tutto questo anche se sussiste il diritto d'informazione degli azionisti nelle sue accezioni più ampie, che gli continua abilitando a sollecitare l'informazione in formato cartaceo.

Nella nuova configurazione della pubblicità informatica delle società quotate⁸¹¹ si stabilisce ugualmente l'abilitazione imperativa di un Foro Elettronico di Azionisti, al quale possano avere accesso gli azionisti individualmente considerati, così come le associazioni che si costituiscano e che permetta la sua comunicazione previa alla celebrazione delle Assemblee, pubblicando proposte che si pretendano presentare come complementi del ordine del giorno, annunciando nella convocazione domande d'adesione alle proposte, iniziative per raggiungere la percentuale sufficiente per esercitare un diritto di minoranza previsto dalla legge così come offerte o richieste di rappresentanza volontaria.

Per quanto riguarda al piano contabile, ed esercitandosi dopo avere svolto il diritto d'informazione sul bilancio diffuso prima della sua approvazione dall'Assemblea ordinaria, i soci potranno decidere proposte d'applicazione del

⁸¹⁰ *Cifr.* art. 82 LMV, che considera per tale a tutta quella la cui conoscenza possa affettare ad un investitore ragionevolmente per acquistare o trasmettere valori o strumenti finanziari e dunque possa influire in modo sensibile nella sua quotazione in un mercato secondario. Fra di tale, dobbiamo considerare compresa l'informazione relativa allo statuto sociale, il Regolamento dell'Assemblea generale, il Regolamento del Consiglio di amministrazione e, nel suo caso, i Regolamenti delle Commissioni del Consiglio di amministrazione, la memoria annuale ed il Regolamento Interno di Condotta, le relazioni di governo corporativo, i documenti relativi alle Assemblee ordinarie ed straordinarie, informazione sullo svolgimento delle Assemblee generali celebrate, le vie di comunicazione esistenti fra la società e gli azionisti, i mezzi e procedimenti per conferire rappresentazione nell'Assemblea generale, per l'esercizio del voto a distanza, e i fatti rilevanti secondo la normativa. *Vid.* al riguardo, VICENT CHULIÀ, F., "Internet y sociedades", *Revista de la Contratación Electrónica*, num. 52, Settembre 2004, pp. 3-35.

⁸¹¹ In Spagna, con la nuova configurazione dell'art. 539 LSC, a partire della riforma introdotta dalla Legge 25/2011 del 1 agosto.

risultato dell'esercizio alternative a quelle suggerite dagli amministratori, potendosi impiegare questi mezzi per la generazione del sostegno necessario per che prosperino queste proposte.

La normativa attribuisce l'adempimento di questi nuovi doveri di pubblicità attraverso Internet agli amministratori delle società quotate, i quali, assumono così, un nuovo obbligo in materia d'offrire informazione e che affetta direttamente alla diffusione dell'informazione contabile. Allo stesso tempo, si troveranno, all'ora di porporzionare questa informazione, sottomessi alle esigenze della normativa e delle indicazioni dagli organismi corrispondenti (CONSOB, CNMV, Ministeri d'Economia...); dunque dall'infrazione di tali norme e dai pregiudizi che si possono irrogare, potrà generarsi responsabilità ai medesimi.

Le sfide che s'affrontano nell'ambito della diffusione d'informazione finanziaria delle imprese si trovano orientate verso due obiettivi: da un lato, a conseguire la diffusione più immediata possibile dell'informazione; d'altro lato, a conseguire che l'informazione che si genera sia personalizzata, in modo tale che si permetta ottenere l'informazione che realmente si desidera, evitandosi il cosiddetto "effetto rumore", giacché un eccesso d'informazione genera confusione dei destinatari, implica la discriminazione fra gli utenti e può dare luogo a sbagli da parte dell'utente dell'informazione ⁸¹². Allo scopo di dare soddisfazione a queste domande si sta generalizzando la tecnica del linguaggio XBRL, un formato di divulgazione universale dell'informazione contabile basato nello standard XML (Extensible Markup Language), che permetterà la creazione di relazioni finanziarie personalizzabili e a tempo reale sulla base dell'informazione contabile offerta dalle imprese. Questo permetterà di generare questo tipo d'informazione costumizzata, a basso costo e in un formato condividibile con la maggioranza delle applicazioni informatiche impiegate per l'analisi contabile e di stati finanziari. Nello

⁸¹² VICENT CHULIÁ, F., "Internet y sociedades", *Op. cit.*, p. 33.

svolgimento di questi procedimenti, la tecnologia d'Internet, come mezzo di diffusione e scambio d'informazioni, acquisisce un ruolo centrale ⁸¹³.

J. Conservazione dell'informazione contabile

i. Conservazione dei libri contabili

La normativa stabilisce un termine più o meno ampio durante il quale l'imprenditore dovrà conservare i libri di contabilità degli esercizi previ. Così, nel sistema spagnolo, l'art. 30 del C. de c. determina che gli imprenditori conserveranno i suoi libri, corrispondenza, documentazione e giustificativi concernenti alla sua azienda, dovutamente ordinati durante sei anni, a contare dalla ultima registrazione praticata nei libri, fermo restando quanto stabilito per altre disposizioni generali o speciali. Nel caso italiano, l'art. 2220 C.c. determina un termine di conservazione di dieci anni dall'ultima registrazione, termine ugualmente mantenuto in Francia, secondo l'art. L123-23 del Code de Commerce.

Comunque, tale conservazione potrà farsi sia attraverso i libri ed i documenti originari, sia attraverso dispositivi di supporto d'immagine (cioè, digitalizzati, in files informatici...) ⁸¹⁴, sempre che tali registri corrispondano ai documenti originali e possano in ogni caso essere letti attraverso mezzi resi a

⁸¹³ La difficoltà tecnica dei concetti e l'inesistente regolazione giuridica che c'è al riguardo per il momento ci obbligano a rimmetterci in questa sede ai lavori specializzati. Fra altri, *vid.* DE ANDRÉS SUÁREZ, J. / LORCA FERNÁNDEZ, P., / RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, E., "XBRL: Un lenguaje para mejorar las relaciones entre la empresa y los usuarios", *Partida Doble*, num. 166, 2005, pp. 48-61; ORTEGA, M., "XBRL, una herramienta para la transparencia y reducción de la carga informativa: los trabajos de la Asociación XBRL España", *Estabilidad Financiera*, num. 8, 2005, pp. 85-106; BONSÓN PONTE, E. / FLÓREZ MUÑOZ, F., "XBRL: de la información externa a la interna", *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, num. 72, 2005, pp. 36-42; FRADEANI, A., "Amministrazione finanziaria e XBRL. Nuova tecnologia, logiche aziendali e tax compliance dei contribuenti", *Diritto e Pratica Tributaria*, num. 3, 2010, pp. 445-459; LUTTERMANN, K., "Europäische Gesellschaften zwischen Weltmonopol (IFRS/SBRL) und Freiheitsverfassung", *Juristenzeitung*, num. 20, 2011, pp. 965-972.

⁸¹⁴ Così, la contabilità tenuta per mezzi informatici deve considerarsi come un mezzo e pure come un supporto. In questo senso, RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile...*, *Op. cit.*, pp. 81-85 nt. 63, dove svolge un'evoluzione storica della tenuta della contabilità attraverso procedimenti meccanici.

disposizione del soggetto che utilizza tali supporti⁸¹⁵. L'importante è che si conservino i documenti in modo con l'obiettivo che possano servire come istrumenti provatori in caso che si generino controversie su di quelli.

Così, il dovere di conservazione dei libri contabili può configurarsi attraverso la custodia materiale dei libri nei quali si trova registrata l'informazione, o bene, attraverso la sua inserzione in supporti informatici⁸¹⁶. In svolgimento di questa seconda possibilità, le scritture e i documenti contabili si possono conservare in forma di registri in supporti d'immagine, sempre che i registri corrispondano ai documenti originali e possano essere consultati in ogni momento impiegando per quello mezzi resi a disposizione del soggetto che impiega tali supporti⁸¹⁷.

⁸¹⁵ Si vede un certo influsso del HGB tedesco, il cui § 239.4 determina che i registri contabili possono tenersi e conservarsi impiegando supporti elettronici di dati, sempre che queste forme di contabilità, incluso il procedimento impiegato per quello, adempiano adeguatamente i principi di contabilità. Nella tenuta dei libri di commercio e delle altre registrazioni necessarie attraverso supporti elettronici di dati si deve garantire in speciale che i dati siano disponibili durante il termine della sua conservazione e che lo possano passare in ogni momento ed entro un termine di tempo ragionevole ad un formato leggibile. Il che deve essere completato con il § 257.3, che considera che fermi restando i bilanci d'apertura, i bilanci annuali ed i bilanci consolidati, i documenti che si devono conservare potranno custodirsi come copie in un supporto d'immagini o in altri supporti di dati se si rispettano in modo adeguato i principi della contabilità e si garantisce che le copie o i dati: 1. Quando passano a essere leggibili coincidono graficamente con la corrispondenza commerciale ricevuta e con i comprovanti degli allibramenti, e, nel suo contenuto con gli altri documenti; 2. Sono disponibili durante il termine di conservazione stabilito e possono passare a essere leggibili in qualsiasi momento in un termine ragionevole. Anche –nel senso opposto-, se si sono elaborati i documenti su supporti elettronici di dati, invece dallo stesso supporto, possono conservarsi pure i dati impresi. Non consideriamo realmente la ragione di proibire la conservazione informatizzata dei bilanci d'apertura, annuali ed i bilanci consolidati. La ratio può essere nella verifica che in questi supporti si trovi la firma degli amministratori che rispondono di essi; ma se sono dovutamente digitalizzati (o se, anche contano con la firma elettronica), tale finalità si potrebbe soddisfare ugualmente. Comunque, il termine di conservazione dei libri ed i documenti contabili in Germania sarà di 10 anni, mentre che per il resto della documentazione dell'imprenditore, di 6.

⁸¹⁶ In Spagna dobbiamo rinviare al RD 1.496/2003, del 28 novembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, y se modifica el Reglamento del IVA, così come l'Orden EHA/962/2007, del 10 aprile, por la que se desarrollan determinadas disposiciones sobre facturación telemática y conservación electrónica de facturas. La possibilità, nel diritto italiano, viene direttamente ammessa dall' art. 2220 C.c.

⁸¹⁷ La normativa tributaria ammette ugualmente tale possibilità, considerando l'art. 29.2.d della Legge General Tributaria al imporre il dovere di tenere e conservare i libri di contabilità e registri, così come i programmi, files e archivi informatici che gli servano di supporto e i sistemi di codificazione utilizzati che permettano l'interpretazione dei dati quando l'obbligo sia adempito con utilizzazione di sistemi informatici. Si dovrà facilitare la conversione di questi dati a un formato leggibile quando la lettura o interpretazione di essi non fosse possibile a causa di essere criptaggiati

Il termine di conservazione stabilito in queste norme deve essere considerato di carattere assoluto, indipendentemente da quale sia la situazione della società in ogni momento. Così, l'adempimento del dovere, di solito, corrisponde agli amministratori attuali della società, in quanto incaricati della gestione di questa. In caso di cambi nell'organo d'amministrazione, i nuovi amministratori dovranno continuare con il suo adempimento. *Nel caso in cui termini l'imprenditore nell'esercizio delle sue attività non gli esime del dovere di conservazione*, dunque, l'estinzione della società –volontaria dopo la sua liquidazione o come conseguenza di un procedimento fallimentare- implica che la contabilità deva essere conservata dagli ultimi amministratori di questa o, nel suo caso, dai liquidatori o curatori fallimentari. Soluzione che, nonostante non ha norma in concreto che la stabilisca, dobbiamo considerare estrapolabile all'ordinamento italiano. Questi soggetti potranno risultare civilmente risposabile dell'inadempimento del dovere di conservazione di fronte a quelli che risultino danneggiati da quest'inosservanza⁸¹⁸.

Al riguardo della conservazione dei libri di contabilità, ci troviamo di fronte a una contraddizione fra la normativa commerciale e quella tributaria nel diritto spagnolo. Così, mentre che la normativa dell'Imposta sulle Società stabilisce un termine di prescrizione degli obblighi tributari di quattro anni, il cui giustificerebbe che, agli effetti fiscali, non si possa imporre sanzione per il suo inadempimento trascorso tale termine. Succede nonostante che questa norma è d'applicazione per quanto riguarda all'ambito tributario, ma non ha la portata generale della normativa contabile commerciale. Esiste, nonostante, una concezione diffusa che tale termine indica il tempo per il quale si devono

o codificati. In ogni caso, gli obbligati tributari che devano presentare autoliquidazioni o dichiarazioni per mezzi telematici dovranno conservare copia dei programmi, files e archivi generati che contengano i dati originari dai quali si derivino gli stati contabili e le autoliquidazioni o dichiarazioni presentate. Nello stesso senso si manifesta l'art. 29.3 del RD 1065/2007, del 27 luglio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

⁸¹⁸ ALONSO ESPINOSA, J.F., "El deber de documentación de la empresa...", *Op. cit.*, p. 21.

conservare i libri contabili. Quest'affermazione si basa sul fatto che l'inadempimento del dovere di conservazione solo si sanziona direttamente per un termine di quattro anni, quando l'impresa sia oggetto di un'ispezione tributaria. Ma quello non scusa che, in caso di una situazione fallimentare –per esempio-, si possa considerare colpevole all'imprenditore che non conservi la sua documentazione in modo dovuto per un termine superiore a sei anni⁸¹⁹.

ii. Conservazione del bilancio

Il dovere di conservazione dei libri di contabilità dall'imprenditore comporta ugualmente il dovere di conservare i suoi bilanci, giacché questi conformano un elemento d'inclusione obbligatoria nel libro degli inventari. Ugualmente, consideriamo che si dovrà conservare una copia della deliberazione d'approvazione del bilancio dall'Assemblea generale. Al riguardo di questi documenti, troviamo una duplicità nella sua conservazione perché questi, una volta depositati nel Registro, dovranno essere pure conservati dall'ufficio pubblico durante un termine di sei anni⁸²⁰, in modo uguale a quanto succede con tutta la documentazione del Registro. Questo implica un anno più da quanto si richiedeva dopo la riforma introdotta nel diritto societario spagnolo in 1973, la quale, dalla sua parte, aveva ridotto il termine di conservazione dal registro da 15 a 5 anni⁸²¹.

Questo termine di conservazione del deposito s'inizierà a contare dal momento della pubblicazione dell'annuncio del deposito nel BORME⁸²² e, in modo uguale a come si permette all'imprenditore rispetto della sua documentazione contabile, la normativa del Registro abilita ai registratori a digitalizzare l'informazione dei bilanci depositati, in modo che si sostituisca la documentazione

⁸¹⁹ Osserva, ugualmente, questa disparità di criteri, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad...*, *Op. cit.*, pp. 191-192.

⁸²⁰ *Cifr.* art. 280.2 LSC.

⁸²¹ Così, PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., "Sobre las reformas legislativas...", *Op. cit.*, p. 2981.

⁸²² *Cifr.* art. 377.1 RRM.

per procedimenti informatici di lettura ottica dotati dalle garanzie sufficienti⁸²³. Anche se la norma che stabilisce tale prescrizione lo menziona espressamente, penso che adesso non risulta necessario scusare in questioni di spazio l'opzione per digitalizzare i bilanci depositati. Semplicemente i motivi di un trattamento più comodo dell'informazione giustificherebbero ormai in modo sufficiente tale decisione.

⁸²³ *Cifr.* art. 377.2 RRM.

CAPITOLO IV – RESPONSABILITÀ CONTABILI

RESPONSABILITÀ CONTABILI

I. Uno sguardo dalla prospettiva della Corporate Governance: forme di fare fronte all'inadempimento dei doveri contabili dal Buon Governo delle Società

II. Delimitazione soggettiva dell'ambito di responsabilità: Imputabilità e Colpevolezza del danno

A. Ambito di responsabilità degli amministratori

- i. Amministratori nelle società non quotate
- ii. L'amministrazione nelle società quotate
 - a) Distinzione fra consiglieri esecutivi e consiglieri esterni (*managers vs independents*)
 - b) Comitato Audit e Comitato per il controllo sulla gestione
 - c) Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari
- iii. Ambito di responsabilità degli amministratori di fatto
- iv. Il parametro di diligenza richiesto agli amministratori
- v. La colpa come requisito
- vi. L'informazione contabile di fronte all'applicazione della *Business Judgement Rule*

B. La Responsabilità dei Direttivi e Gestori

- i. Regime generale: Trattazione come fattori
- ii. Possibile riconoscimento di responsabilità diretta come amministratori di fatto
- iii. Costruzione organica della Direzione Generale nel Diritto italiano

C. Ambito di responsabilità dell'organo di supervisione

- i. Sistema monistico "corretto" delle società quotate spagnole
 - a) La supervisione e controllo contabile da parte del Comitato Audit
 - b) Funzioni del Comitato Audit
 - c) Trattazione del Comitato Audit nei Codici di Buon Governo
 - d) La responsabilità del Comitato Audit
- ii. Sistema tradizionale italiano
- iii. Sistemi dualistici puri: modello tedesco e dualistico italiano

D. Ambito di responsabilità dei revisori legali dei conti (external audit)

- i. Caratterizzazione della relazione giuridica e del tipo di responsabilità
- ii. La relazione dei revisori: finalità e contenuto
- iii. La diligenza dovuta: la *Lex Artis* del revisore
- iv. Elementi oggettivi: la condotta antigiuridica, il danno, la relazione di causalità. In concreto, il no rilevamento d'irregolarità e sbagli
- v. Forme d'esigere la responsabilità
 - a) Responsabilità contrattuale di fronte alla società. Applicazione dell'azione sociale di responsabilità
 - b) Responsabilità extracontrattuale di fronte ai terzi. Applicazione delle norme di responsabilità per danni
 - c) Concorrenza di colpa con gli amministratori

III. Elementi strutturali determinanti della responsabilità degli amministratori

A. Condotta o omissione antigiuridica (remissione)

B. Produzione di un danno

- i. Danno derivato dalla mancanza di fedeltà dell'informazione contabile
- ii. Danno derivato dall'inattività degli amministratori nell'adempimento dei suoi obblighi contabili

- iii. Danno derivato dall'inadempimento del dovere di deposito del bilancio approvato
 - a) Danno patrimoniale direttamente sofferto dalla società
 - b) Danno derivato dell'adozione di decisioni sulla base di un'informazione inadeguata

C. Relazione di causalità

IV. Forme di esonero dalla responsabilità

- A. Prima premessa: l'inderogabilità delle norme di responsabilità**
- B. Seconda premessa: l'autorizzazione assembleare non esime di responsabilità**
- C. Norma di distribuzione: solidarietà**
- D. Eliminazione della categoria della colpevolezza**
- E. Possibilità di trasferire il «costo indennizzatorio» della responsabilità: l'assicurazione dell'amministratore**

V. Sistema di concorrenza di colpe

- A. Schema delle responsabilità concorrenti**
 - i. Natura giuridica del dovere: organico o contrattuale
 - ii. Titolo giuridico dell'attribuzione del dovere: attribuzione originaria o derivativa
 - iii. Contenuto del dovere: adempimento diretto o supervisione
- B. Rapporto di responsabilità**
 - i. Regola generale: solidarietà degli organi
 - ii. Modulazione in funzione dell'ambito delle sue attribuzioni
 - a) Rapporto fra l'organo d'amministrazione e l'organo di controllo
 - b) Rapporto fra gli organi d'amministrazione e controllo e la revisione legale dei conti
 - c) Rapporto fra l'organo d'amministrazione e i suoi delegati organici e volontari
 - iii. Rapporti interni: possibilità di azioni per individualizzare la colpa

VI. Esercizio d'azioni di responsabilità nei confronti degli inadempimenti contabili

- A. Azione sociale di responsabilità**
 - i. Esercizio dell'azione da parte della società
 - ii. Esercizio dell'azione da parte del Collegio sindacale
 - iii. Esercizio dell'azione da parte dei soci
 - iv. Esercizio dell'azione da parte dei creditori
 - v. Esercizio dell'azione sociale ad opera dei curatori fallimentari
- B. Azione individuale di responsabilità**

VII. Sull'opportunità di stabilire sanzioni dirette contro gli amministratori per gli inadempimenti contabili

VIII. Specialità della responsabilità personale degli amministratori per i debiti sociali

IX. Specialità della responsabilità fallimentare

**I. UNO SGUARDO DALLA PROSPETTIVA DELLA CORPORATE
GOVERNANCE: FORME DI FARE FRONTO
ALL'INADEMPIMENTO DEI DOVERI CONTABILI DAL BUON
GOVERNO DELLE SOCIETÀ**

Uno degli obiettivi che deve soddisfare un sistema di *corporate governance* adeguato è quello d'affermare dei meccanismi efficaci per garantire la veracità e l'esattezza nell'adempimento dei doveri contabili, assicurando che l'informazione contabile che l'impresa elabora e pubblica rifletta l'immagine veritiera e fedele della situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa, così come dei suoi risultati economici. I diversi modelli di *governance* hanno previsto mezzi specifici per garantire l'adempimento in generale dei doveri assunti dagli organi di gestione della società, nonostante, non tutti sono ugualmente efficaci e non sempre dedicano una speciale attenzione al corretto soddisfacimento dei doveri contabili in concreto. Al riguardo, risulta evidente che le diverse forma di organizzare l'amministrazione della società (*board models*) offrono diverse configurazioni dei suoi organi, i quali trovano diversi punti d'equilibrio fra l'efficienza e la sicurezza del sistema. L'efficienza si raggiunge quando si procurano i massimi livelli possibili d'autonomia gestionale, così come stabilendo i mezzi che permettano raggiungere una maggiore rapidità nei processi decisionali, in modo tale che si offra una risposta più veloce alle necessità dell'impresa, migliorandosi così la sua capacità concorrenziale; d'altronde, la sicurezza e la correzione nel suo funzionamento richiedono l'adempimento di un complesso di regole procedurali, di obblighi informativi ed assoggettarsi a procedimenti di controllo⁸²⁴, agli effetti di garantire e proteggere i diversi interessi implicati nel *compositum* dell'impresa.

La giustificazione della necessità d'offrire un'attenzione speciale all'elaborazione e il controllo dell'informazione contabile da parte del movimento

⁸²⁴ CALANDRA BUONAURA, V., "I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario", *Giur. Comm.*, 2003, I, p. 536.

della *Corporate Governance* fu ormai osservata dal professore Olivencia affermando che «La libertà d'impresa e la proprietà privata dei mezzi di produzione devono esercitarsi "nell'ambito dell'*effective accountability*", il che significa controllo effettivo, rendicontazione, responsabilità. "Questa è l'essenza di tutto il sistema di buon governo delle società" (Cadbury)»⁸²⁵, stabilendosi con quello una premessa basica per la costruzione di qualunque modello di *governance*.

Considerando più profondamente l'ambito del controllo e la correzione nella *governance* delle società, in regole generali le vie che adottano i sistemi per garantire l'adempimento del dovere di contabilità ed il riflesso dell'immagine fedele della situazione economica e finanziaria dell'impresa possono essere classificate in due grandi complessi. Un primo gruppo è formato da quelle disposizioni che trattano di garantire l'adeguato adempimento dei doveri con carattere preventivo, stabilendo meccanismi di controllo e sorveglianza per rendere efficiente il trattamento dell'informazione contabile⁸²⁶. Di fronte a questi, la seconda forma di promuovere l'adempimento adeguato del dovere di contabilità ha un carattere sanzionatorio o *a posteriori*, avendo per oggetto responsabilizzare agli amministratori dall'inadempimento dei doveri che hanno assunto. In entrambi i casi, sia previsto l'eventuale inadempimento prima che questo sia prodotto, oppure, si sanzioni repressivamente al soggetto che l'ha prodotto una volta si sia cagionato l'inadempimento, si può derivare un danno dell'attuazione dell'amministrazione che abbia inosservato il dovere di contabilità. Questo danno,

⁸²⁵ OLIVENCIA RUIZ, M., "Managers' revolution / independents' counter-revolution (ensayo sobre una nueva fase en la evolución de la Sociedad Anónima)", in *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, p. 2187.

⁸²⁶ Il potenziamento dei mezzi di controllo profilattici altro non è che una logica reazione di fronte allo svolgimento delle società di capitali nella pratica. Così, la situazione critica delle grandi società ha scatenato le critiche contro l'efficienza dei sistemi di controllo, e, soprattutto, dei meccanismi preventivi, più di quei repressivi o sanzionatori. Si è manifestato così un basso livello di fiducia nei sistemi di conti sociali e nella supervisione oggettiva, nell'informazione e nell'indipendenza dei revisori dei conti. E questa perdita di fiducia, che affetta non solo agli azionisti, ma anche al pubblico investitore ed all'opinione pubblica, in generale, ha portato all'amministrazione delle società per azioni alla convinzione della necessità d'incrementare i controlli interni della sua gestione, OLIVENCIA RUIZ, M., "Tendencias actuales en la administración de la sociedad anónima", *RGD*, num. 89, 1994, p.12.840.

di carattere antigiusuridico, giacché è nato come conseguenza dell'inosservanza di una norma imperativa, può affettare sia al patrimonio della società stessa, sia ai soci di questa, sia ai terzi che hanno dei rapporti con l'impresa e, come ogni danno di queste caratteristiche, fa sorgere il diritto sottostante dei danneggiati al suo risarcimento.

Se, come difendiamo, si considera che alla base della la tenuta di una contabilità adeguata da parte delle imprese sta un pubblico interesse, dal inadempimento del dovere di contabilità e dalla diffusione di un'immagine sbagliata sulla situazione dell'impresa si deriverà un pregiudizio generalizzato. Nonostante, siamo dell'idea che in questo caso generico non si potrebbe utilizzare nessun'azione di responsabilità giacché non si è prodotta una lesione diretta agli interessi concreti di nessun soggetto. Come si vede, la mancanza dei meccanismi coercitivi solidi di fronte al danno astratto può snaturare il carattere pubblico che presenta questo dovere.

I mezzi per conseguire in modo preventivo raggiungere un equilibrio adeguato fra efficienza e controllo nell'attuazione dell'amministrazione di fronte all'adempimento dei doveri contabile passano per l'adozione di un modello di governo adeguato. Considerando le forme di garantire l'adeguato adempimento del dovere di contabilità, si costata che secondo il modello di governance che sia adottato in ogni paradigma giuridico si presterà più attenzione ai mezzi preventivi di assicurare l'adempimento o ai meccanismi repressivi -nella ricerca dell'equilibrio fra efficienza e correttezza-. In questo modo, nei modelli dualistici di governance (*two-tier*), di corte simile a quello tedesco o all'italiano introdotto dopo la riforma -e, ugualmente, al modello dualistico di governo della Società Europea-, si mette l'accento sul controllo dell'informazione contabile che elaborano gli amministratori, così come sul controllo di che questi procedono in modo regolare e periodico al suo soddisfacimento. I meccanismi d'*internal auditing* svolgono un ruolo centrale in questi modelli dualistici di governance, giacché la sua struttura si trova articolata in torno a due organi di gestione, l'organo di sorveglianza che assumerà come compito essenziale il controllo delle attuazioni di

direzione svolte dagli amministratori e, concretamente, sull'adeguatezza dell'informazione contabile che questi elaborano. Nelle forme più pure di questi sistemi, perfino l'approvazione del bilancio è competenza dell'organo di supervisione, il che si dovrà opporre reattivamente ad un inadempimento di tali doveri. Quest'attribuzione di competenze è conseguente con la destinazione del bilancio di riflettere l'immagine fedele della situazione dell'impresa, in modo tale che nell'approvazione definitiva del progetto di bilancio presentato dagli amministratori non deve esserci spazio per i giudizi di valore, ma semplicemente la constatazione tecnica dell'adeguamento nella sua elaborazione alle regole contabile e che l'applicazione di queste si è basata nella realtà economica che *de facto* presenta l'impresa. Allo stesso modo, le attribuzioni dell'organo di controllo in questi sistemi non si limitano alla comprovazione e l'approvazione del bilancio presentato dagli amministratori, ma che devono svolgere un'attuazione positiva, consistente nell'adozione di tutte le misure che si ritengano necessarie per garantire l'adempimento del dovere, adottando, nel suo caso, le misure repressive contro gli amministratori che si considerino adeguate per raggiungere il corretto soddisfacimento di tal obbligo.

Nonostante il fatto che facciamo riferimento alle strutture dualistiche, è importante considerare che per quanto riguarda all'efficacia generale del sistema di governance non si richiede necessariamente l'esistenza di due organi differenziati, tutt'altro, l'importante nello svolgimento del sistema è la separazione delle funzioni di direzione e supervisione⁸²⁷. Così, si può raggiungere la stessa conclusione, anche se con un carattere ristretto, nel sistema monistico spagnolo di società quotate come viene configurato nei codici di governo di queste, e pure

⁸²⁷ Possono considerarsi a questo riguardo le riflessioni del professore Alonso quando considera che al margine dei quesiti semantici (monismo ravvisato, nuovo dualismo...), il vero è che si sta riducendo la separazione o distanza fra entrambi i modelli e quello, anche, in elementi che affettano al nostro studio fondato sui riferiti aspetti del regime di responsabilità degli amministratori, più concretamente dei membri del Consiglio di amministrazione monistico che diventa un organo essenzialmente di supervisione, ALONSO UREBA, A., "Diferenciación de funciones (supervisión y dirección) y tipología de consejeros (ejecutivos y no ejecutivos) en la perspectiva de los artículos 133.3 (responsabilidad de administradores) y 141.1 (autoorganización del consejo) del TRLSA", *RdS*, num. 25, 2005, p.21.

imposto imperativamente dalla Ley de Transparencia⁸²⁸ (Legge di Trasparenza) con l'attribuzione di determinate funzioni di controllo –anche se con una portata limitata- al Comité de auditoría (Comitato Audit). Uguale tendenza si costata in altri modelli monistici⁸²⁹.

Allo stesso modo, sulla base della capacità d'autoorganizzazione del organo d'amministrazione⁸³⁰, questo si potrà configurare in modo tale che le funzioni di gestione e di controllo rimangano perfettamente differenziate al suo interno senza dover fare ricorso alle forme dualistiche d'amministrazione. La creazione di commissioni e comitati e l'utilizzo delle deleghe singolari, così come la legittimazione rappresentativa dei direttori generali, sono pratiche che si trovano

⁸²⁸ Come saputo, l'art. 47 della Ley 44/2002, del 22 novembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero introduce la Disposizione Addizionale 18ª della LMV per la cui s'obbliga alle società quotate a configurare un Comitato Audit entro il suo Consiglio di amministrazione, integrato nella sua maggioranza da consiglieri non esecutivi e disponendo di, almeno, un membro indipendente. Tale disposizione fu posteriormente modificata dalla Ley 63/2003, del 30 dicembre e la 12/2010, di 30 giugno. Le funzioni di controllo contabile proprie di questo Comitato saranno oggetto d'analisi più avanti in questo studio. Nonostante, un primo approccio dalla dottrina a questo Comitato lo troviamo nell'apporto di VELASCO SAN PEDRO, L.A., "El Comité de Auditoría", in *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, Dir. Rodríguez Artigas, Fernández de la Gándara, Quijano González, Alonso Ureba, Velasco San Pedro, Esteban Velasco, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, Tomo II, pp. 1087-1125.

Con le modifiche introdotte nel sistema spagnolo di società quotate basate nell'Informe Olivencia s'evita ogni riforma normativa del sistema monistico d'amministrazione configurato nella LSA del 1951 e mantenuto nel TRLSA del 1989, giacché l'adattamento-revisione di questo modello si spera che si produca via autoregolamentazione, il che anche si considera più efficiente nei termini del mercato (riduzione dei costi d'agenzia), ALONSO UREBA, A., "Hacia un modelo monista revisado de administración de la SA cotizada como opción al modelo dualista", in *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España, Cuestiones pendientes de reforma*, Tomo I, Dir. Alonso Ledesma, Alonso Ureba, Esteban Velasco, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 574.

⁸²⁹ Così, nell'ambito anglosassone, sulla base della regolazione nella Corporate Act del 2006 dei doveri dei direttivi, s'inizia a configurare una divisione di facoltà amministrative e di supervisione fra la direzione e l'organo d'amministrazione, producendosi fronte al modello di one-tier un effettiva distribuzione delle competenze al suo interno. «The Government moved a little way away from this stance in relation to the duties laid on directors by statute, including now their general duties under the 2006 Act. The domestic implementing regulations do make specific provisions in relation to such duties. Their general approach is to apply the statutory duties of directors indifferently to the members of both the organs in a two-tier system, but not so as to impose on the supervisory organ a function which is managerial and so within the sole competence of the managerial organ», DAVIES, P. / WORTHINGTON, S., *Gower & Davies' Principles of Modern Company Law*, 9th Ed., Sweet&Maxwell, London, 2012, p.422.

⁸³⁰ Sull'autoregolazione e l'autonomia della volontà nella configurazione dell'organo d'amministrazione della Sociedad Anónima, vid. OLIVENCIA RUIZ, M., "El gobierno de las sociedades", in *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, sp.1785-1788.

così diffuse nella realtà attuale delle società di capitali che offrono un amalgama ampissima di possibili configurazioni delle facoltà di direzione e supervisione entro qualsiasi dei modelli di corporate governance. È perciò che, all'ora di giudicare sull'adeguatezza del modo in cui si strutturano le società al riguardo del soddisfacimento dei doveri contabili, si deva prestare attenzione pure a queste forme di configurare internamente l'organo amministrativo⁸³¹.

Indipendentemente del modello di corporate governance adottato, l'importante sarà il modo in cui si distribuiscono le funzioni di direzione e quelle di supervisione e controllo. Allo stesso tempo, nella distribuzione di queste funzioni per quanto riguarda al processo di formazione dell'informazione contabile nelle società di capitali, in occasioni sarà necessario il ricorso a soggetti esterni alla struttura della società (i revisori legali dei conti e le società d'auditing), mentre che in altri casi il controllo contabile si potrà svolgere –e farlo in modo efficiente– attraverso i propri organi della società. In questo modo, il tema centrale nell'analisi dei modelli di corporate governance sarà considerare se i diversi equilibri che si possono stabilire fra le funzioni d'amministrazione e controllo, cercando di raggiungere un rapporto operativo fra le necessità di efficienza e sicurezza⁸³².

⁸³¹ Come si è considerato, i codici di buon governo si originarono da una constatazione: l'incapacità del Consiglio per svolgere nella grande società il ruolo che tradizionalmente aveva assegnato (gestione sociale). Da questo si pretende potenziare precisamente quello che il Consiglio, come collegio, si è in grado di fare: controllare o supervisionare a quelli che di fatto gestiscono la società (i managers), MARTÍNEZ SANZ, F., "Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima", in *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, p. 1742.

⁸³² Questa realtà è stata osservata nella pratica all'analizzarsi le cause che portarono al fallimento di tutti i sistemi di controllo nelle recenti catastrofi finanziarie. Così, «The Enron case involved a high degree of irresponsible and partly criminal conduct, particularly by external auditors. Therefore, improving trustworthy auditing surely would be one measure to implement. However, what is stunning is not only the failure of the auditing control device –which can be classified somewhere in the middle between inside and outside control– but that *all* control mechanisms failed. The Enron case therefore impressively demonstrates that good corporate governance depends on a balanced interplay between the distinct internal and external control devices. To begin with, efficient internal control of management and auditing by the supervisory board or the responsible board committee is indispensable», HOPT, K.J. / LEYENS, P.C., "Board Models in Europe Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy", *ECGI- Law Working Paper*, num. 18, 2004, p. 3. Non essendo questo il luogo idoneo per offrire una trattazione dalla prospettiva penale di questi casi, dall'ottica del Diritto Privato si renderà manifesto come, nei modelli in cui si produce un'adeguata distribuzione delle funzioni d'amministrazione e controllo normalmente è necessario l'agire anti-giuridico di vari organi o soggetti perché si produca un fatto dannoso derivato dalla contabilità.

Nella ricerca di questo equilibrio adeguato sarà necessario fare uso d'istrumenti interni ed esterni di controllo dell'attuazione dell'amministrazione⁸³³.

Per quello, dobbiamo iniziare la nostra trattazione della responsabilità e la governanze nel soddisfacimento dei doveri contabili e l'adempimento della funzione informativa dell'impresa, analizzando per quello i sistemi di controllo preventivo e repressivo dell'adempimento del dovere. Poi, analizzeremo il modo in cui si può individuare l'irrogazione di un danno nell'ambito dell'informazione contabile e come e contra chi possono esercitarsi le azioni opportune per esigere la sua riparazione.

II. DELIMITAZIONE SOGGETTIVA DELL'AMBITO DI RESPONSABILITÀ: IMPUTABILITÀ E COLPEVOLEZZA DEL DANNO

Come si è constatato nei capitoli precedenti, la concreta configurazione del dovere di contabilità si suddivide in un insieme di obblighi concreti attribuiti a diversi organi e soggetti che s'integrano nella società o fuori di essa. Davanti a questa realtà, se la configurazione del sistema si limitasse alla scomposizione del dovere contabile in condotte concrete e l'attribuzione del suo adempimento ai diversi organi e soggetti, la questione della determinazione del responsabile dei danni derivati dall'inadempimento o dall'inadeguato adempimento dei doveri contabili non avrebbe troppa complessità: basterebbe determinare in ché atto preciso dell'insieme delle attuazioni che compongono il dovere contabile si è prodotto l'infrazione e determinare ché organo o soggetto ha attribuita la competenza in tale funzione.

⁸³³ Come si è affermato, il buon governo societario dipende di un'interazione equilibrata fra i diversi strumenti interni ed esterni, ESTEBAN VELASCO, G., "La separación entre Dirección y Control: el sistema monista español frente a la opción entre los distintos sistemas que ofrece el Derecho comparado", in *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, Dir. Rodríguez Artigas, Fernández de la Gándara, Quijano González, Alonso Ureba, Velasco San Pedro, Esteban Velasco, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, Tomo II, p. 729. Una trattazione monografica e comparatistica di quest'idea, in HOPT, K.J. / LEYENS, P.C., "Board Models in Europe...", *Op. cit.*, pp. 2-3.

Succede nonostante che, insieme all'attribuzione diretta del dovere di compiere i diversi atti concreti che compongono il dovere (registro materiale dei fatti economici nei libri contabili, formulazione del bilancio, approvazione del bilancio, deposito e pubblicità...), la normativa sovrappone le attuazioni degli organi sociali attraverso relazioni di verifica, controllo e supervisione dei comportamenti degli altri. Allo stesso modo, la normativa confida a soggetti esterni alla struttura dell'impresa, i revisori legali dei conti e le società di revisione, il controllo dell'esattezza e correzione dei documenti risultanti del processo adempito dagli organi della società. Corrisponde, dunque, non solo determinare in che fase del processo contabile si è prodotto l'inadempimento o l'adempimento inesatto del dovere e a chi è imputabile tale irregolarità, ma pure stabilire che rilievo ha avuto su tale inadempimento la non percezione dell'incorrezione da parte del soggetto che tiene attribuita la competenza di sorveglianza di tale condotta.

Così, distinguendo gli inadempimenti fra quegli inadempimenti materiali di doveri concreti attribuiti ad un soggetto o organo della società e quegli derivate dall'inosservanza dei doveri di supervisione e controllo, dovremo ugualmente questionarci se le conseguenze di tali infrazioni devono tenere lo stesso peso relativo. Vale a dire, se riveste la stessa riprovevolezza dal punto di vista giuridico trascurare l'adempimento di un dovere che viene attribuito in modo specifico a un organo che non rilevare l'inadempimento di alcuna norma da parte del soggetto la cui condotta si deve supervisionare o il cui risultato di lavoro si deve giudicare. Ugualmente, nel caso di concorrenza di entrambe le colpe, dovrà considerarsi il modo concreto nel quale si collegano tali responsabilità fra loro e le possibilità di ripercuotere le conseguenze di uno sugli altri.

Sul piano dell'attribuzione soggettiva concreta delle responsabilità, la premessa basilica che adottano le normative spagnola ed italiana si fondamentano nella considerazione che la formulazione del bilancio come corollario nel cui catalizza l'adempimento congiunto dei doveri di contabilità costituisce una competenza indelegabile dell'organo d'amministrazione della società. Come

abbiamo considerato precedentemente, quello deve interpretarsi non nel senso che gli amministratori devono adempiere inesorabile ed indelegabilmente ognuna delle attuazioni richieste dalla tenuta di un'ordinata contabilità, tutt'altro dalla considerazione che indipendentemente dal modo in cui s'organizzi l'adempimento concreto del dovere (delegazione in membri concreti dell'organo d'amministrazione o dell'alta direzione della società), il vero è che tutti gli amministratori risponderanno personal e direttamente delle conseguenze che dall'imperfezione di tale adempimento si possano derivare.

Come si è affermato⁸³⁴, le strutture di governo delle società di capitali stanno riscontrando delle trasformazioni di gran rilievo nelle ultime decadi le quali richiedono l'adattamento del resto delle istituzioni regolatrici dell'impresa alle nuove possibilità d'organizzare l'amministrazione⁸³⁵. I modelli di corporate governance basati in sistemi dualistici come quelli che si fondano sulle strutture monistiche, non sono estranei alle diverse forme in cui i doveri possono essere attribuiti in concreto a soggetti alieni alle sue strutture (attribuzione a certi organi o soggetti, consiglieri delegati, comitati esecutivi, direttori generali...), attribuzioni concrete di funzioni che necessariamente devono avere adatta la conseguente attribuzione di responsabilità.

Gli ordinamenti giuridici non prevedono un sistema speciale per esigere le responsabilità che si derivino dagli inadempimenti contabili, dunque, è necessario analizzare come si riconduce tale ricerca di risarcimento entro i procedimenti normali per esigere responsabilità. Contemporaneamente, la diversa natura che caratterizza l'agire di ogni soggetto che interviene nell'adempimento della

⁸³⁴ Fra altri, sono interessanti le riflessioni di ESTEBAN VELASCO, G., "La separación entre Dirección y Control: el sistema monista español frente a la opción entre distintos sistemas que ofrece el Derecho comparado", in *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, Dir. Rodríguez Artigas, Fernández de la Gándara, Quijano González, Alonso Ureba, Velasco San Pedro, Esteban Velasco, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, Tomo II, p. 730.

⁸³⁵ Tendenze d'attualizzazione ormai considerate da GARRIGUES, J., *Nuevos hechos...*, *Op. cit.*; continuate per quanto riguarda all'evoluzione del sistema monistico di governo corporativo spagnolo da MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Ensayo sobre la evolución actual...*, *Op. cit.*, e OLIVENCIA, M., "Managers' revolution...", *Op. cit.*

contabilità determina che si devono conciliare rapporti di carattere organico con altri contrattuali o extracontrattuali. D'altronde solo si crea un regime speciale di responsabilità –specificamente aggravato- nel piano fallimentare e quando s'incorre in causa legale di scioglimento. Dobbiamo ugualmente questionarci se dinanzi a questa situazione di mancanza di una sanzione diretta di carattere generale contro i soggetti che inadempiono i doveri sul piano della contabilità risulta opportuno configurare alcuna via di punizione diretta dalla prospettiva del Diritto Privato.

A. Ambito di responsabilità degli amministratori

La costruzione articolata di un sistema effettivo per responsabilizzare agli amministratore dei danni che eventualmente si derivano dei suoi atti conforma un elemento imprescindibile per l'adeguato funzionamento delle società di capitali. Il ragionamento è ovvio: se non si responsabilizza agli amministratori delle conseguenze dannose dei suoi atti, questi non si sentiranno veramente obbligati a svolgere la massima diligenza nell'adempimento dei compiti inerenti alla sua carica⁸³⁶.

Come abbiamo potuto considerare, nella costruzione degli obblighi concreti che compongono il sistema del diritto contabile, la pratica totalità dei doveri vengono imposti alla figura degli amministratori delle società (dovere di custodia dei libri di contabilità, formulazione e firma del progetto di bilancio, convocazione dell'Assemblea generale ordinaria per l'approvazione del bilancio, presentazione del bilancio per la sua revisione legale...). La letteralità della norma ignora che ogni società si articola secondo la sua propria struttura organizzativa, nella quale si mimetizzano le sue concrete necessità d'organizzazione; realtà dalla quale è

⁸³⁶ In tale senso si pronuncia il professor ALONSO UREBA, A., "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una Sociedad Anónima", *RDM*, num. 198, 1990, p. 647, il che considera che lo stabilimento di un regime di responsabilità è la conseguenza necessaria della consacrazione legale di un dovere generale di diligenza degli amministratori nell'esercizio delle funzioni o competenze che in quanto organo sociale li sono proprie.

difficile estrarne conclusioni in linea di massima applicabili in modo generalizzato ad ogni società.

La questione non deve rimanere estranea alla situazione attuale d'evoluzione nella quale si trovano le società di capitali. Per quanto riguarda al sistema spagnolo, solo nelle società di capitali chiuse e di piccola e media dimensione è dove gli amministratori continuano svolgendo i compiti propri dell'amministrazione ed adempiendo gli obblighi imposti dalla normativa. Nella misura in cui la struttura dell'impresa diventa più complessa, l'uso delle figure di attuazione delegata –consiglieri delegati, comitati esecutivi-, e di alta direzione – direttori generali, gestori, fattori in definitiva- si generalizza, svanendo la, inizialmente, chiara attribuzione delle competenze. Il sistema raggiunge la sua maggiore deformazione nel caso delle società quotate, la cui struttura secondo i parametri del Código Unificado de Buen Gobierno e dopo la riforma introdotta dalla Ley de Transparencia configurano nel seno dell'amministrazione una doppia categoria di amministratori –esecutivi ed esterni (indipendenti o dominicali)- e allo stesso tempo (senza volere abbandonare le strutture monistiche) obbliga alla formazione dentro del Consiglio di amministrazione, di un Comité de Auditoría (Comitato Audit), con una composizione e delle attribuzioni specifiche. Come s'osserva, in questi sistemi specialmente complessi di costruzione dell'amministrazione della società si fa necessaria un certo lavoro d'interpretazione ermeneutica per incastrare il sistema delle responsabilità configurato in modo generale dalla legge per le diversi distribuzioni di funzioni e le possibilità di responsabilità per gli eventuali inadempimenti⁸³⁷.

Il sistema tradizionale italiano che presenta una distribuzione delle funzioni di amministrazione e controllo fra due organi rivela, nonostante, una conformazione che si può considerare più semplice. I compiti d'amministrazione si

⁸³⁷ È proprio la configurazione dell'organo amministrativo nella moderna società per azione quello che fondamentalemente spiega il regime di responsabilità sociale, ALONSO UREBA, A., "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...", *Op. cit.*, p. 647, in modo tale che di fronte ai cambiamenti faticosi nella conformazione strutturale delle società si richiede analizzare l'applicabilità delle norme giuridiche alle nuove realtà organizzative.

trovano nelle mani dell'organo d'amministrazione, che può essere affidato a un unico amministratore o conformare Consiglio di amministrazione, mentre che i sindaci svolgono funzioni di supervisione e controllo della loro attuazione. All'uguale che nel caso spagnolo, per motivi operativi o d'organizzazione potrebbero conformarsi comitati esecutivi o nominarsi consiglieri delegati nell'ambito del Consiglio di amministrazione; allo stesso modo che si potranno nominare direttori generali, i quali, nel caso di essere nominati dall'Assemblea generale o essere determinati nello statuto della società, potranno ricevere pure un trattamento quasi-organico nella sua integrazione entro la società.

Oltre a questo modello, il sistema italiano posteriore alla riforma del 2003 permette la scelta fra altri due modelli alternativi d'organizzazione: il sistema monistico (di carattere simile a quello spagnolo: integrato da un organo d'amministrazione nel cui ambito si forma un *Comitato per il controllo sulla gestione* -che adempie i compiti propri di un Comitato audit-) o il sistema dualistico (vicino al modello tedesco di divisione tassativa delle competenze fra un *consiglio di gestione* ed un *consiglio di sorveglianza*).

i. Amministratori nelle società non quotate

L'inadempimento dei doveri contabili da parte degli amministratori è sanzionato attraverso diverse vie che superano la conseguenza del dovere indennizzatorio, il che -logicamente- solo nasce quando dall'attuazione anti-giuridica dell'amministrazione si derivi un danno che indennizzare. Oltre alle sanzioni che si possono derivare nei piani amministrativo e penale, si devono considerare le azioni civili o commerciali che si possono interporre in ogni caso. Queste sanzioni civili o commerciali comprendono dalle misure strettamente societarie come la separazione dalla carica e l'esclusione della società alle civili per la sua natura e che hanno per oggetto, sia la cessazione della condotta, sia

l'indennizzo dei danni irrogati o la restituzione dei profitti ottenuti⁸³⁸. Non è questo l'ambito adeguato per trattare l'insieme delle misure societarie, ci limiteremo a studiare la portata della responsabilità civile nel contesto dell'amministrazione della società e le misure indennizzatorie che si possono adottare al riguardo dei danni prodotti dalla sua condotta trasgreditrice. Più avanti in questo capitolo considereremo ugualmente l'opportunità che si prevedano determinate misure dirette, agli effetti di sanzionare l'attuazione anti-giuridica degli amministratori, con la doppia funzione preventiva e dissuasiva.

Il presupposto di base dal quale dobbiamo partire, è quello rappresentato da un organo d'amministrazione nel quale tutti i suoi membri –che, per semplificare la trattazione, considereremo che conformano Consiglio di amministrazione- hanno funzioni esecutive. In questo caso, la normativa che impone i doveri contabili attribuisce la responsabilità per il suo adempimento in modo omogeneo e solidale a tutti quei che ostentano la carica d'amministratore. Dunque, si può affermare che si traccia come un obbligo degli amministratori e, di conseguenza, una responsabilità di carattere organico. Nel diritto italiano si può comprovare che questa forma di rispondere solidalmente dall'adempimento del dovere contabile si sostenta ugualmente come una derivazione necessaria del dovere del Consiglio di amministrazione di valutare l'adeguatezza del sistema organizzativo, amministrativo e contabile della società (art. 2381 C.c. ita.)⁸³⁹.

⁸³⁸ LLEMBOT MAJÓ, J.O., "Deberes y responsabilidad de los administradores", in *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Dirs. Rojo/Beltrán, 3ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 51.

⁸³⁹ Come si è reso manifesto da BUONOCORE, V., "Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità...", *Op. cit.*, p.7, questo principio d'adeguatezza, non è stato sempre un principio generale dell'ordinamento giuridico societario italiano. Al nostro parere, sebbene la necessità in linea di principio di che la struttura organizzativa, contabile, finanziaria e tecnica della società sia adeguata all'attività e funzionamento dell'impresa non è passato a formare parte dell'ordinamento giuridico italiano fino alla sua introduzione dalla riforma del 2003, l'ordinamento spagnolo si trova ancora in dietro di questa situazione nel suo riconoscimento positivo. E tutto quello, nonostante il riconoscimento dell'art. 25 C. de c. della necessità che la contabilità sia adeguata all'attività dell'impresa. Infatti, le adattazioni d'esigenze, responsabilità e configurazioni di doveri "alla misura" delle necessità dell'impresa sono ancora lontano di essere "metabolizzate" (*cit.*) dalle società di capitali.

Le competenze in materia di contabilità sono anche configurate dalla normativa come indelegabili (così, art. 253.2 LSC e 2381, 4^o comma, C.c. ita.). Sebbene questi precetti fanno riferimento specificamente alla formulazione del progetto di bilancio che sarà presentato all'Assemblea general per la sua approvazione, questo atto costituisce la quintessenza dell'intervento della gestione nella contabilità⁸⁴⁰. Ugualmente, dobbiamo ricordare che per formulazione del bilancio si deve capire un *nomens iuris* con il quale si fa riferimento al processo per il quale gli amministratori fanno sintesi dell'informazione contabile che hanno compilato durante lo svolgimento dei suoi lavori di gestione lungo l'esercizio e lo presentano all'Assemblea generale per la sua approvazione dai soci, assumendo le responsabilità per il contenuto di tale progetto di bilancio. Di conseguenza, attraverso la decisione di formulazione, gli amministratori dichiarano la sua conformità con tutte le fase previe del processo di formazione dell'informazione contabile e assumono come proprio il bilancio che presentano all'Assemblea per la sua approvazione.

Tutto quello indipendentemente del modo in cui internamente si siano distribuite le competenze nell'ambito del Consiglio di amministrazione, cioè, la formulazione del bilancio è un dovere che corrisponde al Consiglio come organo e che non può essere delegato nel suo adempimento a uno o più amministratori esecutivi in concreto⁸⁴¹. Quindi, non può essere delegata in consiglieri delegati né in comitati esecutivi la decisione di formulazione del bilancio e la responsabilità

⁸⁴⁰ Senza pregiudizio d'altre norme concrete, come l'art. 37 C. de c., il che impone agli amministratori delle società il dovere di firmare il bilancio, rispondendo dalla sua veracità.

⁸⁴¹ In questo modo, sulla base della correlazione che deve esistere fra la responsabilità e il potere, con questa limitazione s'assicura pure la subordinazione gerarchica che corrisponde ai delegati al riguardo del Consiglio nel quale, come responsabile ultimo della gestione della società, appartiene il potere di decisione che caratterizza all'imprenditore, con le conseguenze che ne derivano, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "La delegación de facultades del Consejo...", *Op. cit.*, p. 99. Questi consiglieri delegati come il resto dei membri del Consiglio in ogni caso risponderanno solidalmente, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades...*, *Op. cit.*, pp. 325-326. Considerata l'indelegabilità della materia contabile, si rompe l'interpretazione basata de che gli amministratori non delegati non rispondono dai fatti derivati dalla condotta dannosa degli amministratori che avevano delegata tale funzione (almeno dopo le azioni interne) giacché manca il nesso causale fra l'atto lesivo e l'attuazione dell'amministratore non delegato, *Íbid.*, p. 327.

per quello, indipendentemente che si sia potuto delegare in quei la formulazione materiale del bilancio⁸⁴².

Così, dobbiamo interpretare la norma contenuta nell'art. 2392 C.c. ita., che stabilisce che gli amministratori rispondono solidalmente, a meno che si tratti di danni derivati di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori, nel senso che tale eccezione non raggiunge alla responsabilità contabile. E non raggiunge a questa perché la normativa configura imperativamente questo dovere come indelegabile –*ex art. 2381-*, e, di conseguenza, i patti organizzativi all'interno del Consiglio di amministrazione non possono acquistare nessun rilievo.

Al riguardo si manifesta ugualmente illustrativa la Proposta modificata di Quinta Direttiva del Consiglio della CEE –versione del 16 ottobre 1989-, il cui articolo 14.3 determina che quando risulti d'applicazione la responsabilità solidale degli amministratori (considerandosi tali in forma congiunta ai membri degli organi di Direzione e di Sorveglianza), un membro potrà essere esonerato della sua responsabilità se prova che non è personalmente responsabile di nessuna falta. Nonostante, nessun membro potrà avvalersi di quest'esonero di responsabilità per il semplice fatto che il pregiudizio causato non sia incluso nell'ambito delle competenze che abbia attribuite. In questo modo, si consacra il dovere di vigilanza mutua fra gli organi d'amministrazione in quanto organi collegiali.

ii. L'amministrazione nelle società quotate

Nelle società quotate si riconosce un'ampia capacità di delegazione di funzioni fra i membri del Consiglio –comitati esecutivi / delegati- (eccezionandosi le facoltà che si considerino legalmente indelegabili, come succede con la

⁸⁴² Come si è osservato, il fenomeno dello spostamento del potere all'interno dell'organo d'amministrazione, della scentralizzazione del funzionamento del Consiglio, dei suoi poteri di decisione e funzioni d'amministrazione, ha continuato e si è accresciuto, senza che il legislatore abbia facilitato la risposta ai numerosi interrogativi che questa realtà solleva, MORILLAS JARILLO, M.J., *Las normas de conducta de los administradores...*, *Op. cit.*, pp. 316-317.

formulazione del bilancio). Ciò nonostante, come si avverte nel Código Unificado de Buen Gobierno –raccomandazione num. 8- si deve evitare che tali deleghe comportino la sconoscenza della «funzione generale di supervisione» che ha affidata il Consiglio di amministrazione e che si compone da tre responsabilità fondamentali: orientare ed impulsare la politica della compagnia (responsabilità strategica), controllare le istanze di gestione (responsabilità di sorveglianza) e servire di collegamento con gli azionisti (responsabilità di comunicazione). In conformità a tutto questo, ed anche se imperativamente viene richiesto dalla normativa, si raccomanda che si assuma come competenza del Consiglio l'adozione di decisioni sull'informazione finanziaria che, a causa di trattarsi di una società quotata, la società deva rendere pubblica periodicamente (raccomandazione 8.b.iii).

Secondo il modello articolato nel Código Unificado de Buen Gobierno, si distinguono due tipi di commissioni che si possono costituire entro il Consiglio di amministrazione: le *comisiones delegate* –di carattere esecutivo- e le *comisiones de supervisión e controllo* -fra le quali si considerano la “Comisión de auditoría y cumplimiento” (Commissione d’auditing ed adempimento) (o Comités de Auditoría –Comitato Audit, Comitato per la revisione dei conti- nella nuova nomenclatura) e le Comisiones de Nombramientos, Retribuciones y de Gobierno corporativo (Commissioni di Nomine, Retribuzioni e di Corporate Governance)-⁸⁴³. Al riguardo di queste ultime, si raccomanda nel Código (raccomandazione num. 44) che si siano composte esclusivamente da consiglieri esterni e che siano presiedute da un consigliere indipendente.

a) Distinzione fra consiglieri esecutivi e consiglieri esterni (*managers vs independents*)

Nelle società quotate il problema fondamentale che si distingue all'ora di considerare la responsabilità degli amministratori è la distinzione che si stabilisce

⁸⁴³ Sebbene nello stato attuale della normativa solo risulta imperativamente esigibile la costituzione del Comitato Audit richiesto dalla D.A. 18ª della LMV.

nei Codici di Governo fra i consiglieri esecutivi e i consiglieri esterni, concentrando i primi l'adempimento dei lavori di gestione⁸⁴⁴. In questo modo, le facoltà concrete d'amministrazione sarebbero attribuite agli esecutivi in concreto, adottando il Consiglio un modello di supervisione⁸⁴⁵. Di fronte a questa distinzione di categorie di consiglieri e le sue attribuzioni, la dottrina si è suscitato se risulta logico mantenere lo stesso standard di responsabilità per qualsiasi genere di consigliere⁸⁴⁶. Considerando il problema, questo si mostra più apparente che reale. È vero che nel governo delle società quotate si creano diverse categorie d'amministratori, ma quello non vuole dire che a causa di quello si possa esimere a certi tipi d'amministratori degli obblighi che gli spettano per ricoprire tale carica. Si considera in occasioni che non è logico rimproverare per uguale le conseguenze perniciose delle decisioni agli amministratori giacché non tutti hanno avuto lo stesso intervento nell'adozione dell'azione che generò il danno. Nell'adempimento della normativa di Diritto contabile non c'è spazio per questo ragionamento. In primo luogo perché la configurazione giuridica delle norme impongono il dovere di formulazione del bilancio a «tutti» gli amministratori. In secondo luogo perché,

⁸⁴⁴ Avendosi considerato che la composizione del Consiglio di amministrazione deve essere formata da un numero di Consiglieri non esecutivi che gli conferisca un'autorità di modo tale che possa avere un peso rilevante nell'assunzione delle decisioni del Consiglio. Così, COSTI, R., *Il mercato mobiliare*, 7^aEd., Giappichelli, Torino, 2010, p. 357.

⁸⁴⁵ PAZ-ARES, C., "El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa", in *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, p. 1809, il che aggiunge anche che i modelli di corporate governance devono perseguire contenere al massimo il conflitto d'interessi connaturale a un'organizzazione nella quale sono divise la proprietà e il controllo.

⁸⁴⁶ Così, corrisponderebbe di chiederci se nelle società quotate con differenziazione fra consiglieri esecutivi e consiglieri esterni (dominicali, indipendenti o che abbiano perso tale categoria – raccomandazione num. 11 del Código Unificado), si dovrebbe conservare il carattere solidale della responsabilità o, nel suo caso, se fosse necessario rompere questa norma in funzione del grado di partecipazione di ogni tipologia nell'adozione delle scelte. In questo senso, ALONSO UREBA, A., "Algunas cuestiones en relación con el ámbito subjetivo de la responsabilidad de los administradores (administrador de hecho, administrador oculto y grupo de sociedades)", in *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Coord. Guerra Martín, La Ley, Madrid, 2011, p. 88. In questo modo, questa nuova struttura funzionale e composizione del Consiglio implicita nella configurazione del Comitato Audit, trascende senza dubbio lo statuto del Consigliere, giacché delimita due ambiti funzionali (direzione e supervisione) ai quali implicitamente vincola due tipi di consiglieri (esecutivi e non esecutivi). Evidentemente, i diritti così come i doveri di diligenza (ordinato imprenditore e rappresentante leale) dovranno considerarsi da questi diversi ambiti funzionali e, conseguentemente, quello deve ugualmente incidere nel regime di responsabilità dei consiglieri, ALONSO UREBA, A., "Hacia un modelo monista revisado...", *Op. cit.*, p. 572.

anche ammettendo che si abbia realizzato una delega interna del dovere di formulazione del bilancio in uno o più consiglieri o comitati esecutivi, il vero è che il dovere di controllare l'adeguato adempimento degli obblighi di pubblicità dell'informazione finanziaria, entro la quale si considera la formulazione del bilancio, grava ancora pure su gli altri consiglieri. Comunque, nello stato attuale della legislazione, è delegabile la materializzazione del dovere, ma no la responsabilità.

b) Comitato Audit e Comitato per il controllo sulla gestione

Nel sistema spagnolo di governo delle società quotate si produce un certo rinforzamento dell'adempimento dei doveri contabili attraverso la costituzione obbligatoria di un Comitato Audit, di contenuto e funzionamento simile al Comitato per il controllo sulla gestione del sistema di governo monistico italiano. Di conseguenza, le conclusioni che si adottino in questo punto saranno estrapolabili ad entrambe le figure.

Il Comitato Audit fu introdotto nell'ordinamento spagnolo in applicazione della Direttiva in modo imperativo per tutte le società quotate spagnole attraverso la Legge 44/2002, del 22 novembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero⁸⁴⁷ (misure di riforma del sistema finanziario), attraverso la quale s'introdusse la D.A. 18^a nella LMV. Dalla sua parte, nel sistema italiano, con la riforma del 2003, si stabilirono due nuovi sistemi di corporate governance (*board models*) d'adozione volontaria da parte delle società che volessero incorporargli: il sistema dualistico e quello monistico. Ebbene, nella struttura del sistema monistico, entro il Consiglio di amministrazione, dovrà formarsi un *Comitato per il*

⁸⁴⁷ Modificata posteriormente dall'art. 98.tres della Ley 62/2003, del 30 dicembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, e dalla Disp. Final 4^a.1.3 della Ley 12/2010, del 30 giugno.

controllo sulla gestione, di carattere simile al Comitato Audit spagnolo (e perciò tratteremo entrambi in modo congiunto)⁸⁴⁸.

Dato che non è questo il luogo opportuno per offrire un trattamento in profondità di questi organi⁸⁴⁹, ci limiteremo a considerare le competenze di quello di fronte all'adempimento dei doveri contabili. Più avanti in questo stesso capitolo offriremo una trattazione più dettagliata di questo comitato nelle società quotate spagnolo, giacché quello svolge una funzione di controllo entro il sistema monistico, il che ha dato luogo a che parte della dottrina consideri che il diritto delle società quotate spagnolo adotta un modello «monistico riformato» oppure «dualistico attenuato». Prendendo in considerazione la prevalenza che stiamo offrendo alla funzione sull'organo, pensiamo che la sua trattazione in dettaglio sia più opportuno offrirla con riguardo allo studio della funzione di controllo e supervisione contabile.

La maggioranza dei membri del Comitato Audit devono avere la categoria di consiglieri non esecutivi e, anche, il suo preside dovrà essere un consigliere indipendente. Al riguardo delle sue competenze, possiamo considerare –per quanto qui ci interessa– il dovere d'informare all'Assemblea generale sulle questioni che si suscitino nel suo ambito sulle materie che siano della sua competenza, supervisionare l'efficacia del controllo interno della società, *l'internal audit* (auditoría interna / controllo interno), e i sistemi di gestione dei rischi, sorvegliare il procedimento di elaborazione e presentazione dell'informazione finanziaria regolata; proporre all'organo d'amministrazione la nomina dei revisori

⁸⁴⁸ Parallelismo logico fra entrambe le norme se si prende in considerazione che la versione attuale d'entrambe deriva dalla trasposizione della Direttiva 2006/46/CE (modificata dalla Direttiva 2008/30/CE), relativa alla revisione legale dei conti annuali.

⁸⁴⁹ *Vid.* per la dottrina spagnola al riguardo del Comitato Audit (Comité de Auditoría), SÁNCHEZ CALERO, F., “Líneas generales del régimen del Comité de Auditoría de las sociedades cotizadas”, *RDBB*, num. 89, 2003, pp. 191-218; SÁNCHEZ CALERO, F., “La reforma del Comité de Auditoría”, in *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI, Libro Homenaje al prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*, Eds. Gómez Segade/García Vidal, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 245-260; VELASCO SAN PEDRO, L.A., “El Comité de Auditoría”, *Op. cit.*, pp. 1087-1126; TERRENTOS CEBALLOS, G., “El Comité de Auditoría y sus funciones”, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil (e-prints)*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008; TORRENT, A./ RIVERO MENÉNDEZ, J.A. / ALVARADO RIQUELME, M., “Comités de auditoría”, *RDM*, num. 250, 2003, pp. 1615-1674.

legali dei conti; lavorare coordinatamente con i revisori dei conti nel controllo dell'informazione contabile; e, in ultimo luogo, redigere una relazione nella cui si esprima la sua opinione sull'indipendenza dei revisori dei conti.

Insomma, si tratta di un organo la cui finalità è garantire da un lato che l'organizzazione contabile all'interno della società funzioni adeguatamente, stabilendo i rapporti necessari con il controllo interno e i revisori dei conti (controllo esterno) dell'impresa; e d'altronde, supervisionare il processo di elaborazione dell'informazione finanziaria regolata, attuando direttamente in coordinazione con l'alta direzione della società e con i revisori dei conti⁸⁵⁰.

In quest'ultimo punto è specialmente interessante la disposizione contenuta nel Código Conthe de Buen Gobierno, il che raccomanda nel suo num. 53 che «affinché si stabiliscano vie di contatto più strette e dirette fra il Comitato Audit e gli azionisti, raccomanda che sia il proprio Presidente del Comitato Audit quello che informi all'Assemblea generale sulle riserve o eccezioni che esistano nella relazione dei revisori dei conti», aspetto che avrà speciale rilievo riguardo al rapporto con la attuazione del revisore, come avremo occasione di considerare più avanti.

c) Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari

L'art. 154bis TUF da forma nel modello italiano di società quotate alla figura del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari. Tal organo si occupa di dichiarare sotto la sua responsabilità, alla cui normalmente si unirà la firma e assunzione di responsabilità del direttore generale, che i documenti contabili diffusi nel mercato si corrispondano con il bilancio; oppure che l'informazione finanziaria di carattere infraannuale si corrisponde con l'informazione contabile che risulta dei libri e documenti contabili. La sua nomina

⁸⁵⁰ Supervisione che deve presentare un doppio versante: preventiva e reattiva come competenze all'ora di supervisionare i compiti d'amministrazione da parte del Consiglio. *Vid.* ALONSO UREBA, A. "Hacia un modelo monista revisado de administración...", *Op. cit.*, p. 584

ricadrà su un direttivo della compagnia, che può coincidere con lo stesso direttore generale però che non sembra che possa essere lo stesso soggetto che il consigliere delegato nel caso che ci sia questo⁸⁵¹.

La sua funzione principale è quella di predisporre procedimenti amministrativi e contabili adeguati per la formazione del bilancio, del bilancio consolidato quando questo sia richiesto e delle altre informazioni finanziarie che siano obbligatorie per il carattere di quotata della società. Ugualmente ha la funzione di certificare, con la conseguente assunzione di responsabilità al riguardo, che le informazioni che si rendono pubbliche si corrispondono con la contabilità della società, dovendosi accompagnare la sua dichiarazione di corrispondenza a tutte le forme in cui si offra pubblicità all'informazione contabile sulla società.

Il suo contributo più rilevante sul bilancio è quello previsto nell'art. 154-bis, 5° comma, che stabilisce che gli organi delegati dell'amministrazione e il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari garantiscono con la sua dichiarazione la veracità del bilancio, del bilancio semestrale abbreviato e, dove sia necessario, del bilancio consolidato; in concreto su: a) la correzione e l'applicazione effettiva dei procedimenti amministrativi e contabili nell'esercizio social al cui fanno riferimento i documenti; b) che i documenti sono stato redatti secondo i principi contabili internazionali; c) che i documenti si corrispondono con i dati che risultano dei libri e dei documenti contabili; d) l'idoneità dei documenti per formarsi un'immagine veritiera e fedele della situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa e dell'insieme delle imprese del gruppo (in caso di consolidazione); e) e f) per il bilancio ed il bilancio consolidato, così come per i bilanci semestrali abbreviati, dovranno certificare che la nota integrativa include un'analisi fedele del andamento ed il risultato della gestione, così come della situazione della società e dell'insieme delle imprese del gruppo, accanto ad una descrizione dei principali rischi ed incertezze ai quali sono esposti.

⁸⁵¹ COSTI, R., *Il mercato mobiliare*, Op. cit., p. 377.

A questo dirigente gli saranno d'applicazione, al riguardo delle funzioni assegnate, le stesse disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori, ferme restando le azioni che si possano esercitare sulla base della relazione lavorale che gli vincola con la società.

Comunque, l'esistenza di quest'organo nelle società quotate italiana non limita né riduce la responsabilità degli amministratori sull'informazione contabile (responsabilità, per il resto, indelegabile *ex art. 2381. 4º comma, C.c. ita.*), ma che incrementa l'ambito di garanzia dal cui dispone il danneggiato, al rispondere in solidarietà con l'amministrazione della società. Così si riesce a salvare la situazione di disconnessione che esiste fra la direzione della società –che nella pratica portano a termine tutti gli adempimenti in materia contabile- e la responsabilità per il contenuto dell'informazione contabile; distanza ancora evidente nell'ordinamento spagnolo.

iii. Ambito di responsabilità degli amministratori di fatto

Oltre allo studio delle responsabilità degli amministratori *de iure*, dobbiamo considerare le eventuali responsabilità in cui possa incorrere l'amministratore di fatto di una società per gli inadempimenti contabili. La base normativa dalla quale dobbiamo partire è l'introduzione di questa figura nell'antico art. 133 LSA –attuale art. 236.1 LSC- introdotto con la riforma articolata nel 2003 dalla Ley de Transparencia, alla quale abbiamo ormai fatto riferimento. Nell'attualità, questo precetto equipara agli effetti della responsabilità la riprovevolità della condotta degli amministratori di iure con quella degli amministratori di fatto nel caso che questi esistano.

Per considerare quando ci troviamo di fronte ad un amministratore di fatto, la giurisprudenza richiede che si riuniscano le note di abitudine, permanenza, continuità o professionalità⁸⁵², per lo quale ha un speciale rilievo la prova

⁸⁵² SAP di Barcelona del 24 gennaio 2005.

indiziaria di tale condizione⁸⁵³. Si tratterebbe di un soggetto che senza rivestire la carica d'amministratore della società, nella pratica svolge attività di gestione in forma continuata in nome dell'impresa come se fosse un vero amministratore. Anche, è necessario (e fondamentale) che quello si svolga in modo costante e senza subordinazione, cioè, di forma indipendente e pure, si potrebbe aggiungere, che esista consentimento –seppure implicito o tacito- della società sull'agire svolto dall'amministratore di fatto⁸⁵⁴. In questi casi, la somiglianza con un amministratore *de iure* fa che il legislatore consideri l'opportunità d'applicargli il regime giuridico di questi al riguardo della loro responsabilità⁸⁵⁵, dunque, saranno responsabili degli atti che svolgano in contro delle disposizioni legali o statutarie che regolano i doveri degli amministratori, allo stesso modo che soffrirebbero le conseguenze di tali inadempimenti gli amministratori di diritto.

Tutto quello anche se gli amministratori di fatto, precisamente per questo carattere, siano sprovvisti delle competenze necessarie per portare a termine un agire reattivo. È il caso che si affronta, per esempio, al riguardo della mancanza di competenza di un amministratore di fatto per convocare l'Assemblea –o, nello stesso senso, per proporre un bilancio per la sua approvazione dall'Assemblea generale, convocare questa per l'approvazione del bilancio in tempo, procedere al deposito del bilancio nel Registro... competenze tutte queste attribuite in forma diretta dalla legge solo a quei soggetti che hanno la considerazione d'amministratori di diritto-⁸⁵⁶.

⁸⁵³ Come si è affermato, per quanto riguarda ai concreti indizi, acquisisce un grande rilievo il fatto che il soggetto il questione si trovi investito di un potere generale (sotto le vesti di delegato, gestore, direttore generale, etc.) che li permetta attuare in nome della società e gestire alla sua volontà l'andamento degli affari sociali (anche la condizione d'amministratore di fatto non possa farsi sostenere nel semplice fatto di essere delegato generale), MARTÍNEZ SANZ, F., "Ámbito subjetivo de la responsabilidad", in *La responsabilidad de los administradores*, Dirs. Rojo/Beltrán, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 63. Nello stesso senso, le SAP di Teruel del 22 dicembre 1998 e SAP di Madrid del 16 luglio 2001.

⁸⁵⁴ MARTÍNEZ SANZ, F., "Ámbito subjetivo de la responsabilidad", *Op. cit.*, p. 62.

⁸⁵⁵ MARTÍNEZ SANZ, F., "Ámbito subjetivo de la responsabilidad", *Op. cit.*, p. 72.

⁸⁵⁶ In questi casi, il diligente esercizio della carica li obbliga a fare tutto quanto sia necessario per dare adempimento a questa norma e, in questo senso, dovrebbe essere messo in conoscenza dei soci la situazione, avere proposto la celebrazione dell'Assemblea universale o in generale, quando sia necessario per rimuovere gli ostacoli che impedivano l'adempimento di questa norma,

iv. Il parametro di diligenza richiesto agli amministratori

I diversi sistemi di diritto societario, indipendentemente dal modello d'amministrazione (*board model*) che adottino, partono dalla considerazione che la disciplina della responsabilità degli amministratori di fronte ai soggetti esterni e pure di fronte alla società conforma un principio fondamentale ed essenziale del sistema e, in quanto tale, inderogabile per l'autonomia privata. Tale considerazione può servire come argomento a favore del carattere organico del rapporto che vincola agli amministratori con la società dalla quale fanno parte, dovendo essere conseguenti con il risultato che si possa derivare della sua attuazione. È sprovvista di una base solida la tesi che considerava agli amministratori come mandatari dell'imprenditori, confrontandola con questa inderogabilità, giacché priva la possibilità di stabilire contrattualmente limiti alla responsabilità.

Comunque, sembra generalmente accettato che per lo svolgimento del suo carico gli amministratori acquiscono un insieme di doveri che si traducono in attuare con diligenza nel nome e interesse della società⁸⁵⁷. In favore di conseguire il soddisfacimento di questo interesse di difficile definizione, l'ordinamento giuridico impone una serie di obblighi che questi devono soddisfare in ogni caso, avvicinandogli al conseguimento di questo fine così etereo. In questo modo, gli amministratori sono obbligati ad adempiere le previsioni normative e statutarie

PERDICES HUETO, A., "Significado actual de los «administradores de hecho»: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001", *RdS*, num. 18, 2002, p. 283

⁸⁵⁷ Il Código Unificado de Buen Gobierno si mette nella sua raccomandazione num. 7 in favore di un'interpretazione contrattualista dell'«interesse sociale», mettendo l'accento sul interesse comune degli azionisti o, se si preferisce, nell'interesse dell'azionista comune. Per quello si consiglia che l'obiettivo ultimo della compagnia e, dunque, il criterio che deve presiedere l'attuazione del Consiglio sia la massimizzazione, in modo sostenuto, del valore economico dell'impresa, considerando che questa scelta sembra preferibile perché proporziona al Consiglio e alle istanze esecutive soggette alla sua supervisione una direttrice chiara che facilita l'adozione di scelte e la sua valutazione. D'altronde, il Codice di Autodisciplina delle Società Quotate, del Comitato per la Corporate Governance, considera che l'obiettivo prioritario che devono perseguire gli amministratori è la creazione di valore per gli azionisti, in una scadenza temporale medio-lunga. Su questo particolare, *vid.* MORILLAS JARILLO, M.J., *Las normas de conducta de los administradores...*, *Op. cit.*, pp. 339-385.

che definiscono la sua condotta, fra quelle le norme contabili, ma allo stesso tempo dovranno agire cercando di raggiungere l'interesse della società, dal cui si deduce che non solo incorreranno in responsabilità di fronte alla società per le perdite che la sua condotta produca al patrimonio sociale, ma anche per derivare la sua attuazione nel conseguimento di risultati insoddisfacenti sempre che questi si possano ricondurre direttamente al suo operato alla testa della società⁸⁵⁸.

Se tratta, dunque, che gli amministratori nell'adempimento della sua carica devono agire in modo diligente. A questa diligenza la LSC spagnola fa riferimento come la «diligenza di un ordinato imprenditore» -art. 225.1- e richiede lo svolgimento della sua carica «come un rappresentante fedele nella difesa dell'interesse sociale» -art. 226-; mentre che il C.c. italiano fa riferimento a che gli amministratori dovranno adempiere i doveri a essi imposti dalla legge e dallo statuto con «la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze» -art. 2392-. Comunque, come si è affermato⁸⁵⁹, l'attuazione degli amministratori non solo deve derivarsi dal criterio di diligenza, ma si deve trattare pure di una diligenza qualificata dalla buona fede oggettiva, in modo tale che gli amministratori tendano all'ottenimento dei migliori risultati possibili derivati della sua attuazione al fronte della società. Questa necessità d'attuare secondo i parametri della buona fede oggettiva si deve collegare con la funzione di profilassi alla quale può servire la contabilità nella vita della società. L'amministratore diligente non deve limitarsi a offrire uno scrupoloso adempimento delle condotte specifiche che la normativa contabile esige nell'andamento della società, ma pure deve attuare secondo quanto riflesso dalla contabilità per raggiungere i migliori risultati possibili nell'andamento dell'impresa -nel suo dovere di perseguire il fine sociale-, così come per evitare le eventuali situazioni di pericolo o di squilibrio patrimoniale -garantendo e contribuendo all'adeguato funzionamento dei meccanismi di controllo interno-.

⁸⁵⁸ TINA, A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 14-15.

⁸⁵⁹ TINA, A., *L'esonero di responsabilità...*, *Op. cit.*, p. 18.

Così, il corretto soddisfacimento dei doveri contabili non può limitarsi a dare adempimento alle norme che abbiamo considerato nella prima parte del nostro studio, tutt'altro, l'insieme di attuazioni e decisioni di gestione devono essere collegate all'informazione che il diligente adempimento del dovere di contabilità gli offre lungo la vita dell'impresa, esigenza che rimane ugualmente collegata al dovere d'agire in modo informato che pesa su tutti gli amministratori della società –ex art. 225.2 LSC; art. 2381, 6^o comma, C.c. ita.-.

L'attuazione diligente dell'amministratore nello svolgimento della sua carica non solo comporta un parametro di condotta, ma pure deve essere considerata come la misura del contenuto concreto della prestazione dovuta nell'esercizio della sua carica. In questo modo, serve per determinare il contenuto concreto dell'obbligo, non da una prospettiva integrativa o correttiva, ma delimitatrice dell'ambito delle attuazioni che possono considerarsi diligenti e che, in tale caso, integrerebbero la prestazione esatta dovuta come conseguenza dell'esercizio della sua carica. Così, sul criterio della diligenza non si realizza una definizione univoca della condotta dovuta, ma semplicemente si porta a termine un giudizio in termini d'esatto o inesatto adempimento della condotta dovuta in funzione della carica⁸⁶⁰.

L'attuale redazione dell'art. 2392 C.c. ita. va un passo più avanti al quale non è arrivata ancora la normativa spagnola in materia di responsabilità degli amministratori. Afferma questo precetto che gli amministratori dovranno adempiere i suoi obblighi con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, ma pure, *con la diligenza derivata dalle loro specifiche competenze*. Questo precetto introduce un elemento soggettivo più per individuare il livello di diligenza esigibile, la quale sarà in ogni caso l'adempimento di un obbligo di mezzi. Così, per l'adempimento degli specifici doveri che derivano dalla condizione d'amministratore, si dovrà impiegare la diligenza che richieda la natura di ogni attuazione in concreto, la cui dovrà essere giudicata, allo stesso tempo, in funzione

⁸⁶⁰ TINA, A., *L'esonero di responsabilità...*, Op. cit., p. 27.

delle proprie capacità di ogni amministratore. È giusto questo giudizio quello che svolge una serie di conseguenze, che possono essere specificamente valutate per quanto riguarda al soddisfacimento delle esigenze contabili. Queste competenze soggettive devono essere considerate sul piano positivo e sul piano negativo. Dal piano positivo, deriva direttamente dal criterio della buona fede oggettiva che l'amministratore con maggiori capacità dovrà prestare tutta la sua attenzione e svolgere tutte le sue competenze per offrire il migliore soddisfacimento alle derivazioni dirette della sua carica. Così, in un Consiglio di amministrazione integrato, fra altri membri, per alcun o alcuni consiglieri con speciale conoscenze in contabilità, risulterà indiscutibile che loro dovranno svolgere i suoi maggiori abilità nella materia per offrire un adeguato adempimento del contenuto della sua carica, ma senza che quello comporti in nessun caso un incremento della sua responsabilità giuridica –ferme restando le responsabilità morali- con rispetto al resto dei membri del Consiglio⁸⁶¹.

Il piano negativo della norma delle specifiche competenze può risultare, invece, più interessante per quanto a noi compete. Comporta che quei amministratori che si trovino sprovvisti di specifiche qualità per dare adempimento ad alcuni doveri derivati delle esigenze della sua carica, dovranno fare ricorso a esperti o assessori, interni o esterni alla struttura dell'impresa, che gli appoggino nelle decisioni che personalmente non potessero considerare. Questo caso è specialmente illustrativo di fronte alla formulazione del bilancio quando alcuno –o tutti- dei membri dell'organo d'amministrazione sia sprovvisto delle nozioni minime in contabilità. In tale presupposto, per potere considerare che il suo modo d'agire è diligente, gli amministratori dovranno avvalersi per l'adempimento di tali doveri da altri soggetti che siano provisti delle conoscenze

⁸⁶¹ VENTORUZZO, M., "Responsabilità degli amministratori di società per azioni nei confronti della società: le principali novità della riforma", *Riv. Dott. Comm.*, 2004, p. 366. Precisamente questa finalità della specializzazione si pretende nel sistema monistico italiano e il sistema di governo delle società quotate spagnole progettato nel Código Unificado de Buen Gobierno, al prevedersi la creazione di una commissione entro il Consiglio di amministrazione –comitato per il controllo sulla gestione / comité de auditoría- integrata da membri con speciali abilità o conoscenze nell'ambito della contabilità, la revisione legale o la gestione di rischi (raccomandazione num. 46 del Código Conthe).

specificamente richieste, il che avrà luogo nelle grandi imprese attraverso la sua direzione finanziaria e contabile. In questo modo, i tecnici della direzione dell'impresa in sostanza offriranno agli amministratori un progetto di bilancio dettagliato nel cui si è dato soddisfazione ai doveri contabili impiegando per quello delle conoscenze che, in gran parte dei casi, non possiedono i membri dell'organo d'amministrazione. E senza che questo comporti uno spostamento della responsabilità che, in ogni caso, rimarrà sugli amministratori, i quali sopporteranno il peso *-in eligendo e in vigilando-* della decisione degli assessori dei quali si hanno fatto assistere per dare adempimento al suo dovere.

Questa considerazione soggettiva della diligenza dovuta dagli amministratori, che modula la condotta che glieli esige e il cui inesatto adempimento è origine di responsabilità, non implica un'alterazione del principio di responsabilità degli amministratori per la sua attuazione, il quale, come abbiamo considerato, è un postulato basilico del diritto delle società. Anzi, si tratta di una concrezione del vincolo negoziale stabilito nel momento della scelta degli amministratori, cioè, quando in una società di capitali si designano determinati soggetti, e non altri, come amministratori, si fa *-normalmente-* in funzione di un giudizio sulla sua idoneità per lo svolgimento della carica; questione che, anche, in occasioni si desume dai diversi livelli di remunerazione che si stabiliscono fra gli amministratori di una società in funzione delle sue caratteristiche personali⁸⁶².

v. La colpa come requisito

⁸⁶² Opzione ammessa in modo speso nella *Model Business Corporation Act* statunitense (section 8.30.b) e riconosciuta nei *Principles of Corporate Governance* (section 4.01) del American Law Institute. Nonostante, nel caso d'ammettere questa possibilità troveremmo che sorgerebbe una certa base per riconsiderare il principio di solidarietà e uguaglianza dei membri dell'amministrazione per le conseguenze dei suoi atti. Vale a dire, a diversi livelli di remunerazione fissati dalle specifiche competenze di certi amministratori non può sostenersi che quei favoriti devano avere la stessa trattazione da quelli nei quali non si hanno considerato le sue abilità nello svolgimento della carica. Si apre così la questione su se sarebbero più responsabili *-rectius-*, se ci fosse giuridicamente esigibile una maggiore responsabilità- amministratori che si sono considerati con maggiori competenze per lo svolgimento di certe funzioni. Come si osserva, le confusioni fra le competenze tecniche (caratteristiche dell'alta direzione) e le competenze di gestione (proprie degli amministratori) si rendono evidenti.

La responsabilità degli amministratori non si deriverà sempre di forma automatica come conseguenza della produzione di un danno per il suo agire anti-giuridico, ma che esistono certe circostanze che permetteranno a questi esonerarsi dalla responsabilità per tali pregiudizi. In effetti, il sistema di responsabilità degli amministratori delle società di capitali non si basa in una responsabilità oggettiva e, di conseguenza, non glieli può esigere responsabilità senza mediare colpa⁸⁶³.

In un piano generale, gli articoli 237 LSC e 2392 C.c. ita. stabiliscono in modo omogeneo che gli amministratori che hanno adottato la decisione o l'atto lesivo risponderanno solidalmente, salvo quei che dimostrino che, non avendo intervenuto nella sua adozione ed esecuzione, ignoravano la sua esistenza o, essendo a conoscenza hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminare o attenuare le conseguenze dannose; o, almeno, si opposero espressamente a quello. Per che sia valida quest'opposizione formale, l'ordinamento italiano richiede che l'amministratore in concreto abbia fatto costare il suo dissenso nel libro delle deliberazioni del Consiglio e, ugualmente, lo hanno comunicato immediatamente per scritto al presidente del Collegio sindacale⁸⁶⁴.

Nell'ambito contabile, dalla formulazione del bilancio risulta praticamente impossibile argomentare che gli amministratori non conoscevano la esistenza del fatto lesivo o che non avevano intervenuto nella sua adozione, giacché l'art. 37 C. de c. e l'art. 2217, 3° comma, C.c. ita., richiedono in modo speso che il bilancio sia firmato da *tutti gli amministratori delle società*, affermazione che si ripete pure nell'art. 253.2 LSC, il che aggiunge che, in caso di mancare la firma d'alcuno,

⁸⁶³ Come è stato sottolineato dalla dottrina, per poter esigere responsabilità agli amministratori si precisa la colpa, «e la colpa propria», in parole del professore VICENT CHULIÁ, F., "Medidas de prevención y aseguramiento de la responsabilidad de los administradores sociales", in *Responsabilidad Civil derivada de los procesos concursales*, Dir. Calbacho Losada, CGPJ, Madrid, 1999, p. 353.

⁸⁶⁴ Questa possibilità d'esonerazione di responsabilità sarà oggetto di trattazione specifica più avanti, considerandosi tale possibilità per i diversi soggetti che intervengono nell'adempimento dei doveri contabili.

s'indicherà nei documenti in cui manchi, con spresa indicazione della causa. Nella firma del bilancio si è voluto vedere il nesso d'imputazione soggettiva della responsabilità derivata di quello⁸⁶⁵. Nonostante, non è chiara questa visione nella dottrina, giacché i precetti del C. de c. e della LSC stabiliscono l'obbligo che gli amministratori firmino la «formulazione» dei conti (progetto di bilancio) e procedano alla sua presentazione all'Assemblea (o precedentemente ai revisori legali), e non fa riferimento alla firma del bilancio di per se. Secondo questa prospettiva, *la firma del bilancio non comporta in modo alcuno la conformità dei firmanti con esso*⁸⁶⁶.

Indipendentemente dalla tesi che si adotti al riguardo, non ci può risultare strano il fatto che uno degli estremi la cui comprovazione ha attribuita il Registrador Mercantil all'ora di qualificare il bilancio che si vuole depositare sia quella di comprovare che questo ha le precettive firme degli amministratori della società, in modo tale che risulta tassativa l'imperatività di queste⁸⁶⁷. Insomma da questa situazione si desume che con l'obbligatorietà della firma la legge garantisce che il bilancio formulato e presentato all'Assemblea generale rappresenta la

⁸⁶⁵ In questo senso, ALONSO ESPINOSA, F.J., "El deber de documentación de la empresa...", *Op. cit.*, p. 7.

⁸⁶⁶ ILLESCAS ORTIZ, R., "El proceso de formulación de las cuentas...", *Op. cit.*, p. 12 e, ugualmente, *Íd.*, "La formulación de las cuentas...", *Op. cit.*, p. 1938. Si deve permettere, nonostante, la possibilità che gli amministratori discordi con il bilancio formulato, non sottoscrivano questo con la sua firma, senza che si possa invocare che per disposizione dello statuto si richieda la presentazione del bilancio da tutti i membri dell'organo d'amministrazione. In questo senso si pronuncia la STS del 15 novembre 2007, nella quale si espone che una delle amministratrici della società «adempì rigorosamente con la legge e con i doveri della sua carica al negarsi a presentare un bilancio dopo considerare che non s'assoggettava alla realtà sociale, senza che la sua negativa a presentarlo, quando lo statuto richiede la presentazione congiuntiva, possa qualificarsi come una semplice deficienza rimediabile dalla decisione maggioritaria dell'Assemblea, (F) 1^o».

⁸⁶⁷ Sebbene condividiamo l'opinione di ILLESCAS ORTIZ, R., "La formulación de las cuentas...", *Op. cit.*, p. 1939 al considerare che l'incarico del registro è sprovvisto di poteri per richiedere o esigere manifestazioni al riguardo della sua negativa agli amministratori discordi o silenziosi nella firma del bilancio.

L'ambito di qualificazione del Registratore Mercantil, nonostante, è abbastanza più ampio, il che si deriva dalla risoluzione della DGRN del 28 febbraio 2005, che considera che gli incaricati del Registro possono esaminare il contenuto dei documenti stabiliti nell'articolo 366 RRM per esaminare la sua validità. Concretamente la qualificazione oggetto del ricorso in quella risoluzione fa riferimento al tentativo di deposito di un bilancio nel quale la cifra del capitale sociale consegnata è diversa da quella che appare iscritta nel Registro, giacché previamente non s'aveva riflesso nell'ufficio pubblico un aumento di capitale che aveva avuto luogo.

volontà al riguardo dell'organo d'amministrazione che lo ha formulato e, allo stesso tempo, fa indiscutibile il fatto che tutti i membri dell'organo d'amministrazione conoscono il contenuto del bilancio che presentano⁸⁶⁸. Dunque, si può adottare la prospettiva che la firma del bilancio risulta elemento basilico perché si possa derivare responsabilità per il contenuto del bilancio ai membri dell'organo d'amministrazione.

Questo precetto si deve coniugare con i meccanismi articolati per salvare la responsabilità degli amministratori, concretamente con l'articolo 237 LSC e 2392, 2° comma, C.c. ita. Dalla combinazione dell'obbligatorietà della firma e da queste disposizioni si deduce che l'amministratore che vuole liberare la sua responsabilità dalle conseguenze che si possano derivare dalla formulazione dovrà fare presente, insieme alla sua firma, l'opposizione espressa al bilancio formulato dall'organo d'amministrazione, con lo quale si renderebbe palese che conosceva il atto dal quale si può derivare il danno, ma che ciò nonostante, si oppose alla sua adozione. Sebbene il precetto determina che, anche, gli amministratori facciano tutto quanto possibile per l'evitazione del danno, nell'ambito contabile, giacché non ce ne sono oltre attuazione sulla formulazione del bilancio che la sua ulteriore presentazione all'Assemblea e il suo deposito, consideriamo che, al massimo, quello che si potrebbe esigere a questo riguardo è che l'amministratore diligente esponesse i motivi della sua opposizione di fronte all'Assemblea generale prima che questa procedesse all'approvazione del bilancio. Ugualmente, per salvare in modo totale la sua responsabilità si richiederà che seguitamente proceda all'impugnazione giudiziale della deliberazione d'approvazione del bilancio se considera che questo non rappresenta adeguatamente l'immagine fedele della situazione patrimoniale, finanziaria ed i risultati economici dell'impresa.

⁸⁶⁸ Prescrizione che non è sempre necessaria, giacché dal dovere di diligente amministrazione che pesa sugli amministratori sociali si deduce che questi devono essere adeguatamente informati sull'andamento degli affari sociali, essendo il bilancio come espressione del percorso economico dell'esercizio elemento basilico di quello.

vi. L'informazione contabile di fronte all'applicazione della *Business Judgement Rule*

L'ambito di responsabilità che qui consideriamo si articola sui danni direttamente generati dall'inosservanza di norme giuridiche dalle quali si deriva un dovere –più o meno nitidamente definito e per il cui concreto soddisfacimento ci dovremo servire dai criteri di diligenza-. Si tratta di un ambito che, in principio, risulta distante all'ambito delle decisioni con rilievo economico nel funzionamento e il conseguimento degli obiettivi della società. Nonostante, la diligenza adottata dagli amministratori nella direzione dell'attività imprenditoriale dipende direttamente da come l'ordinamento giuridico configuri il modo in cui questi rispondano dei suoi atti. Da questa prospettiva, il conseguimento di un funzionamento economico efficiente delle società richiede in lunga misura l'assunzione di rischi. Se il sistema di responsabilità al cui s'assoggettano gli amministratori è troppo severo, questi sentiranno una avversione naturale a contrarre rischi, abusando di comportamenti strematamente prudenti che pregiudicherebbero gli eventuali profitti della società. Questa situazione portò alla giurisprudenza statunitense ad ammettere la *business judgement rule* come criterio d'interpretazione delle decisioni degli amministratori allo scopo di limitare in un certo qual modo le conseguenze di un'esigenza di responsabilità troppo rigida. Come è saputo, questa dottrina sta permeando sempre più negli ordinamenti europei arrivando in certi casi –come il sistema tedesco⁸⁶⁹- a essere incluso come norma positiva nella regolazione giuridica dell'attuazione degli amministratori. Comunque, lo scopo della *business judgement rule* è quello d'evitare responsabilizzare in modo eccessivo agli amministratori per l'adozione di decisioni che considerate *ex ante*, ed in funzione del rischio intrinseco che comporta ogni attività d'impresa, potrebbero supporre un'importante beneficio per la società o, al contrario, un certo pregiudizio. L'applicazione di questa dottrina implica una certa

⁸⁶⁹ Il § 93.1 AktG è abbastanza descrittivo al riguardo, il che dopo riconoscere che i membri del Vorstand devono attuare nella sua attività d'amministrazione con la diligenza di un gestore ordinato e leale, aggiunge che: «non si viola quest'obbligo quando, nel contesto di una scelta imprenditoriale, si possa presumere fondatamente che il membro della Direzione attuò nel interesse della società, sulla base dell'informazione adeguata».

valutazione aprioristica dei rischi in cui si può incorrere all'ora d'adottare decisioni imprenditoriali, considerando come premessa che ogni decisione imprenditoriale comporta un rischio che non sempre è prevedibile e che non sempre è evitabile⁸⁷⁰.

Nell'ambito di questo giudizio, nonostante, si svolge rilievo la disposizione di un'informazione contabile chiara ed adeguata. Sebbene gli ordinamenti spagnolo ed italiano non contengono direttamente una norma nella cui venga riconosciuta l'applicabilità diretta della *rule*, si esistono norme regolatrici della condotta degli amministratori che gli impone agire in modo informato nell'adozione delle sue decisioni⁸⁷¹. Entro questo agire in modo informato deve svolgere una speciale trascendenza l'informazione contabile dell'impresa, la cui avverte sui rischi che al riguardo della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa se ne può incorrere, così come permettendo di prevedere l'incidenza che l'adozione di un determinato progetto potrebbe avere sulla struttura economica dell'impresa. In questo modo si permette che l'analisi economica *ex ante* della decisione si possa svolgere con maggiore precisione.

Questo ragionamento conduce a che, sebbene la *business judgement rule* non è applicabile in modo diretto agli inadempimenti dei doveri contabili, l'adeguato adempimento del dovere di contabilità svolgerebbe un ruolo centrale nell'applicazione di questa dottrina per stimare la responsabilità degli amministratori per le decisioni che adottarono in un momento, offrendo maggiori

⁸⁷⁰ Infatti, «there is a limit to how much managers should know before making a decision», EASTERBROOK, F.H./FISCHEL, D.R., *The Economic Structure of Corporate Law*, *Op. cit.*, p. 108.

⁸⁷¹ Giustamente, uno degli ambiti centrali che considera la dottrina statunitense nella materia d'applicazione della Business Judgement Rule è la quantità d'informazione dalla quale devono disporre gli amministratori previamente all'adozione di una scelta. In questo senso, «Information is costly, and investors want managers to spend on knowledge only to the point where an additional dollar generates that much in better decisions. Exactly how much information to gather depends on such factors as how much the managers already know, the costs of obtaining additional information, the likely benefit of such information, and the variance of possible outcomes», EASTERBROOK, F.H./FISCHEL, D.R., *ibid.* Precisamente, in sistemi giuridici come quegli europei nei quali si regolano le portate minime d'informazione contabile delle quali devono imperativamente disporre le imprese offre un supporto minimo di copertura su un parametro d'informazione dalla quale, in ogni momento, si presume che dispongono gli amministratori all'ora di fare fronte alle sue decisioni. In questo modo si restringono i margini entro i quali si deve svolgere l'analisi economica dell'opportunità di disporre di una maggiore informazione prima d'intraprendere una determinata scelta.

inputs informativi nella considerazione del giudizio aprioristico al cui si deve sottomettere la regola di fonte a poter salvare le responsabilità.

B. La Responsabilità dei Direttivi e Gestori

Come s'osserva, uno dei problema fondamentali fronte ai quali ci troviamo all'esaminare la responsabilità derivata dal inadempimento dei doveri contabili è la determinazione del grado di responsabilità che corrisponda a ognuno dei soggetti che hanno intervenuto nella produzione del fatto dannoso, così come nella considerazione della natura giuridica di ogni rapporto concreto. Il regime giuridico degli ausiliari dell'imprenditore quando questo adotta la forma di società di capitali, nonostante il suo grande rilievo nel sistema organizzativo attuale delle società, non presenta una regolazione adeguata né glieli configura con una natura giuridica completamente nitida.

Tutti questi soggetti (direttori generali, gestori... insomma, fattori dell'imprenditore sociale⁸⁷²), in funzione alle caratteristiche del caso concreto possono adottare diverse configurazioni e, dunque, assoggettarsi a regimi giuridici diversi. Come regola generale, la trattazione che avranno i direttori generali sarà la propria del fattore, intanto che rappresentante dell'imprenditore. Ciò nonostante, quando attuino solitamente di fronte all'esterno dell'impresa facendo un uso noto dei poteri propri degli amministratori, potranno essere considerati, amministratori di fatto e, dunque, assoggettarsi direttamente al regime di responsabilità degli amministratori anche se *de iure* non abbiano tale condizione. In fine, l'ordinamento italiano offre al direttore generale una configurazione quasi-organica nei casi in cui questo sia stato nominato dall'Assemblea generale o si trovi determinato nello statuto della società, e applicandogli di conseguenza il regime di responsabilità previsto per gli amministratori sociali.

⁸⁷² Giacché conformano la forma d'ausiliari più diffusa nelle società di capitali, faremo riferimento nello successivo ai «direttori generali», senza che tale considerazione coinvolga che quanto qui considerato non risulti d'applicazione alle altre forme che adottino questi rappresentanti.

i. Regime generale: Trattazione come fattori

Come si è sposto, a questi rappresentanti dell'imprenditore che ostentano l'alta direzione della società glieli offre il trattamento giuridico proprio dei fattori⁸⁷³. Così, i direttori generali si vincolano con l'imprenditore attraverso una relazione lavorale di alta direzione, dalla quale si origina una serie di facoltà e doveri di rappresentanza, allo stesso tempo che assumono una serie di competenze nell'esercizio della sua carica direttamente vincolate con l'esercizio più puro dei compiti d'amministrazione⁸⁷⁴. Questo contenuto della sua carica, nonostante, non svanisce la sua natura giuridica, che non è quella di un organo sociale –anche se rappresenti alla società-, e che, dunque, in principio, non è suscettibile d'essere soggetto passivo diretto di un reclamo di responsabilità dalle conseguenze dannose che si derivino dalla sua attuazione antiggiuridica.

Dal punto de vista dell'adempimento della normativa contabile, i direttori generali assumono un ruolo importantissimo, sia nella tenuta quotidiana dei registri contabili come nella preparazione del progetto di bilancio che poi «formuleranno» (cioè, che in molti casi, semplicemente ratificheranno, appropriandosene) i membri dell'organo d'amministrazione. È per quello che gli amministratori assumono esternamente le conseguenze giuridiche dell'attuazione dei direttori generali, indipendentemente che, con posteriorità, possano adottare le misure disciplinari che considerino adeguate o, nel suo caso, anzi ripetano contro di questi il pregiudizio patrimoniale che hanno sofferto derivato da un

⁸⁷³ Oltre alle referenze generiche agli apporti di JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa...*, *Op. cit.*, sp. pp. 198-214; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., *La representación orgánica y voluntaria...*, *Op. cit.*; vid. DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capital*, 2ª Edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 257-260.

⁸⁷⁴ Come afferma RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Notas sobre el régimen jurídico del director general de la SA", in *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Vol. III, Tecnos, Madrid, 1971, p. 118, il direttore generale svolge una sfera di competenze integrata da funzioni che in principio corrispondono all'organo amministrativo in senso stretto. In questo modo, come si è considerato, precisamente, è questa somiglianza quella che ha provocato che attualmente ci sia una fuga dalle posizioni organiche verso la direzione generale, giacché lo statuto giuridico di questa offre una maggiore tutela all'inversione di capitale umano svolta nell'entità, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., "El director general de las sociedades capitalistas", *Op. cit.*, p. 978.

inadempimento che non gli è imputabile al di là della delega. Così, gli amministratori della società assumeranno la responsabilità per ragione della sua carica e per conto di quei che gli rappresentano applicandosi in questo modo un sistema di colpa *in eligendo, in vigilando o in instruendo*⁸⁷⁵.

Ci troviamo, insomma, esclusivamente di fronte alla possibilità di esigere responsabilità contrattuale del principale contro il gerente allo scopo di riparare i danni causati nel patrimonio di quello come conseguenza della sua attuazione nello svolgimento delle sue funzioni⁸⁷⁶. Questa possibilità si costituisce sulla base dell'art. 297 C. de c., il che stabilisce la responsabilità dei fattori –e pure dei cosiddetti “mancebos” nel diritto spagnolo- di fronte ai suoi principali di ogni pregiudizio che causino ai suoi interessi per lo svolgimento delle sue funzioni *con malizia, negligenza o infrazione degli ordini o istruzioni che avessero ricevuto*.

Questione diversa è la trattazione giuridica dei danni che l'attuazione del gestore produca in un terzo non vincolato contrattualmente con quello, che si reggerà dalle regole proprie della responsabilità extracontrattuale⁸⁷⁷.

Anche se l'applicazione delle forme di responsabilizzare ai direttori generali in questi “casi base” si produca di forma indiretta, attraverso la ripetizione degli amministratori che saranno quei che rispondano direttamente *ad extra*, risulta necessario considerare gli ambiti di colpevolezza e imputabilità applicabili a questi rappresentanti. Così, il livello di diligenza esigibile al fattore nello svolgimento dei

⁸⁷⁵ JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa...*, *Op. cit.*, p. 208. In questo senso si pronuncia la Risoluzione della DGRN del 18 gennaio 1991, stabilendo che la delega di facoltà, che facilita l'amministrazione della società, non coinvolge l'esclusione di competenze e responsabilità del Consiglio.

⁸⁷⁶ Così, si prevede un'azione del principale contro il fattore sempre che questo fosse colpevole nei fatti che motivarono la sanzione, JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa...*, *Op. cit.*, p. 199.

⁸⁷⁷ In questo senso, generato un danno dal gestore nell'esercizio delle sue funzioni, senza che ci sia un rapporto contrattuale con la persona che lo soffre, e prendendo in considerazione che si tratta di un dipendente dell'imprenditore, sarà questo il che deva rispondere, fermo restando il diritto a ripetere il pago contro il fattore, così come dalla responsabilità diretta di questo, JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa...*, *Op. cit.*, p. 213.

suoi compiti, poiché la relazione che li collega all'imprenditore ha carattere contrattuale, si deve derivare dell'art. 1104 del C.c. esp., dal cui si deduce che la diligenza richiesta sarà la determinata dalla natura dell'obbligo e corrisponda alle circostanze delle persone, del tempo e del luogo (livello di diligenza richiesto per gli obblighi contrattuali). Trattandosi dell'adempimento di un obbligo nel piano della gestione di un'impresa, deve considerarsi esigibile la diligenza propria di un ordinato commerciante e di un rappresentante leale⁸⁷⁸.

In questo modo, s'osserva che il modello di diligenza richiesto al direttore generale sarà lo stesso che si consideri per gli amministratori. D'altronde, e ugualmente come succede nella disciplina regolatrice della responsabilità, non si considera un parametro orientativo di colpevolezza per fare effettive le richieste di risarcimento per i danni irrogati. Nonostante tutto questo ragionamento, il parallelismo di diligenza e colpevolezza esistente fra amministratori e direttori generali non deve, invece, farci concludere che, in linea di massima, s'applichino ad entrambe categorie le stesse norme di responsabilità. Quello fondamentale per le conseguenze alle quali condurrebbe la sua diretta applicazione, principalmente per quanto riguarda all'inversione della carica della prova o alla solidarietà nel caso di pluralità di fattori⁸⁷⁹. Al riguardo del primo dei quesiti, per rendere responsabile a un fattore dal suo inadempimento, si dovrà dimostrare che questo agì in modo colpevole; a differenza da quanto succede quando si vuole esigere responsabilità agli amministratori, ambito nel cui saranno loro quei che devano provare che attuarono con diligenza per salvare su responsabilità. Rispetto al secondo quesito, nel caso che ci siano più di un direttore, in principio, si dovrebbe scartare la regola della solidarietà. In primo luogo, perché la nomina di ogni gerente è indipendente da quella degli altri; e, in secondo luogo, giacché tali

⁸⁷⁸ Sostiene questa concezione JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa...*, *Op. cit.*, p. 202-203, il che difende che se si considera giustamente, quanto si spera dal fattore, sia considerato come un gestore dell'impresa, sia come gestore dello stabilimento, è precisamente che adempia il suo compito secondo quanto indicato nella prima espressione (il Diritto più tradizionale non è mica sprovvisto di un obbligo di tenere la contabilità come se si trattasi di commerciante nello stabilimento dove attua) e, soprattutto, che rappresenti gli interessi del principale -aspetto sporgente sugli altri fra i quali è meritato l'attenzione della legge- con lealtà».

⁸⁷⁹ Condividiamo, così, l'opinione di JUSTE MENCÍA, J., *Íbid.*

ausiliari non conformano nessun genere di organo collegiale –a differenza da quanto succede con l'organo d'amministrazione- in modo tale che non glieli potrebbe esigere doveri di mutua supervisione o d'adozione congiunta delle decisioni.

Corollario da quanto considerato per quanto riguarda all'adempimento dei doveri contabili, dobbiamo considerare che la configurazione legale del dovere di formulazione, firma e deposito del bilancio è quella propria di un obbligo organicamente attribuito agli amministratori delle società di capitali e, dunque, indelegabile nel senso che gli amministratori non possono liberarsi delle responsabilità che questi doveri comportano⁸⁸⁰. Dunque, anche nei casi in cui la tenuta dei libri contabili e la formulazione del bilancio siano attribuite a mandatari dell'imprenditore (direttori generali o altre figure), la responsabilità che si derivi dall'inadeguato adempimento di tali doveri spetterà agli amministratori della società, i quali, nonostante potranno esercitare posteriormente le azioni che considerino adeguate contro i suoi procuratori intanto che hanno inadempito un obbligo che contrattualmente glieli è imposto.

ii. Possibile riconoscimento di responsabilità diretta come amministratori di fatto

In un secondo termine, la situazione di queste figure di gestione in un luogo così vicino alla posizione giuridica degli amministratori della società, fa che tali figure in alcuni casi anzi si confondano, e che si scelga d'applicargli lo stesso regime di responsabilità che corrisponde agli amministratori. Per quello si fa

⁸⁸⁰ Questi non sono casi d'amministrazione di fatto ma d'amministratori di diritto che possono incorrere in responsabilità per colpa *in eligendo* o *in vigilando* al riguardo dei direttivi ai quali affidano pienamente la gestione, senza che la delega delle sue funzioni dagli amministratori di diritto trasformi a questi direttivi, che attuano con grande libertà e quasi senza controlli, in amministratori di fatto, giacché non c'è volontà di soppiantare agli amministratori di diritto né questi consentono in realtà questa soppiantazione ma che semplicemente affidano la gestione e direzione degli affari a questi delegati generali che in conseguenza non attuano con l'autonomia propria degli amministratori di diritto, ALONSO UREBA, A., "Algunas cuestiones en relación con el ámbito subjetivo...", *Op. cit.*, pp. 93-94.

ricorso alla figura dell'amministratore di fatto giacché, effettivamente, i direttori generali possono *di fatto* agire come se fossero amministratori, anche se senza integrare l'organo d'amministrazione.⁸⁸¹ Ugualmente, potrebbe essergli d'applicazione la figura dell'amministratore occulto⁸⁸².

Nel caso spagnolo, la giurisprudenza e la dottrina⁸⁸³ scartano la possibilità di applicare in modo automatico il regime di responsabilità degli amministratori ai direttori generali della società giacché l'ambito delle competenze e le funzioni attribuite a uno ed altri sono diversi e non è abituale –anche se nemmeno impossibile⁸⁸⁴– che i direttori generali possano essere considerati amministratori di fatto⁸⁸⁵. Il ragionamento è logico, come considera la sentenza del Tribunal

⁸⁸¹ In questo senso, la sentenza dell'AP di Barcelona del 24 gennaio 2005, la quale definisce che ci troviamo di fronte al cosiddetto amministratore di fatto delle società commerciali quando un soggetto, *con nomina o senza quella*, svolge effettivamente compiti di rilievo nell'ambito di quella [la corsiva è nostra]. In uguale senso, la sentenza del JM num. 1 di Palma de Mallorca del 9 ottobre 2007. Nella dottrina, MARTÍNEZ SANZ, F., "Ámbito subjetivo de la responsabilidad", *Op. cit.*, p. 58-68 considera quest'eventualità introdotta nel nostro diritto delle società sulla base della riforma dell'antico art. 133 LSA introdotta dalla Ley 26/2003, del 17 luglio.

⁸⁸² Così, MARTÍNEZ SANZ, F., *Ibid.*, p. 61, considera che nella pratica, l'antecedente differenziazione (fra amministratore di fatto e amministratore occulto) in occasioni viene diluita, giacché sono frequenti gli atti nei quali, quello che influisce decisamente sugli amministratori formali non attua "nascosto nell'ombra", ma che opera esternamente di fronte ai terzi, è vero che non come amministratore (in questo caso saremmo di fronte ad un amministratore di fatto notorio), ma si sotto veste diverse (normalmente sotto la condizione di delegato generale). Infatti, è questo il caso probabilmente più frequente nella pratica. Ugualmente, PERDICES HUETOS, A., "Significado actual de los administradores de hecho...", *Op. cit.*, p. 281 e 284-286. Dalla dottrina italiana risulta inevitabile fare riferimento a BIGIAMI, W., *L'imprenditore occulto*, 2ª stampa, CEDAM, Padova, 1965.

⁸⁸³ D'entrata, la risposta di principio deve essere chiara: i delegati generali, ricevano la denominazione che ricevano (gerenti, direttori generali, etc.) non entrano nell'ambito soggettivo della responsabilità degli amministratori sociali, MARTÍNEZ SANZ, F., "Ámbito subjetivo de la responsabilidad...", *Op. cit.*, pp. 74-78 (in concreto p. 75); in senso simile, ALONSO UREBA, A., "Algunas cuestiones en relación con el ámbito subjetivo de la responsabilidad de los administradores (administrador de hecho, administrador oculto y grupo de sociedades)", in *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Coord. Guerra Martín, La Ley, Madrid, 2011, p. 93.

⁸⁸⁴ Questo è il senso che adotta la sentenza dell'AP di A Coruña del 17 gennaio 2000, al pronunziarsi che nonostante essere vero che come regola generale sotto l'apparenza di certe cariche direttive non c'è perché occultarsi l'attuazione di un vero amministratore, e dunque normalmente si deve partire dalla base che la realtà e l'apparenza giuridica coincidono; nonostante, considerando le particolari circostanze concorrenti in ogni caso a esame, non suscettibili di essere generalizzate, non si può nemmeno negare la possibilità che si costati che sotto l'apparenza di altre funzioni si sta attuando come un autentico e vero amministratore.

⁸⁸⁵ Considera ugualmente l'inquadratura del direttore generale come amministratore di fatto di fronte all'esigenza della sua responsabilità, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades...*, *Op. cit.*, pp. 292-294.

Supremo del 22 marzo 2004, e può derivarsi dallo stesso art. 236.2 LSC. Stabilità la premessa che in nessun caso esonererà di responsabilità agli amministratori la circostanza che l'atto o la decisione lesiva sia stata adottata, autorizzata o ratificata dall'Assemblea generale; si deve continuare con il ragionamento che se non si può ammettere come valido per scaricare di responsabilità agli amministratori il fatto che l'atto lesivo in concreto sia stato approvato dall'organo collegiale supremo di gestione della società, e per di più non potrà escludersi la sua responsabilità addossando questa a membri della struttura dell'impresa vincolati a questa da rapporti lavorativi, di carattere generale o speciale ma che, in nessun caso, sono organiche.

Al riguardo è chiarificatrice la Sentenza dell'Audiencia Provincial di Valencia del 27 settembre 1999, la quale considerò che per il caso in questione il direttore generale sì era un amministratore di fatto, come lo evidenzia la realtà che era lì per lo svolgimento di una carica d'amministrazione in modo nascosto e senza assoggettarsi alle norme di responsabilità, mentre che il posto d'amministratore era svolto da una persona insolvente. Nella giurisprudenza si osserva che la maggioranza dei casi in cui si considera a un direttore generale come amministratore di fatto si tratta d'ipotesi di società familiari, oppure quando l'amministratore *de facto* è vincolato per motivi personali con alcun amministratore *de iure*, così come nelle società fortemente controllate da parte del suo azionariato o nei presupposti di unipersonalità. I direttori generali si assoggetteranno alla considerazione di amministratori di fatto pure nel caso non frequente che i veri amministratori facciano abbandono delle sue funzioni, limitandosi alla ratificazione –per esigenze di forma- degli atti promossi da quelli⁸⁸⁶.

⁸⁸⁶ Così, possiamo trovarci di fronte a un caso nel quale gli amministratori di diritto si limitano ad adempiere formalmente gli obblighi legali (formulazione-firma del bilancio, deposito di questo...) senza controllo e iniziativa alcuna, consentendo, con conoscenza dei soci, che determinati direttivi-delegati o semplici soci sprovvisti pure di potere o della carica d'amministratore, assumano di fatto con totale autonomia ed in modo permanente le funzioni di gestione, attuando totalmente al margine dell'organo d'amministrazione, e concorrendo in questo caso gli elementi propri della figura dell'amministratore di fatto, così, ALONSO UREBA, A., "Algunas cuestiones en relación con el ámbito subjetivo...", *Op. cit.*, p. 94.

Si ammette così la possibilità che i direttivi siano considerati amministratori di fatto quando le funzioni proprie dell'amministrazione –e, fra di quelle, gli obblighi contabili- siano svolte da fattori che fanno ricorso agli amministratori solo per dare adempimento agli obblighi che richiedano, in modo imperativo e ineludibile, avere la condizione giuridica d'amministratore *de iure* (firma del progetto di bilancio, convocazione dell'Assemblea generale...), richiedendosi, allo stesso tempo, che questi fattori attuino giuridicamente con conoscenza dei soci ed una certa approvazione nella struttura dell'impresa. In tale caso gli risulterà d'applicazione, di conseguenza, il regime di responsabilità proprio degli amministratori, intanto che *di fatto* stanno adottando il ruolo di questi.

Al riguardo di questo schema, dobbiamo considerare il quesito di cosa significa che gli risultino direttamente applicabili le norme regolatrici della responsabilità degli amministratori. La prima conclusione che se ne deve raggiungere è che si potrà esercitare un'azione direttamente contro di loro nella richiesta del risarcimento dei danni che la sua condotta antiggiuridica avesse prodotto ai terzi. In questo modo si supererebbe il parametro di responsabilità proprio del fattore (art. 297 C. de c.) per essergli applicabile il più ampio parametro di responsabilità che si considera per gli amministratori⁸⁸⁷.

D'altronde, questa possibilità di azione diretta contro i direttivi amministratori di fatto, non deve considerare a scapito della possibilità che i terzi danneggiati (soci, creditori...) possano continuare esercitando azioni contro gli amministratori *de iure*, che, in ogni caso conserveranno la sua responsabilità per il semplice fatto di ostentare tale carica. Non sarebbe logico che si scagionassero di

⁸⁸⁷ Infatti, la norma sulla responsabilità dei fattori considera che questi risponderanno quando producano un pregiudizio per avere proceduto nello svolgimento dei suoi compiti con malizia, negligenza o infrazione degli ordini o istruzioni che avessero ricevuto; mentre che gli amministratori risponderanno degli atti u omissioni contrari alla legge o allo statuto o per quei realizzati inadempiendo i doveri inerenti allo svolgimento della sua carica, norma che, invece, supera la franquizia della negligenza e la malizia e che, pure, gli impone l'agire con la diligenza di un ordinato imprenditore nello svolgimento della sua carica come un rappresentante leale. Tutto quello insieme all'inversione della carica della prova dell'agire in modo diligente alla quale abbiamo fatto riferimento anteriormente.

responsabilità considerando che dall'adempimento concreto dei suoi compiti s'incaricavano i procuratori, giacché nel caso di commissione in altri soggetti, continuerebbe gravando su di loro il dovere di sorvegliare e controllare la sua attuazione, mantenendosi responsabili per colpa *in eligendo* o *in vigilando*, o anzi nel suo caso, per non prevedere o evitare le conseguenze dannose dei loro atti (*ex art. 237 LSC e 2392.2º C.c. ita.*). Questo bisogno di conservare la possibilità d'attuare contro gli amministratori di iure si deriva dal fatto che solo questi –salvo la possibilità che si vedrà nella seguente epigrafe- ostentano il carattere di organo della società, per contro ai direttivi che solo hanno il carattere di rappresentanti.

Sarebbe possibile comunque esercitare azioni congiunte contro gli amministratori *de iure* e i direttivi-amministratori *de facto*, caso nel cui, si deve considerare pure la solidarietà per fare fronte a tale responsabilità.

iii. Costruzione organica della Direzione Generale nel Diritto italiano

Per concludere, data la prossimità fra le figure di direttivo e amministratore, si deve considerare la possibilità disconosciuta in certi ordinamenti giuridici d'offrire un trattamento quasi-organico ai membri dell'alta direzione della società. Questa è la regola considerata nell'art. 2396 del C.c. ita., il che determina che le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori s'applicheranno pure ai direttori generali nominati dall'Assemblea o per disposizione dello statuto, e che si derivi dell'adempimento di competenze a loro attribuite, ferme restando le azioni esercitabili sulla base del rapporto lavorale (contratto di alta direzione) che gli unisca con la società. In senso simile si pronuncia l'art. 72 del Codice delle Società portoghese, al considerare che «i gestori amministratori o direttori rispondono di fronte alla società dai danni a essa causati da atti u omissioni realizzate inadempiendo i doveri legali o contrattuali, salvo che dimostrino che attuarono senza colpa», sebbene il caso lusitano non richiede specifiche condizioni di nomina dei direttivi.

In Spagna non esiste norma uguale che conferisca un certo carattere organico al rapporto della direzione generale con la società⁸⁸⁸, nonostante essere stato ritenuta da parte della dottrina la convenienza dell'introduzione di una norma simile a questi precetti⁸⁸⁹. Così, la vicinanza di entrambe le figure (direttivi e amministratori), l'adempimento indiscriminato di funzioni da entrambi, e il suo sempre più frequente utilizzo nella struttura delle società di capital raccomandano l'introduzione di una norma simile nell'ordinamento spagnolo⁸⁹⁰.

Questa considerazione pseudo-organica della direzione della società supporrebbe, di conseguenza, l'applicabilità a tali soggetti delle norme di condotta richieste agli amministratori, senza che quello comporti mai la esclusione della responsabilità degli amministratori⁸⁹¹. Ugualmente, il fattore o rappresentante dell'imprenditore risponderà del danno considerato come qualunque pregiudizio causato negli interessi del principale, il che comprenderebbe sia il danno

⁸⁸⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades...*, *Op. cit.*, p. 291.

⁸⁸⁹ Così, fra altri, IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades...*, *Op. cit.*, p. 388; JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa...*, *Op. cit.*, p. 207 e 210 e ss. Quest'ultimo, concretamente considera raccomandabile l'estensione delle norme di responsabilità organica ai direttori generali per diversi motivi: a) la possibilità di legittimazione della minoranza degli azionisti e i creditori, nel suo caso, b) La semplificazione della procedura dell'esercizio dell'azione, al essere la stessa dal punto di vista sostantivo; c) Riflettere il livello d'indipendenza che, per la via dei fatti, guadagnano direttori generali in alcuni casi, che permetta, allo stesso tempo, rilassare il rigore della responsabilità degli amministratori dai fatti che siano stato causati dai gestori nell'adempimento delle sue funzioni; d) Evitare, in parte, la ormai contestata preferenza degli autentici gerenti della società in una posizione di direzione, invece della propria degli amministratori organici, senza che quello significhi sostituire totalmente la responsabilità dell'amministratore di fatto, anche si limitare la portata eccessiva che la giurisprudenza sembra di conferirgli recentemente.

⁸⁹⁰ Di fronte a questa realtà, si pronuncia a favore dell'applicazione di criteri di responsabilità organica pure ai rappresentanti volontari JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa...*, *Op. cit.*, pp. 199-200, al considerare che esiste un alto grado di partecipazione del gestore nell'attività propria degli amministratori al fronte dell'impresa: fra il primo ed il secondo gradino di comando in quella si trovano profili giuridici molto vicini, che forse possono condurre, se non a considerare applicabili ai gestori le norme sulla responsabilità «organica», a che almeno si possano utilizzare queste regole come linee d'orientazione; sorgono pure i dubbi sulla diretta applicazione delle norme societarie nella misura in cui s'offra rilievo corporativo alle figure gerenziali, con partecipazione dell'Assemblea generale nella nomina dei direttori generali.

⁸⁹¹ FRANZONI, M., "Le responsabilità dei direttori generali e dei liquidatori", in *La Responsabilità Civile, Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, dir. Galgano, vol. XIX, CEDAM, Padova, 1994, p. 214.

emergente come il lucro cessante. Considerando l'applicazione in questo caso delle regole proprie della responsabilità degli amministratori, si potrebbe sollevare la difficoltà del modo in cui il direttore generale possa fare costare la sua opposizione di fronte a una decisione del consiglio che sia lesiva, al fine di salvaguardare la sua responsabilità⁸⁹². Consideriamo che, in tale caso, si dovrebbe ammettere qualsiasi mezzo fededeigno di comunicazione della sua discrepanza, per esempio, attraverso la sua comunicazione al Collegio Sindacale.

Con l'articolazione organica della responsabilità dei direttivi riconosciuta negli ordinamenti italiano e portoghese, in principio, la legittimazione per l'esercizio dell'azione di responsabilità contro questi corrisponderebbe agli amministratori, intanto che rappresentanti della società per conto della cui attuano, nonostante il fatto che certi adempimenti di doveri in concreto corrispondano a questi gestori.

C. Ambito di responsabilità dell'organo di supervisione

Finora abbiamo fatto riferimento alle strutture societarie semplici nelle quali, senza altre distinzioni, il governo della società è nelle mani di un organo d'amministrazione. Corrisponde adesso considerare quei *board models* che adottano un sistema dualistico (*two-tier*) nei quali, insieme a quest'organo d'amministrazione –o, anzi dentro di questo in certi modelli monistici diffusi che differenziano le funzioni ma senza distinguere gli organi- esiste un altro organo – oppure un altro soggetto o soggetti specializzati entro la struttura dello stesso organo- la cui competenza fondamentale è quella di vegliare per l'adeguato funzionamento della società e realizzare specificamente compiti di controllo contabile. Effettivamente, come si è considerato⁸⁹³, l'efficienza di un sistema di

⁸⁹² FRANZONI, M., "Le responsabilità dei direttori generali e dei liquidatori", *Op. cit.*, pp. 216-217.

⁸⁹³ CALANDRA BUONAURA, V., "I modelli di amministrazione e controllo...", *Op. cit.*, p. 545.

governo della società si misura principalmente per la funzionalità ed il rigore dei meccanismi di controllo sull'amministrazione, in modo tale che si possano prevedere i comportamenti anormali e adottare le misure pertinenti allo scopo di evitare i suoi effetti. Quest'affermazione raggiunge la sua massima espressività nel piano dell'adempimento dei doveri contabili.

Nella costruzione del modello europeo delle società di capitali, considerando la situazione di paralisi della Quinta Direttiva, non c'è motivo per adottare in forma imperativa lo stesso modello di corporate governance per tutti gli Stati membri, abbia questo i caratteri propri dell'archetipo monistico o dualistico. Il che si risulta importante, ed svolge principali effetti nel piano dell'informazione contabile è che, adottato il modello che si decida è imprescindibile offrirgli un sistema adeguato di contrappesi di potere, in modo tale che l'attuazione degli amministratori / direttivi conti con la supervisione di altri soggetti indipendenti da quelli che garantiscano la neutralità e la legalità della sua condotta⁸⁹⁴. Tale sistema di contrappesi si può costruire secondo il modello dualistico, il che considera la costituzione di un secondo organo che controlli l'attuazione della direzione, oppure attraverso l'appello nel sistema monistico ai consiglieri indipendenti che supervisionino l'attuazione degli esecutivi⁸⁹⁵.

i. Sistema monistico “corretto” delle società quotate spagnole

Il modello di governo generalmente adottato dal legislatore spagnolo per tutte le società di capitali –salvo la Sociedad Anónima Europea- impiega le

⁸⁹⁴ HOPT, K.J., “The German Two-Tier Board (Aufsichtsrat). A German View on Corporate Governance”, in *Comparative Corporate Governance*, Eds. Hopt / Wymeersch, deGruyter, Berlin, 1997, p. 14.

⁸⁹⁵ La nota esemplificativa del d.lgs. del 17 gennaio 2003, n. 6, per il quale s'introducono in Italia i due sistemi alternativi di Governance, si pronuncia espressamente al riguardo stabilendo che il modello tradizionale e quello monistico presentano un'equivalenza per quanto riguarda all'efficienza del sistema ed al rigore del controllo giacché «i doveri e i poteri del comitato coincidono con quelli del collegio sindacale e possono essere integrati da codici di comportamento», comunque, si tratterebbe di un'attribuzione di doveri e poteri che si fa in considerazione della capacità d'autoorganizzazione.

strutture monistiche. Questo modello è ugualmente seguito –con le sue logiche differenze- nel diritto delle società anglosassone. Nella sua struttura non si stabiliscono altri organi da quelli derivati dalla necessaria separazione fra il capitale e la gestione rappresentato dalla dualità esistente fra l'Assemblea generale e l'organo d'amministrazione. Di fronte a questa situazione, e considerandosi le maggiori richieste di controllo delle strutture societarie più complesse, si è considerata la necessità che la legislazione definisca in maggior misura la forma d'esercizio delle sue facoltà dall'organo d'amministrazione, in modo tale che si configuri un sistema di contrappesi di controllo e poteri nel suo ambito che, senza abbandonare la struttura unicefala di governo della società, permetta evitare gli abusi e conseguire un maggior controllo sulla direzione. Si costata così che il sistema monistico dipende principalmente dei meccanismi di responsabilità per assicurare i rapporti fra la società e i suoi proprietari e fra la società e i terzi⁸⁹⁶.

Queste misure –tutt'ora- si sono concepite in modo principale per le società quotate, introducendosi inizialmente attraverso i codici di buon governo delle società e, posteriormente, attraverso certe disposizioni legali imperative. Fondamentalmente, per quanto riguarda allo svolgimento di un certo controllo sulla contabilità della società, le misure adottate si centrano nell'esigenza di costituire un Comitato Audit (Comitato per la revisione dei conti, Comité de auditoría)⁸⁹⁷ entro l'organo d'amministrazione delle società quotate⁸⁹⁸.

⁸⁹⁶ In questo senso, SHAW, J.C., "The Cadbury Report, Two Years Later", in *Comparative Corporate Governance*, Eds. Hopt / Wymeersch, deGruyter, Berlin, 1997, p. 21.

⁸⁹⁷ Si giustifica il fatto di trattare qui ancora il Comitato Audit –sebbene, logicamente sotto altri profili- giacché, come si è considerato, presenta diversa natura giuridica secondo se la sua generazione è stata originata dall'autoregolazione, caso nel cui deve essere considerato «come una semplice commissione di carattere interno» o se si è generato per intervento della legge, la cui stabilisce questo Comitato assoggettato a certe funzioni. In questo caso, che è quella in cui ci troviamo dopo l'entrata in vigore della Ley 44/2002, ci troviamo di fronte a un "organo" che ha una funzione di sorveglianza, anche se con una competenza ristretta, di certe attività dello stesso Consiglio di amministrazione, SÁNCHEZ CALERO, F., "Líneas generales del régimen del Comité de auditoría...", *Op. cit.*, p. 199. E tutto quello senza pregiudizio della sua formulazione originaria come commissione delegata del Consiglio nell'Informe Olivencia. Corrisponde ora fare riferimento a questa visione organica del Comitato, superatrice della trattazione volontaria che li abbiamo offerto previamente. Ebbene, in realtà, fare riferimento a questo Comitato nelle società quotate deve partire dalla base che non riceve una delegazione del Consiglio per la supervisione o sorveglianza, ma che tali funzioni di supervisione o sorveglianza le riceve il Comitato Audit dalla legge e dallo statuto (*Íbid.* p. 200). In senso simile, si pronuncia SÁNCHEZ CALERO, F., "La reforma del Comité de

D'altronde, per le società chiuse, nelle quali non si richiede la creazione di questo comitato (sebbene si può costituire volontariamente facendosi uso della capacità di autoorganizzazione del Consiglio), la garanzia di controllo contabile rimane ancora basata sulla responsabilità degli amministratori. Infatti, nelle società chiuse organizzate attraverso un sistema di governance basato nel modello monistico solo gli amministratori saranno responsabili di fronte alla società ed all'esterno dei danni che dal inadeguato adempimento dei doveri contabili si derivino, senza poter condividere attraverso relazioni di solidarietà tale responsabilità –come succede nel sistema dualistico con la distribuzione di responsabilità fra amministrazione e controllo- e senza che questa possa essere scusata. Allo stesso tempo, la configurazione della responsabilità si fa sulla base del dovere di tutti gli amministratori di vigilare e rispondere dall'attuazione in materia contabile degli altri membri dell'organo, indipendentemente da come si sia organizzato questo. Così, nel sistema monistico si tratterebbe di stabilire –avendo gli amministratori il dovere di garantire il suo adeguato funzionamento- un sistema di controllo interno⁸⁹⁹.

auditoría”, *Op. cit.*, pp. 249-250. Questa differenziazione di configurazione giustifica che s’eviti meticolosamente la denominazione di «Commissione», utilizzando nel suo posto quella di «Comitato Audit», VELASCO SAN PEDRO, L.A., “El Comité de Auditoría”, *Op. cit.*, p. 1102, il che ugualmente nega la sua condizione d’organo delegato e giustifica la sua trattazione come organo autonomo. Tutto quello giustifica collocare al sistema monistico spagnolo entro un *tertium genus*, lontano ormai dal monismo stretto, che è stato qualificato come un «monismo rinnovato» o un «dualismo attenuato», così, ESTEBAN VELASCO, G. “La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo”, in *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Coord. Esteban Velasco, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 165. Questa forma d’articolare la riforma introducendo il Comitato Audit senza controllare il modello di *Corporate Governance* in Spagna è stato oggetto di critica dalla dottrina spagnola giacché «introduce il pezzo senza revisionare il modello», ALONSO UREBA, A., “Hacia un modelo monista revisado...”, *Op. cit.*, p. 572.

⁸⁹⁸ Si è affermato che questi sono Comitati «ad hoc» e «ad intra», strumenti ausiliari che facilitano o preparano l’esercizio dal Consiglio delle sue funzioni di formulazione del bilancio e controllo degli esecutivi, che non si delegato, ma che si rafforzano o perfezionano con questo sistema, OLIVENCIA RUIZ, M., “Tendencias actuales en la administración...”, *Op. cit.*, p. 12.842. Si tratta, dunque, di un’organismo entro il Consiglio di amministrazione delle società quotate con delle funzioni specifiche, che si possono qualificare come interne e strumentali che servono d’aiuto o ausilio dello stesso Consiglio di amministrazione, relative all’aspetto di revisione del processo d’elaborazione dei documenti contabili della società, SÁNCHEZ CALERO, F., “Líneas generales del régimen del Comité de auditoría...”, *Op. cit.*, p. 195.

⁸⁹⁹ MONTALENTI, P., “Organismo di vigilanza e sistema dei controlli”, *Giur. Comm.*, 2009, II, p. 644.

a) La supervisione e controllo contabile da parte del Comitato Audit

Le società quotate conformano l'ambito ove questo controllo interno è sperimentato un maggior svolgimento, sia normativo, sia attraverso i codici di buon governo. Ciò nonostante, le implicazioni legislative non sono troppo precise. Fondamentalmente, la costruzione di questo sistema di controllo interno –per quanto riguarda al piano contabile- si basa nell'esigenza stabilita dalla D.A. 18^a della LMV di costituire entro il Consiglio di Amministrazione un Comité de Auditoría, integrato nella sua maggioranza da membri non esecutivi del Consiglio e contando con, almeno, un membro indipendente designato in funzione dalla sua conoscenza e la sua esperienza in materia di ragioneria, revisione dei conti o entrambe. Non si tratta, nonostante, di un organo indipendente, giacché la sua nomina si produce dallo stesso Consiglio di amministrazione e principalmente fra i suoi membri⁹⁰⁰. Il catalogo delle funzioni che glieli assegnano, nonostante, in occasioni perde virtualità a causa dal carattere programmatico e generale delle funzioni che ha affidate, di fronte allo quale si permette che le competenze del Comitato si determinino in modo più preciso nello statuto. Ugualmente si realizza un appello all'autoorganizzazione in quanto questa è chiamata a velare per l'indipendenza del suo funzionamento.

b) Funzioni del Comitato Audit

⁹⁰⁰ Precisamente, si è considerato che il carattere interno del Comitato Audit lo fa inefficiente per scoprire i casi di cattiva amministrazione e di frode, al essere più orientati a soddisfare quello che da loro si spera che ad adempiere una missione oggettiva. In questo senso, FERRARINI, G. e GIUDICI, P., "Financial Scandals and the Role of Private Enforcement: The Parmalat Case", *ECGI-Law Working Paper*, num. 40, May 2005, p. 33-34. Pure disponibile in *After Enron: Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US*, Eds. Armour e McCahery, Hart, Portland, 2006, p. 186. Ugualmente, come si è considerato, la revisione legale dei conti presenta come vantaggio rispetto ai Comitati Audit che si mostrano più attivi nella difesa degli interessi degli azionisti che i Comitati Audit, che tendono ad adottare una visione più legalista del suo ruolo e le sue responsabilità; così, ENRIQUES, L., "Corporate Governance Reforms in Italy: What Has Been Done and What Is Left to Do", *EBOR*, num. 10, 2009, pp. 494-495. Perciò la maggioranza dei sistemi non gli trattano come figure alternative, ma complementari.

La prima delle funzioni che fissa la DA 18^a LMV per il Comitato Audit nella sua funzione di controllo contabile, è quella d'informare all'Assemblea generale di qualsiasi circostanza o irregolarità che osservino nello svolgimento delle sue competenze. Questa funzione si metterà in pratica in due momenti principalmente: in primo luogo, dovendo rispondere alle questioni che sollevino i soci sulla base del progetto di bilancio che si presenta all'Assemblea generale per la sua approvazione, facendosi così uso del suo diritto d'informazione. E, in secondo luogo, durante lo svolgimento dell'Assemblea generale, dando risposta a quante domande si suscitino sulla situazione e l'informazione contabile della società⁹⁰¹.

Seguitamente, glieli attribuisce la missione di supervisionare l'efficacia del controllo interno della società, l'internal audit, nel suo caso, e i sistemi di gestione dei rischi, in collaborazione con i revisori legali dei conti⁹⁰². Questa funzione presenta un certo parallelismo alla missione attribuita dall'ordinamento italiano di sorvegliare l'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, così come della sua idoneità per rappresentare in modo corretto gli atti di gestione (art. 2409 octiesdecies, 5^o comma, b) C. c. ita.). Si tratta questa misura di un controllo preventivo, la cui finalità ultima si deve cercare nella constatazione della capacità della struttura organizzativa della società per scoprire e reagire di fronte a situazioni di rischio finanziario (*financial distress*).

⁹⁰¹ Dobbiamo collocarci a favore di questa possibilità d'informazione attiva del Comitato, che supera l'ambito ristretto d'informazione del Comitato nella configurazione della normativa. Infatti, la legge stabilisce che il Comitato Audit deve informare all'Assemblea generale degli azionisti sui quesiti *che in quella richiedano gli azionisti* in materie della sua competenza, SÁNCHEZ CALERO, F., "Líneas generales del régimen del Comité de auditoría...", *Op. cit.*, p 203 (la corsiva è nostra). Restringere la sua capacità d'informazione sollo sulle questioni che esponano gli azionisti senza poter prendere l'iniziativa di comunicare fatti rilevanti nell'Assemblea coinvolge, dalla nostra prospettiva, svuotare di contenuto a questo comitato.

⁹⁰² La difficoltà di configurazione dalla normativa degli obblighi in materia di controllo dei rischi è dovuta alla molteplicità delle situazioni concrete che possono affettare a ognuna delle società. A questo riguardo, considera il Libro Verde sul *Quadro dell'Unione Europea in materia di Governo Societario*, della Commissione Europea del 5 aprile 2011 –COM(2011) 164 finale-, che «Quindi, tenendo in considerazione la diversità delle varie situazioni, non sembra possibile proporre un modello unico di gestione del rischio per tutte le tipologie di società. È tuttavia indispensabile che il Consiglio di amministrazione garantisca una sorveglianza idonea dei processi di gestione dei rischi».

Un maggior rilievo nella materia che ci occupa ha la terza delle funzioni che ha affidata il Comitato Audit, consiste nella sorveglianza del processo d'elaborazione e presentazione dell'informazione finanziaria regolata. Vale a dire, i membri del Comitato audit devono supervisionare e controllare il modo in cui il bilancio viene elaborato entro la struttura dell'impresa ed il resto dell'informazione finanziaria richiesta dalla normativa del Mercato Mobiliare. Nelle società di grandi dimensioni, come sono normalmente le quotate, la formulazione del bilancio diventa un compito abbastanza complesso a causa dell'enorme quantità degli allibramenti che si devono maneggiare. È perciò che, pur essendo affidato l'adempimento di questo dovere all'organo d'amministrazione, nella pratica, lo svolgano soggetti interni alla struttura della società –i ragionieri e i direttori generali- e che i direttivi e i membri del Comitato Audit stabiliscano gli adeguati sistemi di controllo o di sorveglianza della contabilità, e che si concretano nella nomina d'ispettori, revisori e auditori interni. Il Comitato audit svolge così, entro l'organo d'amministrazione, il dovere di supervisionare i sistemi interni di revisione dei conti e di controllare l'adeguato adempimento dei doveri contabili in vista dell'elaborazione dell'informazione finanziaria obbligatoria⁹⁰³. Ovviamente, per raggiungere quest'obiettivo, sarà necessario che la neutralità che deve caratterizzare questo Comitato sia reale.

Ugualmente, il Comitato Audit ha la missione di proporre all'organo d'amministrazione la nomina dei revisori dei conti o le società d'auditing, coi quali svolgerà i rapporti opportuni per ricevere informazione su quelle questioni che possano mettere a rischio l'indipendenza dei revisori, attuando come garanti della neutralità e indipendenza di questo controllo esterno alla società⁹⁰⁴. Il suo parere

⁹⁰³ SÁNCHEZ CALERO, F., "Líneas generales del régimen del Comité de auditoría...", *Op. cit.*, p. 212.

⁹⁰⁴ In questo senso, il punto 4.2.2 dell'Allegato I della Raccomandazione della Commissione del 15 febbraio 2005, determina che il Comitato per la revisione dei conti dovrà «continuare a vigilare sulla natura e sulla portata dei servizi diversi dal controllo contabile prestati dal revisore, in particolare attraverso la pubblicizzazione, da parte del revisore esterno, dei corrispettivi versati dalla società e dal suo gruppo alla società e alla rete di revisione contabile, allo scopo di prevenire il sorgere di conflitti di interessi rilevanti». Si fa ugualmente evidente questa missione di garantire l'indipendenza dei revisori esterni la Raccomandazione num. 21 dell'Informe Olivencia, al raccomandare che il Consiglio di amministrazione e la Comisión de Auditoria controllino le situazioni che possano supporre un rischio per l'indipendenza dei revisori legali dei conti esterni

sull'indipendenza dei revisori si dovrà riflettere nella relazione che annualmente emettano.

c) Trattazione del Comitato Audit nei Codici di Buon Governo

Questa configurazione generica che fa la LMV sul Comitato Audit, trova un maggiore sviluppo nei Codici di Buon Governo. Nonostante il carattere volontario del Código Unificado de Buen Gobierno, l'applicazione della regola di "adempiere o spiegare" (*comply or explain*) comporta l'assoggettamento al suo contenuto della pratica totalità delle società, sotto pena della perdita della credibilità dell'informazione che emettono⁹⁰⁵. Al riguardo, la raccomandazione num. 44 del Código fa riferimento alla costituzione del Comitato Audit richiesto dalla LMV entro il Consiglio di amministrazione. Il Código insegue le norme sulla configurazione dei Comitati contenute nella Raccomandazione della Commissione del 15 febbraio 2005, sul ruolo degli amministratori senza incarichi esecutivi o dei membri del consiglio di sorveglianza delle società quotate e sui comitati del Consiglio di amministrazione o di sorveglianza⁹⁰⁶. Dopo questo rinvio, il Código de Buen Gobierno richiede che il Regolamento del Consiglio contenga le regole di composizione e funzionamento del Comitato, caratterizzando il suo contenuto. In concreto, s'impone che i membri del Comitato Audit (come quei delle restanti commissioni) siano nominati *in considerazione delle conoscenze, attitudini e esperienza dei consiglieri e la missione di ogni Commissione* (rec. 44.a.)⁹⁰⁷.

della società e, in concreto, che verifichino la percentuale che rappresenta la parcella soddisfatta da tutti i concetti sul totale delle incassi della società di revisione, e che si offra pubblicamente informazione sui quei che corrispondano a servizi professionali di natura diversa a quella di revisione.

⁹⁰⁵ Lo stesso Código, nella definizione dei suoi Principios Básicos caratterizza la volontarietà con i seguenti termini: la legislazione spagnola lascia alla libera autonomia di ogni società la scelta d'inseguire o meno le raccomandazioni di corporate governance, ma gli richiede che, quando non lo fanno, rilevino i motivi che giustificano la sua attuazione, allo scopo che gli azionisti, gli investitori ed i mercati in generale gli possano giudicare (p. 7).

⁹⁰⁶ DOCE del 25 febbraio 2005.

⁹⁰⁷ Il Codice di Corporate Governance del Regno Unito (UK Corporate Governance Code), raccomanda che i membri dell'Audit Committee abbiano «recent and relevant financial experience» (C.3.1). Nell'ambito anglosassone risulta orientativa la nuova versione pubblicata in Settembre 2012 dal FRC, *Guidance on Audit Committees* (originariamente del 2010).

Raccomanda ugualmente il Código che la sua composizione si faccia esclusivamente attraverso consiglieri esterni in numero superiore a tre; dovendo essere il suo presidente un consigliere indipendente.

Entro la speciale considerazione che fa il Código Unificado sulla necessità che i consiglieri che occupino una determinata commissione sia specificamente qualificati per lo svolgimento delle competenze inerenti alla sua carica (raccomandazione 46)⁹⁰⁸, si raccomanda che nel Regolamento del Consiglio s'ammetta espressamente la possibilità che i membri del Comitato riescano ad ottenere consulenza esterna, quando lo considerino necessario per lo svolgimento delle sue funzioni.

S'impone al Comitato Audit, ugualmente, una nuova competenza: quella di supervisionare l'adempimento dei codici interni di condotta e delle regole di corporate governance, salvo che specificamente si abbia conformato entro il Consiglio di amministrazione una Commissione di Adempimento o di Corporate Governance. Ciò nonostante, si riconosce che le sue principali funzioni sono quelle legate alla formulazione dell'informazione contabile obbligatoria della società, così come controllare la funzione di revisione interna della società e la gestione dei rischi.

Per quanto riguarda alle sue funzioni di controllo e gestione dei rischi, il Comitato Audit dovrà identificare i diversi tipi di rischio (operativi, tecnologici, finanziari, legali, reputazionali...) con i quali si trova la società, considerando fra i finanziari o economici, i passivi contingenti e altri rischi fuori del bilancio; si dovrà stabilire nel tempo stesso il livello di rischio che la società riputa accettabile; identificare le misure previste per mitigare l'impatto dei rischi identificati, nel caso che questi si materializzino; e, finalmente, dovranno identificare i sistemi

⁹⁰⁸ Su questo quesito si pronunciava ugualmente l'Informe Aldama al raccomandare che la Comisión de Auditoría y Control sia integrata esclusivamente da consiglieri esterni, *prendendo in considerazione le sue conoscenze e esperienza professionale*, e conservandosi nella commissione una proporzione fra dominicali e indipendenti simile a quella dello stesso Consiglio.

d'informazione e controllo interno che si utilizzeranno per gestire tali rischi⁹⁰⁹. Così, si costata e consolida la missione di verificare l'adeguato funzionamento del sistema di controllo e sorveglianza dei meccanismi contabili della società – sebbene il suo disegno corrisponde alla totalità del Consiglio di amministrazione.

Rispetto al funzionamento di questi sistemi d'informazione e controllo interno⁹¹⁰, il Código Unificado raccomanda che il Comitato Audit supervisione il processo d'elaborazione e l'integrità dell'informazione finanziaria relativa alla società e, in caso, al gruppo, revisionando per quello l'adempimento dei requisiti normativi, l'adeguata delimitazione del perimetro di consolidazione e la corretta applicazione dei criteri contabili; ugualmente, dovrà ravvisare periodicamente i sistemi di controllo interno e di gestione dei rischi, in modo tale che i principali rischi siano identificati, gestiti e rilevati adeguatamente; così come stabilire e supervisionare un meccanismo che permetta ai lavoratori comunicare, in modo confidenziale e, se si considera adeguato anonimo, le irregolarità di potenziale rilievo, specialmente finanziarie e contabili, che percepiscano nell'ambito dell'impresa (*whistleblowing*).

⁹⁰⁹ Come afferma il Codice di Autodisciplina del Comitato per la Corporate Governance nel suo art. 7.P.2: «Un efficace sistema di controllo interno e di gestione dei rischi contribuisce a una conduzione dell'impresa coerente con gli obiettivi aziendali definiti dal consiglio di amministrazione, favorendo l'assunzione di decisioni consapevoli. Esso concorre ad assicurare la salvaguardia del patrimonio sociale, l'efficienza e l'efficacia dei processi aziendali, l'affidabilità dell'informazione finanziaria, il rispetto di leggi e regolamenti nonché dello statuto sociale e delle procedure interne», per lo quale si prevede la conformazione entro il Consiglio di Amministrazione di un Comitato Controllo e Rischi.

⁹¹⁰ Come si è osservato, la Comisión de Auditoría non è la responsabile di svolgere il controllo interno dell'informazione. La missione della commissione audit è comprovare e assicurarsi che il sistema di controllo interno che si sia stabilito funzioni e, anche, questo compito solo potrà avere successo nella sua missione se nell'ambito dell'impresa esiste un adeguato e organizzato controllo interno, SANZ PARAÍSO, L.F., “Las comisiones de auditoría y cumplimiento”, in *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Coord. Esteban Velasco, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 397. Di solito, attraverso lo statuto si stabilisce fra le competenze indelegabili del Consiglio di amministrazione la strategia generale della società e le direttive di gestione, le basi dell'organizzazione corporativa; sistemi di controllo e d'informazione al riguardo dei principali rischi della società, politica d'informazione agli azionisti e mercati sotto criteri di trasparenza e veracità; auto-portafoglio e strategia generale del gruppo imprenditoriale, *vid.* ALONSO UREBA, A., “Hacia un modelo monista revisado...”, *Op. cit.*, p. 574.

Per rendere possibile l'adempimento di queste funzioni si deve permettere che il Comitato Audit possa convocare a qualsiasi impiegato o direttivo della società, e pure disporre che compariscano senza presenza di nessun altro direttivo. Così, il Comitato Audit deve decidere se il direttore generale o il presidente del consiglio, il direttore finanziario (o i quadri responsabili delle finanze, contabilità e tesoreria), l'internal audit e quello esterno partecipino nelle sue riunioni, e se è così, quando. Il comitato deve essere autorizzato per riunirsi, se così lo desidera, con qualsiasi persona opportuna senza la presenza di amministratori, esecutivi o gerenti⁹¹¹.

In ultimo termine, nell'adempimento della sua funzione, i membri del Comitato Audit devono procurare che il Consiglio di amministrazione presenti il bilancio all'Assemblea generale senza eccezioni né dubbi nella relazione dei revisori dei conti e che, nei casi eccezionali che ci siano, il Presidente del Comitato Audit come i revisori spieghino con chiarezza agli azionisti il contenuto e la portata di tali dubbi o eccezioni (raccomandazione num. 53). Sulla base di questa norma, quello che s'esige è certare di presentare all'azionariato un'unica immagine della situazione economica, finanziaria e patrimoniale dell'impresa, cercandosi di depurare le discordanze fra i diversi soggetti che intervengono nella formazione dell'informazione contabile prima dell'emissione di questa. Ciò non esclude la possibile discrepanza d'alcun membro del Consiglio di amministrazione al riguardo della formulazione del bilancio, la che potrà essere fatta manifesto prima della sua firma oppure inclusa in una relazione individuale dell'amministratore che si presenti all'Assemblea generale.

Dobbiamo ragionare il perché di questa configurazione. Anche se in virtù della normativa del Mercato Mobiliare la costituzione di questo Comitato sia imperativa e che le funzioni siano quelle legalmente definite, l'anormale funzionamento o la mancanza d'attuazione del Comitato non vizia il procedimento di formulazione e approvazione del bilancio sempre che questo sia stato

⁹¹¹ Così, il punto 4.3.3 dell'Allegato I della Raccomandazione della Commissione del 15 Febbraio 2005.

adeguatamente formulato dal Consiglio di amministrazione (si ricordi che è valida la sua formulazione con le eccezioni o i dubbi di alcuni dei membri dell'organo che, anzi, possono essere in concreto i membri del Comitato Audit) e approvato dall'Assemblea generale convocata al riguardo in modo dovuto. Un altro discorso è che, derivato dal dovere di diligenza inerente alla sua carica, dobbiamo considerare che i membri del Comitato Audit, per salvare la sua responsabilità devono fare tutto quanto possibile per evitare la produzione dei danni derivati dall'incorrezione del bilancio formulato. Questo si farà, in prima istanza, attraverso la comunicazione ai revisori esterni dei conti (al riguardo dell'elaborazione della sua relazione) e all'Assemblea generale (per quanto rispetta all'approvazione del progetto di bilancio) delle irregolarità che hanno percepito in quello; in seconda istanza, consideriamo che la diligenza nell'esercizio delle sue funzioni richiederà, ugualmente, promuovere l'impugnazione della deliberazione d'approvazione del bilancio –se questa scelta è stata adottata dall'Assemblea generale-.

d) La responsabilità del Comitato Audit

L'infrazione delle norme sul Comitato Audit per quanto riguarda alla formulazione del bilancio dall'organo d'amministrazione può generare responsabilità amministrativa e civile agli amministratori, ma non incidono nel processo d'elaborazione del bilancio né sulla validità della deliberazione dell'Assemblea generale per la quale s'approva il bilancio formulato⁹¹².

Considerate le funzioni che deve adempiere il Comitato Audit nelle società quotate dei sistemi monistici –conclusioni che si possono estrapolare al Comitato per il controllo sulla gestione del sistema monistico italiano-, il principale problema al cui deve fare fronte la configurazione di questo Comitato è la delimitazione degli ambiti di responsabilità. Così, la costruzione di questa

⁹¹² SÁNCHEZ CALERO, F., "Líneas generales del régimen del Comité de auditoría...", *Op. cit.*, pp. 212-213.

commissione entro l'organo d'amministrazione⁹¹³ si articola legalmente senza stabilire nessuna precisione sullo spazio di responsabilità che gli corrisponderà quando dai suoi inadempimenti se ne derivino danni.

La soluzione al problema della delimitazione delle responsabilità dipenderà dalla natura giuridica che glieli riconosca al Comitato. Se, come si è ritenuto, nelle società quotate si conforma questo Comitato non come una delegazione volontaria delle facoltà entro il Consiglio, ma come la costituzione di un organo con funzioni e attribuzioni stabilite dalla legge e lo statuto –che non dipendono, dunque, da una delega-, la responsabilità sarà diversa. Questo ci deve fare differenziare due ambiti della responsabilità. Così, in primo luogo e a livello interno, dei fatti dannosi che si derivino da un inadempimento delle sue funzioni da parte del Comitato Audit (per esempio, la non rilevazione delle anomalie o sbagli nel funzionamento dei sistemi di controllo e internal audit) risponderanno i membri del Comitato di forma solidale, seguendosi la regola generale dell'art. 237 LSC. Solo si potranno esonerare di responsabilità quando provino (pesando su di loro la carica della prova) che attuarono diligentemente nell'adempimento delle sue funzioni e che, agendo in questo modo non potevano prevedere le conseguenze dannose degli atti che controllavano o che, prevedendole, hanno fatto tutto quanto era possibile per evitare la produzione dei suoi effetti.

In secondo luogo –in modo *pseudo-esterno*-, per quanto riguarda alla responsabilità per tali danni dei restanti membri dell'organo d'amministrazione non integranti del Comitato Audit e che, in virtù della distribuzione che la legge fa delle competenze si trovano vuoti di attribuzioni nel piano contabile –al di là della firma del bilancio e la formalità della sua presentazione all'Assemblea-, si ritiene che questi non risponderanno dei danni derivati dell'attuazione o omissione dei

⁹¹³ Al riguardo alcuni autori preferiscono di qualificarla come una "commissione interna entro il Consiglio", che deve svolgere determinate funzioni di controllo o sorveglianza; invece di considerarla come una "commissione delegata". Su questo quesito, SÁNCHEZ CALERO, F., *Íbid.*, p. 215.

membri del Comitato Audit⁹¹⁴. Si romperebbe così l'imputazione collettiva dell'organo amministrativo⁹¹⁵. Questo ultimo è dovuto, da un lato, a che il resto del Consiglio di amministrazione è sprovvisto di competenze al riguardo (e che tali competenze non sono state distribuite in modo accordato, ma per imposizione legale) e, d'altronde, a che è questa un'esigenza dell'indipendenza che deve caratterizzare al Comitato Audit e che cancella incluso il dovere di vigilanza dei consiglieri non membri del Comitato sui membri di questo⁹¹⁶. Si potrebbe considerare, nonostante, la possibilità d'ampliare la responsabilità del Comitato al resto del Consiglio per colpa in eligendo dei membri del Comitato giacché questi sono designati per e fra i membri dello stesso organo d'amministrazione, opzione che, comunque, consideriamo non adatta⁹¹⁷.

Invece, per quanto riguarda alla responsabilità che si deriva dall'ambito competenziale di tutto il Consiglio di amministrazione, i membri del Comitato Audit risponderanno in modo solidario con il resto dei membri dell'organo amministrativo, intanto che integranti di questo e che conservano una missione di supervisione sul comportamento dell'insieme dell'organo. Restano ferme le cause d'esenzione di responsabilità per ignoranza del fatto, per salvare la sua

⁹¹⁴ In modo specifico su queste idee, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., "Líneas generales del régimen del Comité de auditoría...", *Op. cit.*, pp. 215-217.

⁹¹⁵ VELASCO SAN PEDRO, L.A., "El Comité de Auditoría", *Op. cit.*, p. 1122, il che considera che la divisione del lavoro attua come un "tagliafuoco di responsabilità".

⁹¹⁶ Questo ha portato alla dottrina a chiedersi su se il fatto di appartenere al Comitato Audit (oppure il Comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico italiano) comporti l'assunzione di una responsabilità diversa e più rigorosa da quella che grava sugli altri amministratori. Con riferimento al sistema monistico italiano, *vid.* CALANDRA BUONAURA, V., "I modelli di amministrazione e controllo...", *Op. cit.*, p. 555. Infatti, alcuni autori hanno ipotizzato l'esistenza al riguardo dei membri del comitato di una doppia responsabilità: quella normale come che amministratori, alla quale si aggiunge una responsabilità specifica per la violazione dei doveri di controllo previsti dalla legge o derivati delle funzioni attribuite al comitato.

⁹¹⁷ Si deve ancora considerare qui la speciale attenzione che adotta la normativa del Mercato Mobiliare e dei propri codici di buon governo all'ora di definire l'idoneità dei membri del Comitato Audit come requisito per occuparlo. Ciò nonostante, il Comitato Audit, pur essendo una forma organizzativa meno intensa che la delega, paradossalmente, se facciamo eccezione della *oupa in eligendo*, d'altronde fortemente limitata dalla composizione del Consiglio e le proporzioni fissate dalla stessa disp. adic. Fra consiglieri esecutivi e non esecutivi, non si vede come potrebbero intrare in gico gli altri due presupposti classici [*culpa in vigilando* e *in eligendo*], specialmente quando la Legge obbliga a favorire l'indipendenza dell'organo, VELASCO SAN PEDRO, L.A., "El Comité de Auditoría", *Op. cit.*, p. 1122.

responsabilità o per evitare gli effetti dannosi degli atti. Si consideri che, al riguardo, non tutti i danni che si derivino dalle irregolarità contabili saranno attribuibili in modo esclusivo al Comitato, ma che un importante numero di questi -tutti quei che si derivino dalla formulazione del bilancio (del quale si responsabilizzeranno tutti gli amministratori), del diritto d'informazione dei soci (salvo il dovere speciale d'informazione del Comitato al cui abbiamo fatto riferimento prima), del dovere di deposito e pubblicità dell'informazione contabile...- saranno responsabilità dell'insieme dell'organo amministrativo. Ugualmente competerà al Consiglio di amministrazione la responsabilità nei casi d'inadempimenti di questo di fronte al Comitato, per esempio, quando s'ometta la sua nomina o costituzione, quando s'interferisca nella sua indipendenza, s'ostacoli l'adempimento delle sue funzioni...

Invece, se consideriamo la teoria che il Comitato ha il carattere di una commissione delegata dall'organo d'amministrazione -ed, in ogni caso, per le società non quotate, nelle quali la conformazione del Comitato Audit non si produce per imperativo della legge, ma nell'esercizio delle facoltà di autoorganizzazione dell'organo d'amministrazione-, la soluzione deve essere diversa. In questo caso, non si attribuisce al Comitato il carattere di organo, ma che sarà semplicemente una forma di delega interna delle funzioni del Consiglio in determinati membri di questo; dunque, dato la sua origine volontaria, il resto dei membri del Consiglio che non integrino questa commissione conserveranno la sua responsabilità per colpa *in eligendo* o *in vigilando*. In questi casi, la costituzione di questo Comitato Audit non modificherebbe la sua responsabilità esterna, che sarà solidale con gli altri membri dell'organo d'amministrazione, intanto che gli integranti di questo comitato fanno parte del Consiglio di amministrazione; per il contrario, si sarebbe possibile considerare una graduazione della colpa nei rapporti interni fra i co-obbligati⁹¹⁸. Così, indipendentemente dall'attuazione del Comitato, il Consiglio conserverebbe la sua responsabilità collettiva, il che non esclude che i membri del Consiglio possano scagionarsi della responsabilità per gli

⁹¹⁸ Condividiamo qui la risposta a questo difficile quesito interpretativo offerta dal prof. CALANDRA BUONAURA, V., "I modelli di amministrazione e controllo...", *Op. cit.*, p. 556.

atti dei membri del Comitato quando ignorino tali attuazioni, o quando non potevano evitarle secondo le regole generali dell'art. 237 LSC, allo stesso modo, conservandosi questa responsabilità di tutto l'organo amministrativo ad extra della società, quello non impedisce che si possano esercitare azioni interne fra i consiglieri per redistribuire la sua responsabilità secondo la sua implicazione effettiva nel presupposto che generi il danno⁹¹⁹.

ii. Sistema tradizionale italiano

Nel sistema tradizionale italiano, sul Collegio Sindacale come organo di controllo interno pesano due gruppi di obblighi: il primo, formato da quei obblighi che si possono considerare come specificamente determinati, consistenti in partecipare nelle riunioni dello stesso Collegio, del Consiglio di amministrazione e dell'Assemblea generale; e il secondo, composto da altri, inquadrabili nel dovere generico di supervisionare la gestione ed i conti della società⁹²⁰. Per quanto a qui riguarda, questo secondo blocco di doveri sono i più rilevanti e si concreteranno nel dovere di vigilare che s'adempia il contenuto della legge e dello statuto sociale, così come che si rispettino i principi di una corretta amministrazione. Allo stesso tempo, il Collegio Sindacale deve attuare garantendo l'adeguamento della struttura organizzativa, amministrativa e contabile che sia adottata dalla società, così come verificare il suo adeguato funzionamento.

Come abbiamo considerato previamente, dopo le ultime riforme in materia di società, la funzione di revisione contabile propriamente considerata è stata affidata in la maggioranza dei casi –che sono anche quei di maggior rilievo economico: società quotate, gruppi di società o quando s'adottino (facoltativamente) i modelli di governo monistico o dualistico- alla revisione legale dei conti (external audit). Ciò nonostante, il Collegio Sindacale conserva questo

⁹¹⁹ Così, VELASCO SAN PEDRO, L.A., "El Comité de Auditoría", *Op. cit.*, p. 1123.

⁹²⁰ Su questa differenziazione, DEMARCHI, P.G., "La responsabilità dell'organo di controllo interno", *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di Ambrosini, Giuffrè, Milano, 2007, p. 68.

dovere di verificare la struttura contabile che esiste nella società, così come costatare che i sistemi interni di circolazione dell'informazione contabile (controllo interno e gestione dei rischi) funzionino in modo adeguato⁹²¹. In questo modo, attuano come garanti che, di fronte a situazioni di cambi patrimoniali e finanziari di rilievo, si attivi l'allerta e si possano adottare il più velocemente possibile le misure adeguate per evitare conseguenze più gravi⁹²². Come s'osserva, inesorabilmente legata al dovere di vigilare sull'adeguatezza della struttura organizzativa, contabile, amministrativa, patrimoniale e tecnica, c'è una responsabilità per *l'inadeguatezza* di quelle alle richieste dell'impresa⁹²³.

Nello svolgimento di queste funzioni, i sindaci devono attuare con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico, essendo responsabili della veracità delle sue dichiarazioni e dovendo mantenere il segreto sui fatti e documenti dei quali ne hanno conoscenza per ragione della sua carica. Come s'osserva, i parametri di diligenza e il dovere di lealtà presentano una configurazione equiparabile a come s'articola per gli amministratori della società. Si tratta comunque di una responsabilità soggettiva, in modo tale che non glieli potrà imputare mai responsabilità prescindendo dei criteri attributivi della colpa o il dolo⁹²⁴.

⁹²¹ Si costata in questo modo la «scissione fra controllo contabile e vigilanza sull'amministrazione», al riguardo, *vid.* CERA, M., "I controlli nelle società di capitali «chiuse» fra modelli legali ed evoluzione della realtà", *Giur. Comm.*, 2003, I, p. 357. Così, «pur nella previsione di una competenza specifica di controllo contabile in capo al revisore o alla società di revisione, il collegio sindacale non sembra affatto perdere, come potrebbe apparire, le sue funzioni in materia contabile» (*ibid.* p. 358).

⁹²² In questo senso, l'organizzazione contabile si deve configurare in modo tale che faccia possibile un controllo efficiente, e che, in conseguenza, insieme alle altre funzioni che ha assegnata, il Collegio sindacale deve verificare che il sistema amministrativo-contabile permetta eseguire un controllo adeguato, così come garantire che il sistema contabile dell'impresa sia idoneo per riflettere i fatti con rilievo economico operati dall'impresa. In questo senso, BUONOCORE, V., "Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile", *Giur. Comm.*, 2006, I, p. 24; specificamente per quanto riguarda all'ambito bancario, COSTI, R., *L'ordinamento bancario*, 4^a Ed., il Mulino, Bologna, 2007, pp. 567-568.

⁹²³ Su questo quesito, BUONOCORE, V., "Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità...", *Op. cit.*, p. 28.

⁹²⁴ Ciò non comporta, come si è considerato, che il sistema italiano si sia evolto al riguardo delle prime osservazioni che prendevano in considerazione una responsabilità secondo la diligenza propria del mandatario, alla situazione della regolazione attuale, nella cui si fa riferimento ai criteri di professionalità ed alla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. Così, MAGNANI, P.,

Nello svolgimento di questa diligenza per l'adempimento del suo dovere, i sindaci possono fare uso di una serie di poteri riconosciuti nell'art. 2403 bis C.c., e fondamentalmente concretati in portare a termine in ogni momento, e pure a titolo individuale, gli atti d'ispezione e controllo che considerino adatti⁹²⁵. Allo stesso modo, potranno chiedere agli amministratori informazioni sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati negozi. Per l'esercizio di queste funzioni di controllo e d'ispezione possono avvalersi da dipendenti e ausiliari per conto proprio.

Sul modo in cui rispondono, l'art. 2407, 2^o comma, C.c. considera che lo faranno di forma solidale con gli amministratori per i fatti e le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se questi avessero svolto la sua attività di sorveglianza secondo gli obblighi inerenti alla sua carica. Nel suo inoltro glieli applicheranno le stesse norme che per esigere responsabilità agli amministratori.

Come si dimostra, la responsabilità dei sindaci deriva dalla sua funzione principale di supervisionare il funzionamento della società e l'attuazione dell'organo d'amministrazione. In questo modo, e giacché non hanno attribuite competenze dirette di concreta attuazione –oltre alla verifica del bilancio in quei casi in cui questa non sia attribuita ai revisori dei conti; così come di verifica dei sistemi di controllo, rischi e controllo interno-, i sindaci risponderanno, secondo il Codice civile, in modo solidale con gli amministratori la cui attuazione devono controllare. Ugualmente, i sindaci non risponderanno quando, pur attuando con tutta la diligenza esigibile nello svolgimento del suo

“Responsabilità del collegio sindacale”, in *Collegio sindacale, controllo contabile*, in *Commentario alla riforma delle società*, dir. Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Giuffrè, Milano, 2005, p. 257.

⁹²⁵ Anche se si è criticato a questo riguardo in occasioni la sua mancanza di neutralità giacché sono nominati dallo stesso gruppo d'azionariato di controllo che agli amministratori, MONTALENTI, P., “La experiencia italiana en la configuración de los modelos monista y dualista de administración y control”, in *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España, Cuestiones pendientes de reforma*, Tomo I, Dir. Alonso Ledesma, Alonso Ureba, Esteban Velasco, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 547.

dovere di sorveglianza, il danno derivato dalla condotta degli amministratori si sarebbe prodotto in ogni maniera.

Si tratta di una responsabilità concorrente con quella degli amministratori. Nel sistema italiano, normalmente la responsabilità si costruisce in modo tale che la responsabilità dei sindaci sia legata alla responsabilità degli amministratori⁹²⁶; sebbene non tutta responsabilità di questi implicherà necessaria ed automaticamente quella degli altri. Così, quando i sindaci dimostrino che esercitando diligentemente la sua funzione di supervisione e controllo non potettero scoprire l'attuazione o omissione antigiuridica degli amministratori dalla quale si deriva il danno –oppure, aggiungiamo, quando avendola scoperto avessero fatto tutto quanto possibile per eliminare il danno o, nel suo caso, almeno ridurre le sue conseguenze lesive-, questi non risponderanno di fronte alla società o i terzi⁹²⁷.

In principio e di fronte all'esterno, tale responsabilità sarà ugualmente solidale fra i membri del Collegio sindacale. Di fronte all'interno dell'organo, tutt'altro, la regola della solidarietà può rompersi, in modo tale che ogni sindaco risponda in funzione del livello di partecipazione soggettiva e dalla gravità della sua condotta dolosa o imprudente; ma senza che tale distribuzione possa avere nessun effetto al riguardo dei terzi esterni all'organo⁹²⁸.

Ciò nonostante, si può pure considerare la responsabilità diretta (non concorrente) dei sindaci, vale a dire, la responsabilità di forma esclusiva per violazione dei suoi propri doveri, il che avrà luogo quando il danno solo sia

⁹²⁶ Così, in questi presupposti di responsabilità concorrente, i sindaci rispondono in modo solidale con gli amministratori.

⁹²⁷ «Si può dire, semplificando, che l'art. 2403 c.c. attiene alla sfera oggettiva della responsabilità: attraverso la delimitazione dei doveri influisce sulla determinazione della responsabilità sotto l'aspetto «quantitativo»; l'art. 2407, invece, introduce un correttivo in relazione all'elemento soggettivo dell'agente, delimitando la responsabilità dal punto di vista «qualitativo» (cioè valutando le modalità di adempimento, che devono corrispondere al canone di diligenza), DEMARCHI, P.G., "La responsabilità dell'organo...", *Op. cit.*, p. 68.

⁹²⁸ DEMARCHI, P.G., "La responsabilità dell'organo...", *Op. cit.*, p. 71.

imputabile al suo inadempimento, senza vincolarsi all'attuazione degli amministratori. Questo avrà luogo, per esempio, quando nel suo compito di supervisione emettano raccomandazioni o mandati che siano adottati dall'organo d'amministrazione e che come conseguenza di questo mandato –con un contenuto anti giuridico o negligente- si produca un danno⁹²⁹.

Opportunamente, la dottrina⁹³⁰ inseguendo alla giurisprudenza⁹³¹ a considerato come requisiti per l'esistenza di responsabilità dei sindaci, l'adempimento della seguente catena di presupposti: 1) un fatto illecito da parte degli amministratori; 2) che da tale condotta si derivi un danno; 3) che ci sia una violazione del dovere di controllo corrispondente ai sindaci; 4) l'esistenza di un nesso causale fra il danno e l'omissione di controllo da parte del Collegio sindacale. Per considerare l'esistenza di questo nesso causale è necessario svolgere un giudizio ipotetico e aprioristico su quale sarebbe la condotta di vigilanza e la diligenza che il sindaco avesse dovuto svolgere nella sua funzione di controllo per avvertire la potenzialità dell'eventuale danno.

Questa responsabilità per il rilevamento degli inadempimenti contabili⁹³², a partire della riforma si trova sempre più spostata verso i revisori esterni dei conti. Quello non ci deve fare sottostimare la funzione di controllo che svolgono nell'adempimento dei doveri contabili i sindaci, che si riafferma sulla base dei rapporti d'interrelazione che ci sono fra la conformazione dell'informazione contabile e l'agire amministrativo del Consiglio di amministrazione, la cui sorveglianza corrisponde ugualmente ai sindaci.

⁹²⁹ Su questa distinzione fra responsabilità esclusiva e concorrente, *vid.* MAGNANI, P., "Responsabilità del collegio sindacale", *Op. cit.*, pp. 258-267.

⁹³⁰ DEMARCHI, P.G., "La responsabilità dell'organo...", *Op. cit.*, p. 69.

⁹³¹ *Vid.*, fra altre risoluzioni, Trib. Messina, del 12 novembre 1999.

⁹³² «Il controllo contabile assume peraltro il carattere passivo di mera rilevazione della rispondenza del bilancio ai fatti d'impresa e, di conseguenza, non è volto ad assicurare che gli amministratori perseguano l'interesse dei soci. A tal fine occorre, dunque, un diverso tipo di controllo, finalizzato a ridurre i rischi di conflitto tra gli amministratori e i soci (e, di riflesso, gli altri portatori di interessi istituzionali –cd. Stakeholder, quali creditori e dipendenti), vale a dire un controllo sulla gestione, che si aggiunga alle regole disciplinanti le funzioni e la responsabilità degli amministratori», RIGOTTI, M., "Doveri del collegio sindacale", *Op. cit.*, pp.161-162.

La responsabilità per non rilevare gli inadempimenti contabili da parte dei sindaci potrà, ancora, essere reclamata da qualsiasi soggetto pregiudicato da tale inadempimento, sia questo la società stessa, i soci, creditori o i terzi. Secondo l'art. 2407 C.c. ita., i sindaci risponderanno in modo solidale con gli amministratori per gli inadempimenti di questi ultimi quando il danno non si sarebbe prodotto se i sindaci avessero vigilato il suo comportamento secondo gli obblighi propri della sua carica⁹³³. Sull'esercizio delle azioni per esigere queste reclamazioni, saranno d'applicazione le stesse norme che al riguardo degli amministratori.

iii. Sistemi dualistici puri: modello tedesco e dualistico italiano

Non essendo questo il luogo adeguato per considerare in profondità il sistema dualistico tedesco, sarà sufficiente fare alcune considerazioni sintetiche al riguardo, le cui conclusioni, in principio e considerando le differenze che ci sono potranno essere applicabili all'organo di supervisione nel modello dualistico italiano creato con la riforma del 2003, cioè, al consiglio di sorveglianza. In primo luogo, il carattere più rilevanti di questo sistema è che la competenza per l'approvazione del bilancio corrisponde all'Aufsichtsrat, intanto che organo della società⁹³⁴, a differenza dalla regola generale nelle società spagnole e la maggioranza delle italiane (con esclusione di quelle che adottano il nuovo sistema dualistico) nelle quali tale funzione corrisponde all'Assemblea generale come organo espressivo della volontà sociale. Si deve sottolineare nonostante che mentre che il sistema dualistico tedesco permette che statutariamente si contenga una riserva di questa facoltà a mani dell'Assemblea (*ex* § 111.4 AktG), tale

⁹³³ *Vid.* CALANDRA BUONAURA, V., "I modelli di amministrazione e controllo...", *Op. cit.*, p. 554.

⁹³⁴ Così come emettere una relazione sulla base dell'attuazione dei revisori legali e qualsiasi altre funzioni che glieli attribuisca legale o statutariamente, *vid.* HOPT, K.J., "The German Two-Tier Board (Aufsichtsrat)...", *Op. cit.*, p. 6.

possibilità non s'ammette nella configurazione italiana del sistema dualistico della riforma del 2003⁹³⁵.

Sulla base di questa diversa distribuzione di competenze si può desumere che, al essere un organo sociale quello che s'incarica dell'approvazione, quando il bilancio che s'approvi contenga incorrettezze delle quali si derivino danni alla società, ai soci o ai terzi, si potrà responsabilizzare pure all'Aufsichtsrat per la sua decisione se ebbe luogo al dolo o la negligenza, cioè, quando si possa dimostrare che, in caso d'aversi esercitato le sue funzioni di controllo dell'informazione contabile che glieli presentava con la diligenza richiesta dall'esercizio della sua carica, si sarebbe potuto rilevare gli errori o incorrettezze dai quali si derivarono i danni.

Si deve considerare che i *board models* che s'assoggettano a questa struttura presentano il vantaggio competitivo che il suo bilancio approvato si trova più vicino a rappresentare l'immagine veritiera e fedele della situazione dell'impresa, giacché nella sua approvazione hanno intervenuto dei soggetti –in genere- con maggiore formazione tecnica e più interessati nel contenuto concreto della decisione che i propri soci –giacché l'opinione di questi può essere diluita nell'insieme dell'Assemblea, soprattutto nelle società con un grande numero di soci o con azionariato disperso, e quello nonostante il controllo che crescentemente stanno svolgendo gli investitori istituzionali-. Nonostante, quest'affermazione non può essere adottata apoditticamente, giacché l'organo di supervisione, in occasioni, è sprovvisto d'informazione adeguata per l'adempimento del suo dovere di supervisione e per emettere un giudizio adeguato sull'informazione che ha nelle sue mani⁹³⁶.

⁹³⁵ In questo modo, non si prevede nel sistema italiano la possibilità di una riserva di competenza a favore dell'Assemblea in virtù dell'art. 2364, n.5. *Vid.* CALANDRA BUONAURA, V., "I modelli di amministrazione e controllo...", *Op. cit.*, p. 537, «fatta salva la possibilità di prevedere in statuto la competenza assembleare in caso di mancata approvazione o qualora lo richieda almeno un terzo dei membri del consiglio di gestione o del consiglio di sorveglianza» (*Ibid.*, p. 546).

⁹³⁶ Questa prospettiva è stata messa di rilievo all'affermarsi che da un organo che normalmente si riunisce meno di quattro volte all'anno non si può sperare che controlli effettivamente il governo di una grande società. L'organo di supervisione si dovrebbe riunire almeno da 6 a 8 volte all'anno e

Ma questo non sopprime la possibilità che, dal bilancio che approvino, si derivino danni. Così, a modo d'esempio, corrisponde in ogni caso all'Assemblea generale l'adozione di decisioni sull'applicazione del risultato del esercizio o la provvista di riserve. Se il bilancio formulato dal Vorstand e approvato dall'Aufsichtsrat –e, quando competa, revisionate prima di quello-, non sono conformi con la vera situazione patrimoniale e finanziaria della società, o con i suoi risultati economici, si offrirà ai soci un'immagine distorta della realtà contabile della società, sulla quale potranno adottare decisioni inadeguate che ripercuotano in pregiudizio della società (p. es. la non assegnazione di riserve in caso di perdite, la distribuzione di utili che in realtà non si sono prodotti); o dei propri soci (p. es. non distribuire dividendi perché il bilancio non mostrava i risultati economici favorevoli che in realtà si sono prodotti).

I membri dell'Aufsichtsrat solo potranno salvare la sua responsabilità quando dimostrino che hanno impiegato la diligenza inerente all'esercizio della sua carica nell'adempimento dei suoi compiti. Pure nel caso in cui se ne derivi un risultato dannoso, peserà su di loro la carica della prova che attuarono con la diligenza richiesta nell'adempimento delle sue funzioni di supervisione, così come che hanno fatto tutto quanto era possibile per evitare il danno occasionato o, nel suo caso, almeno hanno provato a ridurlo⁹³⁷. Per tutto quello, di fronte all'esterno spesso sembra più riprovevole l'inadeguato funzionamento dell'organo di supervisione nello svolgimento della sua funzione che l'inadempimento diretto da parte della direzione (Vorstand)⁹³⁸.

dovrebbe ricevere più e migliore informazione, così, HOPT, K.J., "The German Two-Tier Board (Aufsichtsrat)...", *Op. cit.*, p. 17. Per il contrario, per quanto riguarda alla sua funzione contabile, potrebbe rimanere il suo intervento in procinto d'offrire una seconda revisione dei conti, quando il principale vantaggio che quest'organo deve apportare è quello di poter disporre d'informazione dalla stessa struttura della società.

⁹³⁷ HOPT, K.J., "The German Two-Tier Board (Aufsichtsrat)...", *Op. cit.*, p.18.

⁹³⁸ Così, curiosamente, quando si produce uno scandalo societario le principali critiche non si dirigono contro la Direzione o Vorstand, che è in fin dei conti l'organo al cui compete in esclusiva la gestione della società ma contro l'Aufsichtsrat, al quale in generale s'accusa di svolgere una supervisione superficiale della gestione sociale, ZABALETA DÍAZ, M., "Buen gobierno y sistema dual de administración. El debate en torno al Consejo de Vigilancia alemán", in *Estudios de Derecho*

La normativa tedesca stabilisce in modo espresso che per il fatto che l'Aufsichtsrat abbia approvato un'attuazione del Vorstand dalla quale si derivi un danno posteriore, non implica che s'escluda l'obbligo d'indennizzare (§ 93.4 AktG), e pure, consideriamo che si potrebbe responsabilizzare a quelli solidalmente con l'attuazione di loro se hanno inadempito il dovere diligente di supervisionare l'attuazione sua dalla quale si derivò il danno in particolare.

In conformità a questo ragionamento e considerandosi la concorrenza di responsabilità che può esistere fra i membri del Vorstand e dell'Aufsichtsrat, stabilisce la responsabilità solidale d'entrambi per fare fronte ai danni che si possano derivare dalla sua attuazione di fronte alla società stessa, i soci, creditori e i terzi (*cifr.* § 116 AktG, il che rinvia al riguardo al §93, che regola i doveri e la responsabilità della direzione).

D'altronde, nel Consiglio di Sorveglianza del sistema dualistico italiano s'avverte che, in modo diverso a quanto accade rispetto al Collegio sindacale del sistema tradizionale, per rendere responsabili ai membri del Consiglio non s'esige la professionalità richiesta dalla natura dell'incarico. Si presume che i membri del consiglio sono dotati dei caratteri di professionalità e delle conoscenze tecniche necessarie per l'esercizio della carica. Quello comporta l'effetto di fare meno rigorosa la constatazione del suo inadempimento e, dunque, favorire che abbiano successo le azioni di responsabilità di fronte a quest'organo di controllo⁹³⁹. In tali casi risponderanno solidalmente con gli amministratori.

Mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés, Coord, Sáenz García de Albizu, Oleo Banet, Martínez Flórez, Civitas, Pamplona, 2010, pp. 565-566.

⁹³⁹ Percepisce questo quesito, CALANDRA BUONAURA, V., "I modelli di amministrazione e controllo...", *Op. cit.*, pp. 554-555.

D. Ambito di responsabilità dei revisori legali dei conti (external audit)

i. Caratterizzazione della relazione giuridica e del tipo di responsabilità

Per analizzare la responsabilità dei revisori di fronte ai possibili danni che si possano infliggere dagli inadempimenti contabili, deve risultare completamente chiaro che il rapporto che vincola a questi con la società revisionata ha carattere contrattuale⁹⁴⁰ e che, a differenza da quanto accade con gli amministratori o i membri dell'organo di supervisione, l'adempimento degli obblighi che assumono in virtù del contratto non hanno il carattere di dovere organico⁹⁴¹.

Nonostante l'origine contrattuale della relazione, il contenuto del servizio di revisione legale si trova determinato dalla legge, non essendo possibile l'introduzione nel contratto concreto di revisione dei conti di clausole per le quali si limiti l'importo dell'indennizzo che si deve soddisfare nel caso di lesione, né di quelle per le quali si riducano i casi in cui risponderanno i revisori dal suo

⁹⁴⁰ Sembra uniforme nella dottrina il parere di considerare che il rapporto che vincola alla società con il revisore dei conti è un contratto, nonostante i diversi pareri sul fatto se si tratta di un contratto d'appalto o di servizi. Considerando la prima delle soluzioni che pensiamo sia più fondata, PETIT LAVALL, M.V., *Régimen jurídico de la auditoría...*, Op. cit., p. 134; GARRETA SUCH, J.M., *La responsabilidad de los auditores*, Op. cit., pp. 57 e ss. Un'interessantissima visione del rapporto giuridico della revisione dei conti dalla prospettiva dell'analisi economica del diritto si trova in PAZ-ARES, C., *La ley, el mercado y la independencia del auditor*, Civitas, Madrid, 1996, esp. pp. 25 e ss.

⁹⁴¹ In contro, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *La auditoría de cuentas anuales: aspectos sustantivos*, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 331, il che li conferisce un certo carattere organico all'obbligo, nella sua opinione, la relazione sfavorevole agli amministratori ad alterare il bilancio. Come si è reso manifesto, non condividiamo quest'opinione, risultando indipendente il segno della relazione di revisione con la sorte che abbia posteriormente il progetto di bilancio.

inadempimento⁹⁴². Quello è una derivazione diretta dal fatto che la funzione di revisione legale dei conti ha per oggetto un pubblico interesse⁹⁴³.

Considerandosi di preciso il carattere contrattuale del rapporto che lega al revisore con la società, si dedurrà un doppio regime di responsabilità: da un lato, una responsabilità di carattere contrattuale –al considerare quando il danno derivato dell’agire antiggiuridico del revisore ricade sulla stessa società ravvisata- e, dall’altro, una responsabilità extracontrattuale –la cui applicazione avrà luogo quando il danneggiato sia un terzo estraneo alla relazione del contratto-⁹⁴⁴.

ii. La relazione dei revisori: finalità e contenuto

Partendo dalla tesi che considera che il contratto di revisione dei conti ha i caratteri di un appalto (arrendamiento de obra), l’oggetto di esso sarà la realizzazione di una serie di atti tecnicamente definiti che hanno lo scopo di verificare l’adeguamento alle norme contabili dell’informazione –nel nostro caso, il

⁹⁴² In questo senso, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito y publicidad...*, *Op. cit.*, pp. 164-165, PETIT LAVALL, M.V., *Régimen jurídico de la auditoría...*, *Op. cit.*, pp. 420-421; JANÉ BONET, J., *Análisis jurídico de la auditoría...*, *Op. cit.*, pp. 155-158.

⁹⁴³ Come principale difensora di questa visione, la professoressa PETIT LAVALL, M.V., *Régimen jurídico de la auditoría...*, *Op. cit.*, p. 116-117 e pure in “La responsabilidad civil del auditor de cuentas frente a terceros”, in *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, p. 2227, essendo questa l’opinione che consideriamo più difendibile, secondo la logica del pubblico interesse protetto dalla disciplina della contabilità che riteniamo in questo studio. L’opinione della professoressa Petit si è trovata ora corroborata dal art. 19 del nuovo RLAC, il che riconosce spressamente che la responsabilità e l’attuazione dei revisori legali dei conti devono essere presieduti dal principio del pubblico interesse che comporta l’attività di revisione dei conti, ed era stata ormai riconosciuta dalla giurisprudenza sulla base di un’ampia dottrina il cui culmine si trova nella sentenza del TC num. 386/1993, del 23 dicembre. In contro, PANTALEÓN PRIETO, F., *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, Madrid, 1996, p. 75.

⁹⁴⁴ Condividiamo con la dottrina più autorizzata al riguardo che questa responsabilità extracontrattuale del revisore dei conti di fronto ai terzi deve essere considerata senza limiti, sempre che si abbia generato un pregiudizio patrimoniale al terzo come conseguenza dell’inadempimento negligente o doloso delle sue funzioni, PETIT LAVALL, M.V., “La relación de causalidad en la responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros”, *RDBB*, num. 114, abril-junio 2009, p. 258.

bilancio- elaborata dagli amministratori della società ⁹⁴⁵, e che ha per oggetto l'emissione di una relazione nella cui si renda manifesta la sua opinione tecnica e fondata su tale documentazione⁹⁴⁶. Nello studio della responsabilità del revisore, la relazione della revisione dei conti sarà l'elemento chiave, intanto che funziona come repository di tutta l'attuazione svolta da questo tecnico sull'informazione contabile della società.

L'elaborazione della relazione si assoggetta al principio d'importanza relativa, considerato nella Norma Técnica de Auditoria contenuta nella Risoluzione dell'ICAC del 14 giugno 1999, e definita nel comma 2.5.16 della Norma Técnica sobre Ejecución de Trabajo (Risoluzione del 19 gennaio 1991), importanza relativa che viene definita come «La gravità o natura di uno sbaglio (inclusa un'omissione) nell'informazione finanziaria che, sia individualmente o nell'insieme, e alla luce delle circostanze che lo circondano, fa probabile che il giudizio di una persona ragionevole, che confida nell'informazione, si sarebbe visto influenzato o la sua scelta affettata come conseguenza dello sbaglio u omissione». Sulla base di questo principio d'importanza relativa si stabilisce la soglia d'errore ammissibile dagli utenti della contabilità, considerando il grado di deviazione che si può consentire senza scapito della affidabilità globale dell'informazione economica. Si deve completare questo principio con quello di «rischio probabile» regolato nella Norma Técnica 2.5.17, e che suppone la possibilità che il revisore non dettati un errore rilevante che potesse esistere nei conti, a causa dalla mancata evidenza al riguardo di una determinata partita o per l'ottenimento di un'evidenza deficiente o incompleta su di questa.

⁹⁴⁵ Nelle parole del professore VICENT CHULIÁ, conditio sine qua non della revisione legale dei conti è la "verificazione" della "veracità" (prologo all'opera di PETIT LAVALL, M.V., *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, Op. cit., p. 23).

⁹⁴⁶ In modo più preciso, la revisione legale dei conti è l'attività, svolta da una persona qualificata e indipendente, consistente in analizzare, attraverso l'utilizzazione di tecniche di ravisione e verificazione idonee, l'informazione economico-finanziaria che si desume dei documenti contabili esaminati e che ha per scopo l'emissione di una relazione diretta a rendere manifesto la sua opinione responsabile sull'affidabilità della citata informazione, allo scopo che si possa conoscere e valutare quest'informazione dai terzi, PETIT LAVALL, M.V., *Régimen jurídico de la auditoría...*, Op. cit., p. 113.

Applicabile in modo specifico al contenuto della relazione dei revisori nella censura dell'attuazione contabile che hanno svolto gli amministratori risulta la Norma Técnica de Auditoria contenuta nella Risoluzione dell'ICAC del 15 giugno 2000, sugli sbagli e le irregolarità. In quella si stabilisce la differenza fra entrambi i presupposti in funzione dell'intenzionalità della deviazione: così, gli sbagli conformano atti u omissioni non intenzionati commessi dagli amministratori, direttivi, impiegati o i terzi nella contabilità e che possono derivare di errori aritmetici o dalla trascrizione dei dati; dall'inavvertenza o interpretazione sbagliata dei fatti; o dall'applicazione incorretta dei principi e le norme contabili. D'altronde, le irregolarità sono quelle infrazioni prodotte intenzionalmente, potendo essere riferite a manipolazioni, falsificazioni o alterazioni dei registri o documenti, all'appropriazione indebita e all'irregolare utilizzazione degli attivi; la soppressione u omissione degli effetti di transazioni nei registri o documenti; nel registro d'operazioni fittizie; o nell'applicazione indebita o intenzionata delle norme e principi di contabilità.

La missione essenziale del revisore di fronte alla redazione della sua relazione sarà precisamente rilevare ed evidenziare entrambi i tipi d'irregolarità, considerandosi la difficoltà di tale costatazione giacché, come si considera nella propria Norma Técnica, normalmente l'informazione che s'affida al revisore è ormai manipolata, e dunque il revisore dovrà portare a termine la sua attuazione «con un atteggiamento di scetticismo professionale, riconoscendo che si possono trovare circostanze o fatti che rilevino l'esistenza di errori e irregolarità». Per quello, nella sua attuazione i revisori devono prevedere i meccanismi che considerino idonei per riuscire a scoprire in modo adeguato le irregolarità, stabilendo i controlli interni che si valutino adeguati in funzione dei rischi che si considerino in ogni momento⁹⁴⁷. Nell'applicazione del piano concreto di revisione,

⁹⁴⁷ In conseguenza, la Norma Técnica contiene un Annesso nel cui s'indicano una serie d'esempi di fatti e circostanze che possono aumentare il rischio di sbagli e irregolarità. Si tratta dei seguenti:

- Aspetti relativi all'integrità e competenza della direzione:
 - La direzione è dominata da una persona o da un piccolo gruppo e non esiste Consiglio o Comitato di sorveglianza con funzionamento effettivo.
 - Esiste una struttura complessa nell'entità, che non sembra giustificata.

quando si trovino sbagli o irregolarità con effetti significativi nel bilancio e che distorcono l'immagine fedele di quello, deve includere un parere con eccezioni

-
- Si omettono continuamente la correzione dei punti devoli nel controllo interno, quando queste correzioni sono possibili.
 - Esiste una rotazione nel personale chiave delle aree contabile o finanziaria.
 - Esiste un'infrautilizzo significativo e prolungato del personale del dipartimento di contabilità.
 - Si producono frequenti cambi nei consulenti legali o revisori.
 - Presioni non usuali siano interne come esterne alla società:
 - L'attività è decreciente e aumentano gli inesigibili.
 - Il fondo di manovra è inadeguato, a causa della diminuzione dei profitti o un'espansione troppo veloce.
 - Si deteriora la qualità del profitto attraverso, per esempio, del maggior rischio in vendite a credito, cambi nelle pratiche commerciali o utilizzazione di procedimenti contabili che l'aumentano.
 - L'entità necessita una tendenza in rialzo dei benefici per conservare la quotazione delle sue azioni, a causa di un'offerta pubblica prevista, di un'acquisizione di controllo o per qualsiasi altro motivo.
 - L'impresa ha un'inversione importante in un'attività o linea di prodotto assoggettata a cambi veloci.
 - L'entità dipende specialmente di pochi prodotti o clienti.
 - Pressione finanziaria sull'alta direzione.
 - Si fa pressione sul personale dell'area contabile perché finisca il bilancio in un termine anormalmente breve.
 - Transazioni non abituali:
 - Operazioni non abituali, specialmente se hanno luogo in momenti vicini alla chiusura dell'esercizio, con effetto significativo sui risultati.
 - Transazioni o trattamenti contabili complessi.
 - Transazioni con terzi vincolati all'impresa.
 - Pagamenti a terzi (per esempio, a consulenti legali, consultori o agenti) che sembrano eccessivi in relazione con i servizi prestati.
 - Problemi nell'ottenzione dell'evidenza sufficiente e adeguata.
 - Registri non adeguati, archivi incompleti, adeguamenti eccessivi nei libri e conti, e transazioni non registrate secondo procedimenti normali ed eccessive conti d'ordine.
 - Documentazione inadeguata delle transazioni come, per esempio, assenza della dovuta autorizzazione, supporti documentali non disponibili e alterazione dei documenti (questi problemi di documentazione hanno più importanza quando fanno riferimento a operazioni importanti o inusuali).
 - Esistenza di un eccessivo numero di differenze fra i registri contabili e le conferme di terzi oppure di evidenze contraddittorie o di cambi inesplicabili nei rati operativi.
 - Si danno al revisore dei conti, da parte della direzione, evasive o proposte poco ragionevoli.
 - Alcuni fattori vincolati con la trattazione informatica dei dati, vincolati con le circostanze e fatti menzionati nei punti anteriori possono includere:
 - Impossibilità d'estrarre informazione dagli archivi informatici, a causa della mancanza d'aggiornamento o, incluso, all'assenza di documentazione dei registri o programmi.
 - Esistenza di un ampio numero di cambi nei programmi che non sono stati documentati, approvati o verificati.
 - Inadeguato quadramento globale fra le transazioni in procedimento automatizzato e le banche dati dai conti finanziari.

nella sua relazione, potendo pure essere sfavorevole nel caso in cui l'irregolarità abbia entità sufficiente oltrepasando il principio d'importanza relativa⁹⁴⁸.

Per quanto riguarda agli effetti della relazione, dobbiamo reiterare che il suo contenuto non è in nessun caso vincolate per l'Assemblea generale all'ora d'adottare la sua decisione sull'approvazione o meno del progetto di bilancio a essa presentato dagli amministratori⁹⁴⁹. Nello stesso senso, il fatto di disporre di una relazione favorevole al bilancio non restringe la possibilità dei soci d'impugnare il bilancio approvato dall'Assemblea, quando considerino che il contenuto di quello non suppone un riflesso dell'immagine veritiera e fedele della situazione dell'impresa. Nell'inoltro di quest'impugnazione, per opposizione all'opinione tecnica sfavorevole del revisore si può richiedere una seconda opinione tecnica⁹⁵⁰. In questo confronto di opinioni tecniche svolgeranno un ruolo di speciale rilievo i documenti di lavoro del revisore, che sono obbligati a conservare secondo gli artt. 14 e 58 del Regolamento della LAC, agli effetti di poter essere utilizzati nel caso di esistere reclamo, giudizio o lite.

iii. La diligenza dovuta: la *Lex Artis* del revisore

A differenza dal parametro di diligenza che abbiamo considerato finora e che risultava d'applicazione nella sua attuazione agli amministratori della società,

⁹⁴⁸ Si potrebbe dare il caso in cui lo svolgimento della sua attività, al analizzare alcuna irregolarità nel proceso di formazione del bilancio, i revisori rilevino l'esistenza d'alcun reato contabile. In questo caso grava sul revisore legale dei conti –al uguale che su qualsiasi altro cittadino- il dovere di denunciare tale circostanza, essendo pure specialmetne obbligato a dare inizio ai tramiti penali per la speciale conoscenza che possa avere sui fatti con occasione della sua carica.

⁹⁴⁹ In questo senso, si può considerare che la normativa cerca di raggiungere un equilibrio fra la responsabilità degli amministratori e la sovranità dell'Assemblea generale senza che nell'applicazione di tali principi influisca in nessun caso l'attuazione del revisore dei conti. Così, GÓMEZ PORRÚA, J.M., "Las cuentas anuales de las sociedades de capital" in *Derecho Mercantil I, Vol 2º, Las sociedades mercantiles*, Coord. Jiménez Sánchez, 14ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 289, la Legge non impone l'obbligo che gli amministratori devano modificare il bilancio come risultato di una relazione di revisione con riserve, con lo quale si conserva, da una parte, la responsabilità degli amministratori e, dall'altra, la sovranità dell'Assemblea generale, per quanto che nemmeno stabilisce che l'Assemblea, di fronte ad una relazione con riserve, si deva astenere d'approvare il bilancio presentato alla sua considerazione.

⁹⁵⁰ GARRETA SUCH, J.M., *La responsabilidad de los auditores...*, *Op. cit.*, p. 72.

il revisore dovrà rispondere della sua attuazione con un modello di diligenza diverso e più rigoroso, determinato secondo la *Lex Artis* della professione che svolge. Così, il revisore non è un semplice debitore di una condotta o di un obbligo, tutt'altro si tratta di un debitore qualificato, giacché è stato scelto questo soggetto e non altro per le sue caratteristiche personali e le conoscenze che possiede, potendo prestare, al riguardo della revisione, dei risultati o un servizio superiore a quello di un altro debitore non qualificato⁹⁵¹. Questo da luogo a che in Italia sia applicabile il criterio di diligenza più severo dell'art. 1176 C.c. ita⁹⁵².

Lo stesso concetto di *Lex Artis*, nonostante, non comporta un parametro di diligenza stabile, ma che deve essere modulato in funzione dello stato della scienza della revisione dei conti in ogni momento. Per quanto qui ci interessa, lo standard di diligenza si concreta nell'insieme delle tecniche e cautele con le quali dovrà procedere il revisore nella sua attività di rilevamenti dei frodi e sbagli, e si completerà progressivamente secondo si sviluppi la tecnica della revisione dei conti, come succede mano a mano che s'offrono o modulano le norme tecniche di revisione per adattarle alle nuove necessità dell'attività⁹⁵³.

Ugualmente, per considerare la responsabilità del revisore dei conti si deve prendere in considerazione che questo svolge un'attuazione collaborativa con l'amministrazione della società, prendendo come base del suo lavoro il risultato

⁹⁵¹ GARRETA SUCH, J.M., *La responsabilidad de los auditores...*, *Op. cit.*, pp. 149 e ss. Dalla dottrina italiana, BOSTICCO, P., "La responsabilità dei revisori", in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di Ambrosini, Giuffrè, Milano, 2007, p. 187, considera che come conseguenza del carattere contrattuale, il revisore non s'assoggetta «alla diligenza del mandatario (posto poi che questo fosse effettivamente il criterio in concreto applicato), bensì a quella tipica dell'incarico conferito, con specifico richiamo alla natura professionale dell'opera svolta».

⁹⁵² Ebbene si deve esigere un parametro relazionato con la professionalità del revisore nello svolgimento della sua attività, la quale si desume dal fatto di essere iscritto nel Registro Oficial de Auditores de Cuentas (ROAC), nel Registro dei Revisori Contabili (o nell'albo Consob). Così, MAGGIOLINO, M., "Responsabilità dei revisori contabili", in *Collegio sindacale, controllo contabile*, in *Commentario alla riforma delle società*, dir. Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Giuffrè, Milano, 2005, p. 562.

⁹⁵³ In questo modo, «il professionista versa già in colpa grave se ometta quelle iniziative o cautele che avrebbe dovuto assumere secondo i principi che regolano la sua attività, ovvero se ha violato (per negligenza o scientemente, concretando una ipotesi di dolo) tali regole codificate», BOSTICCO, P., "La responsabilità dei revisori", *Op. cit.*, p. 187.

della formulazione del bilancio dagli amministratori. Questo esige che si deva modulare la responsabilità per il suo inadempimento sulla base dell'informazione concreta che gli amministratori hanno messo alla sua disposizione per lo svolgimento dell'incarico di revisione. Così, nel caso in cui dolosa o negligenzemente gli amministratori non abbiano messo alla sua disposizione tutta l'informazione che gli permetterebbe considerare l'immagine veritiera e fedele della situazione dell'impresa –o quando le basi dell'informazione che gli hanno dato siano erronee o decisamente incorrette- non sarebbe logico responsabilizzare ai revisore per avere emesso una relazione favorevole a quel bilancio giacché non erano alla sua disposizione le basi necessarie per constatare l'inesattezza dell'informazione.

Per quanto riguarda alla nota della colpevolezza necessaria per imporsi qualsiasi richiamo di responsabilità contro gli amministratori, il danno deve essere derivato da un'azione u omissione che presupponga un inadempimento del contenuto esatto dell'obbligo di revisionare e che derivi di dolo –volontà deliberata di inadempiere-, oppure oltrepassi la diligenza professionale specifica richiesta al revisore per svolgere la sua carica (*Lex Artis*).

iv. Elementi oggettivi: la condotta antiggiuridica, il danno, la relazione di causalità. In concreto, il no rilevamento d'irregolarità e sbagli

Per potere responsabilizzare al revisore, come succede in tutti gli altri schemi di responsabilità, si richiede una condotta u omissione antiggiuridica, colpevolezza da parte dell'attore, la produzione di un danno e l'esistenza di un nesso causale fra il danno e l'attuazione. Avendo considerato ormai l'ambito soggettivo della sua responsabilità, dobbiamo considerare ora le condotte antiggiuridiche che possono cagionare un danno.

Partendo dalla base che il rapporto che lega alla società revisionata con il revisore risponde alle strutture contrattuali, il danno derivato dall'inadempimento può avere il suo origine in un inadempimento radicale –il revisore non emette la sua relazione o non lo fa nel momento di scadenza dell'obbligo (termine fatale)-, oppure in un inadempimento relativo al contenuto, prodotto quando effettivamente s'emette la relazione di revisione ma in quello non si rilevano le irregolarità e gli errori che si contenevano. Quest'ultimo caso d'adempimento difettoso sarà il più abituale e al cui dobbiamo prestare un'attenzione maggiore.

E per di più, le condotte antigiuridiche che può realizzare il revisore nel suo rapporto con l'impresa si possono derivare dall'inadempimento dell'obbligo di svolgere una revisione contrattata in definitivo; dell'emissione di una relazione discorde con il risultato delle prove ottenute; dell'inadempimento delle Norme Tecniche che provochi un pregiudizio economico ai terzi o all'impresa revisionata; per 'inadempimento dei doveri d'indipendenza o segreto; per l'utilizzazione in beneficio proprio o alieno dell'informazione ottenuta dall'impresa; per l'accettazione di lavori di revisione che superino la sua capacità legale di lavoro o per l'inadempimento del dovere di conservazione e custodia di documenti⁹⁵⁴.

Il carattere dell'antigiuridicità si deriva dell'attuare il revisore disubbidendo gli obblighi assunti in funzione del suo incarico (contrattualmente) o quei che sono legalmente stabiliti (LAC). Comporta un inadempimento dell'obbligo il cui contenuto esatto deve definirsi in funzione della carta dell'incarico del servizio di revisione e il modo d'esercitare tale funzione viene definito dalla normativa di revisione e le norme tecniche di quella.

Risulta fondamentale determinare che l'attività di revisione –anche quando sia stata svolta con tutta la cautela richiesta dalla prestazione della massima diligenza e con la minuziosa osservanza di tutte le condotte che impone la *lex artis*- non è in grado di poter rilevare il 100% degli errori e le irregolarità che possano

⁹⁵⁴ Una considerazione più profonda di questo elenco d'indampimenti ci offre PETIT LAVALL, M.V., "La responsabilidad civil del auditor...", *Op. cit.*, pp. 2225-2227.

contenere il bilancio che s'assoggetta a la sua revisione⁹⁵⁵. Esiste uno spazio d'incertezza *-expectation gap-* che non può essere integrato dall'attività di revisione e che comporta un margine di discordanza fra quanto s'aspetta dal revisore (revisione e costatazione totale della regolarità dell'informazione contabile) e quello che l'attività di revisione realmente può offrire⁹⁵⁶. Si è difeso che questa distanza fra la verifica totale che aspetta il pubblico e il controllo reale che possono offrire i revisori deve essere condivisa dei revisori e dal pubblico, dovendosi determinare in ché momenti si hanno colpa effettivamente i revisori⁹⁵⁷. La società dovrà distinguere parte dell'inesattezza che deriva dall'attuazione degli amministratori e quale si è prodotta come conseguenza di un modo d'agire incompleto dai revisori, avendo sempre in considerazione la natura e le limitazioni proprie della contabilità e la revisione dei conti⁹⁵⁸.

Perché si possa derivare responsabilità ai revisori è necessario che dalla sua attuazione u omissione antigiuridica se ne derivi un danno materiale o morale. Sarebbe interessante questa considerazione dei danni morali giacché, effettivamente, la redazione di una relazione inesatta o falsa può generare alla società non solo pregiudizi economici ma pure morali (perdita di stima o immagine)⁹⁵⁹. Per quanto riguarda all'ambito esterno, invece, difficilmente si deriveranno danni morali ai terzi da una relazione di revisione inesatta, in modo tale che sul piano extrasocietario solo potranno avere la considerazione di danni i

⁹⁵⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., *La responsabilidad civil de los auditores...*, Op. cit., p. 29.

⁹⁵⁶ Come ha considerato GARRETA SUCH, J.M., *La responsabilidad de los auditores...*, Op. cit., p. 181, si deve rifiutare l'idea che ogni negozio fallito obbliga alla ricerca di un colpevole esterno, a causa della deficiente informazione offerta dal revisore; il primo obbligo dell'imprenditore, amministratore o investitore è quella di conoscersi a sé stesso e prendere cura da sé stesso; non è possibile affidare una decisione imprenditoriale in un'informazione che non era a lui destinata e ammetterla frivolarmente senza più contrasto. Non si può sostituire la colpa propria per la negligenza alliena.

⁹⁵⁷ GODSELL, D., *Auditors' Legal Duties and Liabilities*, Longman, Londres, 1991, pp. 2-3.

⁹⁵⁸ Come si è ritenuto, la generalizzata –anche se sbagliata– convinzione nell'essattezza della contabilità come metodo di registro, valutazione e determinazione dei risultati, legata alla pure generalizzata –ed anche sbagliata– credenza che il compito del revisore conferma l'essattezza di quella contabilità hanno generato quell'*expectation gap* e la conseguente preoccupazione nella professione della revisione dei conti, GARRETA SUCH, J.M., *La responsabilidad de los auditores...*, Op. cit., p. 89.

⁹⁵⁹ PETIT LAVALL, M.V., "La responsabilidad civil del auditor...", Op. cit., p. 2231.

pregiudizi economici che si derivino da un rapporto di fiducia infondato sulla base di una relazione di revisione inesatta o falsa. In questi casi di responsabilità di fronte ai terzi la difficoltà nell'esercizio dell'azione di responsabilità si deriverà dalla determinazione della quantità del pregiudizio economico sofferto.

Finalmente, gli schemi di responsabilità esigono che fra il danno prodotto e l'atto antigiuridico del revisore ci sia una relazione di causalità. Come si potrà analizzare più avanti, questo sarà l'elemento più difficile di dimostrare giacché l'attuazione del revisore non sarà per regola generale la causa unica e diretta del danno, giacché adotta come base della sua attuazione un comportamento previo degli amministratori, i quali hanno potuto incorrere ormai in responsabilità prima di affidare il bilancio a revisione, richiedendosi di conseguenza svolgere un'analisi concreta di questa situazione di concorrenza di responsabilità. Sebbene, risulta ovvio che in certi casi non si produce tale sovrapposizione delle responsabilità, ma che il pregiudizio sarà responsabilità unica e diretta dai revisori, per esempio, al riguardo dell'inadempimento totale del dovere di presentare la relazione o per la sua emissione estemporanea o discorde con le prove ottenute o con le Norme Tecniche.

Comunque, la prova del nesso causale fra l'attuazione antigiuridica del revisore e il danno prodotto richiede dimostrare che il pregiudizio sofferto nel patrimonio della società o di un terzo deriva precisamente dalla fiducia versata sulla relazione dei revisori. A questo riguardo, un caso interessante offerto dalla giurisprudenza⁹⁶⁰, la cui considera la responsabilità del auditore per l'inesattezza del contenuto della relazione. Nel caso in questione, gli amministratori consideravano che la società si trovava incorsa in una causa legale di scioglimento giacché il suo patrimonio s'aveva ridotto a meno della metà del capitale sociale. Quando il bilancio s'assoggettai a revisione, la relazione del tecnico determinò che non si costatava tale situazione patrimoniale, e di conseguenza, la società decise di continuare funzionando, come conseguenza dello quale s'incorse in nuove perdite

⁹⁶⁰ Sentenza del Juzgado de Primera Instancia num. 2 di Vitoria, del 5 maggio 2003.

finché, alla fine, la società si trovò in procinto di sciogliersi. Il giudice determinò la responsabilità del revisore giacché la sua relazione aveva creato la fiducia in una situazione patrimoniale della società meglio da quella che in realtà c'era, irrogandosi i pregiudizi che poi ne accedero.

v. Forme d'esigere la responsabilità

Dalla configurazione del contratto di revisione si deriva necessariamente che la responsabilità del revisore avrà un'architettura diversa in funzione che il pregiudicato dal danno occasionato sia la stessa società (caso nel cui si troverà vincolata col produttore del danno per una relazione contrattuale) o un terzo estraneo a tale rapporto (caso nel cui sarà necessario ricondurre la responsabilità agli schemi di quella extracontrattuale)⁹⁶¹.

La normativa positiva, nonostante, non fa un riferimento preciso al modo concreto in cui processualmente si deve promuovere la responsabilità contro gli amministratori, vale a dire, la forma giuridica della responsabilità. Così, l'art. 22.1 dell'attuale LAC determina che «I revisori di conti e le società d'auditing risponderanno dai danni e pregiudizi che si derivino nell'adempimento dei suoi obblighi *secondo le regole generali del Código civil*, con le particolarità stabilite da questo articolo». Parallelamente, la dizione del D.leg italiano del 17 gennaio 2010, di attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, determina nel suo articolo 15 che i revisori dei conti e le società di revisione legale rispondono in solido tra loro e con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei soci e dei terzi per i danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri. Nei rapporti interni tra i debitori solidali, essi sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato.

⁹⁶¹ Una distinzione nitida fra entrambi i tipi di responsabilità è offerta dalla professoressa PETIT LAVALL, M.V., "La responsabilidad civil del auditor...", *Op. cit.*, pp. 2224 e ss.

Nel diritto spagnolo la costruzione del ragionamento si completa con l'articolo 271 LSC il che determina che la legittimazione per esigere responsabilità al revisore legale di fronte alla società si regolerà per quanto stabilito per gli amministratori della società. Da questa norma si derivano due conflitti interpretativi.

Il primo conflitto s'osserva se consideriamo che la remissione che fa l'articolo 22 della LAC si svolge al riguardo delle regole generali del Código civil (dunque, al nostro parere, sia alle regole della responsabilità contrattuale come a quelle della extracontrattuale) e non direttamente alla LSC. È di conseguenza applicabile questa norma? Si deve considerare derogata la norma societaria per i criteri di posteriorità e specialità della LAC? Dalla nostra prospettiva la risposta deve essere favorevole alla vigenza della norma della LSC, da un lato giacché di averlo voluto così, la Legge di Revisione Legale avrebbe abrogato espressamente tale precetto; d'altro, giacché si può considerare che la normativa della LSC non fa altro che contenere certe specificità al riguardo della responsabilità contrattuale per quanto riguarda al rapporto –ancora contrattuale- che esiste fra il revisore legale e la società⁹⁶².

Il secondo dei conflitti, di maggior complessità, deriva dal fatto che tale precetto solo fa riferimento alla *legittimazione* per esigere responsabilità al revisore legale *di fronte alla società*, omettendosi qualsiasi allusione alla possibilità di responsabilizzargli di fronte ai terzi. Anticipando il ragionamento che posteriormente svolgeremo, pensiamo che tale omissione non deve significare un'esclusione della possibilità di richiedere responsabilità di fronte ai terzi, specialmente quando lo stesso articolo 22 della LAC non discrimina e rinvia

⁹⁶² Sulla base della normativa dalla quale trae causa questo precetto, si è pure considerato l'inutilità dell'art. 211 LSA (GARRETA SUCH, J.M., *La responsabilidad de los auditores...*, *Op. cit.*, p. 170), giacché non aggiunge niente che non avesse ormai la società con anteriorità, com'è la possibilità di richiamare contro il revisore responsabile, ci vuole soltanto che l'azione sia iniziata dopo la deliberazione della società adottata dall'Assemblea generale, limitandosi così il possibile esercizio dalla sola decisione dell'organo d'amministrazione. Quest'opzione si può considerare adatta giacché gli amministratori attuano, in occasioni, in modo coordinato con i revisori e potrebbe succedere che non fossero interessati in promuovere un procedimento per responsabilizzargli.

concretamente alle norme generali di responsabilità del Código civil, il che, in ogni caso, si deve considerare che comprende pure le norme proprie della responsabilità extracontrattuale.

Come conclusione, la normativa permette stabilire una scissione di due forme di esigere responsabilità ai revisori in funzione del soggetto danneggiato dalla sua attuazione antigiuridica. Così, quando la lesione si sia prodotta alla società, continuerà per le vie della responsabilità contrattuale, la che si reggerà per le disposizioni proprie della responsabilità degli amministratori, concretamente gli articoli 238, 239 e 240 LSC. Invece, quando la lesione si produca nel patrimonio di un terzo, il procedimento che si deve adottare sarà quello della responsabilità extracontrattuale, non essendo entrambi legati da un rapporto contrattuale, dunque, secondo le norme degli articoli 1902 e 1903 del Código civil.

Il fatto che la LAC rinvii in forma chiara alle regole generali del Código civil in materia di responsabilità, e la considerazione che l'art. 271 LSC solo fa riferimento alle norme di responsabilità degli amministratori per richiedere ai revisori responsabilità di fronte alla società, ci deve fare escludere l'applicabilità dell'art. 241 LSC alla responsabilità extracontrattuale, in modo che i danni irrogati ai terzi dovranno inoltrare sulla base generica della responsabilità aquiliana dell'art. 1902. Questa questione che potrebbe sembrare vuota di trascendenza, ha invece un grande rilievo, giacché secondo l'interpretazione che pare maggioritaria sull'azione individuale di responsabilità, l'applicazione della norma della Legge delle Società avrebbe portato alla considerazione di un termine legale di prescrizione di 4 anni (*ex art. 949 C. de c.*)⁹⁶³, mentre che l'allusione diretta alle norme civili devono farci concludere che le azioni che i terzi esercitino contro gli amministratori in richiamo di responsabilità prescriveranno nel termine di un anno (*ex art. 1964 C.c.*). Quest'effetto sembra essere stato volontariamente così concepito dall'articolo 22.4 della LAC, il che stabilisce in modo specifico che l'azione per esigere la responsabilità *contrattuale* del revisore dei conti e della

⁹⁶³ Sebbene, come sarà considerato, questa prospettiva non è unitaria.

società di revisione prescriverà ai quattro anni a contare dalla data della relazione di revisione, indipendentemente da che si abbia istato dalla società, i soci, creditori o terzi. Ovviamente, l'azione esercitata contro il revisore da un terzo non potrà essere mai considerata come contrattuale giacché questo non è parte del contratto di revisione legale.

Invece, il sistema italiano impiega un termine di prescrizione di quattro anni per l'azione per esigere responsabilità ai revisori –che si trametterà secondo i procedimenti previsti per la responsabilità del Collegio sindacale-, in virtù del rinvio che l'art. 2409 sexies realizza all'art. 2407 C.c. ita. Nel caso italiano, giacché esiste un altro soggetto con compiti di supervisione, sebbene di carattere più generico che lo stretto obbligo di controllo contabile, permette che il rinvio normativo sia più preciso da quello che svolge il sistema spagnolo agli schemi degli amministratori sociali.

Sulla portata dell'art. 271 LSC (sebbene con allusione al previo art. 211 LSA, senza che si derivi nessun cambiamento interpretativo di rilievo dalla transizione normativa), la dottrina si trova divisa. In primo luogo, una posizione considera che tale precetto si trova limitato nella sua applicazione esclusivamente all'azione sociale di responsabilità⁹⁶⁴. Tutt'altro, un secondo settore, considera che è applicabile all'azione sociale di responsabilità così come all'azioni individuale⁹⁶⁵. Un'interpretazione sistematica dei precetti che trattano la materia rendono manifesto che solo la prima opzione può avere luogo, al risultare la remissione fatta espressamente all'esigenza di responsabilità al revisore *di fronte alla società*, anche se senza che quello comporti l'esclusione della possibilità di d'attuare di qualsiasi terzo richiedendo la responsabilità per i danni personalmente sofferti – che s'articolerà per le vie della responsabilità extracontrattuale-.

⁹⁶⁴ Così, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito y publicidad...*, *Op. cit.*, p. 150; PANTALEÓN PRIETO, F., *La responsabilidad civil de los auditores...*, *Op. cit.*, p. 36; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, *La auditoría de cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 144; GARRETA SUCH, J.M., *La responsabilidad de los auditores...*, *Op. cit.*, pp. 165 e ss.

⁹⁶⁵ Questo secondo settore della dottrina è ritenuto da AMESTI MENDIZÁBAL, C., *La actuación de los auditores en la Sociedad Anónima: la responsabilidad de los auditores de la sociedad anónima*, Cuadernos de la Revista de Derecho Bancario y Bursátil, EDERSA, Madrid, 1995, p. 109.

a) Responsabilità contrattuale di fronte alla società. Applicazione dell'azione sociale di responsabilità

Come difendiamo, il contratto di revisione legale comporta un appalto per il cui il revisore si compromette, in cambio di un prezzo, allo svolgimento di un'attività –verifica che il bilancio si è svolto adeguatamente, che rispetta le norme di contabilità e che rifletta l'immagine veritiera e fedele della situazione dell'impresa- che culmina nell'elaborazione di una relazione di revisione. Questa configurazione come contratto sinallagmatico fra la società revisionata e il revisore non ci deve fare ovviare che questa relazione produce effetti di fronte ai terzi, che disporranno d'azioni extracontrattuali per richiedere il risarcimento del danno che eventualmente si produca da tale informazione.

Di fronte alla società, si potrà richiamare ai revisori legali il risarcimento dei danni che si derivino di un incorretto svolgimento dell'attività di revisione o dalla mancanza d'esattezza della relazione da loro emessa. Si tratterebbe di una responsabilità secondo quanto stabilito dall'art. 1.101 C.c. che obbliga a rispondere a quelli che nell'adempimento dei suoi obblighi incorrono in dolo, negligenza o morosità e a quelli che in qualsiasi modo contravvengano il tenore di quelli⁹⁶⁶, ma per disposizione specifica della Legge riceverà le pratiche specifiche previste nella LSC per l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori. Quest'azione può essere esercitata dalla stessa società, dai soci o dai creditori in forma sussidiaria. Infatti, è possibile che dall'attuazione dei revisori non si derivi un pregiudizio diretto per la società e che, nonostante, si si pregiudichino gli interessi di alcuni soci o dei terzi. È ugualmente possibile che, come conseguenza di una relazione inesatta della revisione, la società si abbia beneficiato mentre che i terzi siano stati danneggiati. Si pensi, per esempio, in una relazione di revisione sbagliata nella cui si pronunci che gli utili originariamente determinati dagli amministratori nel suo progetto di bilancio non sono tali, e dunque non si può

⁹⁶⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., *La responsabilidad civil de los auditores*, Op. cit., Civitas, Madrid, 1996, pp. 39 e ss.

decidere nell'Assemblea generale la distribuzione di quelli. È evidente che una rappresentazione documentale sfigurata sulla situazione patrimoniale e finanziaria di una società non modifica la situazione reale di questa.

L'azione per richiedere responsabilità agli amministratori in questo caso s'eserciterà secondo le vie dell'azione sociale contro gli amministratori. Questo ci deve far considerare determinate questioni. In primo luogo, se è possibile, come succede per esigere responsabilità agli amministratori, che l'Assemblea generale adotti la decisione di promuovere l'azione di responsabilità contro i revisori nella stessa Assemblea nella quale si procede all'approvazione –o meno- del bilancio che è stato revisionato, o se, per il contrario, è necessaria la costanza espressa di tal punto nell'ordine del giorno della convocazione dell'Assemblea. Parte della dottrina⁹⁶⁷ considera che non è possibile promuovere la responsabilità nell'Assemblea ordinaria, giacché la destituzione dei revisori non è neanche possibile mentre che duri il rapporto che gli vincola con la società. La nostra prospettiva deve essere diversa, giacché consideriamo che in questo caso si concorre la «causa giusta» alla quale fa riferimento la normativa come possibile motivo di tale cessazione del rapporto⁹⁶⁸. D'altronde, in modo diverso a quanto accade rispetto degli amministratori, i revisori non devono concorrere all'Assemblea nella quale s'approva il bilancio. Nell'Assemblea quello che si fa in tale caso è adottare la decisione per la cui s'eserciterà un'azione di responsabilità contro il revisore legale⁹⁶⁹ e, posteriormente, sulla base di essa si solleciterà (o

⁹⁶⁷ GARRETA SUCH, J.M., *La responsabilidad de los auditores...*, *Op. cit.*, p. 168.

⁹⁶⁸ Sulla portata di questo concetto giuridico indeterminato di «causa giusta», *vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La revocación del auditor de cuentas en la Sociedad Anónima", in *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 3.507 e ss. Fra le possibili significazioni che lì si concretano sulla giusta causa possiamo tirare in ballo da questo presupposto che il contenuto della relazione emessa non risulti acorde con le prove ottenute dal revisore nel suo lavoro o i pregiudizi economici causati alla stessa società o ai terzi dall'inadempimento delle norme di revisione.

⁹⁶⁹ La dottrina ha considerato l'opportunità che la decisione d'iniziare la responsabilità dei revisori ricada sui soci e non sugli amministratori, dato il rapporto più stretto di questi con i revisori e che potrebbe compromettere l'indipendenza di entrambi. Perciò si richiede per poter esercitare l'azione di responsabilità contro i revisori dei conti, la giustificazione della deliberazione societaria per la quale si decise incoare questa responsabilità, indipendentemente che la rappresentazione procesuale l'abbiano i propri amministratori o parte dell'azionariato nell'esercizio del suo diritto.

meno) la finalizzazione del rapporto giuridico che lega alla società e il revisore sulla base di questa “giusta causa”⁹⁷⁰.

Per quanto riguarda alla distribuzione della carica della prova, dobbiamo considerare che corrisponde alla società ravisionata dimostrare che, nel caso dell’adempimento difettoso del contratto di revisione, gli auditori realizzarono la relazione senza assoggettarsi alle norme tecniche di revisione, la Lex Artis o la buona pratica professionale, o nel suo caso, dimostrare che il revisore attuò con malizia. Provato questo elemento soggettivo, il danno e la relazione di causalità fra entrambi, il revisore solo potrà liberarsi nel caso che l’inadempimento sia stato dovuto ad una circostanza a lui non imputabile⁹⁷¹.

Per la determinazione della portata dei danni derivati contrattualmente dell’inadempimento del dovere del revisore, risulteranno d’applicazione gli artt. 1103, 1106 e 1107 del C.c., dunque l’ammontare dell’indennizzo integrerà sia il danno emergente come il lucro cessante, essendo i previsti o quei che si abbiano potuto prevedere al tempo di costituirsi l’obbligo e che si derivino necessariamente della mancanza d’adempimento, potendo essere moderata giurisdizionalmente la portata della responsabilità nel caso di negligenza⁹⁷². Così,

⁹⁷⁰ L’incomparsenza del revisore dei conti all’Assemblea nella quale s’approva il bilancio produce un effetto pernizioso, che è l’impossibilità di questo di commentare o chiarificare determinati punti del bilancio, così come di raccomandare il modo in cui si devono risolvere i difetti che questo possa soffrire. Ugualmente si potrebbe utilizzare la discussione assembleare come foro nel quale si possa debatire ed anzi transare le responsabilità. In questo senso, GARRETA SUCH, J.M., *La responsabilidad de los auditores...*, *Op. cit.*, p. 168. Sebbene questa possibilità di transazione o rinuncia all’esigenza di responsabilità avrà una portata molto ridotta, giacché i soci che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale saranno sempre legittimati per iniziare loro stessi un’azione sociale attraverso la quale s’esiga responsabilità ai revisori legali dei conti.

⁹⁷¹ Non imputabile alla sua organizzazione personale e materiale, né a quella dei suoi ausiliari nell’adempimento, PANTALEÓN PRIETO, F., *La responsabilidad civil de los auditores...*, *Op. cit.*, p. 43. Questo sarebbe il caso, per esempio, che i documenti messi a disposizione degli auditori da parte degli amministratori siano stato manipolati o non si abbia consegnato tutta l’informazione al riguardo. Per esempio, è il presupposto a considerare quando il programma informatico nel quale gli amministratori danno traslado della contabilità ai revisori si trova manipolato, in modo tale, che modifica l’informazione che in realtà contiene.

⁹⁷² Come ricorda PANTALEÓN PRIETO, F., *La responsabilidad civil de los auditores...*, *Op. cit.*, p. 44, nel Diritto tedesco s’incluse solitamente come condizione generale del contratto di revisione la limitazione del danno indennizabile (*vid. Allgemeine Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften*).

in questi casi –in applicazione dell’art. 1.103 C.c.- non risponderà il revisore dei risultati lesivi il cui potenziale dannoso sia completamente sproporzionato al riguardo dei profitti che sperava ottenere il revisore legale del contratto di revisione inadempito, salvo prova dalla società revisionata della specifica assunzione di questo rischio⁹⁷³. Sulla base di questa considerazione si devono stimare ammissibili le condizioni generali dei contratti di revisione legale che limitino la responsabilità del revisore legale determinando la portata massima dell’indennizzo in casi di responsabilità per colpa in un determinato multiplo della remunerazione fissata nel contratto, sempre che non si restringa la responsabilità dagli inadempimenti dolosi (*ex art. 1102 C.c.*).

Nel ordinamento italiano, l’art. 164 TUF prevede che s’applichi alla società di revisione l’art. 2407, primo comma, del Codice civile; in modo tale che i responsabili della revisione e i suoi dipendenti che hanno svolto l’attività di revisione legale sono responsabili, solidalmente, con la società revisionata, dei danni cagionati dai suoi inadempimenti o dai fatti illeciti di fronte alla società che gli ha affidato la revisione e di fronte ai terzi danneggiati.

b) Responsabilità extracontrattuale di fronte ai terzi. Applicazione delle norme di responsabilità per danni

Prima d’approfondire sul modo in cui i terzi possono richiedere responsabilità ai revisori dai danni che glieli è cagionato come derivazione dall’inadempimento dell’obbligo di questi con la società, dobbiamo delimitare il concetto di terzo che maneggiamo. La norma dell’art. 22.2 LAC ci offre il proprio concetto delimitando che si considererà terzo a qualsiasi persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che giustifichi che attuò o smise d’attuare in considerazione della relazione di revisione legale, essendo questo elemento essenziale ed adeguato per formare il suo consenso, motivare la sua attuazione o adottare la sua

⁹⁷³ PANTALEÓN PRIETO, F., *Íbid.*, p. 47.

scelta⁹⁷⁴. Così, il revisore è responsabile se la decisione del terzo è conseguenza della fiducia che ha depositato in una relazione di revisione sbagliata o inesatta per la cui si ratifica la veracità del bilancio di una società⁹⁷⁵. Dobbiamo considerare che, anche se nella maggioranza dei casi nella produzione di questo danno ci sia una sovrapposizione dell'intervento dei revisori e gli amministratori, non sarà sempre così, per esempio, quando come conseguenza di una prima relazione di revisione sfavorevole –ed erronea–, gli amministratori abbiano riformulato il bilancio in seguito dei rilievi e le raccomandazioni della relazione di revisione, ottenendo questo nuovo bilancio una relazione favorevole ed essendo questo presentato e approvato dall'Assemblea. In questo caso non risulterà così chiara la concorrenza di colpa degli amministratori e i revisori, almeno non allo stesso livello, giacché quei sempre hanno potuto opporsi a praticare tale modifiche se le considerano inadeguate, giacché la relazione di revisione non vincola (giuridicamente, anche nella pratica sì che condiziona) la decisione dell'Assemblea.

Questa responsabilità degli amministratori di fronte ai terzi presenta un carattere aquiliano e si costruisce sulla normativa dell'art. 1.902 del C.c. esp. e 2043 C.c. ita. Per avere successo, ci vuole come fondamento un inadempimento del suo dovere (condotta antigiuridica) da parte del revisore, che si costaterà secondo quanto previsto nel contratto di revisione legale. I terzi di fronte ai quali si risponde per via della responsabilità extracontrattuale sono tutti quei che non

⁹⁷⁴ Una maggiore precisione su questo concetto di terzo al riguardo della revisione legale dei conti offre PETIT LAVALL, M.V., "La responsabilidad civil del auditor...", *Op. cit.*, pp. 2235-2240, chi offre pure un'interessante visione del diritto comparato.

⁹⁷⁵ Questa dottrina è ritenuta nella giurisprudenza spagnola dalla sentenza del Tribunal Supremo, del 9 ottobre 2008, che considera che la finalità della revisione dei conti è l'emissione di una relazione che possa produrre effetti di fronte ai terzi, essendo beneficiari della protezione delle norme regolatrici della revisione nel nostro ordinamento tanto la stessa società come i terzi, il che si deriva dalla pubblicità della relazione. Così, la pubblicità costituisce uno strumento giuridico attraverso il quale si traduce un interesse generale diffuso –non estraneo alla convenienza d'aumentare in modo effettivo la qualità dell'informazione finanziaria– nel concreto d'ognuno dei terzi che abbiano alcun genere di rapporto con la società revisata, e che confidano nell'affidabilità che offre un sistema di regolazione del mercato dei capitali così sofisticato come costoso. Come è stato interpretato dalla dottrina sulla base di questo pronunciamento, è una contraddizione concedere ai terzi il diritto alla conoscenza di un'informazione registrata e posteriormente privargli di un meccanismo di difesa come è azionare contro i revisori quando il contenuto erroneo o inesatto della relazione sia il causante del suo pregiudizio, PETIT LAVALL, M.V., "La relación de causalidad en la responsabilidad...", *Op. cit.*, p. 262.

sono legati con il revisore per la sottoscrizione del contratto di revisione, cioè, qualunque altra persona con eccezione della società revisionata (azionisti, lavoratori, investitori, creditori e pubblico in generale)⁹⁷⁶. Questa è una conseguenza necessaria della considerazione dell'attività di revisione come un'attività di pubblico interesse⁹⁷⁷, il cui culmine comporta che si deva capire che il compito di revisione legale non solo si svolge in interesse della società, ma pure del pubblico in generale, richiedendosi così l'applicazione del regime di responsabilità per i danni a tutti gli affettati dall'attuazione del revisore, sebbene questa concezione ampia non è unanimemente condivisa⁹⁷⁸. Tutto quello con riferimento

⁹⁷⁶ GARRETA SUCH, J.M., *La responsabilidad de los auditores...*, *Op. cit.*, p. 177. Dalla dottrina italiana si mostra favorevole a questa responsabilità extracontrattuale di fronte ai terzi BOSTICCO, P., "La responsabilità dei revisori", *Op. cit.*, p. 203, in quanto considera che «sempre dai principi elaborati in relazione all'azione prevista dall'art. 2395 C.c., possiamo ritenere che anche la responsabilità prevista dall'art. 2409-sexies c.c. per danni arrecati a soci e terzi estranei alla società sia di tipo extracontrattuale e discenda dal principio generale che vieta comportamenti, se illeciti, che implicino danno a carico di altro soggetto».

⁹⁷⁷ Come adattamente osserva la professoressa PETIT LAVALL, M.V., "La responsabilidad civil del auditor...", *Op. cit.*, pp. 2242-2243, è incongruente affermare l'inesistenza di responsabilità extracontrattuale del revisore o limitare il circolo dei terzi sul discorso che non esiste un pubblico interesse nell'informazione contabile, e più in concreto, nell'informazione contenuta nella relazione di revisione, dal punto in cui sia il bilancio come la relazione di revisione imperativamente devono essere depositati e pubblicati nel Registro Mercantil / delle società, in modo tale che qualsiasi terzo interessato può avere accesso a quelle. È una contraddizione concedere ai terzi il diritto alla conoscenza di un'informazione registrata e posteriormente privargli di un meccanismo di difesa come è azionare contro i revisori quando il contenuto erroneo o inesatto della relazione sia il causante del suo pregiudizio.

⁹⁷⁸ Favorabile a un'interpretazione restrittiva dell'ambito d'applicazione della responsabilità extracontrattuale si manifesta ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito y publicidad...*, *Op. cit.*, pp. 165-169, il che considera che la revisione legale dei conti deve produrre effetti esclusivamente entro l'ambito societario. Le azioni per richiedere responsabilità extracontrattualmente rimarrebbero limitate alla sua interposizione dagli amministratori e azioniste.

D'altronde, PANTALEÓN PRIETO, F., *La responsabilidad civil de los auditores...*, *Op. cit.*, pp. 111 e ss., considera che l'opzione della richiesta di responsabilità extracontrattuale solo sarà viabile da quei soggetti di fronte ai quali raggiunge il dovere di diligenza del revisore. In conseguenza, il revisore legale dei conti deve rispondere di fronte a quei terzi identificati da lui al tempo d'accettare l'incarico, come destinatari della relazione di revisione per l'operazione, o un'operazione del tipo in cui siano risultato lesi per aversi affidato sulla relazione e solo di fronte a questo terzo. Pantaleón insegue una visione restrittiva di fronte a questo spettro di terzi danneggiati dalla relazione di revisione alla quale s'aderiva pure il maestro Antonio PÉREZ DE LA CRUZ, il che considerava che ritenere a oltranza –come inequivocabilmente permette capire la legislazione specifica– che la cosiddetta relazione di revisione sia destinata ad offrire piena fiducia di qualunque terzo che attue in base ad esso, essendo una cosa così delicata come se ai notiziari o parti del Servizio di meteorologia glieli volesse attribuire gli stessi effetti al riguardo della previsione del tempo con uguale responsabilità per i tecnici che gli elaborarono (opinione pubblicata nel giornale *El País* del 19 maggio 1994 – Riferita in GARRETA SUCH, J.M., *La responsabilidad de los auditores...*, *Op. cit.*, p. 180, nt. 58 e PETIT LAVALL, M.V., "La responsabilidad civil del auditor...", *Op. cit.*, p. 2241, nt. 52).

alla revisione del bilancio; per quanto riguarda ai compiti di revisione svolti con motivo di una specifica transazione o attuazione (emissione di nuove azioni, garanzia di un bilancio di fronte ad una modificazione strutturale...), i destinatari di tale relazione –identificati nel contratto- saranno sempre legittimato per esigere la responsabilità derivata dai danni che si producano come conseguenza della sua inesattezza. Si tratterebbe di un contratto a favore di terzo, in modo tale che, anche se non si considerano parti del rapporto contrattuale, si potranno azionare per esigere le responsabilità che si derivino dalla sua inadeguata esecuzione.

Si deve considerare comunque che in molte occasioni sarà difficile individuare la responsabilità concreta dei revisori. Giacché il bilancio definitivo – quello che spresca la volontà sociale- è quello che è stato oggetto d’approvazione dall’Assemblea generale e considerato che la formazione di questa volontà non si trova obbligatoriamente determinata dal contenuto della relazione di revisione legale (sia questo favorevole o sfavorevole al progetto di bilancio presentato dagli amministratori, i soci potranno decidere quello che considerino adatto), per fare responsabili ai revisori dei danni derivati ai terzi estranei alla stessa società per l’informazione contenuta nella sua relazione e il non rilevamento delle irregolarità e gli sbagli nel suo agire, è necessario vincolare causalmente in modo diretto il danno con l’attuazione del revisore, quesito che s’imposta estremamente difficile⁹⁷⁹. Solo potrebbe esserci luogo, in questi casi, per responsabilizzare al revisore quando si rilevi direttamente che il danno sofferto dal terzo deriva in modo diretto dell’informazione contenuta nella relazione di revisione e non dall’informazione contenuta nel bilancio che effettivamente si fece pubblico⁹⁸⁰. Ciò

⁹⁷⁹ In questo senso, ILLESCAS ORTIZ, R., *Auditoría, aprobación, depósito y publicidad...*, *Op. cit.*, p. 165, il che considera che essendo i destinatari della sua relazione gli amministratori prima e, in ultima istanza, i soci della società ravisata ed avendo per finalità lla relazione avvertire a i primi e i secondi di qualsiasi decisione svagliata adottata nell’ambito della tenuta delal contabilità e la redazione del bilancio, qualsiasi effetto che un difetto sofferto dalla riferita relazione produca fuori dall’ambito di tali destinatari e finalità non può essere né imputato all’emmissore della relazione né essere considerato determiantne della sua responsabilità.

⁹⁸⁰ Così, il problema che nasce dallo stabilimento di questo rapporto nel caso del revisore dei conti proviene dal fatto che con frequenza l’inadempimento del revisore non è la causa diretta e unica del danno che si è prodotto. Infatti, il revisore dei conti non partecipa nella gestioen dell’attività della società, né interviene nella redazione del bilancio di essa, ma che controllerà se il bilancio offre l’immagine fedele, AMESTI MENDIZÁBAL, C., *La actuación de los auditores...*, *Op. cit.*, pp. 106-107. In

nonostante, lo scarso margine lasciato all'attuazione della responsabilità extracontrattuale non deve farci escludere *ab radice* tale possibilità⁹⁸¹.

c) Concorrenza di colpa con gli amministratori

Sulla base di quanto abbiamo sposto, dobbiamo considerare che il risultato più frequente sarà quello della concorrenza delle colpe degli amministratori e dei revisori nella produzione del risultato dannoso derivato dalla mancanza d'esattezza dell'informazione contabile⁹⁸². A questo riguardo deve considerarsi applicabile al rapporto di revisione legale la stabile dottrina civilistica che permette la riduzione ed anzi la cancellazione della responsabilità del debitore quando alla produzione del risultato dannoso abbia concorso una condotta dolosa o colposa da parte del creditore o dalla persona dalla quale deva rispondere⁹⁸³. Sebbene dobbiamo partire dal fatto che la finalità del contratto di revisione legale è il rilevamento delle irregolarità e gli sbagli che soffra il bilancio sottomesso alla sua revisione e che, di conseguenza, saranno imputabili alle società revisionate; c'è ancora spazio per un ambito nel cui si consideri pure la responsabilità di questi per modulare la propria dei revisori.

In questi casi, si dovrebbe adottare come soluzione di principio la considerazione della solidarietà fra gli amministratori e i revisori nella sua risposta

questo modo, per poter esigere la responsabilità del revisore sarà necessario provare che se questo avesse attuato in modo adeguato e corretto, si sarebbe evitato o ridotto il danno.

⁹⁸¹ Come chiara difensora di questa visione, sono condivisibili le opinioni della professoressa PETIT LAVALL, M.V., "El informe Cadbury: Un análisis sobre la objetividad...", *Op. cit.*, pp. 12873 e ss., che riconosce che anche se non esiste un rapporto contrattuale con queste persone, sono identici gli obblighi assunti dal revisore di fronte a loro, giacché è la stessa natura dell'attività quella che impone quest'uniformità; attività che è svolta, non solo nell'interesse della società, ma pure del pubblico in generale. Questa visione trova ora un nuovo sostegno con la dizione che offre l'art. 22 della nuova LAC del 2011, che rinvia in materia di responsabilità dei revisori legali dei conti alle regole generali del Código civil (sia questa una responsabilità contrattuale o extracontrattuale).

⁹⁸² In questi casi sarà «necessario dimostrare, per un verso, la sussistenza della responsabilità dell'organo di gestione e, in aggiunta, attribuire all'organo di controllo un inadempimento agli obblighi derivanti dall'incarico, collegando infine sotto il profilo eziologico detto inadempimento al danno subito dalla società», così BOSTICCO, P., "La responsabilità dei revisori", *Op. cit.*, p. 194.

⁹⁸³ PANTALEÓN PRIETO, F., *Íbid.*, pp. 48 e ss.

di fronte alla società come danneggiata⁹⁸⁴. Nonostante, si potrà escludere la responsabilità del revisore quando l'irregolarità non potrebbe essere rilevata ragionevolmente attraverso le tecniche di revisione e verifica esistenti (*lex artis*)⁹⁸⁵. Uguale soluzione di cancellare la responsabilità del revisore incrementando quella degli amministratori e rompendo la linea di principio della solidarietà, quando il non rilevamento delle irregolarità e gli errori sia stato dovuta a un'attuazione d'intromissione attiva degli amministratori, direttivi o lavoratori dell'impresa nell'attuazione del revisore, per esempio, manipolando i dati che glieli offrono, inserendo qualsiasi genere di programma di modificazione dell'informazione nel sistema informatico di contabilità... Quesiti che, in caso di essere rilevati, dovranno farsi costare nella relazione di revisione.

III. ELEMENTI STRUTTURALI DETERMINANTI DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

Dall'inadempimento o adempimento difettoso degli obblighi contabili da parte degli amministratori o le persone dovutamente autorizzate dall'imprenditore per la tenuta della contabilità –*ex art. 25.2 C. de c.*– possono derivare certi pregiudizi per la società, i soci, i creditori o i terzi. La legislazione relativa alle società di capitali non stabilisce un procedimento specifico per la richiesta di responsabilità di fronte alla violazione delle norme contabili, dunque dovremo fare ricorso al sistema generale di responsabilità degli amministratori⁹⁸⁶, il quale necessiterà di puntualizzazioni in determinati aspetti.

⁹⁸⁴ Sebbene, come si è considerato (AMESTI MENDIZÁBAL, C., *La actuación de los auditores...*, *Op. cit.*, p. 108) non esiste nel nostro ordinamento giuridico una norma concreta nella legislazione delle società di capitali che riconosca tale solidarietà, come invece lo fa l'art. 2407 C.c. ita.

⁹⁸⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., *Ibid.*, p. 48, per esempio, perché fu dolosamente provocata e primorosamente truccata dagli amministratori.

⁹⁸⁶ Questo è stato qualificato come un regime di Diritto Privato che regge le specialità sostantive e processuali dell'obbligo di risarcimento dei danni e pregiudizi causati dall'amministratore nell'esercizio della sua carica, alla società amministrata, ai suoi soci o ai terzi, ALONSO ESPINOSA, F.J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 13.

Sebbene, come abbiamo affermato, i doveri contabili comprendono un insieme d'attività di carattere generale e, nello specifico, per le società di capitale, quando si fa riferimento alla responsabilità degli amministratori, si segna una tappa importante di separazione dal momento della formulazione del bilancio, dovendo distinguere il regime di responsabilità per gli obblighi precedenti, da quelli che, invece, sorgono dopo tale formulazione. Così, il dovere generale di tenuta delle registrazioni contabili, raramente avrà ripercussioni esterne che producano un danno, sia alla società, come ai soci o ai terzi, giacché questo dovere s'inserisce entro l'ambito di gestione della società e, di solito –ferme restando le eccezioni della comunicazione pubblica della contabilità-, sarà protetto dal segreto contabile. Altre a questo, come si è affermato, rimarrebbe nell'ambito del diritto all'autodeterminazione informativa. Le ripercussioni esterne della tenuta di contabilità inizieranno a generarsi normalmente –lasciando a un lato le società con speciali obblighi in virtù delle norme regolatrici del mercato finanziario- sulla base della formulazione del bilancio. D'altronde, la nostra normativa non prevede nessuna sanzione diretta di fronte all'inadempimento preciso della tenuta giornaliera dei registri contabili, dunque, questi potrebbero essere completati subitamente per la formulazione del bilancio, senza necessità di passare attraverso il dilatato processo degli allibramenti giornalieri⁹⁸⁷. In questo caso, il risultato esterno sarebbe lo stesso: si disporrebbe di un bilancio firmato dagli amministratori della società che riflettano la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa, così come il risultato dell'esercizio. Oltretutto, da un punto di vista soggettivo si deve dire che fino alla formulazione del bilancio e la sua approvazione ad opera dell'Assemblea, non si configura la volontà della società come imprenditori per quanto riguarda tali aspetti contabili. Prima di quel momento, quelli svolti sono atti di gestione necessaria attribuiti agli amministratori della

⁹⁸⁷ Infatti, lo stesso articolo 28.2 del C. de c. autorizza che sarà valida l'annotazione congiunta dei totali delle operazioni per periodi non superiori al mese, a condizione che il suo dettaglio appaia in altri libri o registri concordanti, di conformità con la natura dell'attività che si tratti. Si fa, dunque, allusione alla possibilità d'aggruppare le partite, sempreché con quello non si vulneri il principio contabile d'importanza relativa, si continua riflettendo negli allibramenti contabili l'immagine fedele dell'impresa affinché si possa accedere all'informazione che si abbia semplificato attraverso altri registri.

società e dai quali potranno derivare conseguenze per la società, pur non costituendo manifestazione concreta della volontà sociale, solo se coinvolgono l'attuazione di un suo organo.

Degli obblighi generici di tenuta di contabilità, inoltre, si sottolinea un aspetto meritevole di una maggiore attenzione agli effetti della responsabilità. Si fa riferimento al dovere di custodia dei documenti contabili durante i sei anni dopo la fine dell'esercizio. Così, nel caso di richiesta d'accesso a tale documentazione, se questa mancasse, si potrebbe generare un pregiudizio per la società –si pensi, per esempio, al caso in cui venga disposta giudizialmente la comunicazione dei documenti contabili degli ultimi anni al fine di motivare una cassa integrazione-, dato che in una simile ipotesi potrebbero essere sì responsabili gli amministratori, per la mancanza di custodia della documentazione.

Sono molteplici le finalità che si sono attribuite all'instaurazione del sistema di responsabilità degli amministratori. Da un lato, risulta logico che una delle finalità principali che ha la costruzione di questo sistema sia il *risarcimento* dei danni prodotti come conseguenza degli inadempimenti contabili degli amministratori. Ma insieme a quello, si deve sottolineare una funzione preventiva o di *controllo sociale oggettivo* dell'attività professionale di un amministratore, dalla quale derivano una serie di effetti riflessi: da un lato la direzione morale dell'amministratore nell'adempimento delle sue funzioni e, in secondo luogo, la richiesta che questo acquisisca una certa formazione in materia di ragioneria, in modo tale da ampliare le sue conoscenze per poter portare a termine adeguatamente gli obblighi a lui attribuiti⁹⁸⁸. Sul piano contabile, le norme di responsabilità solidale degli amministratori supporranno, ugualmente, uno stimolo perché questi si mostrino interessati in ogni momento, a conoscere la vera situazione patrimoniale dell'impresa e gli stadi di questa.

⁹⁸⁸ Per approfondire in più su queste finalità attribuite al sistema di responsabilità civile degli amministratori, *vid.* ALONSO ESPINOSA, F.J., *La responsabilidad civil del administrador...*, *Op. cit.*, 24-28.

Ad ogni modo, affinché gli amministratori siano responsabili per l'inadempimento dei propri obblighi contabili devono concorrere i tre elementi che danno luogo a questa responsabilità, cioè, la produzione di un danno, la condotta omissiva, antigiuridica, degli amministratori nell'adempimento delle loro funzioni –e questo riguarda il soddisfacimento dei doveri contabili-, e l'esistenza di un rapporto di causalità fra il danno e l'azione.

Appare qui doverosa, una considerazione importante. Il semplice inadempimento dell'organo d'amministrazione degli obblighi contabili genererà di per sé una serie di conseguenze nel suo rapporto con la società, giacché fra loro si instaura un rapporto –organico o contrattuale, a seconda di come si consideri⁹⁸⁹- dal quale derivano autentici obblighi che legittimano la società ad esigere l'adempimento delle condotte dovute⁹⁹⁰. Tale inadempimento sarà perciò idoneo a configurare conseguenze come la possibilità di separazione della carica o l'esclusione della società, le quali, tuttavia, restano al margine dell'ambito della responsabilità propriamente considerata degli amministratori, per l'applicazione del cui schema risulta essenziale la produzione di un danno –alla società, ai soci, ai creditori o ai terzi-⁹⁹¹.

Nella logica sottesa a quest'analisi, secondo la quale l'adempimento delle prescrizioni contabili risponde implicitamente a un pubblico interesse visto più propriamente come un pubblico dovere di contabilità che s'impone all'imprenditore, il sistema coercitivo per salvaguardare l'adeguato adempimento di queste norme non si deve limitare all'ambito strettamente societario, dovendo completarsi attraverso meccanismi propri del Diritto pubblico, corollario logico

⁹⁸⁹ Anche se, come abbiamo avvertito, consideriamo più adatta la prima seppure con certe considerazioni.

⁹⁹⁰ In questo senso, si tratta di un rapporto obbligatorio nella sua propria struttura, comportando la contrapposizione del debitore di una condotta –gli amministratori- e un creditore della stessa –la società-.

⁹⁹¹ In questo senso, per ampliare il sistema delle sanzioni non strettamente vincolate con la responsabilità civile degli amministratori, *vid.* LLEMBOT MAJÓ, J.O., "Deberes y responsabilidad de los administradores", in *La responsabilidad de los administradores*, Dirs. Rojo/Beltrán, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 49-52.

della necessità di protezione di un interesse propriamente generale, con l'eccedenza dallo stretto ambito dei rapporti *inter privatos*.

Gli amministratori non hanno gli stessi obblighi all'adempimento dei doveri contabili, con tutti i soggetti che, in principio, sarebbero legittimati ad esigerli responsabilità. Così, come abbiamo considerato, nel loro rapporto organico con la società, gli amministratori devono fare fronte a doveri contabili, rispetto ai quali la società è creditore; in questo modo, nel caso d'inadempimento, saremmo di fronte ad un inadempimento di doveri legalmente imposti agli amministratori come organo della società. Invece, rispetto all'esterno, gli amministratori si assoggettano a un *pubblico dovere* di contabilità, il che non li vincola direttamente con nessun soggetto –non si tratta propriamente, in questo caso, infatti, di un obbligo dal quale nascano dei creditori che possano esigere il suo adempimento-, ma dall'inadempimento di questo dovere, appunto, si possono lesionare interessi dando, cos', vita ad una responsabilità extracontrattuale. *Non ha un'importanza pratica il quesito sulla natura giuridica della responsabilità degli amministratori, vale a dire, se si tratta di una responsabilità per colpa contrattuale o per colpa extracontrattuale*⁹⁹².

Nel diritto spagnolo l'unico ambito in cui si potrebbe riscontrare questa differenziazione, quello della prescrizione delle azioni, è sprovvisto ugualmente di sostantività nel piano commerciale, giacché, sebbene il Diritto civile prevede termini diversi per la responsabilità contrattuale (quindici anni) e quella extracontrattuale (un anno) –rispettivamente ex artt. 1964 e 1968 C.c. esp.-, si unifica la prescrizione commerciale –e sembra che su questo dottrina e giurisprudenza abbiano espresso un consenso definitivo, nonostante la diversità delle opinioni che si vedranno più avanti- nei quattro anni attribuiti alle azioni di responsabilità contro gli amministratori –ex art. 949 C. de c. esp.-. Nel caso italiano,

⁹⁹² GARRIGUES, J., "Órganos de la sociedad...", *Op. cit.*, p. 124, aggiungeva che si dovrà qualificare la responsabilità degli amministratori della società per azioni come responsabilità contrattuale, non perché nasca da un contratto fra di loro e la società, ma perché ha la sua base in un obbligo preconstituito. Invece, sarà extracontrattuale la responsabilità per i fatti illeciti che causino un danno diretto nel patrimonio dei terzi.

invece, la regola da considerare in ogni momento è quella dell'art. 2949 C.c. ita. che stabilisce il termine di prescrizione quinquennale per i diritti che derivano dai rapporti sociali (se la società è iscritta), e pure per l'azione di responsabilità che spetta ai creditori sociali verso gli amministratori nei casi stabiliti dalla legge; questo termine ha un'applicazione diretta nell'ambito delle società di capitali negli articoli 2392 e 2395 C.c. ita, i quali stabiliscono il termine di 5 anni per l'azione sociale di responsabilità e per quella individuale. Quindi, mentre nel sistema spagnolo la legge non è in ogni punto precisa –anche se possiamo concludere per un termine generale di prescrizione di 4 anni-, l'ordinamento italiano è chiaro al riguardo, fissando in ogni caso una prescrizione di 5 anni.

Proseguiremo con un'analisi degli elementi strutturali che si devono dare per poter imputare responsabilità in capo agli amministratori nel caso di inadempimento dei suoi doveri contabili.

A. Condotta o omissione antiggiuridica (remissione)

L'assunzione di un rischio nell'adozione di scelte è inerente ad ogni attività imprenditoriale. Queste decisioni, in molti casi, deriveranno dall'adozione di determinate scelte di gestione da parte dell'organo d'amministrazione ma, logicamente, sarebbe controproducente renderli responsabili di danni impossibili da evitare o prevedere anche impiegando il grado massimo di diligenza. È questo il motivo per cui si richiede l'antigiuridicità come requisito per poter imputare responsabilità agli amministratori sociali.

A questo riguardo, è necessario accennare brevemente al cambiamento che comportò nel sistema legale spagnolo di responsabilità, la riforma operata in 1989 che diede luogo all'antico articolo 133 della LSA, trascritto, poi, con dizione simile all'attuale articolo 236 LSC. Il cambiamento legislativo comportò la

soppressione della cosiddetta «franchigia» o «zona di grazia»⁹⁹³, vale a dire che secondo la disciplina previgente della materia, in base alla quale derivava responsabilità, solamente dal «*danno cagionato da malizia, abuso delle facoltà o negligenza grave*» (art. 70 LSA 1950). Dopo la riforma legislativa, si passa al sistema attuale caratterizzato dalla richiesta per la quale il danno derivi esclusivamente da atti o omissioni contrari alla legge, allo statuto o da quei comportamenti realizzati inadempendo ai doveri inerenti allo svolgimento della carica. Si cancella dunque l'elemento soggettivo come requisito necessario ai fini della responsabilità⁹⁹⁴. A ciò, la dottrina ha però voluto aggiungere come ulteriore requisito, l'inosservanza della diligenza inerente alla carica, alla quale conseguirà, logicamente, inadempimento delle disposizioni legali o statutarie⁹⁹⁵. Malgrado queste considerazioni, non si può cadere nell'adozione di tesi oggettiviste pure, perché anche se l'inadempimento –per azione o omissione- di un dovere (contabile nel nostro caso) si ha nel caso in cui non vi siano delle cause escludenti l'imputazione presunta, non si può considerare la responsabilità in modo automatico e oggettivo⁹⁹⁶. Si pensi, per esempio, al caso in cui gli amministratori siano stato sottoposti a violenza, o coazione esterna, che lo abbia obbligato alla formulazione di un bilancio con violazione manifesta delle norme sulla redazione dello stesso. In questo caso, si produrrebbe un inadempimento delle norme, ma ci sarebbe un elemento addizionale che sconsiglia l'automatica applicazione del regime di responsabilità. Non è attribuibile agli amministratori la colpa dell'infrazione, dunque non sarebbe logico tale richiesta di responsabilità. *Ove non*

⁹⁹³ ALONSO ESPINOSA, F.J., *La responsabilidad civil del administrador...*, *Op. cit.*, p. 17.

⁹⁹⁴ Questa situazione ha dato luogo al transito dalla colpevolezza all'antigiuridicità della condotta dell'amministratore, con lo quale corrisponderà ai tribunali la valutazione della colpa, secondo RODRÍGUEZ ARTIGAS e QUIJANO GONZÁLEZ, citati da SÁNCHEZ CALERO F.J., "Supuestos de responsabilidad de los administradores en la Sociedad Anónima", in *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica europea, Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, p. 912.

⁹⁹⁵ Su questo quesito, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F.J., "Supuestos de responsabilidad de los administradores...", *Op. cit.*, p. 912.

⁹⁹⁶ Condividiamo qui il parere di ALONSO ESPINOSA, F.J., *Responsabilidad civil del administrador...*, *Op. cit.*, pp. 81-82, al considerare che responsabilità oggettiva è quella imputabile senza necessità di colpa nella condotta del potenziale responsabile, *ibid.* pág. 83.

*c'è colpa non può esserci responsabilità*⁹⁹⁷. In questo modo, possiamo affermare che la colpevolezza si presume una volta dimostrati tutti gli altri presupposti e nonostante la possibile prova contraria dell'amministratore considerato. Così, si stima che la responsabilità degli amministratori si basa sulla colpa, con inversione dell'onere della prova, in considerazione del principio di immediatezza dei mezzi di prova che hanno gli amministratori demandati⁹⁹⁸.

La trasgressione delle norme deve essere modulata nel senso d'integrare le regole sopra considerate, dalle quali si desume il contenuto e il modo in cui devono essere adempiuti i doveri contabili. Così, per esempio, nell'articolo 236 non si menzionano i regolamenti di regime interno, quando in realtà questi possono contenere una certa distribuzione delle competenze che possono incidere sul fatto che una determinata attività contabile, sia stata adempiuta da un soggetto manifestamente incompetente a ciò.

Succede, tuttavia, che nell'ambito contabile non a tutte le norme è riconducibile una responsabilità, infatti, alcune di queste danno luogo a una certa discrezionalità. Infatti, all'interno delle norme concernenti la tenuta di contabilità, molte delle disposizioni dei PGCs ammettono diverse interpretazioni, nonché la modulazione del suo contenuto, sempre che con questo si raggiunga l'immagine fedele della situazione patrimoniale dell'impresa. Pensiamo che, dalle scelte che s'adottano sulla base di queste norme, non ne dovrebbe derivare nessun genere di responsabilità, fermo restando il caso in cui tale decisione rifletta l'evidente mancanza di diligenza o l'ignoranza delle norme contabili basiche –per esempio, che stravolgano in qualche modo l'immagine fedele della situazione dell'impresa-.

L'articolo 236 LSC prevede ugualmente come fonti di responsabilità gli atti o omissioni, svolti inadempiendo ai doveri inerenti allo svolgimento della carica. La dottrina spagnola ha considerato che la normativa delle società di capitali non

⁹⁹⁷ GARRIGUES, J., "Órganos de la sociedad...", *Op. cit.*, p. 126.

⁹⁹⁸ VICENT CHULIÀ, F., *Introducción...*, *Op. cit.*, p. 607.

contiene un'enunciazione esaustiva dei doveri attribuiti agli amministratori, il che si considera che sarebbe ugualmente controproducente; tutt'altro, si limita a elencare –e pure in un modo relativamente dispersivo- alcuni dei doveri che, sulla base delle sue valutazioni, meritano un riconoscimento legale. Sul piano contabile, i principali doveri nella materia sono consacrati normativamente nella normativa, nel C. c. ita., in Spagna nel C. de c. e la LSC. Oltretutto, la riforma in Spagna si è completata con la Legge di Trasparenza 26/2003, del 17 giugno, con la quale si aggiunsero nella LSA diversi commi nel vecchio articolo 127, nei quali si specificava, in modo più concreto, anche se ugualmente generico, i doveri che vincolavano agli amministratori. Questi doveri attualmente costituiscono il Capitolo III (*I doveri degli amministratori*) del Titolo VI della LSC [artt. da 225 a 232] e se ne è osservato una trasposizione dei doveri generali che il *case law* statunitense attribuiva ai direttivi delle società concretizzati in modo generico in due: il dovere di diligenza (*duty of care*) e il dovere di lealtà (*duty of loyalty*). Sul piano contabile, si è rilevato che la tendenza giurisprudenziale americana si è orientata verso il riconoscimento di un nuovo dovere generale, il «*duty of disclosure*»⁹⁹⁹ il che conforma propriamente un dovere d'informazione ai soci e ai terzi, le cui implicazioni fomenterebbero i bisogni di diffusione d'informazione contabile¹⁰⁰⁰.

Sulla base di quanto considerato, il primo presupposto di responsabilità esige che gli amministratori nell'esercizio delle loro funzioni svolgano un'azione contraria alle norme, allo statuto o ai doveri propri della loro carica, oppure omettano di svolgere una condotta che gli è imposta. Si richiede, anche, che questa condotta sia portata a termine od omissa, con conseguente inosservanza dei doveri di diligenza a cui occorre adempiere, presumendosi con ciò colpevolezza nella loro contravvenzione, salvo prova contraria. Nell'ambito contabile qualsiasi

⁹⁹⁹ La percezione transoceanica dei doveri d'informazione e trasparenza procedenti dal Diritto americano è stata abbondantemente studiata da HOPT, K., "La modernización del Derecho de Sociedades: perspectivas transatlánticas", in *Estudios de Derecho de Sociedades y del Mercado Financiero*, versione spagnola di compendio di alcuni dei suoi studi, dir. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 272-274.

¹⁰⁰⁰ Su questi quesiti, *vid.* VICENT CHULIÀ, F., *Introducción...*, *Op. cit.*, pp. 600-605.

contravvenzione delle norme imperative –come sono la maggioranza delle norme basilare in materia- sarebbe, a priori, suscettibile di soddisfare questo primo requisito a cui dovranno essere aggiunti gli altri per originare la responsabilità ¹⁰⁰¹.

B. Produzione di un danno

Il secondo presupposto della responsabilità si mostra più complesso. Si richiede che come conseguenza della violazione delle norme nell'adempimento dei doveri contabili degli amministratori –o, direttamente, dall'inadempimento delle condotte dovute- ne derivi un danno¹⁰⁰². Questo danno potrebbe essere provocato alla società stessa, ai soci –nella loro globalità oppure individualmente considerati-, ai creditori o ai terzi, dunque la casistica al riguardo aumenta esageratamente. E' impossibile elencare in modo dettagliato ed esaustivo tutti i danni o lesioni degli interessi che possono derivare dagli inadempimenti contabili. Allo stesso tempo, la loro considerazione e la loro entità per conformare il presupposto di un'azione di responsabilità rimarrebbe sotto la discrezionalità giudiziale. Dunque, consideriamo ragionevole svolgere un'elencazione *in abstracto* degli interessi che possono risultare lesi dalle infrazioni contabili, che potranno comprendere diversi danni in concreto.

È interessante avvertire nonostante quanto considerato, che non ogni inadempimento contabile sarà generatore di un danno e, dunque, non da ogni condotta anti-giuridica nell'adempimento dei doveri contabili ne deriverà una responsabilità agli amministratori. Così, per esempio, la normativa richiede che gli amministratori firmino il bilancio prima del suo deposito. Ebbene, l'omissione di

¹⁰⁰¹ Per quello abbiamo considerato imprescindibile svolgere una certa analisi *supra* nella quale fossero individualizzate le condotte richieste e il modo d'adempimento dei doveri contabili.

¹⁰⁰² Come è stato considerato dalla dottrina dei nostri tribunali, per che abbiano successo le azioni di responsabilità non è sufficiente con accreditare l'inadempimento da parte degli amministratori dei doveri che gli corrispondano per motivo della sua carica, ma che è preciso dimostrare che come conseguenza della sua attuazione si è derivato un pregiudizio per la società o i terzi. *Vid.* sentenza AP Madrid, sezione 28^a, del 3 luglio 2008, relativa a un inadempimento dei doveri di formulazione e deposito del bilancio che non si vincola direttamente con il danno che s'allega.

questa firma non comporta nessun danno –fermo restando il caso in cui il Registro s’opponga al suo deposito o che sia difficile dimostrare che il bilancio approvato dall’Assemblea è proprio quello che si è consegnato¹⁰⁰³.

Da un punto di vista soggettivo, vale a dire con riferimento al titolare dell’interesse leso, il danno assumerà un determinato carattere. Così, al riguardo della società stessa e dei soci di questa, è considerabile la lesione di qualunque diritto come conseguenza degli inadempimenti contabili, il che è una logica conseguenza del rapporto speciale che esiste fra la società e chi l’amministra. Invece, le richieste esercitate dagli amministratori, dunque al di fuori della società, possono solo fondarsi nella riduzione del patrimonio sociale, in modo che questo sia insufficiente per il soddisfacimento dei suoi crediti¹⁰⁰⁴ quando esercitino un’azione sociale, oppure, in un danno personale se fanno uso dell’azione individuale di responsabilità.

Malgrado i danni che possono derivare dall’informazione contabile sbagliata che si diffonda, la rappresentazione di tale informazione erronea non incide sulla sostanza economica dell’impresa e sulla struttura patrimoniale di questa, che si conservano inalterate¹⁰⁰⁵. In concreto, il danno deriva dal pregiudizio che si produca dalla fiducia che i soci o i terzi hanno riposto nei confronti di quest’informazione, basti pensare ai seguenti casi: soci che adottano determinate scelte nella loro partecipazione alla società (acquisto o vendita della sua partecipazione) o determinate decisioni nell’ambito dell’Assemblea (distribuzione degli utili, dotazione delle riserve...), o, ancora, creditori che finanziano la società (cosa che non sarebbe avvenuta nel caso in cui fosse venuti a conoscenza della situazione reale dell’impresa; o almeno in condizioni diverse).

¹⁰⁰³ FRANZONI, M., “Le responsabilità civile degli amministratori di società di capitali”, in *La Responsabilità Civile, Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, dir. Galgano, vol. XIX, CEDAM, Padova, 1994, p.26.

¹⁰⁰⁴ SÁNCHEZ CALERO, F.J., “Supuestos de responsabilidad de los administradores...”, *Op. cit.*, p. 909.

¹⁰⁰⁵ BIANCHI, G., *Il bilancio, Op. cit.*, p. 2.

i. Danno derivato dalla mancanza di fedeltà dell'informazione contabile

Il principale interesse che si può ledere con l'inadempimento dei doveri contabili è che l'informazione somministrata dalla società non riflette l'immagine veritiera e fedele della situazione patrimoniale e finanziaria della stessa. Con la produzione di questo risultato sarebbe vanificato lo scopo ultimo di tutto il sistema contabile, dunque tutto il procedimento di tenuta della contabilità sarebbe ridotto ad un'attività vuota. È più probabile che quest'immagine sprovvista di fedeltà della situazione della società riguardi quelle che, per le loro dimensioni, non si trovino sottomesse a revisione legale, oppure quelle società che non abbiano trovato un giusto punto d'equilibrio dei poteri, nelle quali non si rispettino adeguatamente i diritti d'informazione dei soci o che questi mostrino passività nel controllo dell'informazione contabile offerta. Vulnerata l'immagine fedele e offerta un'informazione sfumata della situazione economica dell'impresa, il pregiudizio che deriva da scelte adottate in merito a una rappresentazione falsata della realtà, è idonea a generare responsabilità¹⁰⁰⁶.

Il danno derivato dalla mancanza di fedeltà dell'informazione contabile, può prodursi sia quando l'informazione riflessa dal bilancio mostri una sopravvalutazione del suo attivo, sia quando questa comporti una sottovalutazione dello stesso. Nel primo caso, l'informazione contabile che descrive una situazione più propizia di quella reale (per la creazione di partite d'attivo fittizie, valutazione al rialzo delle partite esistenti, non applicazione degli ammortamenti, omissione di partite di passivi...), implicherà –in primo luogo e in modo diretto-, l'obbligo di far fronte a un debito tributario di maggior portata rispetto a quello strettamente corrispondente, giacché la base tributaria sarebbe maggiore; ma pure –in secondo

¹⁰⁰⁶ Afferma ESTEBAN VELASCO, G., "La acción individual de responsabilidad", in *La responsabilidad de los administradores*, Dirs. Rojo/Beltrán, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 185 che se l'investitore o creditore può provare che questo bilancio irregolare è quello che si è considerato per adottare le sue scelte si deve poter imputare responsabilità agli amministratori. Sarà necessario, nonostante, che dalla violazione delle norme contabili e dei documenti contabili che sono sprovvisti di fedeltà se ne derivi un danno reale alla società, soci, creditori o terzi.

luogo- potrebbe produrre un danno al di fuori delle strutture della società, in quei soggetti che decidano di investire nella stessa società acquistando azioni, stimolati dall'immagine patrimoniale favorevole che la società diffonde¹⁰⁰⁷. Ugualmente, riflettere quest'immagine può produrre un danno potenziale ai creditori, dato che questi avrebbero potuto concedere credito alla società in misura diversa (interesse, termini...), da quella concessa, se avessero conosciuto la situazione patrimoniale effettiva della società.

Da questa sopravvalutazione dell'attivo potrebbe derivare un ulteriore danno alla società, come ad esempio il decidere, dell'Assemblea generale, la distribuzione di utili in realtà non ottenuti. Questo caso genera un danno alla società in misura doppia: da un lato perché causa la spatrimonializzazione di questa, coincidente con l'uscita di capitale che non risponde ai guadagni; dall'altro si assisterebbe a un aumento dell'imposta sulle società¹⁰⁰⁸, derivante dalla dimostrazione di un risultato più positivo della situazione dell'impresa.

Nel caso di violazione dell'immagine fedele per sottostima del patrimonio sociale, deriverebbe ugualmente un pregiudizio dalla condotta degli amministratori. In questo modo, pur in assenza di un danno diretto dalla creazione di fondi neri o riserve occulte da parte degli amministratori, ciò implica, in ogni caso, un agire contrario allo scopo sociale, alla diligenza propria di un ordinato imprenditore e all'interesse della società¹⁰⁰⁹. Al tempo stesso, dal riflesso di tale immagine negativa della situazione dell'impresa, può conseguire l'adozione di

¹⁰⁰⁷ FRANZONI, M., "Le responsabilità civil degli amministratori...", *Op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁰⁸ SASSI, C., *Irregolarità di bilancio...*, *Op. cit.*, pp. 3-4.

¹⁰⁰⁹ Stabilisce la sentenza di Cass. del 22 giugno 1990, num. 6278 che «nel caso in cui l'amministratore di società utilizzi, all'insaputa della stessa, fondi «occulti» non sussiste il suo (incondizionato) obbligo di reintegrare il patrimonio sociale in misura corrispondente al valore dei beni impiegati; in particolare, per gli atti compiuti nell'interesse e nell'ambito della gestione sociale non è configurabile, di per sé una responsabilità dell'amministratore per l'esito non vantaggioso dell'operazione intrapresa, mentre, anche quando l'amministratore compia sottrazione dei beni per fini personali o utilizzazione degli stessi per fini extrasocietari (o, comunque, di non dimostrata coincidenza con quelli societari), non è configurabile una sua responsabilità a titolo di illecito aquiliano -la responsabilità per tale sottrazione derivando dall'inadempimento degli obblighi inerenti al mandato ad amministrare- e l'entità del risarcimento può assumere proporzioni diverse (maggiori o minori) rispetto all'entità dei beni sottratti».

determinate scelte (per esempio, decidere non distribuire gli utili nonostante gli utili prodotti in un esercizio), che possono pregiudicare gli interessi diretti dei soci.

Si possono riassumere altri aspetti societari di rilievo che conseguenti a quest'infrazione. Uno di questi si ha quando, offrendo un'immagine non fedele della situazione patrimoniale dell'impresa non si percepisce –sia dagli stessi amministratori, che sarebbero puramente gli obbligati, sia da qualunque socio o soggetto direttamente vincolato con l'impresa- che il patrimonio netto è inferiore alla metà del capitale sociale, dunque la società sarebbe incorsa in una causa legale di scioglimento ai sensi degli arts. 263.1.d) LSC e 2446 C.c. ita. Quando si origina questa situazione, gli amministratori sono obbligati a convocare l'Assemblea generale nel termine di due mesi dal momento in cui si venga a conoscenza della sua origine al fine di porvi rimedio. Come si approfondirà, consideriamo che questo termine si computa dal momento in cui la situazione patrimoniale potesse essere avvertita, senza che risulti necessario, a tal fine, la formulazione del bilancio¹⁰¹⁰. L'Assemblea che si convocherà in questi due mesi deciderà sullo scioglimento della società, o in sostituzione di ciò, l'aumento o riduzione del capitale sociale o la richiesta volontaria di concorso, ma dalla mancanza di convocazione entro il termine legalmente determinato, potrebbero derivare conseguenze pericolose per la società, fra le quali possiamo menzionare l'aggravamento della situazione d'insolvenza –così come la dichiarazione del fallimento come “colposo” (Spagna) o il reato di bancarotta fraudolenta (Italia) quando si considerino le irregolarità contabili-. Logicamente, se con la tenuta di contabilità si offre un'immagine distorta della situazione patrimoniale dell'impresa, saranno necessari più di due mesi

¹⁰¹⁰ In tale caso, gli amministratori non possono aspettare a che il bilancio sia approvato dall'Assemblea generale, VICENT CHULIÀ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 105. Questa direzione è adottata pure dalla sentenza dell'AP di Alicante, del 11 Novembre 2009, al considerare che il senso della causa di scioglimento, che non è vincolata all'atto formale dell'approvazione ma al dato contabile che offrono gli amministratori in adempimento del suo obbligo d'elaborare il bilancio, allo quale si può aggiungere, e i conti intermedi ai quali fa riferimento l'art. 28 del C. de c., giacché la mancanza di una sanzione diretta per fare fronte al suo inadempimento non può supporre che non se ne derivi nessuna esigibilità.

affinché si percepisca questo squilibrio patrimoniale¹⁰¹¹. La responsabilità degli amministratori derivante dai danni prodotti risulta più che evidente¹⁰¹². La normativa, di fronte alla speciale gravità di questo caso, aggiunge un plus al sistema generale di responsabilità degli amministratori, rendendo gli amministratori responsabili personalmente dei debiti sociali derivanti dalla tardiva convocazione dell'Assemblea¹⁰¹³.

Un'altra conseguenza societaria che deriva dall'offrire un'informazione contabile non fedele alla situazione patrimoniale reale dell'impresa, consiste negli squilibri della determinazione del risultato dell'esercizio e delle scelte che s'adottino in conseguenza. A questo riguardo, le ripercussioni si possono avere in un doppio senso: da un lato, quando il risultato dell'esercizio riporti dei benefici per la società che non corrispondono alla realtà e si decide in conseguenza di ciò la distribuzione di dividendi indovuti fra i soci, il che potrebbe comportare una spatrimonializzazione della società; dall'altro, quando osservandosi nella realtà importanti utili sociali, il bilancio formulato non li rifletta, anzi, si verifichino perdite, limitando, in tal modo, l'aspettativa dei soci a partecipare agli utili della società, giacché all'approvazione del bilancio non segue una deliberazione di

¹⁰¹¹ Si deve ricordare che il *dies a quo* per iniziare il computo si deve considerare quando si trovi la situazione reale dello squilibrio patrimoniale e non propriamente quando questo abbia un riflesso nella contabilità.

¹⁰¹² Su questo punto di responsabilità in particolare, *vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales", in *La responsabilidad de los administradores*, Dirs. Rojo/Beltrán, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 227-280.

¹⁰¹³ Nonostante, ha stabilito la dottrina del Tribunale Supremo, che la responsabilità di fronte alla non attuazione degli amministratori quando si considera questa causa di scioglimento non si salva dal fatto che si abbia approvato il bilancio e glieli abbia dato pubblicità. Così, si scarta il fatto che la pubblicità registrale dello squilibrio patrimoniale costituisca una causa d'esenzione della responsabilità dell'art. 262.5 LSA, a modo d'eccezione non considerata dalla norma (STS del 24 giugno 2008 – FJ 3^o).

Comunque, l'esercizio dell'azione di responsabilità per non promuovere lo scioglimento di fronte a questa causa sarà accumulabile alle azioni –individuale o sociale– di responsabilità di fronte agli amministratori per gli inadempimenti, propriamente quello dei doveri contabili, che abbiano sperimentato nell'esercizio della sua carica, come si desume della sentenza della AP di Pontevedra del 25 maggio 2010. Si determina pure in quella sentenza che, in questo caso, la prova dello sbilancio –o, meglio, del contrario, la situazione d'equilibrio patrimoniale– corrisponde agli amministratori della società, per questioni di semplicità probatoria. Nello stesso senso e raccogliendo la giurisprudenza costituzionale, *vid.* sentenza dell'AP di Barcelona del 11 dicembre 2008.

distribuzione di utili. Si vulnererebbe con quello il diritto del socio alla partecipazione agli utili¹⁰¹⁴.

La contravvenzione diretta della normativa contabile, non solo quando attenti all'immagine fedele della situazione economica e patrimoniale dell'impresa, ma di qualunque portata essa sia, implicherebbe di per sé gravi conseguenze per la vita della società. Come si è affermato, la deliberazione dell'Assemblea generale d'approvazione del bilancio contraria alle norme legali e regolamentari, di natura giuridico-commerciale, che la regolano è nulla, perché così stabiliscono gli articoli 6.3 del C.c. esp. e l'art. 204 LSC in Spagna, e l'art. 2379 C.c. ita. in Italia, sia quando le norme violate si riferiscano al procedimento d'elaborazione e approvazione del bilancio sia quando ne regolino il contenuto¹⁰¹⁵. Considerando questa nullità per violazione delle norme, l'effetto di tale sanzione si espanderebbe al di là dello stretto ambito della società, in modo tale che le conseguenze dell'infrazione si perpetuerebbero. Residuerrebbe, invece, il dovere d'adempiere in modo adeguato quell'obbligo contabile, e dunque l'Assemblea dovrebbe approvare un bilancio formulato assoggettandosi alla normativa.

Un caso nel quale la portata derivata dalla mancanza di fedeltà si fa specialmente evidente, è quello che si verifica quando, in conseguenza di un bilancio scorretto, s'incitano soci o i terzi alla sottoscrizione di azioni, o d'altri titoli della società che si trova in una situazione economica vicina al fallimento¹⁰¹⁶. Oltretutto, quando quest'informazione inadeguata viene inserita entro l'informazione obbligatoria che deve contenersi nel prospetto d'emissione di azioni nelle società aperte, alle responsabilità puramente private ci si potrebbe

¹⁰¹⁴ Al riguardo si deve ricordare che la legge non impone l'obbligatorietà di distribuire nemmeno una percentuale minima degli utili distribuibili, ma quello che si stabilisce è l'obbligo che l'Assemblea decida sulla destinazione di questi, trovandoci in questo caso con il fatto che tale pronunciamento si solverebbe sulla base di un'informazione inadeguata e che potrebbe essere generatrice di un pregiudizio.

¹⁰¹⁵ VICENT CHULIÀ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 112. La giurisprudenza al riguardo è ampissima, rinviamo, per tutte, alla STS del 20 marzo 2009.

¹⁰¹⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, *Op. cit.*, p. 389.

trovare anche di fronte ad un reato di truffa a causa delle infrazioni derivate dalla pubblicità dell'informazione fraudolenta che si è offerta.

Così, per esempio, il danno cagionato a una persona che conceda un credito alla società confidando che la situazione economica e patrimoniale dell'impresa sia quella riflessa nella sua contabilità e, dunque, fissando le condizioni del prestito sulla base di questa situazione di solvibilità. Posteriormente si comprova che la situazione non era così prospera, pertanto, si produce un pregiudizio (lucro cessante) al creditore che avrebbe concesso tale credito solo in condizioni diverse da quelle addotte. Questa soluzione sembra non essere entrata nel sistema italiano sulla base di quanto stabilito nell'art. 2394 C.c. ita., il quale stabilisce che gli amministratori rispondono di fronte ai creditori dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. L'azione può essere promossa dai creditori quando il patrimonio sociale risulti insufficiente per il soddisfacimento dei suoi crediti. Dunque, si aggiunge un nuovo requisito: i creditori potranno proporre l'azione sociale solo quando il patrimonio sia insufficiente per soddisfare il loro credito.

ii. Danno derivato dall'inattività degli amministratori nell'adempimento dei suoi obblighi contabili

Dall'assenza d'attività degli amministratori, e non soltanto dalla violazione delle norme o dall'adempimento irregolare degli obblighi, derivano alcune delle conseguenze più perniciose nell'ambito contabile. Partiamo dal caso più estremo, quello della mancanza di formulazione, e conseguentemente d'approvazione del bilancio che produce la paralisi degli organi sociali, il che dimostra di per sé l'impossibilità del suo funzionamento, da cui deriva una causa obbligatoria di scioglimento della società¹⁰¹⁷ [art. 363.1.c) LSC]. Nonostante questa sia una

¹⁰¹⁷ Così, VICENT CHULIÀ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 105. Nello stesso senso si pronuncia ILLESCAS ORTIZ, R., "La formulación de las cuentas...", *Op. cit.*, p. 1935, che considera che l'impossibilità di formulare un bilancio coinvolge la paralizzazione degli organi sociali e, ugualmente, l'impossibilità di raggiungere l'oggetto sociale, il che conduce ineluttabilmente allo scioglimento della compagnia.

soluzione logica, risulta chiaramente remota, giacché la mancanza di formulazione del bilancio da parte dell'organo d'amministrazione, anche se da essa non derivino danni diretti, stimolerà l'Assemblea generale alla rimozione degli amministratori per inadempimento dei loro obblighi più basilari. I nuovi amministratori formulerebbero il bilancio e lo sottoporrebbero all'Assemblea per la sua approvazione. Il caso più critico avrebbe luogo quando concorrono gli inadempimenti degli amministratori con quello dell'Assemblea, vale a dire, che la mancanza di formulazione, o le diverse formulazioni di bilancio in modo reiterato non fossero oggetto d'approvazione dall'Assemblea generale. Questo darebbe luogo, eventualmente, alla chiusura del Registro delle Imprese che implicherebbe – ancora più – la paralizzazione degli organi sociali e l'impossibilità d'adempiere l'oggetto sociale.

Un'altra forma d'inadempimento degli amministratori si genererebbe quando questi, essendo obbligata la società a sottoporre il suo bilancio a revisione, vulnerassero questa prescrizione e presentassero direttamente ad approvazione nell'Assemblea generale il bilancio senza revisionarlo. Di fronte a quest'eventualità si possono avere due situazioni: in primo luogo, che l'organo decisorio della società percepisca questa situazione e, nella celebrazione dell'Assemblea generale ordinaria oppure in un momento anteriore, rimproveri agli amministratori il soddisfacimento di tale esigenza; in secondo luogo, nel caso in cui tale carenza non venga considerata dall'assemblea, al momento di depositare il bilancio senza revisione nel Registro Mercantil / delle Imprese, l'incaricato del registro evidenzierà la mancanza del documento della relazione degli auditori¹⁰¹⁸, dalla quale deriverà la nullità della deliberazione dell'Assemblea, causando il ritorno del procedimento d'approvazione del bilancio alla sua prima formulazione perché questa, senza soluzione di continuità, sia sottoposta al vaglio dei revisori e posteriormente sia oggetto di corretta approvazione dell'Assemblea generale. In questo caso, dalla dilazione nell'approvazione del bilancio e dei tramiti amministrativi e societari per i quali si passerà attraverso la duplicazione di

¹⁰¹⁸ Sull'ambito di comprovazione del Registro Mercantil, *vid.* LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, pp. 157-164.

diverse fasi, –si pensi alla doppia convocazione dell'Assemblea, l'eventuale partecipazione del notaio in essa...- si provocherà un danno alla società, e non solo ad essa ma anche ai terzi, danno che può costituire la base di un richiamo di responsabilità.

L'inadempimento del dovere di custodia della documentazione contabile, che occupa il termine di sei anni dall'ultimo allibramento praticato nello stesso secondo l'art. 30 C. de c. in Spagna o di dieci anni in Italia secondo l'art. 2220 C.c. ita., può ugualmente generare responsabilità per gli amministratori quando sussista una causa legittima per l'accesso a tali documenti e dall'impossibilità di aver luogo tale accesso, per l'incustodia, si generi un pregiudizio alla società. Risultano applicabili due considerazioni a questo punto: la prima è che la normativa non stabilisce nessuna sanzione specifica di fronte a quest'inadempimento, ciò va interpretato come una remissione al sistema generale di responsabilità, ferme restando, ovviamente, le sanzioni amministrative che in determinati settori si possano stabilire. In secondo luogo, perché si generi responsabilità a questo riguardo, è richiesta una certa colpa, in considerazione della quale, si ritiene che non avrà successo l'azione di responsabilità contro gli amministratori, nel caso che la documentazione alla quale si volesse accedere sparisca a seguito di un incendio fortuito, per esempio.

Ai soci può derivare un danno dal vizio nel procedimento di formulazione del bilancio quando le informazioni non siano state offerte nel tempo giusto e nelle forme stabilite dalla Legge, influenzando con ciò la posizione giuridica del socio, per esempio, nel caso in cui in costanza della negoziazione di vendita del suo pacchetto azionario, questa sia stata interrotta dall'impossibilità d'utilizzare il progetto di bilancio che non venga pubblicizzato in modo regolare. In questo caso, se la decisione se avesse adottato prima dell'approvazione del bilancio dall'Assemblea generale, e parte dei guadagni derivanti dalla vendita fossero svaniti a causa dell'indisponibilità di quest'informazione, non ci sarebbero motivi

per negare la possibilità di chiedere il risarcimento dal danno cagionato al socio dall'inadempimento¹⁰¹⁹.

iii. Danno derivato dall'inadempimento del dovere di deposito del bilancio approvato

Per la sua stessa entità, l'inadempimento del dovere di deposito del bilancio nel Registro delle Società necessita di una trattazione autonoma. La pubblicazione del bilancio nel Registro costituisce l'ultima tappa nel processo contabile e comporta il logico soddisfacimento previo del resto dei requisiti contabili; l'assenza o l'irregolare adempimento di alcune di queste darà luogo all'impossibilità di pubblicizzare l'informazione contabile o che questa pubblicità sia vuota di senso. Per considerare il modo in cui si configura la responsabilità degli amministratori derivata dall'inadempimento del dovere di deposito del bilancio nel Registro, è necessario che risulti chiara la sequenza degli atti che conducono ad esso.

In primo luogo, è necessario soddisfare gli obblighi contabili fino alla formulazione definitiva del bilancio per la sua presentazione all'Assemblea generale ordinaria, il che comporterà la sua formulazione, la sua sottoposizione a revisione e che non si manifestino dei rilievi nella relazione dei revisori legali. Una volta presentato il bilancio all'Assemblea, deve essere approvato da questa e, ancora, firmato dagli amministratori una volta che è stato accettato dall'organo di decisione per procedere al suo deposito¹⁰²⁰. Succede, dunque, che si abbia come presupposto necessario, perché nasca il dovere di deposito del bilancio nel Registro, che questo sia stato approvato dall'Assemblea generale, giacché non avrebbe senso, ed anzi sarebbe controproducente, la diffusione di un bilancio che

¹⁰¹⁹ Su questo quesito, *vid.* BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio...*, *Op. cit.*, p. 95.

¹⁰²⁰ Su questo quesito e la necessità della doppia firma del bilancio, una dopo la sua formulazione per la presentazione alla sua approvazione dall'Assemblea generale e un'altra una volta è stato approvato per il suo deposito nel Registro Mercantile si pronuncia VICENT CHULIÀ, F., *Las cuentas anuales...*, *Op. cit.*, p. 130.

non fosse definitivo né valido in quanto non riflette la volontà sociale¹⁰²¹. Approvato il bilancio dall'Assemblea generale è un obbligo degli amministratori il suo deposito nel Registro, che sarà da adempiere nel termine di un mese dalla sua approvazione. Nel caso d'inadempimento –essendo originato ormai il dovere di deposito, cioè, una volta approvato il bilancio- due sono le conseguenze che ne derivano per la società: da un lato, l'imposizione di una multa pecuniaria dopo l'istruzione di un procedimento sanzionatorio da parte dell'ICAC, nei termini dell'art. 283 LSC; e d'altra parte, la chiusura del registro ai sensi dell'art. 282. Si produce qui la disparità che, sebbene l'obbligo di deposito –come non potrebbe essere diverso- appare riferito agli amministratori della società, le sanzioni s'attribuiscono direttamente alla società. Ha considerato la dottrina che tale situazione, per quanto riguarda l'imposizione di multe pecuniarie, non è la stessa che si produce nei paesi con ordinamento simile al nostro, che sanzionano direttamente gli amministratori giacché sono questi i veri responsabili dell'inadempimento del dovere che direttamente è loro imposto¹⁰²².

Dunque, dall'inadempimento di un dovere dell'amministratore nasce un danno per la società che ha un doppio rilievo: uno pecuniario e diretto, visto che col suo patrimonio dovrà fare fronte alla sanzione imposta –il che legittimerà i creditori all'esercizio dell'azione di responsabilità-; e un'altra indiretta ma ugualmente generatrice di pregiudizi, com'è la chiusura del registro e l'impossibilità d'iscrivere altre menzioni prescritte dalla legge.

Dalla mancata approvazione del bilancio da parte dell'Assemblea deriveranno ugualmente obblighi per l'organo d'amministrazione. Così, non solo

¹⁰²¹ VÁZQUEZ CUETO, J.C., "Depósito y publicidad de documentos...", *Op. cit.*, p. 1716, afferma che un'informazione sugli stati contabili non definitivi risulta scarsamente utile e incluso pericolosa per gli interessi del traffico.

¹⁰²² LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas...*, *Op. cit.*, pp. 185-187, considera che non si vede molta spiegazione sul fatto che sia il patrimonio della società quello che deva fare fronte in ogni caso al soddisfacimento dall'omissione della condotta dovuta dai suoi amministratori e imposta, pure, per favorire una corretta gestione sociale. Evidentemente, sempre è possibile l'esercizio delle opportune azioni di responsabilità. Per le soluzioni offerte in altri paesi del nostro contesto, *vid. ibid.* p. 185, nt. 53.

dovranno formulare di nuovo il bilancio affinché venga approvato dall'Assemblea – il che, nel caso in cui si dimostri colpevolezza nella formulazione del primo potrà essere generatore di responsabilità per la dilazione sofferta-, ma saranno anche obbligati a presentare al Registro una certificazione della celebrazione dell'Assemblea generale e la non approvazione del bilancio, allo scopo d'evitare la chiusura di questo alla società e l'imposizione delle sanzioni. Nel caso in cui non adempiano a questo dovere di presentare tale certificazione, gli amministratori risponderanno ugualmente dei pregiudizi che ne derivino.

Si produce in quest'ambito l'ironia legislativa che è stata criticata dalla dottrina consistente nella previsione che la sanzione per l'inadempimento di un obbligo degli amministratori, sia imposta alla stessa società. Questa situazione non deve essere sottovalutata giacché la portata economica della multa può raggiungere i 300.000 euro, per i quali dovrà rispondere in forma diretta il patrimonio della società, ferma restando poi la possibilità di rifarsi sugli amministratori per essere essi responsabili del danno subito dalla società¹⁰²³.

a) Danno patrimoniale direttamente sofferto dalla società

Sono pochi i presupposti in cui la società riceve una sanzione economica diretta derivata propriamente dall'inadempimento d'alcuno dei doveri contabili. Nonostante ciò non significa che non ne derivino conseguenze dirette. Per quello si è osservato che l'inadempimento del dovere di contabilità comporta principalmente un sistema di sanzione indiretta derivante non tanto dall'inadempimento, ma dai danni o pericoli che da tali inadempimenti possano

¹⁰²³ Dobbiamo considerare, allo stesso tempo, che l'inadempimento prolungato del dovere di deposito del bilancio, in molte occasioni comporta altri fatti tali come la sparizione della società dal traffico ordinario, il che per se, e anche non coinvolga la riduzione del patrimonio al di sotto della metà della cifra del capitale sociale, costituiscono una base fatica più che sufficiente per capire che la società si trova incorsa in una causa legale di scioglimento e, dunque, fare ai suoi amministratori responsabili dei debiti sociali. In questo senso, la giurisprudenza è molto ampia, potendosi citare le sentenze dell'AP di Barcelona del 21 dicembre 2005, del JM num. 1 di Asturias del 22 gennaio 2007, e quella dell'AP di Madrid del 11 febbraio 2003.

derivare (azioni di responsabilità, cause di scioglimento, vicinanza della situazione di fallimento...).

Allo stesso modo, si deve considerare che sia alla società come ai terzi che hanno rapporti con la medesima –fondamentalmente i creditori- potrà essere cagionato un danno come conseguenza della distrazione di fondi sociali da parte degli amministratori, che siano occulti in una contabilità truccata. In questo caso, tuttavia, pensiamo che il pregiudizio sia desumibile in modo diretto dalla derivazione dei fondi, essendo le alterazioni contabili semplicemente il mezzo necessario per commettere la condotta antiggiuridica dalla quale deriva il danno.

b) Danno derivato dell'adozione di decisioni sulla base di un'informazione inadeguata

Anche se abbiamo affermato che l'inadempimento dei doveri di contabilità o la mancanza di fedeltà della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa che mostra la contabilità raramente comporta un danno diretto alla società¹⁰²⁴, la verità è che questi danni si produrranno con relativa frequenza, sia per quanto riguarda la produzione di un pregiudizio diretto al patrimonio della società, sia per quanto concerne le conseguenze negative che possono derivare dall'adozione di scelte inopportune sulla base della rappresentazione di un'immagine sbagliata della situazione della società.

In questi casi, anche se il danno derivi in modo diretto dalle scelte che in concreto lo producano, non dobbiamo ignorare che la sua causa diretta sarà un'informazione inesatta che è stata rilevata da una contabilità manifestamente inidonea. Così, fra le decisioni che possono dare luogo a questi danni "riflessi", possiamo considerare la distribuzione di utili non prodotti in realtà –oppure la sua versione negativa, l'eccessiva dotazione di riserve in contrapposizione agli utili effettivi nascosti-, o determinate scelte che s'adottino di fronte al fallimento, come

¹⁰²⁴ BIANCHI, G., *Il bilancio*, Op. cit., p. 2.

possono essere la richiesta di nuovi finanziamenti, la domanda di un fallimento volontario o, semplicemente, l'inconsapevolezza di essere incorsi in una causa legale di scioglimento per spatrimonializzazione della società.

C. Relazione di causalità

Considerata l'enorme casistica nei danni che possono derivare dagli inadempimenti contabili, esiste un elemento in più sul quale si deve fondare qualsiasi domanda di responsabilità: la prova dell'esistenza di un nesso causale fra l'azione o l'omissione degli amministratori –o le persone a cui questi abbiano delegato l'adempimento di certe attività- e il danno sofferto. Per la dimostrazione di questo danno si potranno utilizzare tutti i mezzi processuali validi in Diritto, il che in alcune occasioni sarà più semplice da dimostrare –v. gr. il pregiudizio patrimoniale per la multa imposta per un inadempimento contabile-, e in altre circostanze risulterà più complesso –v.gr. dimostrare che s'adottò una determinata scelta sulla base di dati economici erronei versati dalla contabilità dell'impresa-¹⁰²⁵.

La principale difficoltà che si manifesterà al riguardo è che il risultato lesivo non è causato solo dall'azione colpevole degli amministratori, ma a questa si aggiunge, spesso, la concorrenza di fattori esterni. Risulta naturale che nel

¹⁰²⁵ Risulta illustrativa dalla necessità di dimostrazione del nesso causale la sentenza dell'AP di Cantabria del 9 settembre 2009, che stabilisce nel suo FJ quarto che il Tribunale Supremo richiede, per determinare la responsabilità degli amministratori legare quella mancanza di presentazione della contabilità con il danno ed è precisamente questo elemento del nesso causale quello che appare indeterminato in tutto il ricorso, con lo quale pronuncia che, nonostante accreditarsi l'inadempimento dei doveri contabili dagli amministratori e dimostrarsi e valutarsi un danno patrimoniale nel dimandante, non si prova il rapporto di causalità esistente fra entrambi, dunque l'azione non può avere successo. In uguale senso si pronuncia la sentenza dell'AP di Pontevedra del 29 dicembre 2008, che nega che sia sufficiente dimostrare la mancanza di presentazione del bilancio nel Registro come presupposto dal quale si possa derivare il danno considerato, ma che risulta pure precisa la prova da parte dell'attore del rapporto di casualità fra la condotta imputata e la generazione del pregiudizio o, in altri termini, dovrà convincersi che la condotta negligente dell'amministratore è quello che ha determinato il fatto che l'attore non abbia potuto ottenere il soddisfacimento del suo credito, o quanto è uguale, che l'attuazione diligente e accomodata agli usi del traffico avesse determinato il soddisfacimento, sia anch'esso parziale, del credito richiesto.

presupposto della concorrenza delle cause nella produzione del danno si dovrà fare ricorso a una moderazione della responsabilità al momento della determinazione dell'indennizzo¹⁰²⁶.

IV. FORME DI ESONERO DALLA RESPONSABILITÀ

Nelle pagine precedenti abbiamo reso manifesta l'implicazione dei diversi soggetti e organi che mettono in comune le loro azioni per adempiere alle esigenze concrete del dovere complesso di contabilità. Al riguardo abbiamo ragionato sul fatto che la responsabilità del danno derivante da queste azioni, non si tratta di una responsabilità di carattere oggettivo o sanzionatorio, ma di una responsabilità soggettiva, caratterizzata dalla sussistenza, come presupposto, di un'azione o omissione antigiuridica da parte del soggetto, da cui derivi, in concreto, un danno ingiustificato legato alla sua attuazione, da un effettivo rapporto di causalità. E' necessario ora determinare in quali casi possono liberarsi di tale responsabilità i soggetti implicati nella produzione del danno. Come si avverte, la principale difficoltà a cui dovremmo far fronte sarà quella di determinare l'ambito concreto delle competenze e responsabilità d'ognuno dei diversi soggetti intervenenti (amministratori –con le diverse categorie-, membri del Comitato Audit, direttivi, revisori legali, membri degli organi di sorveglianza, personale della società...). A quest'ultima questione –di grande rilievo pratico e sistematico- daremo risposta nel paragrafo seguente.

A. Prima premessa: l'inderogabilità delle norme di responsabilità

¹⁰²⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, Op. cit., p. 306.

La premessa dalla quale dobbiamo partire nell'analisi dei modi in cui si rendono personalmente responsabili i diversi soggetti che fanno parte della società in conseguenza dei danni causati in materia di contabilità, è l'affermazione che le norme generale fissate nella legislazione sulla responsabilità degli organi sociali sono inderogabili (art. 236 LSC; art. 2392 C.c. ita.). L'adeguata configurazione di qualsiasi sistema di governo delle società comporta che, insieme alla distribuzione e l'attribuzione delle competenze fra i diversi organi che lo conformano, si produca la fissazione di un sistema di responsabilità attraverso il quale le conseguenze dannose degli atti ricadano sul soggetto che esercitò in modo scorretto la competenza dalla quale derivarono gli atti dannosi.

Si tratta di una premessa necessaria della costruzione del diritto delle società¹⁰²⁷ e conserverà il suo vigore sia che questa responsabilità venga provata in modo diretto –attraverso la possibilità di azione della società, i soci, creditori o i terzi contro il soggetto che attuò antiggiuridicamente-, o indirettamente –quando dopo aver esercitato un'azione contro la società o i suoi amministratori, in generale, questi devono rispondere in concreto essi stessi per far fronte alla responsabilità dei propri subordinati-. La finalità di questo sistema è logica: visto che non vengono stabiliti meccanismi coercitivi per i quali si possano rendere responsabili direttamente e personalmente i soggetti dalle cui azioni derivano conseguenze negative, ci sarà una maggiore propensione affinché questi non svolgano in modo diligente le proprie funzioni, giacché non ci sarebbe nessun stimolo –né negativo, né positivo- per impiegare una maggiore diligenza¹⁰²⁸.

È per tutto ciò che, in linea di massima, le norme di responsabilità degli amministratori e altri organi delle società di capitali sono configurate dai diversi

¹⁰²⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades...*, *Op. cit.*, pp. 287 e ss., il che afferma che le norme sulla responsabilità degli amministratori cercano di trovare un equilibrio fra il potere e la responsabilità.

¹⁰²⁸ Su questo quesito, *vid.* ALONSO UREBA, A., "Presupuestos de la responsabilidad social...", *Op. cit.*, pp. 647 e ss.

ordinamenti giuridici come inderogabili¹⁰²⁹. In questo modo, né statutariamente, né contrattualmente, né per il tramite dell'autorizzazione dell'Assemblea generale come organo supremo della società, si può in linea di massima derogare a questo principio. Un discorso diverso sarebbe se l'Assemblea decidesse in modo generale di non far conseguire responsabilità da un determinato comportamento imputato a certi soggetti, la cui portata, non solo rimane ristretta, ma deve, in ogni caso, essere riferita a fatti passati.

B. Seconda premessa: l'autorizzazione assembleare non esime di responsabilità

Sebbene la prima premessa che abbiamo considerato ha carattere generale, come presupposto sul quale si costruisce l'ordinamento societario, la seconda si presenta un sostegno legale. Si tratta in concreto dell'art. 236.2 LSC e dell'attribuzione in modo esclusivo delle competenze di gestione dell'impresa agli amministratori, che, in Italia, è realizzato dall'art. 2380 bis C.c. Questo presupposto è conseguenza diretta dell'attribuzione agli amministratori, della competenza di gestire con autonomia e responsabilità la società, stabilendo una delimitazione importante tra la proprietà e la gestione¹⁰³⁰. E questo perché tale competenza oggettiva e autonoma non è stata conferita agli amministratori dall'Assemblea generale, ma direttamente dalla legge quando s'adotta un determinato modello organizzativo¹⁰³¹.

¹⁰²⁹ In modo monografico su quest'aspetto *vid.* TINA, A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori...*, *Op. cit.*, sp. pp. 2-25.

¹⁰³⁰ Divisione che coinvolge, sulla base dell'opera di Berle e Means, il germe delle riflessioni sulla Corporate Governance. *Vid.* BERLE, A.A./MEANS, G.C., *The Modern Corporation & Private Property*, prima volta pubblicato in 1932, l'edizione che abbiamo utilizzato e quella di Transaction Publishers, 10^a impressione, New Brunswick, 2009.

¹⁰³¹ QUIJANO GONZÁLEZ, J., "La responsabilidad de los administradores", in *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Dir. Rojo e Beltrán, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 1699.

In conseguenza, gli amministratori –e, nella misura che gli risulti applicabile, i direttivi, i membri degli organi di sorveglianza, etc.- conserveranno la responsabilità per le conseguenze lesive dei loro atti e scelte, anche quando questi siano stati adottati per decisione dell'Assemblea generale, siano autorizzati con carattere previo o ratificati a posteriori¹⁰³². Attraverso questa norma si pretende evitare l'inoperatività del permesso di salvare la responsabilità quando sia stato autorizzato l'atto dall'Assemblea, giacché se così fosse gli amministratori diligenti opterebbero per consultare l'Assemblea prima d'adottare qualunque decisione di rilievo sulla gestione della società. Allo stesso modo, tale opzione risulterebbe inoperativa, considerata la difficoltà di convocare all'Assemblea generale con una certa regolarità, specialmente in quelle società che presentano un azionariato disperso.

In questo modo, pur quando si riesca a consultare l'Assemblea sull'adozione di una determinata decisione o la realizzazione di una determinata azione, gli amministratori continueranno ad essere responsabili per le conseguenze dei propri atti, e ciò, sia all'esterno della società che all'interno di questa. Così, la stessa Assemblea generale posteriormente potrebbe intraprendere le azioni opportune per esigere responsabilità come conseguenza del danno cagionato o promuovere l'impugnazione corrispondente della deliberazione del Consiglio.

Nel piano contabile questa norma presenta una previsione specifica, contenuta nell'art. 238.4 LSC, nel riconoscere che l'approvazione del bilancio non impedisce l'esercizio dell'azione di responsabilità né comporta la rinuncia all'azione accordata o esercitata. O, in termini più ampi, la dizione dell'art. 2434 C.c. ita. riconosce che l'approvazione del bilancio non comporta la liberazione degli amministratori, dei direttori generali, dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari e dei sindaci per le responsabilità in cui si incorra

¹⁰³² QUIJANO GONZÁLEZ, J., "La responsabilidad de los administradores", *Op. cit.*, p. 1698; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades...*, *Op. cit.*, pp. 308-313.

nella gestione della società. L'approvazione del bilancio non produce nessun effetto sulla responsabilità degli amministratori¹⁰³³.

Consideriamo che questa precisazione è logica in sede della tutela degli interessi dei soci giacché sebbene è esigibile un dovere di diligenza agli amministratori della società nell'esercizio della loro carica, tale esigenza non è predicabile al riguardo dei soci, i quali –soprattutto quanto maggiore sia la dimensione della compagnia e minore sia la percentuale di capitale che rappresentino- restringeranno il loro interesse nella società alla distribuzione degli utili. Così, sebbene l'approvazione del bilancio è *conditio sine qua non* perché questo rifletta la volontà sociale, quest'atto non svanirà la paternità materiale di quello e i criteri di attribuzione di responsabilità.

Si devono considerare anche i multipli conflitti d'interesse che possono generarsi fra gli amministratori e la società per quanto riguarda la determinazione del risultato dell'esercizio, che non è altro che una cifra derivata di magnitudini contabili. I problemi fra quelli, che comprendono non solo i conflitti nell'ambito della remunerazione che questi ottengono –sistemi di remunerazione percentuali degli amministratori sulla base dei profitti ottenuti dalla società, remunerazione attraverso *stock-options*...-, ma pure le pressioni che esercitano determinate quote del capitale nel senso di concorre a che gli amministratori evidenzino nel bilancio determinati dati che gli sono favorevoli¹⁰³⁴. Ugualmente, dobbiamo considerare

¹⁰³³ BIANCHI, G., *Il bilancio*, in *Le nuove s.p.a.*, Trattato dir. da Cagnaso / Panzani, Vol. V, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 4.

¹⁰³⁴ Insomma, questa situazione non è altro che una manifestazione in più del conflitto d'interessi che si può generare nei rapporti fra il principale e l'agente. Come afferma il mio maestro, il Professore PEINADO GRACIA, J.I., *El contrato de comisión...*, *Op. cit.*, 27 nt. 8, dato il planteamento del socio come principale, e amministratori come agenti, non può sorprenderci che sia il dovere d'informazione la principale soluzione offerta al conflitto. Si tratta di conflitti nei rapporti entro le società che ci fanno ridefinire ai Consigli d'amministrazione come organi politici sovrani. Così, i problemi nei rapporti d'agenzia applicati al conflitto fra gli azionisti e gli amministratori, s'identifica dalla presenza di due presupposti: tutti gli individui perseguono di massimizzare le utilità sperate (proprio interesse) e, secondo presupposto, sono capaci d'anticipare le incidenze dei comportamenti sul suo patrimonio, *Op. cit.*, pp. 27-28.

Da una prospettiva comparatistica, i problemi principale-agente nell'ambito societario sono stato studiati da HOPT, K., "La modernización del Derecho de Sociedades...", *Op. cit.*, pp. 274-276.

che, insieme al bilancio, gli amministratori presenteranno all'Assemblea generale una proposta d'applicazione del risultato, la quale, sebbene non è vincolante in nessun caso, può condizionare la decisione che l'organo di deliberazione adotti – maggiore dotazione delle riserve, distribuzione degli utili...-. In conseguenza di questi eventuali conflitti d'interesse, sarà logico che in nessun momento l'accettazione del bilancio dall'Assemblea generale privi i suoi autori materiali delle proprie responsabilità.

Altro discorso sarà che l'Assemblea generale rifiuti di imputare responsabilità agli amministratori di fronte ai loro inadempimenti, o che si transiga –sempre che non si opponga a quello più del 5% del capitale sociale- a un'azione sociale di responsabilità ormai esercitata. Com'è logico, qualsiasi rinuncia aprioristica a richiedere responsabilità agli amministratori sarebbe nulla di diritto, ciò al fine di vulnerare l'ordine pubblico societario.

C. Norma di distribuzione: solidarietà

Sulla base dei due presupposti che abbiamo appena considerato, e che si sintetizzano nell'inderogabilità legale e negoziale delle norme sulla responsabilità, la successiva norma generale che si deve prendere in considerazione è quella relativa al riconoscimento del modo in cui si risponderà. Ferme restando le precisazioni che faremo nel paragrafo seguente, è sufficiente considerare qui che la Legge rende, in linea di massima, responsabili solidalmente sul piano esterno¹⁰³⁵, tutti i soggetti implicati nell'azione od omissione dalla quale derivò il danno, indipendentemente dalla sua partecipazione diretta.

¹⁰³⁵ Così, la solidarietà, con la sua funzione tipica di garanzia dei legittimati per esigere la riparazione del pregiudizio, che vedono ampliato il circolo degli obbligati a indennizzare tutto il danno prodotto e rafforzata la sua posizione con i diritti di scelta e variazione, è la forma ordinaria della responsabilità degli amministratori, QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Carácter solidario de la responsabilidad", in *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Dir. Rojo e Beltrán, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 1700.

Questa norma della solidarietà, o meglio, della solidarietà rispetto all'esterno, può essere considerata da un doppio punto di vista agli effetti che qui ci riguardano: una prima considerazione comporta che tutti i membri dell'organo che ha attribuito la competenza in base alla quale derivò il fatto dannoso in seguito al suo antigiuridico adempimento, dovranno rispondere in modo solidale di fronte al danneggiato, appare così come un *riflesso della collegialità* nel funzionamento dell'organo amministrativo¹⁰³⁶; e, un secondo modo di far fronte a questa solidarietà, è quella che ci fa considerare che quando diversi organi o soggetti abbiano partecipato congiuntamente nella produzione di un risultato dannoso, risponderanno anche in questo caso solidalmente all'esterno. E ciò a prescindere dalla diversità delle attribuzioni che in concreto sono loro affidate (competenza esecutiva di fronte a competenza di sorveglianza; dovere di redazione di fronte al dovere di revisione; adempimento di un dovere materiale di fronte all'adempimento di un dovere formale...). Sul modo in cui s'articola questa norma, relativa al principio di solidarietà, argomenteremo più avanti.

Come si è opportunamente osservato¹⁰³⁷, le uniche eccezioni che si sono previste in modo espresso al principio di solidarietà nella responsabilità, richiedono che venga meno il funzionamento collegiale dell'organo –o, quanto meno, che si abbia una sua attenuazione-, il che si può verificare in certi casi di delega (nei quali, come vediamo, l'organo delegante abbia conferito tutte le sue competenze, anche quelle di supervisione), oppure, quando attraverso meccanismi di carattere formale, si sia previsto un procedimento per il quale si cancelli il rilievo collegiale del comportamento di uno dei membri del Consiglio individualmente considerato.

D. Eliminazione della categoria della colpevolezza

¹⁰³⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Carácter solidario de la responsabilidad", *Op. cit.*, p. 1701.

¹⁰³⁷ CALANDRA BUONAURA, V., *Amministrazione disgiuntiva e società...*, *Op. cit.*, p. 17.

Considerato tutto questo, si potrebbe desumere la conclusione che i soggetti che hanno attribuito il dovere d'adempiere i diversi obblighi che compongono il dovere di contabilità non hanno modo alcuno d'esimersi di tale responsabilità. Tutt'altro. Tale forma d'esonerazione di responsabilità esiste; essa deriva logicamente, dalla rottura della catena che vincola azione o omissione anti-giuridica-agire colpevole-nesso di causalità-produzione di un danno. In questo modo, se si rompe questa sequenza in qualunque dei suoi elementi si cancellerà l'obbligo d'indennizzare dei danni derivati dagli inadempimenti contabili. In questo senso si pronunciava in modo chiaro l'articolo 14.2 della Proposta di Quinta Direttiva riconoscendo che il membro dell'organo di direzione o di sorveglianza si può liberare della responsabilità se prova che non gli è imputabile personalmente nessuna colpa. In senso simile, l'art. 93.2 dell'AktG tedesca, che dopo aver stabilito che i membri della Direzione (Vorstand) che infrangono i propri obblighi saranno obbligati solidalmente a risarcire la società dei danni prodotti, aggiunge che in caso di dimostrazione dell'osservanza della diligenza di un gestore ordinato e leale, gli spetterà l'onere della prova. Si tratta, dunque, della necessaria eliminazione della sussistenza della colpevolezza eliminare la responsabilità in capo al soggetto¹⁰³⁸.

Abbiamo ormai avuto l'occasione di pronunciarci sul fatto che non ogni inadempimento nell'ambito contabile comporta sempre e necessariamente un danno. Ugualmente, abbiamo avuto occasione di puntualizzare che, in certe occasioni, non è semplice provare il rapporto di causalità fra l'azione od omissione anti-giuridica e il danno prodotto, casi nei quali, di conseguenza, non si potrà articolare una richiesta di responsabilità. È ora perciò necessario analizzare il modo in cui si può rompere la sequenza degli elementi strutturali della responsabilità dalla prospettiva soggettiva, cioè, con incidenza sulla categoria della colpevolezza.

¹⁰³⁸ GARCÍA VILLAVARDE, R., "Exoneración de responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada por falta de culpa (art. 133.2 LSA)", in *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp. 1323.

Su questo punto si pronunciano di forma espressa gli articoli 237 LSC e 2392, 2° e 3° comma, C.c. ita., stabilendo che saranno salvi dalla responsabilità solidale dei membri dell'organo d'amministrazione coloro che provino che, non essendo intervenuti nell'adozione di decisioni ed esecuzione di fatti pregiudizievoli, ignoravano la loro esistenza o, conoscendoli, hanno fatto tutto quanto era necessario per evitare il danno o, almeno, si sono opposti *espressamente* ad essi; opposizione espressa a cui l'ordinamento italiano aggiunge la necessità di riportare il dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del Consiglio di amministrazione, così come di comunicarlo tempestivamente al Collegio sindacale. Alcuni autori hanno considerato al riguardo che queste cause di giustificazione non devono considerarsi come un *numerus clausus*, in modo tale che si dovrebbe ammettere l'allegazione di altre cause d'esonero relative all'elemento soggettivo della colpa, com'è il caso dell'adozione di una decisione lesiva con un vizio del consenso sufficientemente grave¹⁰³⁹.

Questa previsione è la derivazione diretta della configurazione della responsabilità come una responsabilità soggettiva¹⁰⁴⁰ che necessita dell'elemento della colpevolezza per poter essere richiesta al soggetto generatore del danno. Si produce, nonostante il carattere soggettivo o per colpa della responsabilità, un'inversione dell'onere della prova¹⁰⁴¹, inversione che, nonostante risulti più chiara nella configurazione delle norme della Proposta di V Direttiva e della AktG tedesca, si deve ritenere operante pure negli ordinamenti italiano e spagnolo. In

¹⁰³⁹ QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Carácter solidario de la responsabilidad", *Op. cit.*, p. 1704.

¹⁰⁴⁰ La dottrina spagnola si trova ancora divisa su se si tratta di una responsabilità oggettiva o soggettiva. A questo riguardo, quei che difendono la prima delle opzioni considerano che in tali casi, l'amministratore risponde senza necessità che il demandante offra la prova positiva del dolo o della negligenza. Ma che siano così le cose non comporta che quello ci deva fare assumere che si tratta di una responsabilità oggettiva, giacché si tratta semplicemente di un'inversione della carica della prova, in modo tale che gli amministratori possono librarsi di responsabilità quando provino la sua assenza di colpa. *Vid.*, entro una lunghissima dottrina, ARROYO MARTÍNEZ, I., "Responsabilidad", in *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Coord. Arroyo, Embid, Górriz, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2009, p. 1523.

¹⁰⁴¹ GARCÍA VILLAVERDE, R., "Exoneración de responsabilidad civil...", *Op. cit.*, p. 1340. Il che adattamente aggiunge che nel Diritto spagnolo coesistono un sistema generale d'esonero, che si basa sulla dimostrazione dell'inesistenza di colpa, insieme ad un sistema speciale d'esonero basato nella prova di situazioni prestabilite dal legislatore, che limita all'anteriore, applicabile quando si tratti di atti o decisioni collegiali (p. 1341).

questo modo, il soggetto danneggiato non dovrà dimostrare la colpevolezza dell'amministratore –o soggetto responsabile dal danno- ma sarà questo a dover provare l'assenza di questo elemento per poter esonerarsi della responsabilità. Allo stesso modo, mentre la regola della responsabilità previamente considerata si presume dalla stessa Legge, l'esonero è individuale e deve essere allegato e provato da ogni amministratore che intenda fuggire dalla responsabilità solidale¹⁰⁴².

Centrando la nostra analisi nell'ambito dell'adempimento dei doveri contabili, la possibilità d'ammettere queste cause d'esonero di colpa –e, dunque, di responsabilità- devono essere modulate al riguardo. In primo luogo, dobbiamo ridurre alla sua minima espressione l'ammissibilità della causa d'esonero consistente nel non essere intervenuti nel fatto dannoso, giacché come si è constatato, l'adempimento dei principali doveri in materia contabile è indelegabile (né entro né al di fuori dell'organo che gliel'ha attribuito), *ex arts. 2381, 4º comma C.c. ita. art. 253 LSC e 37 C. de c.*, riferiti fundamentalmente agli obblighi vincolati con l'elaborazione, formulazione, presentazione all'Assemblea, deposito e pubblicità del bilancio. Si tratta di obblighi attribuiti all'organo d'amministrazione in quanto organo della società e che, come tale, pesano su tutti i suoi membri. In questo modo, nessun membro dell'organo d'amministrazione potrà argomentare di non essere intervenuto nell'adozione della deliberazione con rilievo contabile giacché quello comporterebbe un abbandono dei propri obblighi.

Ugualmente, dobbiamo interpretare questo presupposto alla luce della possibilità di delega di certe funzioni contabili nelle mani di commissioni o di direttivi. In questi casi, se la delega si produce in modo volontario, i deleganti conservano la responsabilità dall'adeguato adempimento dell'incarico attribuito (colpa in eligendo, in vigilando o in instruendo). Un altro discorso è il caso caratteristico del Comitato Audit la cui delega delle funzioni ha luogo per imperativo di Legge. In questo caso, se il resto dei membri dell'organo

¹⁰⁴² QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Carácter solidario de la responsabilidad", *Op. cit.*, p. 1704.

d'amministrazione (non integranti del Comitato) provano che non conoscevano e non adottarono la decisione lesiva, saranno esonerati dalla responsabilità.

La successiva causa d'esonero di responsabilità consiste nel fare tutto quanto era conveniente per evitare (o, almeno, ridurre) gli effetti dannosi della decisione adottata. Nel piano della contabilità, le azioni che si possono richiedere dai soggetti implicati che siano stati testimoni dell'adozione di un'azione o decisione dalla quale possono derivare danni sono di diverso carattere e, in parte, derivano dal dovere di diligenza e lealtà che in ogni caso deve caratterizzare l'agire degli amministratori. Così, una prima reazione deve essere quella di portare a conoscenza della circostanza in esame gli altri organi che possano vedersi coinvolti o avere competenze nella decisione: così, nel caso in cui fossero contrari al bilancio formulato o avendo percepito irregolarità nel suo contenuto, dovranno comunicarlo in modo opportuno ai revisori dei conti, membri del Comitato Audit, Collegio sindacale, ed in ultimo, dovranno comunicarlo, tramite una relazione individuale nella quale manifestare disaccordo, durante la celebrazione dell'Assemblea generale deputata all'approvazione di questi documenti.

Un comportamento reattivo completamente diligente che pretenda di salvare la responsabilità dell'amministratore discorde con il bilancio formulato deve consistere, come passo successivo, nel promuovere l'impugnazione della deliberazione d'approvazione del bilancio –nel caso che questo sia stato approvato dall'Assemblea- al fine di lasciarlo senza effetto. In questo modo si potrà affermare che si è fatto *tutto* quanto era possibile per evitare gli effetti lesivi derivanti dal fatto dannoso.

Possiamo considerare un altro caso specialmente espressivo nel piano del Diritto della Contabilità nel quale ha luogo l'esonero di responsabilità attraverso le prove di diligenza. Questo può avere luogo quando gli amministratori, avendo delegato l'adempimento materiale di certi doveri contabili, richiedano garanzie sufficienti ai direttori finanziari sul fatto che hanno agito adeguatamente nell'adempimento dei doveri che gli sono stato affidati. In questo modo, si

otterrebbe un mezzo di prova per il quale questi soggetti rappresentanti assumerebbero le conseguenze degli atti contabili che hanno svolto e non si potrebbe rimproverare agli amministratori nessun genere di colpa *in vigilando*.

In ultimo termine, s'esige ugualmente che si svolga un'opposizione alla decisione o al fatto potenzialmente lesivo. Oltre ai comportamenti che abbiamo appena menzionato, dobbiamo considerare che sebbene tutti gli amministratori sono obbligati a firmare la decisione dell'organo d'amministrazione di formulazione del bilancio, tale dovere non comporta la conformità di essa. L'amministratore che si mostri discorde con l'informazione contenuta nel bilancio formulato dal Consiglio, potrà indicare quanti rilievi consideri adeguati con anteriorità alla consegna della sua firma, la quale, comunque, sarà sempre obbligatoria. Ugualmente, come già visto, c'è la possibilità che l'amministratore insoddisfatto elabori una relazione per il resto degli organi nella quale esponga in modo dettagliato i motivi della sua contrarietà ed anzi c'è la possibilità di presentare un nuovo progetto di bilancio che venga preso in considerazione dall'Assemblea, giacché fino al momento della sua approvazione ad opera di quest'ultima, il bilancio formulato non ha nessun valore giuridico.

E. Possibilità di trasferire il «costo indennizzatorio» della responsabilità: l'assicurazione dell'amministratore

Quando gli amministratori, i membri degli altri organi o gli altri soggetti implicati nell'adempimento del dovere di contabilità hanno agito in modo anti-giuridico e colpevole cagionando un danno ingiustificato a un soggetto, sorge l'obbligo d'indennizzare da tale accadimento. Nato così l'obbligo d'indennizzare, non necessariamente il soddisfacimento del debito risarcitorio deve essere affrontato dal soggetto che ha causato il fatto dannoso, cioè, dall'amministratore, il sindaco, il membro del Comitato Audit... E' possibile, infatti, realizzare negozi

giuridici che attribuiscono il soddisfacimento di questo *debitum* ad un soggetto diverso dal responsabile.

Non essendo questo il luogo idoneo ad offrire una trattazione esaustiva di questi casi, è appena sufficiente qui menzionare due circostanze tipiche nelle quali il soggetto colpevole non dovrà far fronte al pagamento della quota a titolo d'indennizzo. La prima di queste si verifica quando è la stessa società a decidere volontariamente di assumere la quota indennizzatoria dovuta da un amministratore della società giacché il fatto, nonostante risulti dannoso per uno o più soggetti, coinvolge un profitto per la società. In questo modo si darebbe vita a un accordo concreto e singolare per il quale la società assumerebbe in capo a sé questo debito. Questa possibilità di discarico può essere pure contemplata all'interno di patti parasociali¹⁰⁴³. La seconda circostanza, più frequente nella pratica, si produce quando l'obbligo indennizzatorio è traslato a un soggetto assicuratore con il quale si è stipulata un'assicurazione di responsabilità civile degli amministratori (o, in caso, sindaci, direttori...)¹⁰⁴⁴.

V. SISTEMA DI CONCORRENZA DI COLPE

L'edificio di distribuzione delle competenze e responsabilità che si è disegnato finora si svuoterebbe di senso se non si prendesse in considerazione l'interazione di queste responsabilità all'esterno della società. Come si è reso manifesto, l'adeguato adempimento delle norme di contabilità nell'ambito delle società di capitali richiede la connessione di comportamenti e responsabilità di diversi soggetti e organi interni ed esterni alla struttura della società. In questa

¹⁰⁴³ Tratta in modo specifico questo «trasferimento dell'onere risarcitorio della responsabilità degli amministratori», TINA, A., *L'esonero da responsabilità...*, *Op. cit.*, pp. 320 e ss.

¹⁰⁴⁴ *Vid.* GUERRERO LEBRÓN, M.J., *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*, La Ley, Madrid, 2004; RONCERO SÁNCHEZ, A., "El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital", in *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Dirs. Rojo e Beltrán, 3ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 537-581; *Id.*, *El seguro de responsabilidad civil de los administradores de una Sociedad Anónima (sujetos, interés y riesgo)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

situazione d'interconnessione funzionale si produce il fatto che l'inadempimento o lo sbaglio d'alcuno di questi soggetti può riguardare il fine comune dell'insieme dei soggetti coinvolti, vale a dire, l'inadeguata osservanza dei propri obblighi, da parte di uno dei soggetti o organi implicati, può produrre come effetto la situazione che l'informazione contabile finale, che emette e pubblica l'impresa, non corrisponda all'immagine veritiera e fedele della situazione patrimoniale e finanziaria e dei risultati economici di questa, inadempiendo in conseguenza alle finalità ultime del diritto contabile societario e, eventualmente, facendo derivare un danno da tale inosservanza.

Allo stesso modo in cui questo inadempimento può frustrare l'obiettivo ultimo di offrire un'immagine contabile fedele dell'impresa, se la sua origine è stata colposa o dolosa, darà luogo alla responsabilità da parte del soggetto o dell'organo che generò tale atto od omissione lesiva. Ancora, visto il collegamento intercorrente tra i doveri e le responsabilità dei diversi soggetti, in alcune occasioni –ma non sempre-, può accadere che la responsabilità in una delle fasi del processo, coinvolga le responsabilità degli organi o soggetti che intervengono successivamente. O, almeno, l'inadempimento da parte di uno degli organi comporterà la necessità che i soggetti che intervengano nel processo di formazione dell'informazione contabile debbano aumentare al massimo la propria diligenza e incrementare l'intervento nell'insieme, evidenziando l'inosservanza o lo sbaglio percepito nell'adempimento previo e, anche, facendo tutto quanto risulti necessario per evitare i potenziali effetti lesivi.

Partendo da questo ragionamento considereremo, di seguito, il modo in cui si collegano tra loro le responsabilità dei vari organi o soggetti¹⁰⁴⁵, nonché il modo

¹⁰⁴⁵ Sebbene non tutti i soggetti che intervengono nel processo contabile di una società di capitali sono organi –interni o esterni ad essa- (per esempio, i revisori legali dei conti o le società di revisione esterna, i membri del Comitato Audit, che –per parte della dottrina- saranno membri del Consiglio di amministrazione senza che questo Comitato dia vita a un nuovo organo, i direttori generali...), nel proseguimento successivo si farà utilizzo del vocabolo “organo” per fare riferimento ad ogni categoria di soggetto che interviene, senza che ciò comporti un mutamento della natura giuridica reale di ogni soggetto.

in cui questi risponderebbero dei loro atti di fronte ai soggetti danneggiati, nel caso di concorso di responsabilità, appunto.

A. Schema delle responsabilità concorrenti

i. Natura giuridica del dovere: organico o contrattuale

In primo luogo, entro la complessa struttura di doveri e responsabilità, dobbiamo considerare il diverso carattere che acquiscono ognuno dei rapporti. In questo modo, il dovere di contabilità presenta il carattere di un dovere organico, intanto che è attribuzione propria della carica che occupano quando questo viene riferito ai propri amministratori o all'organo di sorveglianza (sia questo Collegio Sindacale, Consiglio di sorveglianza, Aufsichtsrat, oppure –anche- Comitato Audit / Comitato per il controllo sulla gestione). Invece, negli altri casi, l'assunzione del dovere –e delle responsabilità che ne derivano- si produrrà non per l'ostentazione di una carica rivestita all'interno di un organo, ma per la via contrattuale. Questo avrà luogo relativamente ai revisori legali dei conti e le società di revisione e al personale lavorante (non organico) della società, sia esso ordinario (ragionieri) o d'alta direzione (direttori generali) –sebbene, in quest'ultimo caso, con l'eccezione anteriormente menzionata della possibilità di riconoscere un rapporto pseudo-organico nell'ordinamento italiano *ex art. 2396 C.c. ita.-*.

D'altronde, per quanto riguarda le forme di delega dell'adempimento materiale del dovere –che non può comportare una delegazione di responsabilità da parte degli amministratori- la sua trattazione sarà diversa in funzione che l'attribuzione si produca nelle mani di un soggetto che sia membro di un organo sociale o che non lo sia. Così, se si affida questa delega ad una commissione del Consiglio di amministrazione o ad un consigliere delegato, questo conserverà la sua responsabilità organica; invece, quando quest'attribuzione s'affidi ad altri (ad

esempio un gestore, direttore generale...), come abbiamo visto, tale rapporto sarà contrattuale.

ii. Titolo giuridico dell'attribuzione del dovere: attribuzione originaria o derivativa

In secondo luogo, sarà interessante considerare se l'assunzione del dovere da parte di un organo in concreto, ha la sua origine nell'imperativo della Legge o, invece, ha un'origine volontaria derivante dalla capacità di autoorganizzazione delle società.

La normativa impone certi doveri contabili –con un contenuto più o meno nitido, ma comunque definito soggettivamente- agli organi di gestione della società (organo d'amministrazione e, in determinati casi, organo di controllo), così come ai revisori esterni nel caso in cui tale forma di controllo sia obbligatoria. Allo stesso modo, si deve considerare l'origine legale dell'attribuzione del dovere di supervisione tecnica e contabile del Comitato audit che, a nostro parere, presenta una configurazione più organica che volontaria come commissione all'interno del Consiglio di amministrazione.

D'altronde, si deve cercare un'origine volontaria nei doveri contabili delegati, tali come quelli assunti dai direttori generali e i gestori, dai consiglieri delegati e, allo stesso modo, dai revisori legali dei conti nel caso che il loro servizio sia stato pattuito volontariamente nei casi in cui la revisione non sia legalmente richiesta.

iii. Contenuto del dovere: adempimento diretto o supervisione

In ultimo termine, e con un minor rilievo, dobbiamo considerare il contenuto concreto del dovere che assume ogni soggetto. Così, l'adempimento e la

garanzia del corretto soddisfacimento dell'insieme di atti che conformano il processo di formazione dell'informazione contabile rimane nelle mani degli amministratori della società. Invece, il resto dei soggetti che intervengono nel processo contabile assume un dovere di portata più ristretta: non devono dare soddisfacimento al processo di formazione e presentazione dell'informazione contabile, ma quello del suo controllo. Questo controllo, a sua volta, presenta due facce: la prima, consistente nella comprovazione che l'informazione riflessa dal bilancio rappresenta l'immagine veritiera e fedele della situazione dell'impresa, che risponde ai dati dei fatti con rilievo contabile effettivamente accaduti al riguardo della società e che nella presentazione di tale informazione si sono considerate le regole di contabilità applicabili. Questo lavoro è assunto in modo generale dalla revisione legale dei conti, ugualmente (anche senza esaurire il contenuto delle sue competenze) dall'organo di controllo e il Comitato Audit. La seconda faccia delle attività di controllo e supervisione si basa, non tanto in un controllo del risultato, ma in un controllo del procedimento. È costituita dallo svolgimento dell'attività di controllo interno e di comprovazione che i sistemi di rilevamento dei rischi e di funzionamento dei canali informativi all'interno dell'impresa funzionano adeguatamente. Questo dovere è assunto dall'organo di controllo e dal Comitato Audit (nei casi in cui questi esistano).

Per quanto riguarda i soggetti che esercitano le loro funzioni a titolo delegato, il contenuto concreto di queste dipenderà dal compito che, nello specifico, gli sia stato attribuito. In regole generali, ai Direttori generali e ai gestori sarà attribuito l'adempimento materiale della tenuta di contabilità, così come l'elaborazione dei documenti contabili obbligatori (nella cui formazione e supervisione interverrà ugualmente il Comitato Audit, legale o volontariamente costituito all'interno del Consiglio di amministrazione). Lo stesso succederà quando l'adempimento dei doveri contabili sia affidato a un consigliere delegato o a una commissione dell'organo d'amministrazione.

B. Rapporto di responsabilità

Si analizza, ora, il modo in cui giuridicamente s'articolano i rapporti fra le responsabilità concorrenti di fronte al danno prodotto dalla frustrazione del fine di una corretta contabilità. Il ragionamento che utilizzeremo, parte dalla distinzione fra qual è la posizione che adottano gli organi implicati esternamente, cioè, di fronte al soggetto danneggiato, sia questo la stessa società, i soci, creditori o i terzi e i rapporti interni che s'articolano fra gli organi concorrenti responsabili per depurare l'ambito di responsabilità concreta d'ognuno, e ugualmente, all'interno di ogni organo collegiale, per determinare la responsabilità personale o soggettiva dei suoi membri.

i. Regola generale: solidarietà degli organi

Sembra che è un principio generalmente accettato il fatto che gli organi della società debbono rispondere in modo solidale di fronte all'esterno della società quando concorrano le loro responsabilità nella produzione del fatto dannoso. Questa premessa della solidarietà *ad extra* è predicabile solo al riguardo degli organi sociali, visto che solo questi agiranno nel nome dell'imprenditore all'esterno e comportano un punto di riferimento per i soggetti estranei alla struttura dell'impresa. Conferma questa norma l'art. 2407 C.c. ita., nell'affermare la responsabilità solidale dell'organo di supervisione con quello d'amministrazione quando il fatto dannoso non si sarebbe prodotto nel caso in cui questi avessero agito con la diligenza richiesta in virtù della carica rivestita.

Si presentano anche esternamente come responsabili solidali con gli amministratori i revisori legali dei conti quando i danni che derivino dall'informazione contabile non si sarebbero prodotti se questi avessero potuto prevedere tali scorrettezze nella relazione di revisione emessa secondo le norme della revisione legale dei conti ed impiegando la diligenza professionale che gli

esige l'art. 15 della Legge di Revisione Legale dei Conti italiana¹⁰⁴⁶. Invece, l'art. 22 LAC spagnola presenta una configurazione più complessa. Tale precetto riconosce che potranno rendersi responsabili delle conseguenze dannose dei propri atti i revisori, per i quali si seguiranno le regole generali del Código civil. A questa norma s'aggiunge che «la responsabilità civile dei revisori legali di conti e le società di revisione sarà esigibile *in modo proporzionale alla responsabilità diretta* dai danni e pregiudizi economici che si potrebbero cagionare dalla sua attuazione professionale sia all'entità revisionata come a un terzo» (il corsivo è nostro)¹⁰⁴⁷. Del modo in cui si deve intendere questo precetto ci occuperemo in seguito.

Rispetto agli organi che assumono doveri in modo volontario o delegato è logico che, all'esterno, in principio, non debbano apparire come direttamente responsabili, giacché i patti privati di delega riguardano i terzi che s'affidano all'apparenza giuridica. Dunque si salvano, in virtù di questa regola, i direttori generali in Italia che siano stati nominati dall'Assemblea generale o si trovino determinati nello statuto quando la loro nomina e le loro competenze vengano fatte risultare nel Registro delle Imprese (*ex art. 2396 C.c. ita.*).

Giacché nell'ambito contabile è l'organo d'amministrazione quello che assume in modo generale i compiti d'«adempimento», assumendo gli altri intervenenti (organo di controllo, Comitato Audit, revisione legale dei conti...) funzioni di «supervisione e controllo», perché s'origini responsabilità sarà necessario un inadempimento *ab radice* dell'organo amministrativo perché

¹⁰⁴⁶ Ciò nonostante che il Libro Verde della Revisione Legale dei Conti (ap. 5.3) e il Libro Bianco della Revisione Legale dei Conti (p. 253) prendano posizione in contro considerando che sarebbe adatto sostituire la norma della solidarietà per quella della congiuntività.

¹⁰⁴⁷ La dottrina si fa eco di quello all'ammettere che si può dare la possibilità –per niente estranea– che nella causazione del danno che s'imputa ai revisori legali dei conti abbiano intervenuto pure gli amministratori della società. Non si può dimenticare che il bilancio è redatto dagli amministratori della società, dunque un'attuazione sbagliata o fraudolenta di loro in questo senso, non riflessa dai revisori nella sua relazione coinvolge la responsabilità d'entrambi. In questo senso, la dottrina civilistica e gran parte della giurisprudenza recente considera che esistendo due responsabili diversi del danno, deve esistere solidarietà, salvo che sia possibile l'individualizzazione d'ogni comportamento causante del danno o della sua quota di responsabilità, così, PETIT LAVALL, M.V., "La responsabilidad civil de los auditores...", *Op. cit.*, p. 2233. D'altronde, AMESTI MENDIZÁBAL, C., *La actuación de los auditores...*, *Op. cit.*, p. 107, considera che solo ci sarebbe responsabilità solidale se il revisore legale dei conti conosceva l'infrazione commessa dagli amministratori.

possa derivare la responsabilità concorrente dell'organo che doveva supervisionare la sua attuazione e i suoi risultati e che non rilevi i suoi sbagli. Il ragionamento è evidente, se gli amministratori adempiono in modo opportuno il proprio dovere contabile e nel bilancio che elaborano non è contenuto nessun difetto, non potrà derivare responsabilità dalla supervisione dello stesso da parte degli organi cui è affidata, giacché il bilancio è corretto e non c'è niente da rilevare. Ma questo è quello che succede *solitamente*, invece può darsi il caso nel quale gli amministratori abbiano adempiuto adeguatamente i propri doveri, abbiano formulato un bilancio corretto e che successivamente l'organo che lo deve verificare e controllare, emetta una relazione sbagliata nella quale si mette in dubbio la sua validità e dalla quale derivi un danno. Si pensi al caso in cui gli amministratori di una società abbiano percepito che questa si trova in una situazione di perdite che abbiano lasciato il suo patrimonio al di sotto della metà della cifra del capitale sociale e che, di conseguenza, la società si trovi ad incorrere in causa legale di scioglimento. Di fronte a questa situazione, consegnata in un bilancio, gli amministratori lo sottopongono a supervisione dell'organo di controllo o dei revisori legali dei conti, i quali dopo lo studio del documento di sintesi e i dati dai quali trae causa, conclude nella sua relazione che tale situazione di spatrimonializzazione non corrisponde con la realtà, affermando che la società si trova in una situazione più favorevole. Il contenuto di tale parere è assunto dagli amministratori, che si vedono stimolati a continuare con l'attività normale dell'impresa, incorrendo in nuove perdite, delle quali, in virtù degli arts. 363.1.e) LSC e 2446 C.c. ita., si farebbero personalmente responsabili. Come si può osservare, l'origine di questa responsabilità non avrebbe luogo dalla derivazione di un inadempimento da parte degli amministratori, ma dall'inadeguato adempimento dei doveri da parte di coloro cui è il controllo dell'informazione contabile.

In sintesi, solo gli organi sociali che incorrano in casi di colpevolezza concorrente si presenteranno come solidalmente responsabili dei danni esternamente prodotti dai loro inadempimenti o dalla disattenzione dei doveri in materia contabile. Allo stesso modo, la normativa potrà rendere solidalmente

responsabili i revisori per il non rilevamento delle irregolarità o per la produzione attiva di un danno.

ii. Modulazione in funzione dell'ambito delle sue attribuzioni

Partendo dalla premessa generale anteriormente affermata, dobbiamo considerare singolarmente i rapporti, siano essi interni o esterni, degli organi, di fronte alla concretizzazione delle responsabilità.

a) Rapporto fra l'organo d'amministrazione e l'organo di controllo

Negli ordinamenti giuridici che adottano un modello dualistico di gestione, l'organo d'amministrazione e quello di controllo si presentano responsabili solidalmente di fronte all'esterno delle conseguenze dannose dei propri atti (art. 2407 C.c. ita.). Perché questa norma risulti applicabile è necessaria un'attuazione antiggiuridica e colpevole da parte dell'amministrazione che produca causalmente un danno ingiustificato e, anche, la constatazione che questo danno non si sarebbe prodotto se l'organo di controllo avesse svolto adeguatamente il suo compito adempiendo con la diligenza derivante dalla sua carica. Essendo questa regola facilmente comprensibile, dobbiamo considerare come s'articola nella pratica.

All'esterno, il caso più frequente sarà che il soggetto che abbia sofferto un danno -sia questo la società, i soci, creditori o i terzi- esercita un'azione di responsabilità contro il soggetto il cui inadempimento risulti più evidente, normalmente gli amministratori, giacché sono questi a cui direttamente viene attribuito il dovere d'adempimento dal quale può derivare un danno. Sarà dentro il processo giudiziario nel quale si pretenda dimostrare la responsabilità, quando i membri dell'organo di controllo, chiamati in quanto obbligati solidalmente a rispondere del danno, a risultare concorrenti nella produzione dell'agire antiggiuridico e negligente.

Come abbiamo considerato, all'interno di questo procedimento avranno luogo le diverse possibilità, di uno e dell'altro organo, di salvare la responsabilità dimostrando che non conoscevano o non potevano conoscere –considerando la diligenza che gli è esigibile- il fatto dannoso, che s'opposero frontalmente a questo o che provarono ad eliminare o ridurre i suoi effetti. Così, esisteranno casi nei quali l'agire antiggiuridico e colpevole sarà solo attribuibile all'amministrazione, e casi nei quali questo sarà attribuito solo alla supervisione, rompendosi la concorrenza delle colpe e, con ciò, la solidarietà.

b) Rapporto fra gli organi d'amministrazione e controllo e la revisione legale dei conti

L'articolo 15 della Legge Italiana di Revisione Legale dei Conti considera che i revisori rispondono solidalmente fra di loro e con gli amministratori di fronte alla società di cui gli è affidata la revisione, ai soci e ai terzi per i danni derivanti dall'inadempimento dei propri doveri, sebbene, nei rapporti interni fra i debitori solidali, questi saranno responsabili nei limiti del loro contributo effettivo al danno cagionato. D'altronde, l'art. 22.1 della LAC spagnola rinvia alle regole generali del Código civil. Da ciò si deve desumere che, in caso di concorrenza di colpevolezza in modo tale che non si riesca ad individuare chi sia il responsabile diretto del danno giacché, anche se l'origine del fatto dannoso è imputabile all'agire degli amministratori, questo si è prodotto solo in seguito all'inadempimento contrattuale, da parte dei revisori dei conti, del loro dovere di verificare il bilancio elaborato da questi, la responsabilità per il danno corrisponderà a entrambi.

L'applicazione della regola della responsabilità non è automatica ai revisori legali dei conti, giacché questi non risponderanno quando esercitando gli obblighi propri della loro funzione con la diligenza professionale richiesta e secondo le norme di revisione non avessero potuto rilevare né salvare le irregolarità delle quali soffrivano i documenti contabili loro affidati –per esempio, nel caso in cui gli

Amministratori mettano a loro disposizione informazioni e registri manipolati, o ostacolino la loro azione o modifichino i loro risultati¹⁰⁴⁸.

Relativamente al se la condotta dell'amministratore e quella del revisore dei conti, hanno lo stesso grado di riprovevolezza, si deve dedurre che per quanto riguarda alla responsabilità esterna derivata dal dovere contabile, entrambi gli inadempimenti sono equiparabili. Questo per la ragione che nel caso in cui uno di loro avesse agito in modo adeguato e diligente, il risultato dannoso non si sarebbe prodotto. Quando sussistano, dunque, inadempimenti da parte di entrambi i soggetti, tutti e due dovranno rispondere solidalmente sul piano esterno; ciò anche per una maggiore garanzia del soggetto danneggiato che vedrà incrementate le possibilità di trovare il risarcimento per il suo pregiudizio, e sempre con indipendentemente al fatto che, posteriormente, si appuri a livello interno la responsabilità concreta d'ogni soggetto in virtù del suo grado di partecipazione nel risultato dannoso.

È importante evidenziare che, mentre che la responsabilità degli amministratori ha carattere organico, quella dei revisori legali dei conti avrà carattere contrattuale quando il danno cagionato dal loro inadempimento si produca alla società, oppure extracontrattuale quando il danneggiato sia un socio o un terzo. Questa distinzione di categorie ha importanza per quanto riguarda il termine di prescrizione. Nel Diritto spagnolo, sebbene il termine di prescrizione che si stabilisce per poter esigere responsabilità a entrambi i soggetti vede l'attribuzione della stessa durata -4 anni in Spagna / 5 anni nell'ordinamento italiano- (arts. 949 C. de c. / 2392, 4° comma, C.c. ita. per gli amministratori e 22.4 LAC / 15.3 d.lgs. RLCA per i revisori), è diverso il *dies a quo* considerato da entrambe le norme. Così, il termine di prescrizione per gli amministratori s'inizia a

¹⁰⁴⁸ Così, non essendo l'attuazione dei revisori (omissione del dovere di diligenza nell'adempimento delle sue funzioni) normalmente l'unica causa generatrice del danno, il rapporto di causalità ci sarà se si dimostra che un maggior grado di sorveglianza o controllo avesse permesso evitarlo. In conseguenza, il revisore legale dei conti per esimersi di responsabilità dovrà dimostrare che il danno ugualmente si sarebbe prodotto, anche se lui non avesse attuato negligenzemente, PETIT LAVALL, M.V., "La responsabilidad civil del auditor...", *Op. cit.*, p. 2232.

computare dal momento della sua cessazione dalla carica, quello dei revisori inizia dalla data della relazione di revisione sul bilancio, momenti che, in generale, non coincidono di solito e che fanno sì che, nella pratica, il *tempus* entro il quale si può responsabilizzare (anche sia solidalmente) i revisori legali sia inferiore a quello considerato per gli amministratori.

Le norme di revisione stabiliscono il termine legale di prescrizione di 4/5 anni con carattere generale per i danni che derivino dall'azione dei revisori legali o delle società di revisione, senza stabilire nessuna differenza sul fatto che tale danno abbia carattere contrattuale (quando il danno si produca alla società che abbia con loro contratto per la prestazione del servizio di revisione legale dei conti, in virtù di un appalto), o extracontrattuale (quando il danno si produca ai soci, creditori o i terzi, nella misura in cui non si siano vincolati negozialmente con i revisori).

c) Rapporto fra l'organo d'amministrazione e i suoi delegati organici e volontari

Con riguardo al soggetto danneggiato, solo gli organi sociali –e, in questo caso, coloro che hanno delega rappresentativa sufficiente e legalmente iscritta nel Registro- rappresentano la società. È perciò che, anche quando sia avvenuto, con delega, l'adempimento materiale di parte o tutti i doveri contabili, i primi vedranno rispondere i secondi con riferimento ai rapporti esterni¹⁰⁴⁹, fermo restando potersi richiedere internamente una responsabilità diretta per la responsabilità soddisfatta.

Quest'affermazione generale si mostra ancora più solida se consideriamo il carattere indelegabile con il quale la normativa configura il dovere di

¹⁰⁴⁹ Questo non è altro che una conseguenza diretta dell'applicazione dell'art. 1903, 4° C.c. a questo quesito in concreto. *Vid.* CERDÁ ALBERO, F., "Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿solos ante el peligro?", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2001; IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades*, *Op. cit.*, pp. 345 e ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas...*, *Op. cit.*, pp. 371 e ss.

formulazione, presentazione alla sua approvazione, deposito e pubblicità del bilancio; il che, come abbiamo difeso, ha l'effetto principale d'impedire lo spostamento della colpa a garanzia dei soggetti esterni che si possano vedere danneggiati da tale informazione.

iii. Rapporti interni: possibilità di azioni per individualizzare la colpa

I rapporti previamente considerati fanno riferimento al modo in cui la responsabilità s'articola di fronte al soggetto danneggiato. La logica che insegue la normativa al riguardo, è quella d'offrire l'ambito di responsabilità più ampio possibile di fronte al risarcimento del danno ingiustificatamente prodotto nel patrimonio della società, dei soci o di un terzo. Ciò non comporta che debba essere omogeneo il peso che deve sopportare ciascuno dei soggetti, la cui azione o omissione fu un elemento in più dell'insieme che generò il danno. Di fronte a ciò si prevede la possibilità che i soggetti che rispondano direttamente del fatto dannoso (come conseguenza dell'applicazione della norma di solidarietà), possano esercitare una azione di rivalsa (secondo i procedimenti dell'art. 1145 C.c. esp.)¹⁰⁵⁰.

In questo modo, la normativa contiene una serie d'allusioni al fatto che i soggetti risponderanno nella misura in cui la loro azione od omissione abbia contribuito alla produzione del danno, cioè, in proporzione al grado di responsabilità concreta della sua attuazione sul risultato. In questo senso, l'art. 22.2 LAC considera che la responsabilità civile dei revisori legali dei conti e le società di revisione sarà esigibile in modo proporzionale alla sua responsabilità diretta dei danni e pregiudizi economici che possano cagionare la sua attività professionale, sia alla società revisionata sia a un terzo. Si deve considerare come "terzo" qualsiasi persona fisica o giuridica, pubblica o privata, possa o no giustificare che la sua attuazione si fondò in considerazione della relazione di revisione dei conti, essendo questo elemento essenziale ed adeguato per formare

¹⁰⁵⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades...*, *Op. cit.*, p. 316.

la sua volontà, insomma, che sia il motivo de la sua azione o dell'adozione di una determinata scelta, nonostante questa regola abbia solo una portata interna –nei rapporti con gli amministratori o i membri dell'organo di supervisione le cui colpe siano concomitanti-.

Per quanto riguarda i soggetti subordinati all'amministrazione, dopo gli amministratori abbiamo riposto delle loro azioni di fronte all'esterno, potranno ripercuotere su di loro la responsabilità derivante dal loro inadempimento, in conformità a quanto stabilito dall'art. 1904 C.c.

Si appureranno anche internamente le responsabilità personali secondo il grado d'intervento d'ognuno dei soggetti membri negli organi collegiali (Consiglio di amministrazione, Collegio sindacale...) all'interno dei quali si sia dato vita a una delega o distribuzione interna delle funzioni. Così l'organo risponderà della responsabilità in modo solidale, all'aver prodotto la lesione come conseguenza dall'inadempimento di un dovere organico; ma internamente, i co-debitori solidali potranno esigere le responsabilità in funzione del proprio grado di partecipazione nel fatto dannoso¹⁰⁵¹.

VI. ESERCIZIO D'AZIONI DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEGLI INADEMPIMENTI CONTABILI

Una volta rilevati i presupposti che generano la responsabilità degli amministratori, è necessario analizzare le vie processuali attraverso le quali si può esigere giudizialmente il risarcimento del danno cagionato. In questo momento prenderemo in considerazione lo studio delle azioni societarie, lasciando per più

¹⁰⁵¹ Sulla dottrina generale d'applicare la solidarietà di fronte alla concorrenza di colpe, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Responsabilidad extracontractual: jurisdicción competente. Solidaridad entre causantes del daño", *CCJC*, num. 13, 1987, pp. 4351; ugualmente, CRISTOBAL MONTES, A., *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 159 e ss.

avanti una breve illustrazione delle forme in cui si può richiedere tale responsabilità nel caso in cui gli amministratori non abbiano reagito contro le perdite che comportino una certa spattrimonializzazione della società e le ripercussioni che ha la dichiarazione del fallimento colposo / del reato di bancarotta fraudolenta come conseguenza degli inadempimenti contabili.

Dalla prospettiva del diritto societario, la legge offre due meccanismi generali per la richiesta di responsabilità: l'azione sociale di responsabilità, quando dall'azione antigiuridica degli amministratori derivi un danno alla società; e l'azione individuale di responsabilità, la cui finalità è il risarcimento del danno personale sofferto da qualsiasi soggetto indipendentemente dalla sua ripercussione sulla società. Come abbiamo potuto considerare analizzando il danno come presupposto di responsabilità, di fronte agli inadempimenti contabili si possono generare situazioni che danno luogo all'esercizio d'entrambi i tipi d'azioni, sebbene consideriamo che sarà più frequente l'utilizzo dell'azione sociale, giacché è più frequente che il danno si generi nello stesso patrimonio della società, e data la difficoltà di provare che un danno cagionato al di fuori della società è stato prodotto precisamente per l'agire antigiuridico nell'adempimento dei doveri contabili.

Nella nostra trattazione faremo riferimento direttamente alle forme in cui si esige responsabilità dagli amministratori, giacché le norme sono costruite su questo presupposto concreto. Come abbiamo avuto l'occasione di puntualizzare ciò non deve farci considerare ristretto esclusivamente a questi il suo ambito d'applicazione, non bisogna dimenticare, infatti, che tale regola sarà applicata solidalmente ai soggetti e organi implicati che devano rispondere insieme alle richieste di risarcimento danni. Nonostante ciò, per semplificare l'analisi, faremo riferimento esclusivo agli amministratori.

A. Azione sociale di responsabilità

In Spagna, l'azione sociale di responsabilità è regolata dagli artt. 238, 239 e 240 della LSC, che svolgono in tre precetti il triplo sistema di legittimazioni per l'esercizio di quest'azione che nella abrogata LSA si concentravano nell'articolo 134. D'altronde, l'ordinamento italiano regola quest'azione sociale negli articoli 2393, 2393 bis, 2394 e 2394 bis C.c. ita.

Si tratta di una responsabilità che prende come base la produzione di un danno al patrimonio della società, il che giustifica la pluralità degli interessati nel risarcimento di questa lesione. Il risarcimento che s'ottenga come conseguenza dell'esercizio di questa, dovrà anche tornare per reversione al patrimonio della società. Questi saranno i principali punti di differenziazione di quest'azione con quella individuale, giacché quest'ultima tratterà di risarcire un danno prodotto individualmente ai soci, ai creditori o ai terzi, destinandosi la quantità risarcitoria frutto della procedura, direttamente al patrimonio del danneggiato, e non a quello della società¹⁰⁵².

Giacché l'obbiettivo di quest'azione e le sue caratteristiche sono uguali indipendentemente da chi l'eserciti, ci incentreremo sull'analisi delle tre forme di legittimazione che stabilisce la legge spagnola –sulla quale la normativa italiana (art. 2393, 3° comma) aggiunge la possibilità d'esercizio ad opera del Collegio sindacale-, sebbene avvertendo che queste si trovano in un rapporto di sussidiarietà¹⁰⁵³: in primo luogo si legittima la società, in difetto dell'esercizio dell'azione di questa, la legittimazione l'avranno i soci che rappresentino più del

¹⁰⁵² Sulla differenziazione fra entrambe le istituzioni *vid.* ESTEBAN VELASCO, G., "La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital", in *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Estudios de Derecho Judicial, num. 24, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 57-130.

¹⁰⁵³ La dottrina ha considerato che in questo caso s'introduce un sistema di legittimazioni successive o in cascata, nella quale i soci e i creditori si surrogano nella posizione della società per esercitare l'azione in interesse di questa quando, per passività del legittimato anteriore, e senza pregiudizio degli altri presupposti propri, si corre il rischio che il patrimonio sociale non sia ricostituito, QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Acción social de responsabilidad", in *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirs. Rojo / Beltrán, Civitas, Madrid, 2011, p. 1709.

5% del capitale sociale nel Diritto spagnolo e di un quinto del capitale per le società non quotate nel Diritto italiano e, in mancanza dell'esercizio da parte di entrambe, potranno esercitarla i creditori.

i. Esercizio dell'azione da parte della società

Il principio che ispira l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità dalla stessa società è quello di facilitarlo al massimo. Così, per esercitare questo tipo d'azione basterà che sia adottata nell'Assemblea generale una decisione di richiesta di responsabilità agli amministratori. Per fare sì che questa decisione abbia successo basterà ottenere una maggioranza ordinaria –senza che statutariamente si possano stabilire limiti superiori-, e potrà essere deciso in qualsiasi genere d'Assemblea che si riunisca: sia in convocazione ordinaria come straordinaria, così come quando concorra la totalità del capitale sociale in Assemblea universale, e sia riflesso nell'ordine del giorno la deliberazione sull'esercizio di tale azione o si decida di trattare quest'aspetto senza la previa determinazione¹⁰⁵⁴. Qualsiasi socio, presente o rappresentato, o membro del Collegio sindacale, in qualunque momento dell'Assemblea potrà realizzare la proposta d'esigenza di responsabilità, essendo un dovere del Presidente dell'Assemblea¹⁰⁵⁵ sottoporre la materia considerata alla deliberazione della stessa.

Un trattamento speciale richiede il caso in cui si sia richiesta la convocazione dell'Assemblea generale per trattare nella stessa dell'esercizio dell'azione di responsabilità e gli amministratori non la convochino. A questo riguardo, i soci che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale saranno legittimati a promuovere la convocazione dell'Assemblea che, in caso che non sia accordata dagli amministratori, potrà essere convocata con l'ausilio giudiziario.

¹⁰⁵⁴ Previsione che si deve considerare completamente logica sulla base che abitualmente sono i propri amministratori gli incaricati della composizione dell'ordine del giorno.

¹⁰⁵⁵ LARA GONZÁLEZ, R., "La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad", in *La responsabilidad de los administradores*, Dirs. Rojo / Beltrán, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 85.

Simile conclusione si può estrarre dall'ordinamento italiano, sebbene con la modulazione della percentuale di capitale richiesto a un 20%.

Non è stato molto frequente nella pratica l'esercizio dell'azione sociale sulla base di questa via di legittimazione, come è dimostrato dalla scarsa giurisprudenza al riguardo¹⁰⁵⁶. Questo è conseguenza logica del fatto che gli amministratori normalmente siano stati scelti dall'Assemblea generale, essendo dunque abituale che, a causa dei rapporti di fiducia stabiliti con i soci dei quali sono fiduciari gli amministratori, si scelga per altre forme di sanzione meno allarmanti, come la non rielezione o la rimozione dalla carica.

L'approvazione della deliberazione d'esercizio dell'azione di responsabilità comporta *ipso iure* la rimozione degli amministratori contro i quali l'azione è diretta. Questo è logica conseguenza della rottura del rapporto di fiducia che lega la società con i suoi amministratori, cosa che ne giustifica il suo automatismo¹⁰⁵⁷. L'applicazione di questa regola preciserà la nomina allo stesso tempo dei soggetti che da quel momento svolgeranno le cariche d'amministrazione, che si vedranno affidare come prima attribuzione l'incarico di promuovere l'azione di responsabilità contro gli amministratori che sono stato appena rimossi. È logico che questo compito, nel caso che l'azione di responsabilità non sia diretta contro tutti gli amministratori, ma soltanto contro alcuni di loro, potrà essere esercitata da quelli che conservino la propria carica, da soli o insieme a quelli appena nominati in sostituzione dei rimossi¹⁰⁵⁸. Sarebbe possibile pure l'opzione di fare ricorso ad una delegazione agli effetti dell'esercizio dell'azione¹⁰⁵⁹.

Quest'azione azione giudiziale, come abbiamo ormai considerato e, nello stesso modo in cui avviene con il resto delle azioni di responsabilità contro gli

¹⁰⁵⁶ Appreziazione svolta da LARA GONZÁLEZ, R., "La acción social de responsabilidad...", *Op. cit.*, 83.

¹⁰⁵⁷ QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Acción social de responsabilidad", *Op. cit.*, p. 1713.

¹⁰⁵⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Acción social de responsabilidad", *Op. cit.*, p. 1711.

¹⁰⁵⁹ ESTEBAN VELASCO, G., "La acción social y la acción individual...", *Op. cit.*, pp. 71-72.

amministratori, va esperita in un termine di quattro anni nell'ordinamento spagnolo¹⁰⁶⁰ secondo l'articolo 949 del C. de c., termine che inizierà a computarsi dalla data di cessazione dell'amministratore dalla sua carica. Nonostante questa dizione del precetto, sarà più adeguato considerare che, trattandosi di una responsabilità per danni, il termine di prescrizione dovrebbe correre dal momento della sua produzione o dell'esteriorizzazione o conoscenza¹⁰⁶¹. E' stato stabilito dalla giurisprudenza¹⁰⁶², che è sufficiente l'adozione della decisione di richiedere responsabilità dall'Assemblea affinché questa prescrizione sia interrotta. D'altronde, l'art. 2393, 4^o comma C.c. ita., amplia il termine di prescrizione per l'ordinamento italiano a cinque anni.

L'Assemblea generale, con similari sistemi di maggioranza può decidere che si transiga o rinunci all'esercizio dell'azione una volta decisa, salvo che a questa decisione si oppongano soci che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale (Spagna) o un quinto del capitale, o di una ventesima parte del capitale sociale nelle società quotate (Italia). Nel Diritto italiano si prevede anche la possibilità che lo statuto possa stabilire una percentuale diversa per la rinuncia a quest'azione, il che corrisponderà alla percentuale che si stabilisca affinché i soci possano, di per sé, promuovere l'azione di responsabilità, il che in nessun caso potrà superare un terzo del capitale sociale nelle società non quotate né la quarantesima parte del capitale sociale nelle quotate (*ex art. 2393 bis C.c. ita.*).

ii. Esercizio dell'azione da parte del Collegio sindacale

L'articolo 2393, 3^o comma, C.c. ita., prevede la possibilità che l'azione di responsabilità sia promossa, ai margini dell'Assemblea, dopo una decisione

¹⁰⁶⁰ ÚBEDA, E., "Administradores de Sociedades Anónimas: responsabilidad general y sobre las cuentas anuales", *Partida Doble*, num. 160, noviembre 2004, p. 14 e STS del 24 marzo 2004 e 7 maggio 2004.

¹⁰⁶¹ Così, QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Acción social de responsabilidad", *Op. cit.*, p. 1713, il che considera che tale opzione è conseguente con l'elementale principio secondo il cui la prescrizione deve iniziare quando l'azione possa essere esercitata, e essendo così che il cese non è momento rilevante a questi effetti.

¹⁰⁶² *Vid.* SAP Madrid del 10 maggio 2005.

favorevole al riguardo, da parte del Collegio sindacale. Perché quest'opzione s'affermi è necessario che s'ottenga una maggioranza di almeno due terzi dei suoi membri.

iii. Esercizio dell'azione da parte dei soci

Nel caso in cui l'Assemblea generale non sia convocata col fine di decidere sull'esercizio dell'azione di responsabilità, o quando avendo deciso nell'Assemblea di promuovere l'azione, questa non si svolga nel termine di un mese o quando la deliberazione sia contraria all'esigenza di responsabilità, si conferisce legittimazione per l'esercizio della azione ai soci che rappresentino, almeno, il 5% del capitale sociale nelle società di capitali spagnole. L'art. 2393 bis C.c. ita., invece, stabilisce una percentuale di legittimazione diversa, richiedendosi che i soci rappresentino almeno un quinto del capitale sociale (20%) o frazione diversa prevista nello statuto sociale, che in nessun caso potrà essere superiore a un terzo del capitale. D'altronde, per le società quotate, saranno legittimati a promuovere l'azione di responsabilità, i soci che rappresentino almeno una quarantesima parte del capitale sociale o una frazione inferiore prevista dallo statuto¹⁰⁶³.

Nonostante il fatto che in questo caso l'azione è promossa in modo diretto da determinati soci, lo scopo perseguito dall'azione è lo stesso: la reintegrazione del patrimonio della società, cioè, si ritiene ancora che il danno prodotto dagli inadempimenti contabili degli amministratori è stato sofferto dalla società, la quale deve essere riparata dal danno cagionato; risulta palese che ottenendo questa reintegrazione del patrimonio, i soci attuano sempre un interesse proprio, giacché

¹⁰⁶³ Come si è adattamente considerato, l'introduzione di questa norma avrebbe dovuto permettere che pure la minoranza avesse la condanna degli amministratori, sindaci e direttori generali della società al risarcimento dei danni cagionati, nonostante questa possibilità appare ora negata alle minoranze delle società non quotate, per le quali continua essendo richiesto una frazione del 20% del capitale, che anzi si può vedere incrementata nello statuto fino al 33,3%. COSTI, R., *Il mercato mobiliare*, Op. cit., p. 358.

il valore reale della loro partecipazione nel capitale, dipende dal valore patrimoniale della società¹⁰⁶⁴.

La norma italiana completa il regime giuridico offrendo interessanti considerazioni non adottate ancora dal legislatore spagnolo. Così, considera che nel caso in cui venga promossa dai soci l'azione sociale di responsabilità, questi dovranno nominare in qualità di rappresentante uno o più soggetti, essendo necessario adire la società in giudizio affinché compaia e partecipi, nonché dargli comunicazione di tutte le notificazioni relative al processo. Quest'ultimo è logico se si considera che la società è ancora la titolare dell'azione anche se non la eserciti. Da ciò si deduce che gli amministratori potranno promuovere tutte le eccezioni che avessero potuto addurre contro la società¹⁰⁶⁵. Ugualmente, giacché gli effetti dell'azione incrementeranno il patrimonio della società, si prevede che la società rimborsi gli attori delle spese processuali, così come quelle spese cui abbiano dovuto far fronte per la dimostrazione dei fatti e che il giudice non abbia espressamente imposto al condannato pronunciandosi sulle spese processuali¹⁰⁶⁶. In ultimo termine, prevede pure la normativa italiana, la possibilità di rinunciare o transigere all'azione; senza che questa possibilità possa pregiudicare la società.

Conseguenza di questa configurazione dei requisiti di legittimazione attiva vista da una prospettiva comparativa di entrambi i sistemi, possiamo concludere che l'ordinamento spagnolo configura l'azione sociale di responsabilità secondo questa via di legittimazione, come un diritto della minoranza, mentre nelle società

¹⁰⁶⁴ QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Legitimación subsidiaria de la minoría", in *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirs. Rojo / Beltrán, Civitas, Madrid, 2011, p. 1716; ARROYO MARTÍNEZ, I. / BOET SERRA, E., "Acción social de responsabilidad", in *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. Arroyo / Embid / Górriz, Tecnos, Vol. II, 2ª Ed., Tecnos, Madrid, 2009, p. 1556.

¹⁰⁶⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Legitimación subsidiaria de la minoría", *Op. cit.*, p. 1716.

¹⁰⁶⁶ La dottrina spagnola ha percepito ormai questo motivo come una delle cause che motivano che l'azione sociale di responsabilità non si sia utilizzata tanto comparativamente come altri mezzi risarcitori (propriamente l'azione individuale). Giacché non è espressamente contemplata l'assunzione dei gastii e le spese processuali dalla stessa società beneficiaria, nemmeno quando l'esercizio dell'azione risolta di successo, pochi sono i motivi che possono portare ai soci a promuovere quest'azione invece di quella individuale. Tutto questo, fermo restando che si possa ottenere la compensazione adeguata per un'altra via processuale e con argomenti di carattere generale, QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Acción social de responsabilidad", *Op. cit.*, p. 1709.

di capitali italiane viene configurato come un diritto dei soci che rappresentino una determinata porzione del capitale sociale. La sua configurazione come un diritto della minoranza nell'ordinamento spagnolo ci deve fare considerare che non si può aumentare nello statuto la percentuale di legittimazione richiesta, ma esiste dibattito sul se si potesse fissare una percentuale inferiore di carattere generale nello statuto sociale. Al riguardo, siamo dell'opinione favorevole a questa possibilità, il che rafforzerebbe il potere di controllo dei soci sugli amministratori¹⁰⁶⁷.

iv. Esercizio dell'azione da parte dei creditori

In modo residuale a causa del relativo minore grado d'interesse nell'azione, l'articolo 240 LSC e il 2394 C.c. ita. attribuiscono legittimazione per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai creditori della società, sempre che il patrimonio sociale risulti insufficiente per il soddisfacimento dei loro crediti. In questo modo, l'interesse che hanno i creditori nell'esercizio di quest'azione è riflesso, giacché considerano che, nel caso in cui l'azione non sia esercitata dalla stessa società o dai suoi soci –che sono i primi legittimati- si perderebbe la possibilità che la società recuperi gli attivi patrimoniali pregiudicati come conseguenza dell'agire anti giuridico dei suoi amministratori. Si tratta, come s'osserva, di una legittimazione suppletiva di terzo /quarto livello¹⁰⁶⁸. Risulta espressivo il primo comma del precetto italiano il quale prevede che gli amministratori rispondono di fronte ai creditori dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.

¹⁰⁶⁷ In contro, QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Legitimación subsidiaria de la minoría", *Op. cit.*, p. 1717, il che considera che non è possibile la modulazione statutaria (neanche *ad infra*) di questa cifra, considerando il carattere ordinatore dei diritti della minoranza che ha. Invece, si mostra favorevole a tale possibilità la Risoluzione della DGRN del 13 gennaio 1994.

¹⁰⁶⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social", in *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirs. Rojo / Beltrán, Civitas, Madrid, 2011, p. 1722. Terzo livello in Spagna, quarto in Italia a causa della possibilità –anche- del suo esercizio dal Collegio sindacale.

Giacché la garanzia per il soddisfacimento dei propri crediti ricade sul patrimonio della società, nel caso in cui si osservi l'eventualità dell'insufficienza del patrimonio per il soddisfacimento dei suoi crediti, si deve considerare che i creditori avranno ugualmente un legittimo interesse nell'esercizio dell'azione. Si tratterebbe, dunque, di un agire completamente diligente da parte dei creditori che tenterebbero d'evitare, in questo modo, una possibile situazione fallimentare che pregiudichi il soddisfacimento dei loro crediti.

Il precetto italiano aggiunge nel suo ultimo comma una chiarificazione non prevista nell'ordinamento spagnolo: la rinuncia da parte della società all'azione di responsabilità contro gli amministratori non impedisce che questa sia esercitata dai creditori se concorre come presupposti, fondamentalemente, l'insufficienza del patrimonio della società per fare fronte ai suoi crediti.

v. Esercizio dell'azione sociale ad opera dei curatori fallimentari

Nonostante il fatto che non si fa nessun riferimento a questo modo di legittimazione negli articoli della LSC che regolano la responsabilità degli amministratori, nel caso in cui la società incorra in una situazione di fallimento, la cura fallimentare (*administración concursal*) sarà legittimata per l'esercizio di queste azioni di responsabilità contro gli amministratori sociali che, con il loro agire antiggiuridico hanno prodotto un pregiudizio patrimoniale alla società, *ex art. 42 LC*. Per l'esercizio di quest'azione, tuttavia, non sarà necessario nessuna deliberazione da parte dell'Assemblea¹⁰⁶⁹, giacché si presume l'esistenza di un interesse più che manifesto nell'esercizio della medesima. Con riferimento all'esercizio dell'azione sociale, il contenuto di questo precetto non sarebbe altro che un'ampliamento della legittimazione attiva nel caso di fallimento della

¹⁰⁶⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades...*, *Op. cit.*, p. 341.

società¹⁰⁷⁰. Il giudizio dell'azione in questi casi corrisponderà al Juez de lo Mercantil che inoltra la procedura concorsuale.

In modo parallelo, l'ordinamento italiano prevede questa legittimazione nel caso di fallimento in modo specifico nel C.c. ita. (art. 2394 Bis). Questo precetto stabilisce che in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria delle società, l'azione sociale di responsabilità potrà essere esercitata dal curatore del fallimento, il commissario liquidatore o il commissario straordinario.

B. Azione individuale di responsabilità

Il secondo canale processuale per esigere responsabilità agli amministratori dagli inadempimenti contabili è orientato al risarcimento del danno che individualmente si è cagionato a un soggetto concreto, abbia questo un legame con la società o meno. Deve trattarsi di un danno prodotto dagli amministratori da atti svolti nell'esercizio delle loro funzioni –fra di queste, quelle contabili- e non nell'ambito della sua sfera personale estranea alla gestione sociale, si tratta dunque di una responsabilità d'origine organica¹⁰⁷¹. Giacché quest'azione persegue

¹⁰⁷⁰ Così si è considerato dalla dottrina spagnola all'osservare che questo precetto fa riferimento all'azione sociale di responsabilità, che conserva in tutti i suoi termini, sebbene ampliando la legittimazione attiva, al autorizzare agli amministratori concorsuali per il suo esercizio e riservando la competenza di conoscenza e deliberazione al giudice del concorso, MARTÍN REYES, M.A., "La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores", *RDM*, num. 277, julio-septiembre 2010, p. 890. Più difficoltà troviamo invece nella risoluzione durante il procedimento concorsuale delle azioni individuali di responsabilità, dal quale si può derivare un evidente pregiudizio per i creditori della società fallita e la rottura del principio d'uguaglianza fra di loro, in pro di quei più diligenti che fanno valere i suoi diritti al margine della procedura concorsuale, *Ibid.*, p. 891.

¹⁰⁷¹ ESTEBAN VELASCO, G., "Acción individual de responsabilidad", in *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirs. Rojo / Beltrán, Civitas, Madrid, 2011, p. 1729; ARROYO MARTÍNEZ, I. / BOET SERRA, E., "Acción individual de responsabilidad", in *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. Arroyo / Embid / Górriz, Tecnos, Vol. II, 2ª Ed., Tecnos, Madrid, 2009, p. 1569. D'altronde, i risultati lesivi derivati dall'attuazione degli amministratori fuori del esercizio della sua carica si regolano dalle norme generali della responsabilità extracontrattuale. In senso simile, MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 229-237.

la riparazione del danno esterno, prodotto a un soggetto diverso della stessa società, logicamente il suo obiettivo sarà quello di risarcire a quel soggetto e non propriamente la reintegrazione della portata del danno al patrimonio della società. È importante considerare che l'articolo 241 della LSC, ove si regola in Spagna, stabilisce che quest'azione s'eserciterà di fronte agli atti degli amministratori che ledano direttamente gli *interessi* dei soci e i terzi, terminologia nella quale si può osservare una portata più ampia che quella del semplice danno patrimoniale, o da dove possano essere più ampie le interpretazioni che si svolgano al riguardo della quantificazione del danno, necessarie per fare prosperare qualsiasi azione di responsabilità.

D'altronde, l'ordinamento italiano riconosce tale possibilità nell'art. 2393 C.c. il quale prende posizione a favore del suo carattere extracontrattuale¹⁰⁷², affermando che le disposizioni relative all'azione sociale di responsabilità non pregiudicano il diritto al risarcimento per il danno che abbiano sofferto i soci individualmente considerati o i terzi che siano stati danneggiati in conseguenza degli atti colposi o dolosi degli amministratori. Sebbene, a differenza da quanto accade nel Diritto spagnolo e che è fonte di problemi interpretativi, lo stesso precetto stabilisce in questo caso lo stesso termine di prescrizione di cinque anni da che abbia luogo il fatto che pregiudica il socio o il terzo. Nella determinazione del *tempus* differiscono invece entrambe le norme, giacché per l'azione sociale l'azione si prescrive nei cinque anni dalla cessazione della carica dell'amministratore (il che non impedisce che l'azione sia esercitata prima che si verifichi tale cessazione), mentre per l'azione individuale, stabilisce il termine di cinque anni da che ebbe luogo il fatto dannoso.

Nel Diritto spagnolo, la natura giuridica di quest'azione è stato discosta, non risultando dal tutto chiaro se con il suo esercizio si tratta d'esigere responsabilità

¹⁰⁷² Carattere ammesso dalla giurisprudenza spagnola nelle sentenze del Tribunal Supremo del 26 maggio 2005, 28 maggio 2005, 9 gennaio 2006, 6 aprile 2006 e 27 novembre 2008. Nella dottrina, *vid.*, ARROYO MARTÍNEZ, I. / BOET SERRA, E., "Acción individual de responsabilidad", *Op. cit.*, p. 1571.

contrattuale o extracontrattuale¹⁰⁷³. Nonostante ciò, possiamo sintetizzare il conflitto facendo un certo rilievo alla portata che la sua natura possa avere, giacché sebbene la società può essere legata ai soci o ai terzi –non si deve dimenticare che si tratta di una responsabilità esterna- per via contrattuale o semplicemente per atti al margine di qualsiasi negozio giuridico, il fondamento che diede luogo all'azione, sarà sempre l'agire antigiuridico degli amministratori che saranno, ugualmente, i responsabili diretti del danno cagionato¹⁰⁷⁴.

Questo meccanismo per esigere responsabilità sarà impiegato dai soci o i terzi che vedano i propri interessi pregiudicati sulla base di un'informazione contabile non esatta –non fedele, non reale- o direttamente da un inadempimento dei doveri contabili –si pensi a un lavoratore della società o un terzo che necessiti dell'informazione contenuta nei libri contabili della società per provare un determinato fatto in giudizio e che, ottenendo l'ausilio giudiziale per accedere a tale informazione, scopra che questi documenti non sono stati dovutamente conservati o sono stati distrutti-. Il ventaglio di possibilità dei danni individualizzati è ampissimo, il che dimostra l'utilità di quest'azione, la quale troverà la sua principale difficoltà nella prova del danno diretto e del rapporto di causalità fra questo e l'agire antigiuridico degli amministratori.

Nonostante sia ugualmente discusso nella dottrina se la norma contenuta nell'attuale articolo 241 LSC comporti il riconoscimento di un genere d'azione propria o se semplicemente implichi una remissione alle azioni civili generali di responsabilità aquiliana –che trovano la sua base sull'art. 1902 del Código civil-¹⁰⁷⁵, una certa opinione è maggiormente incline verso la considerazione che si

¹⁰⁷³ Su questa discussione, ALONSO UREBA, A., "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...", *Op. cit.*, p. 658, ed in difesa di ogni posizione la dottrina li considerata.

¹⁰⁷⁴ In questo senso, ALONSO UREBA, *Ibid.* Anche se più controverso sarà il caso in cui l'azione di responsabilità sia esercitata dal socio, giacché questo si colloca entro l'ambito dei rapporti societari interni. Il carattere di extracontrattuale può essere discusso.

¹⁰⁷⁵ Per considerare in profondità questa discussione *vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales", *RdS*, num. 18, pp. 45-76. La versione che utilizziamo qui è quella disponibile attraverso Internet per il progetto d'investigazione della DGEIS diretto da Paz-Ares, le pagine corrispondono a questo documento (pp. 2-6).

tratta semplicemente di una remissione a qualsiasi genere di norma che comporti una via di riconoscimento di responsabilità personale agli amministratori per il loro agire antiggiuridico. Normalmente le norme alle quali si rinvia saranno quelle di diritto comune, ma non solo queste possono essere impiegate, giacché si possono considerare pure quelle amministrative, penali e tributarie per esigere la responsabilità personale agli amministratori¹⁰⁷⁶.

Adottare questa prospettiva, tuttavia, ci mette davanti a una situazione d'inquadratura spinosa. Così, se si considera che questa norma comporta semplicemente una remissione alle regole generali che possono determinare il riconoscimento di responsabilità degli amministratori sociali, non potrebbe risultare d'applicazione il termine di prescrizione di 4 anni che stabilisce l'articolo 949 del C. de c. e che abbiamo considerato per l'azione sociale di responsabilità. La dizione letterale di questo precetto non risolve i dubbi, giacché fa riferimento all'«azione contro i soci gestori e gli amministratori delle compagnie o società», dunque, in realtà, entro il suo ambito ci sarebbe luogo per qualsiasi genere d'azioni, sociali e individuali. Diversamente, se facciamo una remissione a oltranza alla normativa di diritto comune, il termine di prescrizione sarebbe quello di un anno secondo l'articolo 1968 del C.c. esp., il che collocherebbe il danneggiato in una situazione svantaggiosa con riferimento all'altra interpretazione. Nonostante il fatto che potesse essere controproducente questa situazione, se si applica una logica finalista di entrambi i precetti possiamo considerare che si riconduca a un termine di prescrizione inferiore. Ebbene, relativamente all'azione sociale di responsabilità, è necessario che l'amministratore che abbia prodotto il danno, abbia smesso d'esercitare la sua carica perchè si possa conoscere in realtà quali

¹⁰⁷⁶ Condividiamo l'argomentazione di ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La llamada acción individual...", *Op. cit.*, pp. 6-8, il che fonda la tesi della remissione basandosi in argomenti di letteralità del precetto, d'inquadramento sistematico nel Diritto comparato-art. 2395 Codice civile e Proposta di V Direttiva- e un argomento sistematico dal modo in cui s'articola i precetti di responsabilità. Quest'ultimo argomento, nonostante, sembra di essere rimasto smagrito con la nuova disposizione che in materia di responsabilità degli amministratori introduce la LSC, giacché scompone in tre precetti il contenuto dell'azione sociale, in funzione della legittimazione attiva per il suo esercizio, il che può coinvolgere, al nostro parere, un difetto di tecnica giuridica, giacché più raccomandabile sarebbe stato l'inquadramento delle norme regolatrici dell'azione sociale -massime quando queste si articolano in un regime di sussidiarietà reciproca- entro lo stesso blocco unitario, sia questo lo stesso articolo, sia una sezione propria entro il capitolo.

sono stato le condotte che questo ha tenuto. Invece, essendo il danno provocatore dell'azione individuale, un danno puntuale e considerabile dal momento stesso della sua produzione, sarebbe provò di senso che si potesse aspettare fino alla cessazione di tale amministratore –e oltretutto, concedere ancora quattro anni- per l'esercizio dell'azione dal socio o un soggetto estraneo alla società¹⁰⁷⁷.

Per quanto concerne la difesa della posizione antagonistica, quella che considera che il termine di prescrizione dell'azione individuale di responsabilità deve essere, ugualmente, di quattro anni, ci troviamo davanti alla maggior parte della dottrina spagnola¹⁰⁷⁸ e, ugualmente, alla giurisprudenza, fondamentale dalla STS del 20 giugno 2001. In quella risoluzione si stabilisce il carattere speciale che ha quest'azione anche se si ponga come fondamento il rinvio ad altre norme. Consideriamo che, nonostante la remissione che potesse supporre alle norme generali del Diritto civile, ciò non comporta un snaturamento del carattere puramente commerciale di questo genere d'azioni, il che comporta, in favore di un'applicazione logica dei precetti, a considerare il termine di prescrizione specifico del Código de comercio, giacché la legge speciale abroga a quella generale¹⁰⁷⁹.

Se consideriamo gli argomenti offerti dalla giurisprudenza recente del Tribunal Supremo spagnolo –fra altre, STS del 24 marzo 2004 e del 7 maggio 2004¹⁰⁸⁰-, dobbiamo prendere posizione a favore della tesi che difende che il

¹⁰⁷⁷ Questa è la posizione ritenuta da ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La llamada acción individual...", *Op. cit.*, p. 14, il che con argomenti nitidi tratta di distruggere l'argomentazione basata in «situazioni svantaggiose» che normalmente si sono impiegate per trattare d'applicare il termine di prescrizione del C. de c. alle azioni individuali. In senso simile, MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad...*, *Op. cit.*, pp. 238-242.

¹⁰⁷⁸ ESTEBAN VELASCO, G., "La acción individual de responsabilidad", in *La responsabilidad de los administradores*, Dirs. Rojo / Beltrán, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 164-169 e la lunga giurisprudenza che lì si considera.

¹⁰⁷⁹ L'azione individuale di responsabilità, corrisponda ai soci oppure ai terzi, si regola specificamente in un precetto della LSA, l'articolo 135, che è una norma commerciale il cui complemento si deve cercare nel Código de Comercio, secondo l'articolo 121 di quest'ultimo e dato il suo carattere di corpo legale basico nell'ambito commerciale, prima che nel Código Civil (STS del 20 luglio 2001).

¹⁰⁸⁰ Tendenza inseguita dalle STS del 26 maggio 2004, 17 febbraio 2005 e 22 marzo 2005.

termine di prescrizione sia di quattro anni. Il primo argomento sistematico che possiamo utilizzare è che l'articolo 943 del C. de c. rinvia ai termini di prescrizione del diritto comune solo per le «azioni che in conformità a questo Código non hanno un termine determinato per dedursi in giudizio», il che, nel nostro caso, non è così se si considera che tale termine è offerto dallo stesso articolo 949 C. de c. Non deve risultare strano il fatto che si tratti di una regola speciale quella contenuta dal C. de c. che, in caso di conflitto, dovrebbe abrogare a quella generale, secondo il principio di specialità. Non può dimenticarsi pure il fatto che la «coincidenza parziale dei requisiti o presupposti dell'obbligo di risarcimento o indennizzo considerato negli articoli 1902 e 133 LSA non significa necessariamente un'identità totale»¹⁰⁸¹, essendo l'azione individuale delle società di capitali un'azione d'indennizzo per ragione della carica del soggetto che produce il danno e non per fatti attinenti alle sue questioni personali.

Si può impiegare pure come argomento a favore della considerazione del termine di prescrizione di quattro anni la trattazione comparata che fa l'ordinamento italiano, il quale –nonostante consideri una durata superiore, di 5 anni- impiega un criterio uniforme per l'azione individuale e per l'azione sociale di responsabilità.

VII. SULL'OPPORTUNITÀ DI STABILIRE SANZIONI DIRETTE CONTRO GLI AMMINISTRATORI PER GLI INADEMPIMENTI CONTABILI

Insieme alla necessità di costruire un sistema di responsabilità degli amministratori che li faccia rispondere personalmente dal pregiudizio cagionato ingiustificatamente alla stessa società, ai soci o a un terzo come conseguenza del

¹⁰⁸¹ STS del 24 marzo 2004, FJ Primo. In questo fondamento si contiene una spiegazione dettagliata dei principali argomenti che sostengono che, effettivamente, il termine di prescrizione dell'azione individuale deva essere di quattro anni.

loro agire antigiuridico e colpevole facendo fronte ai propri obblighi, si è considerata l'opportunità di stimare, nella costruzione del Diritto Europeo delle Società, la violazione delle norme di trasparenza o la diffusione d'informazione inidonea sulla struttura patrimoniale, la situazione finanziaria e i risultati economici di una società come una possibile causa legale d'inabilitazione degli amministratori che abbiano compiuto tali condotte¹⁰⁸².

In un primo momento dobbiamo valutare positivamente tale opzione giacché dal modo in cui attualmente si costruiscono i doveri contabili non si prevede una sanzione diretta di fronte agli inadempimenti delle persone cui è affidato l'adempimento dei medesimi. In questo modo, il dovere di contabilità si configura come un dovere che causa solo una sanzione indiretta di fronte ai suoi inadempimenti, vale a dire, l'inadempimento delle norme contabili sarà sanzionato solamente quando generi un pregiudizio economico alla società, ai soci o ai terzi, oppure, quando la società sia dichiarata in situazione di fallimento, momento nel quale si sanzionerà gli amministratori per il contributo che la l'inosservanza del dovere di contabilità abbia potuto avere nella situazione d'insolvenza.

Tutto questo sembra consigliare che, nel caso in cui venga stabilita una sanzione diretta agli amministratori (o altri organi o soggetti) per l'inadempimento dei doveri contabili, di fatto si può contribuire a rafforzare l'adempimento dei doveri contabili. Tuttavia, ci troviamo di fronte a un problema rilevante: non si dispongono di mezzi materiali sufficienti per svolgere un'ispezione di carattere pubblico sul modo in cui s'adempiono i doveri contabili in ogni società; ed anzi, nel caso in cui fosse possibile articolare tali procedimenti d'ispezione, da una prospettiva d'analisi economica, il costo del suo stabilimento sarebbe superiore ai profitti che possono derivare da tale sistema. L'unica opzione possibile al riguardo sarebbe quella di stimolare i controlli svolti dagli organi o soggetti indipendenti, all'interno della struttura della società, che comunichino queste disattenzioni in

¹⁰⁸² Quest'interessante prospettiva di sanzionare la condotta degli amministratori è stata osservata nella dottrina da FERRAN, E., "The Role of the Shareholder in Internal Corporate Governance: Enabling Shareholders to Make Better-Informed Decisions", *EBOR*, num. 4, 2003, pp. 500-504.

modo tale che si possa promuovere l'imposizione di queste eventuali sanzioni, promuovendosi così i comportamenti di *whistleblowing*.

Comunque, nel caso in cui venga articolato qualche procedimento di sanzione diretta di fronte agli inadempimenti contabili, lo stesso dovrebbe configurarsi in modo progressivo e secondo parametri di proporzionalità, in modo tale che si consideri l'ampio spettro di condotte concrete che possono costituire inadempimenti del dovere contabile, così come il fatto che non tutte hanno la stessa potenzialità lesiva. In questo modo, a nostro parere, le condotte che dovrebbero implicare una sanzione più forte sarebbero quelle che comportino la diffusione cosciente di un'informazione contabile inadeguata nel bilancio o in altra informazione contabile che la società deve rendere pubblica in modo imperativo (prospetto nel caso di offerte pubbliche di vendita, informazione contabile di fronte alle modifiche strutturali...). Un sistema di sanzioni adeguato dovrebbe essere proporzionale alla gravità delle condotte concrete, potendo in concreto consistere in sanzioni che comprendano dall'imposizione di multe pecuniarie alla cessazione della carica d'amministrazione o l'inabilitazione per l'esercizio della carica (o almeno, nella sua estensione di formulare e presentare l'informazione contabile dell'impresa).

VIII. SPECIALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ PERSONALE DEGLI AMMINISTRATORI PER I DEBITI SOCIALI

La trattazione della responsabilità contabile degli organi d'amministrazione delle società di capitali non sarebbe completa se non si illustrasse, seppur in modo sintetico, ai due ambiti di responsabilità che ricevono una trattazione singolare: la responsabilità personale per i debiti sociali in caso di spattrimonializzazione della società e la speciale responsabilità alla quale si deve fare fronte quando, dichiarata la situazione di fallimento, questo meriti la qualificazione di colpevole come conseguenza degli inadempimenti nel piano contabile o si consideri che

concorrono i presupposti per la considerazione di un reato di bancarotta fraudolenta.

Considerando la prima di queste forme speciali di responsabilità, la sua trattazione è contenuta nell'art. 363.1.e) LSC in relazione con l'art. 367 (per quanto riguarda il diritto spagnolo). Da tali precetti si evince che gli amministratori delle società di capitali devono promuovere lo scioglimento della società o, in caso, la convocazione dell'Assemblea generale per decidere l'aumento o riduzione del capitale o, in altro caso, la dichiarazione di fallimento volontario, quando il patrimonio di questa sia stato ridotto in conseguenza delle perdite di una quantità inferiore alla metà del capitale sociale. Constatata questa circostanza, gli amministratori dovranno convocare l'Assemblea generale nel termine di due mesi da che s'osservi la circostanza per la quale s'adotti la decisione di scioglimento, aumento o riduzione di capitale¹⁰⁸³, o nel suo caso perchè si decida sulla sollecitudine di fallimento (art. 365 LSC). Nel caso in cui, essendo convocata, l'Assemblea non si celebri o non si decida in quella lo scioglimento della società, o l'aumento o riduzione di capitale, gli amministratori dovranno sollecitare lo scioglimento giudiziale della società per salvare la propria responsabilità. Nel caso in cui s'inadempia questo dovere, gli amministratori risponderanno solidalmente degli obblighi sociali posteriori all'accadimento della causa legale di scioglimento. Come si è opportunamente considerato, questa responsabilità legale svolge una rilevante *funzione paraconcorsuale*¹⁰⁸⁴.

Il rilievo che ha su questa causa legale di scioglimento l'adempimento adeguato dei doveri contabili è evidente, giacché il contenuto delle norme coinvolgono lo standard di conoscenza minima della quale si deve presumere che

¹⁰⁸³ Al riguardo, considerando in modo diretto gli effetti di queste perdite rilevanti sulla necessità di una riduzione forzosa del capitale sociale, *vid.* PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A. / AURIOLÉS MARTÍN, A., *La reducción del capital*, in Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, Dirs. Uría / Menéndez / Olivencia, Tomo VII: Modificación de estatutos en la sociedad anónima. Aumento y reducción del capital. Vol. 3º, Civitas, Madrid 1995, sp. pp. 36-46.

¹⁰⁸⁴ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas", in *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, p.1454.

dispongono gli amministratori. In questo modo, giacché il dovere di convocazione dell'Assemblea generale per decidere quello che risulti adatto, si deve adempiere nel termine di due mesi da che si rilevi la causa legale di scioglimento, cioè, la spatrimonializzazione, si deve supporre che questa fu conosciuta dal momento in cui la Legge richiede un adempimento contabile concreto, il che è derivazione necessaria del dovere d'agire in modo informato che pesa sugli amministratori¹⁰⁸⁵.

A questo riguardo si deve prendere in considerazione che l'art. 28.1 C. de c. impone a tutti gli amministratori il dovere di, almeno trimestralmente, annotare nel libro degli inventari e bilanci i bilanci di comprovazione; obblighi contabili che si fanno ancora più rigidi per le società quotate. Ebbene, si deve presumere che gli amministratori conoscono ogni tre mesi quale sia la situazione contabile dell'impresa¹⁰⁸⁶ e, dunque, nel caso in cui l'impresa versi in una situazione contabile che lasci ridotto il patrimonio al di sotto dalla metà del capitale sociale, gli amministratori dovranno convocare l'Assemblea per decidere quanto

¹⁰⁸⁵ La dottrina ha riconosciuto la rilevante funzione informativa che svolgono questi stati contabili intermezzi e l'importanza della sua adeguata tenuta dall'amministratore diligente, il che deve essere informato della situazione economica dell'impresa, nonostante, negano la possibilità che questi bilanci di comprovazione possano servire come base giuridica per determinare la causa legale di scioglimento. Così, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "Los deberes legales de los administradores...", *Op. cit.*, p. 1464, affermando che l'esercizio diligente della carica d'amministratore di una sociedad anónima esige la realizzazione di questi bilanci trimestrali di comprovazione; e, se questi bilanci rendono manifesto l'esistenza di risultati negativi, gli amministratori si devono sforzare per trattare di raddrizzare l'andamento della società in quanto resta d'esercizio. Ma giuridicamente non richiedono "profitti" o "perdite" finché così risulta dal bilancio annuale e dal conto economico. In senso simile, *vid.* sentenza dell'AP di Castellón, del 11 novembre 1999. Nonostante, dobbiamo posizionarci in favore dell'ammissibilità di questi documenti per considerare la situazione di spatrimonializzazione, giacché, nonostante non riflettere -come si è osservato- profitti o perdite "formalmente riconosciute", si dimostrano la realtà faticosa di questi. Allo stesso tempo, la sua ammissibilità svolgerebbe una funzione di profilassi abbastanza conveniente, di fronte ad anticipare il massimo possibile il rilevamento delle situazioni d'insolvenza.

¹⁰⁸⁶ In questo senso, la Sentenza del Tribunal Supremo del 30 ottobre 2000, che considera che il dato decisivo per effettuare il termine di due mesi non si può ricondurre in modo assoluto al momento in cui si conosce il risultato del bilancio, ma si deve considerare in relazione con la conoscenza acquistata o che si è potuto acquistare sulla situazione che il patrimonio sociale è inferiore alla metà del capitale sociale, giacché l'obbligo di redigere trimestralmente i bilanci di comprovazione è un dovere legalmente imposto, dobbiamo stimare che nel momento in cui si abbia trasposto questo bilancio di comprovazione -nel cui si rifletta la situazione di spatrimonializzazione- nel libro degli inventari e bilanci della società, deve iniziare il termine legale per la convocazione dell'Assemblea, giacché questo è il momento nel quale gli amministratori dovrebbero notare lo squilibrio patrimoniale (STS del 16 luglio 2007).

necessario nel termine di due mesi dal momento in cui questo bilancio di comprovazione fu emesso, considerandosi questi termini trimestrali come *dies a quo*. Tutto quello perché, come si è considerato, il termine inizierà a computarsi dal momento in cui gli amministratori conoscano o avrebbero dovuto conoscere¹⁰⁸⁷ –cioè, non possono ignorare- lo squilibrio patrimoniale legalmente richiesto¹⁰⁸⁸. Infatti questa è la direzione che adotta la normativa tedesca, il cui § 92.1 AktG stabilisce che se si deduce dalla redazione del bilancio annuale *o di un bilancio intermedio*, o se si suppone, in applicazione della diligenza richiesta, che esiste una perdita per valore della metà del capitale sociale, la Direzione (Vorstand) dovrà convocare immediatamente l'Assemblea generale e comunicare tale circostanza.

In modo parallelo, l'art. 2446 C.c. ita. stabilisce che quando il capitale sociale si riduca in più di un terzo come conseguenza delle perdite, gli amministratori o il Consiglio di gestione, e in caso d'inattività, il Collegio sindacale o il Consiglio di sorveglianza, dovranno convocare l'Assemblea perché si decida al riguardo. A quest'Assemblea si dovrà presentare una relazione sulla situazione patrimoniale dell'impresa, con le osservazioni del Collegio sindacale o del Comitato per il controllo sulla gestione. Durante quest'Assemblea gli amministratori dovranno rendere conto sui fatti rilevanti che hanno avuto luogo successivamente alla redazione di questa relazione. Se durante l'esercizio seguente, la perdita non si riduce al di sotto di un terzo, l'Assemblea o il Consiglio di sorveglianza che approva

¹⁰⁸⁷ Anche se restringendo la sua interpretazione al bilancio, il professore ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "Los deberes legales de los administradores...", *Op. cit.*, p. 1462, considera che questo *dies a quo* è il momento nel cui si formula il bilancio dagli amministratori e, in caso di mancanza di formulazione, l'ultimo giorno del termine legale stabilito a tale fine.

¹⁰⁸⁸ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales", in *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Dirs. Rojo / Beltrán, 3^a Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.253. Per una maggiore profondità, *vid.* anche SACRISTÁN BERGIA, F., "La responsabilidad de los administradores por no promover la disolución en las sociedades de capital", in *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, coord. Guerra Martín, LaLey, Madrid, 2011, pp. 223-272; CERDÁ ALBERO, F., *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 (sp. pp. 109 e ss.); GARCÍA VILLAVERDE, R., "Algunas cuestiones sobre la reducción del patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social por consecuencia de pérdidas", in *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje al Profesor José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 465-484.

il bilancio d'esercizio dovrà ridurre il capitale in proporzione alle perdite. In mancanza di quello, gli amministratori o sindaci o Consiglio di sorveglianza devono chiedere al tribunale che riduca giudizialmente il capitale in funzione delle perdite riflesse dal bilancio. Logicamente, saranno responsabili per le vie ordinarie gli amministratori, come conseguenza dei pregiudizi cagionati dallo scorretto mancato superamento di questa situazione.

IX. SPECIALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ FALLIMENTARE

Nonostante non sia questo il luogo adeguato per analizzare in profondità questo presupposto, è necessario osservare che la Ley Concursal spagnola¹⁰⁸⁹, prevede nel suo art. 164.2.1^o come presunzione *iuris et de iure* di colpevolezza nella dichiarazione di fallimento, il caso in cui il debitore legalmente obbligato alla tenuta di contabilità inadempisse sostanzialmente quest'obbligo, tenesse una doppia contabilità o avesse commesso irregolarità rilevanti per la comprensione della situazione patrimoniale o finanziaria in quella tenuta. Invece, l'art. 165.3^o prevede che si presume l'esistenza di dolo o colpa grave, salvo prova in contrario (*iuris tantum*), quando il debitore o, nel suo caso, i rappresentanti legali, amministratori o liquidatori, non avessero formulato il bilancio essendo legalmente obbligati alla tenuta di contabilità, o non l'avessero assoggettato a revisione legale essendo a ciò obbligati o, una volta approvato, non l'avessero depositato nel Registro Mercantil in alcuno dei tre ultimi esercizi precedenti alla dichiarazione del fallimento.

Nel caso di qualificazione del concorso come colpevole, le conseguenze derivanti per gli amministratori, sono più gravi giacché provocano l'inabilitazione delle persone autorizzate all'amministrazione dei beni altrui per un periodo di tempo da due a quindici anni, così come per rappresentare qualsiasi persona durante lo stesso periodo, secondo la gravità dei fatti e la portata del pregiudizio;

¹⁰⁸⁹ LC, Ley 22/2003, del 9 luglio.

supponendosi ugualmente, la perdita di qualsiasi diritto che le persone investite da tale qualificazione avessero come creditori concorsuali o della massa, essendo condannati a restituire i beni o diritti che avessero ottenuto in modo indebito dal patrimonio del debitore o avessero ricevuto dalla massa attiva, così come a indennizzare i danni e pregiudizi cagionati. In questo modo, il principale effetto patrimoniale che può derivare dalla considerazione del concorso come colpevole è obbligare gli amministratori sociali a riempire il deficit patrimoniale che risulti nel caso in cui il patrimonio del debitore non sia sufficiente per soddisfare il totale dei crediti del concorso¹⁰⁹⁰.

Per quanto riguarda al Diritto italiano, la colpevolezza per il fallimento si canalizza attraverso il reato di bancarotta fraudolenta regolato nell'art. 216.2 della Legge Fallimentare italiana¹⁰⁹¹, secondo cui sarà sanzionato con reclusione da tre a dieci anni, in caso di dichiarazione di fallimento, l'imprenditore¹⁰⁹² che ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori, i libri o le altre scritture contabili, o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o il movimento degli affari. Ugualmente, si applicherà la stessa pena all'imprenditore dichiarato fallito che, durante il procedimento fallimentare, commette alcuno di questi fatti ovvero sottrae, distrugge o falsifica i libri o le altre scritture contabili.

¹⁰⁹⁰ In modo concreto sulla qualificazione del concorso come colpevole per motivi contabili, *vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Las irregularidades relevantes en la contabilidad como hecho de concurso culpable", *ADC*, num. 27, 2012, pp. 359-371; MAIRATA LAVIÑA, J., "Improcedencia de la calificación culpable del concurso por una suma de irregularidades contables no relevantes en sí mismas: a propósito de la sentencia de la SAP Madrid 24 de marzo de 2009", *RDCP*, num. 12, 2010, pp. 269-303; e, in modo generale sul concorso colpevole, fra un'ampissima dottrina, *vid.* BENAVIDES VELASCO, P. / GUERRERO PALOMARES, S., "La calificación jurídica de las previsiones de los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal y sus relaciones con el concurso culpable", *RDCP*, num. 13, 2010, pp. 175-200; MACHADO PLAZAS, M., *El concurso de acreedores culpable: calificación y responsabilidad concursal*, Civitas, Madrid, 2006.

¹⁰⁹¹ L. Fall., R.D. del 16 marzo 1942, n. 267, Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa.

¹⁰⁹² Norma applicabile pure agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori che abbiano commesso alcune di queste condotte, *ex art.* 223 L. Fil.

Tuttavia, come si può osservare, esiste un'esigenza aggiunta nel caso italiano, l'elemento soggettivo di commettere tale irregolarità allo scopo di procurare a sé stesso o ad altri un profitto ingiustificato o di produrre un pregiudizio ai creditori; il che fa esigere un plus rispetto alla semplice omissione di diligenza o colpevolezza nell'adempimento dei doveri contabili.

CONCLUSIONI

Il termine «conclusioni» può essere inteso sotto due accezioni diverse. La prima fra esse, nel senso che offre il sillogismo, comporta una nuova conoscenza che si desume dalle premesse stabilite. Questo non è solitamente il senso che si utilizza in una tesi, giacché il suo contenuto non è nuovo rispetto ai capitoli precedenti. D'altronde, esiste un senso forense più vicino che identifica le conclusioni come l'enunciazione delle principali idee raggiunte nel testo precedente, ed anche come una valutazione del processo attraverso il quale si è giunti alle conclusioni stesse. Questa sarà la accezione della quale faremo uso nelle righe successive, che potranno servire come sintesi critica dei ragionamenti esposti nei capitoli precedenti.

Lo scopo di questa tesi è stato quello di analizzare il ruolo della contabilità nella *corporate governance* delle società di capitali. Si è considerata la disciplina dell'informazione contabile nella costruzione del Diritto societario, e la misura in cui questa può servire come strumento di controllo delle strutture di potere negli organi di governo delle società.

Lo studio ha analizzato, in un primo momento, la trattazione che attualmente offrono gli ordinamenti giuridici alla contabilità, così come la posizione occupata da questa entro le strutture imprenditoriali. Si sono inoltre considerati i tratti con i quali l'ordinamento delinea i quesiti concreti che si richiedono nel soddisfacimento del dovere di contabilità, considerando, in particolare, le finalità ed i soggetti da essi vincolati. Da quest'analisi soggettiva del modo in cui s'impone l'adempimento del dovere contabile nelle società di capitali,

si è potuto verificare come un ruolo cruciale sia svolto dalla distribuzione del potere, dall'elaborazione e dalla disposizione d'informazione contabile adeguata sulla situazione patrimoniale, finanziaria ed economica dell'impresa.

Si è potuto accertare come uno degli obiettivi principali della costruzione di un sistema adeguato di *corporate governance* è quello dell'ottenimento di un equilibrio adeguato di poteri fra i diversi organi che compongono l'impresa. Ogni informazione –ed in particolare l'informazione contabile– è potere; nello stesso tempo è necessario ricollegare al controllo di quest'informazione come fonte di potere –entro la struttura della società– una responsabilità per le persone adette alla sua elaborazione e trattazione.

Sotto il profilo metodologico, per la costruzione del nostro studio siamo partiti da una logica finalistica. A questi effetti abbiamo analizzato i fini ai quali deve servire la contabilità nella costruzione di un sistema giuridico delle società di capitali e abbiamo considerato il modo concreto con il quale la normativa cerca di raggiungerli. Si è aggiunta a quest'analisi una prospettiva di diritto comparato, la quale ci ha reso possibile studiare il modo in cui gli ordinamenti del nostro ambiente fanno fronte in modo diverso a necessità comuni sul piano della contabilità e della costruzione dei suoi modelli di *corporate governance*. Così, come punto di partenza si è impiegato la confrontazione degli ordinamenti italiano e spagnolo che rappresentano due modelli diversi di *corporate governance*, integrandosi questa comparazione con osservazioni sugli ordinamenti tedesco e inglese, paradigmatici dei modelli dualistico e monistico di *governance* rispettivamente. Allo stesso modo, in alcun momento, quando il contributo è stato notevole, si sono considerate alcune osservazioni di altri ordinamenti come quello svizzero –per quanto riguarda alla contabilità elettronica–, il francese o il portoghese –questi due ultimi nell'ambito dell'organizzazione interna della società–. Sulla base delle diverse opzioni considerate, e secondo una logica d'analisi economica, abbiamo cercato di elaborare, in ogni caso, le soluzioni più efficienti per il raggiungimento dei fini perseguiti, concludendo a favore dell'opzione

considerata più adatta per l'ottenimento degli scopi del sistema giuridico-contabile come di seguito esposto.

Da tutto quanto considerato si è arrivato alle seguenti

CONCLUSIONI:

I. PUBBLICO INTERESSE NELLA CONTABILITÀ

Si è potuto constatare l'orientamento ormai considerato dalla dottrina che la contabilità comporta un'attività di pubblico rilievo, giacché coinvolge l'elaborazione di un'informazione i cui effetti trascende la stessa struttura dell'impresa. Il riconoscimento di una massa di soggetti eterogenei e difficilmente individualizzabili, interessati all'informazione contabile, rende necessario riconoscere questo *pubblico* interesse, di carattere astratto, a che le imprese adempiano in modo adeguato l'insieme dei doveri concreti in cui si manifesta un'ordinata contabilità. La trascendenza della contabilità pure al di fuori della struttura dell'impresa giustifica, parimenti, la regolazione imperativa della materia, sottotraendola dall'ambito dell'autonomia imprenditoriale, dove un tempo era collocata, per assoggettarla ad una disciplina imperativa.

II. PUBBLICO DOVERE DI CONTABILITÀ

Riconoscere l'esistenza di un pubblico interesse sottostante alla contabilità ci conduce alla seconda delle conclusioni, e cioè che attualmente i sistemi giuridici impongono alle imprese l'adempimento di determinate condotte in materia di contabilità con la natura di *pubblico dovere*. Questo supone che dobbiamo scartare le categorie privatistiche di *onere* –giacché dal suo adeguato soddisfacimento deriva un beneficio anche per soggetti diversi dallo stesso imprenditore, non dovendo mai rimanere all'autonomia della volontà di questo- e di *obbligo* –perché non si produce un rapporto bilaterale dal quale si generi un *debitum* che possa essere esigito da altro soggetto-.

Nonostante sia un concetto di carattere meno concreto, la categoria del dovere risulta più opportuna per definire l'imposizione della tenuta della contabilità dalle imprese. Inoltre, trattandosi di un dovere il cui adempimento interessa a una pluralità di soggetti –fra i quali s'includono l'interesse nazionale nell'adeguato funzionamento dell'economia; essendo questi il bene giuridico tutelato dalla disciplina- risulta preferibile considerarlo come un *dovere di carattere pubblico*.

Da questa configurazione avranno origine le caratteristiche di dettaglio del regime giuridico della contabilità, la cui costruzione deve essere conseguente con l'inserimento dell'adempimento di un dovere di carattere pubblico nell'ambito di una struttura –e pure una struttura viva- inserita eminentemente nell'ambito del Diritto privato, qual'è l'impresa.

III. CARATTERE DELL'INFORMAZIONE CONTABILE

L'insieme delle condotte concrete con rilievo giuridico che costituiscono il dovere di contabilità hanno lo scopo ultimo di elaborare un'informazione sulla situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa, così come sui suoi risultati economici. Quest'informazione deve riflettere un'immagine veritiera e fedele della situazione contabile dell'impresa, potendo di conseguenza essere utilizzata tanto all'interno quanto all'esterno dell'impresa per l'adozione di scelte adeguate.

L'obiettivo di riflettere l'immagine fedele della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa, ci deve condurre a considerare che l'informazione contabile che si elabora –sia quella interna all'impresa, contenuta nei libri contabili, sia quella che trascende i suoi limiti, facendosi pubblica attraverso il bilancio- deve mostrare i caratteri propri di costituire una dichiarazione di scienza o verità.

IV. ADATTABILITÀ DEL DOVERE DI CONTABILITÀ AI BISOGNI DELL'IMPRESA

L'imposizione del dovere di contabilità deve essere modulata alle necessità concrete di ogni impresa. La normativa configura così il dovere generico di contabilità considerando che l'imprenditore dovrà tenere una contabilità *ordinata* ed *adatta* all'attività della sua impresa. Di conseguenza, la contabilità deve

mimetizzare la struttura e l'attività di ogni impresa, svolgendo le sue potenzialità e adattando le sue esigenze a ogni caso in particolare.

Questo giustifica la semplificazione delle esigenze nell'adempimento del dovere dalle strutture imprenditoriali più semplici (PMI) ed è il motivo per il quale la normativa, pur imponendo l'adempimento di una serie di doveri contabili di carattere minimo, riconosca anche la possibilità –e la convenienza- che l'imprenditore tenga ugualmente qualsiasi altro registro contabile che consideri adeguato per la migliore gestione della sua impresa.

Ugualmente, e pure sulla base di questa razionalità nel concreto svolgimento del dovere, alcuni ordinamenti –come quello italiano- sottraggono all'obbligo di tenere scritture contabili i piccoli imprenditori, gli imprenditori agricoli e gli artigiani.

V. LA CONTABILITÀ COME ELEMENTO PER PROGETTARE L'ORGANIZZAZIONE DELL'IMPRESA

La causa che storicamente ha portato all'introduzione della contabilità è stata la necessità d'informazione economica dell'imprenditore sulla propria azienda –una volta che questa avesse raggiunto un certo livello di complessità-. Così, tale contabilità aveva la funzione di razionalizzare le decisioni imprenditoriali.

Il riconoscimento di interessi esterni –pubblico interesse- si aggiunge all'interesse dell'imprenditore medesimo nell'informazione contabile; oltrepassando così l'ambito dell'impresa, la tenuta della contabilità si configura come un dovere imposto imperativamente a quei che esercitano il commercio, senza essere questo straneo al fatto che, in fondo, il fine di razionalizzare la struttura e la base informativa dei processi decisionali è ancora sottostante come utilità che offre la contabilità.

Di conseguenza, la contabilità s'impone agli imprenditori come una necessità ontologica della sua struttura organizzata e, allo stesso tempo, come elemento attraverso il quale si definisce la struttura dell'impresa e si razionalizza la sua attività.

Questa percezione è sottostante nell'ordinamento tedesco quando regola il ruolo che svolge la contabilità all'interno dell'impresa. Così, il HGB obbliga a tenere la contabilità ai soggetti che, secondo le sue norme, abbiano il carattere di

commercianti. Tale obbligo si traduce nell'adozione di alcune delle forme concrete di società commerciali o quando in ragione della sua classe o le sue dimensioni, richiedano uno stabilimento organizzato secondo criteri commerciali.

VI. SOGGETTIVAZIONE CONTABILE

Considerati questi caratteri generali della trattazione che l'ordinamento offre alla contabilità, diventa necessario analizzare la configurazione giuridica del dovere, studiando i suoi tre versanti: soggettivo, oggettivo o di contenuto e di analisi delle conseguenze del suo inadempimento.

Per quanto riguarda all'ambito soggettivo, la costruzione normativa del dovere parte normalmente da una sua configurazione generalistica: s'impone la tenuta della contabilità a «ogni imprenditore» o a «ogni imprenditore commerciale». Nonostante l'attuazione che la disciplina concreta fa di questa clausola generale snatura in certa misura le sue pretese universalistiche. Partendo da questo abbiamo considerato la portata della cosiddetta *personificazione contabile*, quesito che si trova strettamente legata con il concetto d'imprenditore commerciale che s'adotti in ogni ordinamento. Com'è evidente, la stessa concettualizzazione di cosa si deve intendere per imprenditore è uno dei temi storici del diritto commerciale, principalmente per quanto riguarda alla delimitazione che alcuni ordinamenti fanno di determinate figure come i piccoli imprenditori, gli imprenditori agricoli ed artigiani o gli imprenditori civili.

Nella nostra analisi abbiamo cercato di unificare lo studio di queste regole generali con il modo in cui il dovere viene configurato in concreto, relativamente alle principali forme d'imprenditore presenti sul mercato. Con questi criteri si è potuto constatare in primo luogo che non tutti quei che hanno la considerazione di imprenditori commerciali s'assoggettano alla tenuta della contabilità; in secondo luogo, che esistono soggetti obbligati alla contabilità che non sono imprenditori commerciali –per esempio, le pubbliche amministrazioni che svolgono un'attività imprenditoriale, o gli imprenditori civili in caso che s'ammetta la sua esistenza-; ed anche, in terzo luogo, che esistono situazioni di fatto nelle quali l'ordinamento impone diversi doveri allo stesso soggetto in funzione dei rapporti giuridici che

articoli –come avviene per le Uniones Temporales de Empresa o degli imprenditori che abbiano più di un'azienda-.

Sulla base di quanto esposto dobbiamo inferire il concetto di *soggettivazione contabile* ed estrarre la fundamentazione che permettano di giustificare perché a determinati soggetti viene imposto questo dovere e perché altri, inizialmente ad esso asoggettati, ne sono esonerati. Adottando ancora una logica finalista ed un'analisi degli interessi si deve concludere che il dovere contabile s'impone dall'ordinamento a quelle strutture economiche che presentano un'organizzazione o un'attività di complessità o importanza tale che si considera conveniente e necessario l'imposizione dell'insieme dei doveri contabili. Vale a dire, la contabilità, come presupposto operativo, si configura come un dovere relativamente ad elementi di fatto o materiali, come sono l'attività imprenditoriale o l'insieme degli elementi che compongono l'azienda, svincolando in questo primo momento dall'elemento soggettivo che conforma la sua attribuzione ad un soggetto con personalità giuridica che possa essere titolare di diritti e doveri. Su questa base diventa importante determinare il soggetto che ostenta una certa titolarità o responsabilità sulla struttura o attività, alla quale l'ordinamento richiede l'adempimento delle condotte contabili, per poter considerargli –ora da una prospettiva strettamente giuridica- come titolare del dovere e, di conseguenza, responsabile del suo adeguato adempimento.

Questa logica è, ugualmente, seguita nei casi di consolidazione contabile. Il diritto percepisce l'attuazione in gruppo di un agglomerato di imprese e stima la necessità di disporre di un'informazione contabile aggregata sulla situazione patrimoniale e l'attività economica di ciascuna di esse. L'attenzione si concentra sulla situazione reale d'attuazione congiunta e, posteriormente, andrà individualizzata identificando il soggetto che in concreto si deve considerare titolare di questo dovere.

VII. LE SOCIETÀ DI CAPITALI COME SOGGETTO CONTABILE

L'ordinamento spagnolo, come quello italiano e quello dei paesi del nostro contesto, stabilisce la presunzione che gli imprenditori che adottano la forma giuridica di società commerciali si asoggetteranno sempre al diritto commerciale e,

dunque, saranno soggetti del dovere di contabilità. In un tentativo d'offrire un'analisi più concreta, abbiamo limitato da questo momento l'oggetto del nostro studio alla considerazione del dovere contabile nell'ambito delle società di capitali, come soggetti principali del traffico economico nell'attualità.

Il ragionamento della sua configurazione come soggetti del dovere di contabilità è abbastanza semplice: da un lato, la normativa determina che tutte le società di capitali hanno carattere commerciale, il che si mette in connessione con l'imposizione generica del dovere di contabilità ad ogni imprenditore commerciale, e se ne può desumere facilmente il suo assoggettamento ad esso; dall'altro, la normativa che disciplina queste forme di società impone direttamente l'adempimento del dovere contabile, il che, si precisa pure aggiungendo una serie di specificazioni che fanno sì che la sua configurazione sia più complessa che quella che si considera in termini generali per *ogni imprenditore*. Si tratta di una conseguenza diretta della conclusione che si è considerata in precedenza sul fatto che la contabilità deve essere adatta all'attività e la struttura di ogni impresa. Il semplice fatto che un imprenditore adotti la forma di società di capitali fa presumere una struttura organizzatrice di maggiore complessità, la quale, allo stesso tempo s'incrementa secondo si stima più sviluppata la sua struttura. Così, ancora entro le società di capitali, si moduleranno le manifestazioni concrete dei doveri contabili secondo si tratti di una piccola o media impresa, o di un'impresa di grandi dimensioni; allo stesso modo che si richiede maggior precisione contabile alle società quotate, data la maggiore complessità della sua struttura, il maggior numero di persone interessate dal suo funzionamento e le sue maggiori ripercussioni sull'economia in generale.

VIII. NECESSITÀ DI UN'ATTRIBUZIONE ORGANICA DEL DOVERE

Centrare la nostra analisi sullo studio dell'adempimento –e dell'inadempimento– del dovere di tenuta della contabilità nell'ambito delle società di capitali pone un nuovo problema. Sebbene è chiaro che l'ordinamento considera le società di capitali come titolari del dovere di contabilità, si deve analizzare il modo in concreto in cui tale dovere è adempiuto e, precisamente, che organi o soggetti entro la struttura della società devono svolgere l'adempimento materiale di questi.

Per poter capire e analizzare adeguatamente questo problema si deve collegare l'adempimento del dovere alle forme in cui si configura la *corporate governance* delle società di capitali nei diversi ordinamenti. È necessario considerare il modo in cui i diversi paradigmi d'ordinamento giuridico –che abbiamo sintetizzato in tre categorie in funzione dell'adozione di un modello monistico, dualistico o intermedio- configurano organicamente l'amministrazione delle società di capitali per poi analizzare le competenze in concreto che ogni organo ha nel complesso del dovere contabile.

IX. L'ATTRIBUZIONE ORGANICA DEL DOVERE NELL'AMBITO DELLA *CORPORATE GOVERNANCE*

La regolamentazione di un sistema di *corporate governance* ha come uno dei suoi scopi principali la configurazione di una struttura all'interno delle società che comporti una distribuzione di poteri e responsabilità tale da rendere operativo il suo funzionamento. Perciò, i diversi modelli cercano di raggiungere un punto di equilibrio fra due variabili, contrapposte, cioè, l'efficienza –giacché la società deve essere operativa, permettendo l'agile adozione di decisioni e la semplice operatività dei suoi organi- e la sicurezza –in modo tale che gli obblighi giuridici e procedimentali che si considerino necessari per garantire i diversi interessi che si mettono in gioco nell'attività dell'impresa siano posti e rispettati-.

Nella ricerca di un equilibrio funzionale fra queste due premesse acquista un ruolo principale la distribuzione di competenze fra i diversi organi della società. Questo renderà possibile, da un lato, l'ottenimento di una maggiore agilità nell'attuazione dei suoi organi, derivata dalla specializzazione nell'adempimento delle sue funzioni; dall'altro lato, permetterà di stabilire un sistema di contrappesi di potere che implichi lo stabilimento di rapporti di controllo reciproco, a garanzia della correttezza del funzionamento di ogni organo.

Questo fenomeno generico della *corporate governance* si concretizza anche nell'ambito dell'adempimento del dovere di contabilità. Così, agli effetti di raggiungere un certo controllo nel processo d'elaborazione dell'informazione contabile che impedisca le sue manipolazioni opportunistiche, i diversi ordinamenti distribuiscono la spartizione delle sue competenze contabili fra gli

organi della società –e, pure, facendo ricorso a soggetti esterni alla struttura dell'impresa: i revisori legali dei conti-.

In ogni caso, e indipendentemente del modo in cui si distribuiscano in particolare le competenze contabili in ogni modello societario, la premessa comune dalla quale si deve partire nella costruzione del sistema è la considerazione che, al trattarsi di fatti che fanno parte della gestione ordinaria dell'impresa, i primi incaricati del suo adempimento –e, di conseguenza, responsabili del suo adeguato soddisfacimento- saranno gli amministratori della società.

X. COLLEGAMENTO DELLA CONTABILITÀ CON I DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI DELLE SOCIETÀ

Gli amministratori, come soggetti a cui è affidata la gestione ordinaria dell'impresa, devono fare fronte all'adempimento del dovere di contabilità. Ciò non coinvolge semplicemente il soddisfacimento degli imperativi concreti nei quali si manifesta il dovere, tutt'altro: essi sono obbligati allo stesso modo a modulare il loro comportamento in funzione dell'informazione offerta dalla contabilità dell'impresa.

Gli amministratori sono obbligati ad agire in modo informato nello svolgimento della loro attività, il che richiede loro una regolare informazione circa i fatti a rilevanza economica che hanno luogo nell'impresa; a tal fine l'informazione contabile ricoprirà un ruolo centrale.

Allo stesso modo, l'interesse della società deve costantemente presiedere l'attuazione concreta degli amministratori. Nel conseguimento di questo obiettivo, la contabilità occupa una posizione essenziale nel momento di determinare la condotta dovuta volta per volta, così come per evitare le eventuali situazioni di conflitto d'interesse.

La responsabilità che hanno gli amministratori nella contabilità della società non si limita all'adeguato e corretto adempimento di ognuna delle specificazioni del dovere. Diversamente, l'insieme delle sue attuazioni deve essere diretto in ogni momento dall'informazione che la contabilità offre sull'impresa. La sua responsabilità, dunque, non deriverà soltanto dallo scrupoloso adempimento del dovere, ma pure delle eventuali conseguenze negative che siano conseguenza del

suo operato, e che abbiano come causa –seppure remota- l'inadeguata osservazione del dovere contabile.

XI. INDELEGABILITÀ FORMALE DEL DOVERE DI CONTABILITÀ

Analizzando la configurazione del dovere di contabilità nelle società di capitali si è potuto constatare che questo è attribuito agli amministratori in modo diretto e che non può essere, in linea di principio, delegato. Ciò nonostante, si è potuto concludere tale indelegabilità abbia carattere meramente formale: gli amministratori non potranno spostare in nessun caso l'attribuzione e la responsabilità per l'adeguato adempimento del dovere contabile, ma a poter essere trasferito sarà l'adempimento materiale dei compiti che in tale dovere sono inclusi.

Nel funzionamento ordinario delle società di grandi dimensioni tale delega è frequente; come si è affermato, essa non sposta l'attribuzione giuridica del dovere ma solo della sua materiale attuazione. Così, l'adeguato adempimento delle regole contabili nelle società di grandi dimensioni richiede che parte del suo personale – sia i dipendenti che gli amministratori- si occupi dell'adempimento dei doveri di contabilità.

Comunque, indipendentemente dal modo in cui saranno materialmente adempiuti i doveri contabili, gli amministratori saranno sempre responsabili del loro corretto adempimento giacché essi sono gli unici titolari della relativa responsabilità, che è attribuita dalla legge di forma organica all'amministrazione della società.

XII. DISTRIBUZIONE DI COMPETENZE: ADEMPIMENTO, SUPERVISIONE, CONTROLLO, APPROVAZIONE

Anche se l'adempimento del dovere di contabilità nelle società di capitali è, in principio, responsabilità degli amministratori, l'adempimento concreto del suo contenuto coinvolge la realizzazione di diverse funzioni legate ai diversi aspetti della contabilità. Tale dovere presenta quattro diversi profili. In primo luogo, esso è costituito dall'adempimento dei compiti di registrazione e trattamento dell'informazione contabile, il che corrisponde all'organo d'amministrazione della società. Su quest'adempimento, in secondo luogo, si svolgerà un determinato

lavoro di supervisione, agli effetti di controllare che il sistema di generazione dell'informazione contabile sia adeguatamente predisposto. Questa competenza è assunta dall'organo di controllo nelle società che presentano una struttura dualistica, oppure dall'insieme del Consiglio di amministrazione o i comitati di sorveglianza che si possano costituire –imperativa o volontariamente al suo interno-. In terzo luogo, per garantire che l'informazione contabile che s'emette sia reale e riflessi l'immagine veritiera dell'impresa, sarà necessario lo svolgimento di un controllo sull'informazione creata, il quale è portato a termine principalmente attraverso l'assoggettamento del bilancio a revisione legale dei conti; ugualmente, si articolano altre forme di controllo.

Si deve infine considerare che l'informazione contabile che trascende la struttura della società è una manifestazione di scienza o verità rilasciata dall'imprenditore e, dunque, coinvolge una sua dichiarazione di volontà. Perciò, si richiede –negli ordinamenti con struttura di governo non dualistica- l'approvazione del bilancio da parte dell'Assemblea generale al fine di rendere le informazioni contenute in quella dichiarazione espressione della volontà sociale.

XIII. CONTENUTO DEL DOVERE

L'adempimento della contabilità si può scomporre in due grandi categorie di doveri, in base all'elemento materiale che le fonda. Da un lato troviamo l'insieme delle norme che integrano il dovere generico di tenuta dei libri di contabilità, e che comporta il compito costante permanente di registrare gli atti con rilievo contabile lungo la vita dell'impresa. Dall'altro lato si trova il dovere di elaborare annualmente, ogni fine d'esercizio sociale, dei documenti contabili di sintesi, il bilancio, il cui obiettivo è quello di offrire un riassunto dell'informazione contabile di maggior rilievo sulla società, allo scopo di garantire la pubblicità dei dati e, al tempo stesso, garantire le scelte che la società effettuerà in base a tale informazione –ad esempio si riporta il sindacato sull'attività degli amministratori e la decisione sulla destinazione degli utili-.

Inoltre, la normativa stabilisce nella configurazione precisa d'ognuno dei due gruppi di doveri una serie di mezzi di salvaguarda che permettono il conseguimento dei fini della contabilità. In particolare, si possono considerare la

necessità di vidimare e bollare i libri contabili (nell'ordinamento spagnolo) e le regole di contabilità materiale per evitare la falsificazione della contabilità e garantire che ogni società tenga solo un registro della situazione della sua impresa –dovere che, d'altronde, è stato cancellato dal diritto privato italiano, essendo questa fattispecie tutelata penalmente, e che comporta un certo processo di desregolamentazione contabile-; si considera inoltre il sistema dei controlli per garantire la realtà e la pubblicità dell'informazione contabile di sintesi che si contiene nel bilancio.

XIV. TENUTA DEI LIBRI DI CONTABILITÀ

Come primo blocco dei doveri contabili, la normativa prevede di garantire che ogni imprenditore tenga un unico registro della sua informazione contabile, in modo tale che si evitino contabilità doppie o multiple. Questo si giustifica per il carattere privilegiato che può avere l'informazione contabile contenuta in questi libri come mezzo di prova.

L'ordinamento spagnolo, a differenza dall'italiano, continua imponendo il dovere di vidimazione e bollatura dei libri contabile per garantire, attraverso l'intervento del registratore, l'esistenza di un unico esemplare per ogni genere di libri contabili. L'ordinamento italiano, considerate le imperfezioni che si osservarono nell'adempimento dei doveri di *bollatura* e *vidimazione*, ha eliminato i requisiti d'autenticazione dei libri contabili.

Nello stesso modo, questi libri si trovano protetti dal segreto della contabilità, salvo nel caso in cui vi si possa accedere per ordine del giudice –comunizazione ed esibizione-, e salvo l'esercizio del diritto d'informazione dei soci nelle società a responsabilità limitata.

XV. ADEMPIMENTO ELETTRONICO DEL DOVERE DI CONTABILITÀ

La normativa vigente non tratta in maniera esauriente la tenuta della contabilità tramite mezzi elettronici, così come il soddisfacimento delle formalità che legalmente sono richieste di fronte all'esterno dell'impresa (propriamente, quelle di bollatura e vidimazione -legalizzazione- e deposito del bilancio nel Registro). E ciò avviene nonostante sia evidente nella pratica che la maggior parte delle

imprese si avvalga di questi procedimenti per adempiere il suo dovere di contabilità.

Distante dalla situazione di altri ordinamenti come quello svizzero o quello tedesco, nei quali la normativa offre una trattazione dettagliata di questi modi particolari di adempiere i doveri di contabilità, l'ordinamento italiano presenta alcuna considerazione al riguardo, mentre che la normativa spagnola è sempre rimasta estranea a questa realtà sotto il profilo della disciplina. Questo accade nonostante il Collegio dei Reigstratori abbia previsto le modalità pratiche per l'adempimento di detto dovere elettronicamente.

In linea di massima si può concludere che, nel caso sia adottata la modalità telematica per adempiere le esigenze contabili dell'impresa, la procedura che si decida di adottare dovrà garantire il soddisfacimento dei fini che si perseguono attraverso le regole di contabilità formale. In particolare, si dovrà garantire l'inalterabilità dei registri elettronici –in modo da impedire la tenuta di contabilità multipla- e deve rendere possibile l'univoca attribuzione soggettiva dei documenti al loro autore, risultando quest'elemento indispensabile per poter applicare le relative norme in tema di responsabilità.

XVI. ELABORAZIONE DEL PROGETTO DI BILANCIO

Per quanto riguarda all'elaborazione del bilancio, si conclude che questo non è considerato come un documento con pieni effetti giuridici finché non è stato approvato dall'Assemblea dei soci. Ogni atto antecedente a questo momento – proposta degli amministratori, parere favorevole dei revisori legali dei conti e/o degli organi di supervisione, diritto d'informazione e presentazione all'Assemblea- sarà privo di effetti giuridici esterni alla società, essendo semplici atti preparatori di una successiva dichiarazione di volontà.

In questo modo, il bilancio, inteso come dichiarazione della società, deve contenere la volontà dell'Assemblea come organo decisorio. Richiedendo la conferma assembleare della proposta dell'organo d'amministrazione si costituisce un rapporto interno di controllo reciproco e permette l'attribuzione del bilancio come atto giuridico alla società stessa.

**XVII. LA PROPOSTA DI BILANCIO DEL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE NON COSTITUISCE
DELIBERA IMPUGNABILE**

In ragione del carattere strumentale tipico degli atti preparatori all'approvazione del bilancio da parte dell'Assemblea generale, si deve concludere che la deliberazione tramite la quale il Consiglio di amministrazione «formula» un progetto di bilancio non ha il carattere di “accordo” o “decisione” del Consiglio e, di conseguenza, non è impugnabile. Questa conclusione, confermata dalla giurisprudenza del Tribunal Supremo spagnolo, si basa sul fatto che tale decisione non produce nessun effetto giuridico, ma costituisce semplicemente un requisito necessario del procedere del Consiglio come organo collegiale.

Si può inoltre considerare che non esistono ostacoli giuridici alla possibilità di presentare più di un bilancio all'Assemblea, sottoponendo alla sua attenzione progetti alternativi a quello che è stato formalmente *formulato* dal Consiglio.

Si deve pertanto negare la possibilità di impugnare la delibera del Consiglio di amministrazione che presenta il progetto di bilancio, giacché questa è priva di effetti giuridici costitutivi e in considerazione del fatto che consentire ai soci di bloccare il processo di approvazione ad un così precoce stato potrebbe prestarsi a comportamenti opportunistici volti a paralizzare tale procedimento.

**XVIII. LA SOTTOSCRIZIONE DEL BILANCIO COME DOVERE DEGLI AMMINISTRATORI E COME
MECCANISMO DI ATTRIBUZIONE DI RESPONSABILITÀ**

La normativa impone agli amministratori il dovere di sottoscrivere il bilancio formulato. Questo è un dovere indeclinabile da parte di coloro i quali ricoprono la carica di amministratore nella società, e tutto questo indipendentemente dal fatto che essi non concordino con il contenuto della formulazione. Nel caso in cui questi amministratori vogliano salvare la sua responsabilità al essere contrari al contenuto della decisione di formulazione, dovranno fare espressamente constare tale opposizione prima della sottoscrizione con una concisa indicazione dei motivi per i quali considerano inadeguata questa decisione –che generalmente sarà che il bilancio formulato non rappresenta l'immagine fedele della situazione dell'impresa-.

Il dovere di sottoscrizione s'impone con l'obiettivo d'ottenere un mezzo probatorio d'attribuzione della paternità del documento elaborato ai suoi autori. Ciò nonostante, non sarà sufficiente per liberarsi dalla responsabilità, fare constare prima della firma dei documenti l'opposizione al contenuto di questi, giacché la legge richiede che gli amministratori che vogliono andarne esenti dovranno rendere manifesto in modo sufficiente la loro opposizione alla decisione o al relativo fatto lesivo, dovendo poi fare tutto ciò che è in proprio potere per evitarne –o, almeno, ridurne- le conseguenze dannose.

Si deve dunque esigere che l'amministratore diligente, oltre ad opporsi al contenuto del bilancio al momento della sua formulazione, manifesti le sue osservazioni all'Assemblea, potendo, come detto, anche presentare un progetto alternativo di bilancio. Nel caso in cui il progetto non condiviso dall'amministratore sia comunque approvato, egli dovrà impugnare la relativa deliberazione assembleare.

XIX. DOVERE DEGLI AMMINISTRATORI DI CONOSCERE IL CONTENUTO DEL BILANCIO

Sulla base dei doveri di diligente amministrazione, e come derivazione necessaria del principio di buona fede, gli amministratori delle società non potranno addurre in nessun caso l'ignoranza del contenuto del bilancio che è stato formulato dall'organo d'amministrazione, giacché la sua conoscenza costituisce uno dei più importanti doveri inerenti alla sua carica. Allo stesso modo, gli amministratori non potranno sottrarsi di responsabilità per le conseguenze dannose che si derivino dei suoi atti quando, se fossero stati sufficientemente informati della situazione contabile dell'impresa, il risultato lesivo non si sarebbe prodotto.

Così, l'informazione contabile deve essere valutata di fronte all'eventuale applicazione della *business judgement rule* nella condotta degli amministratori; in modo tale che, sebbene ogni decisione possa comportare rischi, nel valutare quale parte di questo rischio debba essere assunta dalla società e quale direttamente agli amministratori, si dovrà tenere in considerazione l'informazione della quale essi devono aver avuto conoscenza nell'ambito dell'esercizio della loro carica.

XX. COSTRUZIONE DEI SISTEMI DI CONTROLLO DELL'INFORMAZIONE CONTABILE

È un principio fondante della costruzione dei sistemi di *corporate governance* che ogni società debba disporre di una struttura adeguata alle proprie necessità ed esigenze operative. Sebbene questa premessa sia implicita nell'adempimento del dovere contabile, è pure presente nella costruzione dei meccanismi di controllo su tale informazione e della sua attuazione da parte degli amministratori.

In questo modo, in funzione della complessità della struttura della società, l'obbligo di controllare l'esattezza dell'informazione contabile è attribuito a diversi soggetti. Così, nelle società a responsabilità limitata –quando non si raggiungano i limiti che rendono obbligatoria la revisione legale del bilancio-, la funzione di controllo si esaurisce nel diritto d'informazione dei soci.

In secondo luogo, le società che adottano un modello di governo dualistico, affidano il controllo contabile all'organo di supervisione.

In terzo luogo, poi, le società che superano determinate soglie dimensionali (quelle che non sono PMI) siano obbligate a sottoporre il loro bilancio a un controllo esterno –revisione legale dei conti-. Infine, il modello monistico spagnolo impone dal 2002 la costituzione di un *Comité de Auditoría* (Comitato Audit, Comitato di Revisione dei Conti) entro il Consiglio di amministrazione delle sue società quotate, allo scopo di raggiungere un maggior controllo sull'adeguato adempimento degli obblighi contabili.

XXI. IL CONTROLLO DELL'INFORMAZIONE CONTABILE NELLE SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA

Nonostante la progressiva frammentazione delle barriere che separano la disciplina della società per azioni e la società a responsabilità limitata, la società a responsabilità limitata è tutt'ora adatta a strutture imprenditoriali meno strutturate e, perciò, si cerca di alleggerirne la regolamentazione in modo che i costi dell'adozione del relativo modello non lo rendano inappetibile.

Ciò avviene anche per il controllo contabile, quando le società non raggiungano i limiti fissati dalla legislazione che richiede loro di sottoporre il proprio bilancio a revisione legale. In questi casi, si deve ampliare e rendere più penetrante il diritto d'informazione dei soci consentendo loro non solo di avere conoscenza dei documenti contabili che saranno oggetto di discussione dall'Assemblea (bilancio),

ma anche di consultare i registri contabili dai quali i dati riportati nel bilancio sono tratti.

Si è notato che questo sistema di spostamento del controllo alla proprietà della società è inefficiente per diversi motivi: (i) innanzitutto a causa dello scarso interesse disperso che i soci di società a capitale diffuso dimostrano per i documenti contabili, diversamente da quanto avviene nelle società di dimensioni ridotte o a carattere familiare che sembrano quelle prese in considerazione dalla normativa; (ii) in secondo luogo, dalla possibilità, tramite apposita clausola statutaria, di ridursi, ridimensionare la portata o addirittura eliminare questa norma dallo statuto; (iii) infine, dato che nel sistema spagnolo questo speciale contenuto del diritto di informazione è riconosciuto solo nelle società a responsabilità limitata, le società per azioni di scarsa dimensione e che non sono obbligate alla revisione legale, rimarrebbero sprovviste di qualsiasi genere di controllo effettivo sul fatto che il bilancio rifletta la reale situazione dell'impresa, secondo quanto risulta da libri e registri contabili.

XXII. IL CONTROLLO DELL'INFORMAZIONE CONTABILE ATTRAVERSO GLI ORGANI DELLA SOCIETÀ

La seconda forma di controllo sull'adeguatezza dell'informazione contabile è quella prevista per le società di capitali che hanno una struttura dualistica, dove, fra i compiti dell'organo di supervisione si trova normalmente il controllo sul contenuto dei documenti contabili elaborati dagli amministratori prima di sottoporli all'approvazione dall'Assemblea generale.

Nei sistema dualistici puri –come quello tedesco o quello *dualistico* italiano–, quest'organo deve anche approvare bilancio. Sebbene, affidargli questa funzione ha il vantaggio d'astrarre la considerazione dell'adeguatezza di un'informazione contabile dagli interessi della proprietà della società –i soci–, ciò crea l'inconveniente che il controllo (nel caso che non si faccia ricorso anche a revisione esterna) rimarrebbe nelle mani degli stessi soggetti che approvano tale decisione.

XXIII. IL CONTROLLO DELL'INFORMAZIONE CONTABILE ATTRAVERSO REVISORI ESTERNI
(REVISIONE LEGALE DEI CONTI)

In base a quanto detto, il meccanismo più efficiente per conseguire un controllo effettivo dell'informazione contabile elaborata dagli amministratori è quella portata a termine da soggetti esterni alla struttura della società, legati a questa tramite un rapporto contrattuale ed in considerazione della sua speciale formazione tecnica.

La revisione legale consiste nell'applicazione di procedimenti tecnici atti a verificare che i documenti contabili di sintesi elaborati riflettano un'immagine fedele della situazione dell'impresa, che corrispondano con i dati economici contenuti nei libri e le registrazioni contabili e che tale informazione sia stata esposta nel rispetto della normativa contabile.

Si è osservato inoltre che l'effettività del controllo svolto dai revisori non dipende soltanto dal modo di procedere di questi, ma che nella sua attuazione ci si vorrà la collaborazione degli amministratori della società. Così, quando l'informazione che gli amministratori trasmettono ai revisori è incompleta o alterata, o quando impediscono il regolare svolgimento della loro attività, l'operato dei revisori dei conti può risultare compromesso.

È cruciale determinare al riguardo, in questi presupposti, come sarà il rapporto nel quale si risolve questa possibile situazione di coincidenza delle colpe in caso di un risultato dannoso.

XXIV. L'INESISTENZA DI SANZIONI DIRETTE DI FRONTE AGLI INADEMPIMENTI CONTABILI

La costruzione concreta che fa la normativa del dovere di contabilità lo lascia privo di una sanzione diretta per il suo inadempimento. Da una prospettiva di analisi economica, l'imposizione di queste genere di sanzioni dirette non sarebbe efficiente, giacché comporterebbe imporre costi materiali ed organizzativi – fondamentalmente per quanto riguarda allo stabilimento di un sistema adeguato d'ispezione dell'adempimento dei doveri-, che eccederebbero più del dovuto i profitti che da questo controllo derivano.

Questo sostiene il rilievo del nostro studio, giacché –fermo restando il piano fallimentare, in caso di bancarotta fraudolenta o qualificazione del fallimento come

colposo nel diritto spagnolo- essendo gli inadempimenti contabili privi di una sanzione diretta, si deva fare ricorso ai meccanismi di responsabilità per rendere esigibile l'adeguato adempimento del dovere e obbligare agli amministratori ed altri soggetti implicati nel suo soddisfacimento a che adempiano tali doveri con diligenza.

XXV. L'UTILIZZO DEI MECCANISMI DELLA RESPONSABILITÀ PER GARANTIRE L'ADEGUATO ADEMPIMENTO DEL DOVERE DI CONTABILITÀ

Pur quando sul piano societario si possano compiere altre contromisure nei confronti di amministratori inadempienti ai doveri inerenti alla loro carica –come la cessazione-, lo studio ha avuto come oggetto i meccanismi di responsabilità. La responsabilità dell'organo d'amministrazione è una delle premesse elementari della costruzione del sistema di diritto societario, giacché la sua inesistenza condurrebbe a un modo d'agire spensierato nella gestione della società.

Attraverso l'esercizio d'azioni di responsabilità si realizza una doppia funzione: da un lato, preventivamente, gli amministratori sono disincentivati dal porre in essere condotte dolose o negligenti dalle quali possa derivare un danno alla società; dall'altro, una funzione risarcitoria, così, la riparazione del danno cagionato potrà essere ottenuta dal risarcimento del danno.

Di conseguenza, di fronte all'assenza di meccanismi diretti di sanzione degli inadempimenti contabili –il che risulterebbe antieconomico-, si deve fare ricorso al controllo indiretto dei danneggiati –interni o esterni alla società- e dei soci della società per controllare il modo in cui s'adempiono i doveri, il che permetta ottenere un costante monitoraggio dell'adempimento dei doveri contabili degli amministratori.

Ovviamente, oltre a queste azioni di responsabilità si potranno adottare, sul fronte del diritto societario, altre misure repressive o disciplinari nei confronti degli amministratori, depurandosi così la sua responsabilità per l'inadempimento.

XXVI. PRESUPPOSTI DELLA RESPONSABILITÀ

La responsabilità degli amministratori di fronte per inadempimento di obbligazioni relative alla contabilità ha carattere soggettivo: non deriva cioè dalla

semplice produzione di un risultato dannoso, ma è necessario che questo risultato sia frutto di una condotta antigiuridica e colpevole o negligente degli amministratori. Vale a dire, si richiede la rimprovebilità della condotta al soggetto indempiente.

Per far sì che le azioni di responsabilità abbiano successo, si richiede che siano verificate le seguenti condizioni: una condotta u omissione antigiuridica –che violi, cioè, i doveri di contabilità- posta in essere con colpa o negligenza; da essa deve derivare un risultato dannoso ingiustificato. Il soggetto che ha subito il danno, inoltre, non deve essere tenuto a sopportarlo in base ad una norma giuridica. Fra l'azione o omissione e il risultato, infine, deve sussistere un rapporto diretto di causalità.

Di questi tre elementi risultano particolarmente interessanti, ai fini di questa analisi, il danno e il rapporto di causalità.

Per quanto riguarda al danno, si conclude che nell'avere il dovere contabile lo scopo di offrire un'informazione, la quantità di conseguenze lesive diverse che se ne possono derivare impediscono elencare in modo esaustivo i danni che si possono cagionare. Fra questi si ricordano i danni che si possono arrecare in modo diretto alla stessa società come conseguenza di risultati economici che non si corrispondono con la realtà o di una nominale infra- o iper- capitalizzazione, ed anche, i danni che si possono cagionare ai soci o ai terzi che adottino decisioni economiche nei confronti dell'impresa ma sulla base di un'informazione contabile sbagliata.

Ancora più interessante si mostra la prova del rapporto di causalità diretta fra l'inadempimento e il danno. Nel processo d'adempimento dei doveri contabili confluisce l'attività di soggetti diversi: personale dipendente della società, direttori generali, amministratori, organo di supervisione, revisori legali dei conti e Assemblea generale. È necessario definire la sfera d'attuazione di questi soggetti per considerare quale di loro è stato in concreto quello che ha inadempito alcuno dei doveri che ha affidati e, di conseguenza di quello si è derivato il danno. Questa valutazione risulta difficile da effettuare poiché più soggetti operano sul medesimo oggetto materiale che è l'informazione contabile che si sta elaborando. Da ciò

possono conseguire comportamenti colposi concorrenti che è necessario individuare ed analizzare.

XXVII. COSTRUZIONE DI UN SISTEMA DI *CORPORATE GOVERNANCE* CHE RENDA POSSIBILE IL CONTROLLO DELL'INFORMAZIONE CONTABILE ELABORATA NELLA SOCIETÀ

È importante, visto quanto sopra, costruire un sistema di *corporate governance* nel quale le funzioni d'adempimento e supervisione dei doveri contabili si trovino chiaramente delimitate in modo da garantire la correttezza dell'informazione.

Si è osservato che l'efficienza del sistema non deriva tanto dall'adozione di un modello monistico o dualistico di *corporate governance*, bensì dall'adeguata separazione delle funzioni che si produce all'interno di un qualunque modello concreto.

In linea di massima non si può affermare che il modello dualistico abbia una maggiore efficacia da un modello monistico che s'articola in modo adatto. Quello che avrà rilievo è invece il modo in cui l'adempimento particolare delle funzioni sia distribuito nella realtà dell'impresa. Così, indipendentemente dal sistema scelto sarà importante un'adeguata distribuzione delle funzioni di adempimento del dovere e di controllo.

Nonostante, esistono alcune noti fanno più adeguato il sistema che si costruga. Così, favorisce l'adeguato adempimento del dovere di contabilità la maggiore indipendenza possibile fra gli organi che intervengono nella generazione dell'informazione. Ugualmente, migliora il risultato se anche la situazione personale dei soggetti che intervengono nel processo di formazione dell'informazione contabile è indipendente dai risultati raggiunti dall'impresa.

Per ciò si conclude che, nelle imprese che vedono implicati nell'informazione mostrata dalla sua contabilità un ampio spettro d'interessi, data la complessità della sua attività o la sua dimensione, sarà opportuno, in ogni caso, articolare, insieme ai sistemi di controllo interno, meccanismi di revisione esterna dei conti che offrano un controllo neutrale ed imparziale sull'opportunità dell'informazione.

XXVIII. FUNZIONI E RESPONSABILITÀ DEL COMITATO AUDIT (COMITÉ DE AUDITORÍA) DELLE SOCIETÀ QUOTATE

Sulla base di queste idee, il sistema spagnolo di *governance* delle società di capitali, che adotta un modello monistico, soffre degli svantaggi generati dall'unicità dell'organo amministrativo circa il soddisfacimento dei doveri contabili, principalmente nelle società di una determinata complessità. Perciò, dal 2002 è obbligatorio costituire un Comitato Audit all'interno del Consiglio di amministrazione delle società quotate. Questa divisione di funzioni, insieme alla divisione degli amministratori fra *managers* e *independents* nella *governance* delle quotate, modifica i caratteri del sistema monistico adottato dalle quotate spagnole, in quello che è stato considerato un sistema *monistico revisionato* o *dualistico attenuato*.

Il Comitato Audit –istituzione omologa al *Comitato per il Controllo sulla Gestione* del sistema *dualistico* italiano-, è costituito all'interno del Consiglio di amministrazione delle società quotate spagnole per imperativo della legge, e non come conseguenza di una delega volontaria di funzioni derivata dalla capacità di auto-organizzazione del Consiglio. Ugualmente, le competenze ad esso affidate derivano direttamente dalla normativa e non da un atto concreto di delega, e la sua appartenenza si deve configurare dentro dei parametri legalmente stabiliti. È perciò che si deve concludere il carattere organico di questo Comitato, il che influisce sul modo in concreto di essere responsabili i suoi membri in caso di danni.

Dato che si tratta di un vero e proprio organo sociale –anche se formalmente integrato dentro il Consiglio di amministrazione- dobbiamo considerare che dei risultati dannosi che possono derivare dalla della sua attuazione rispondono esclusivamente i membri del Comitato, senza che sia possibile fare estensiva la responsabilità concreta dai danni direttamente derivati da inadempimenti delle funzioni che specificamente hanno affidate, giacché tali competenze sono stato sottratte al Consiglio di amministrazione, attraverso una specializzazione che ha origine legale, e non ci si può attendere che competenze in materia siano mantenute dagli altri membri dell'organo d'amministrazione. A carico di questi ultimi, dunque, non si potrà configurare né una culpa *in eligendo*, né una colpa *in vigilando*.

La configurazione giuridica dell'adeguato adempimento dei doveri contabili, perseguendo il maggior controllo dell'informazione e cercando di evitare i possibili abusi che potrebbero derivare da un'attribuzione dell'insieme del dovere esclusivamente agli amministratori della società, coinvolge l'intervento successivo di diversi organi e soggetti nell'adempimento dei doveri contabili. Sebbene ognuna delle attribuzioni hanno un contenuto diverso (svolgimento materiale, elaborazione di documenti di sintesi, supervisione, controllo, manifestazione della volontà sociale), e l'attribuzione di tale dovere si produce per un titolo giuridico diverso (organico, delega organica o volontaria, contrattuale), tutti gli interventi risultato cooperano per il medesimo risultato: l'emmissione di un'informazione contabile relativa alla situazione economica e patrimoniale dell'impresa (contenuta nei libri e nei registri contabili, nel bilancio della società o nella relazione di revisione legale dei conti).

Giacché la maggior parte dei danni che si desumono da una contabilità irregolare deriveranno direttamente da questa informazione, che costituisce il risultato ultimo dell'attività di diversi soggetti ed organi, si avverte la necessità di procedere all'individualizzazione concreta del soggetto che ha commesso irregolarità nell'attuazione di detti doveri, che abbia, cioè, prodotto l'irregolarità dell'informazione che ha originato il danno.

Perciò, di fronte a queste azioni congiunte e l'eventuale concorso di colpe dei diversi soggetti, l'obiettivo essenziale è quello di individuare l'inadempimento di ciascuno di questi organo che possa generare responsabilità.

Come si è considerato, la delimitazione di questa responsabilità non è semplice e, in principio, a causa della difficoltà d'individualizzazione, si deve considerare la solidarietà all'esterno dei soggetti intervenuti nel processo contabile. A livello interno, invece, nei rapporti fra gli organi, questa solidarietà non si deve mantenere, potendosi ripetere –una volta soddisfatta la responsabilità esterna in modo solidale- all'interno dei rapporti societari contro il soggetto o organo specificamente responsabile.

Per andare esente da responsabilità, i soggetti che intervengono nel proceso contabile devono manifestare in modo espresso la loro opposizione ai documenti

contabili dai quali il danno è derivato, e di avere fatto tutto quanto sia stato possibile per evitare la produzione del risultato dannoso.

Questa norma, sebbene è prevista espressamente dalla legge solo con riferimento agli amministratori, deve considerarsi applicabile anche agli altri organi e soggetti che attuano il procedimento contabile, in funzione dell'ambito concreto delle proprie competenze e dei propri poteri.

A livello interno, il modo in cui i diversi soggetti ed organi intervenuti devono rispondere si deve considerare in funzione del contributo effettivo che essi hanno avuto nella produzione del risultato lesivo. Così, in caso di contemporaneo inadempimento doloso o colposo, di due o più organi o soggetti, la responsabilità concreta di ognuno di loro -a livello interno, giacché, a livello esterno la responsabilità dovrà essere solidale- si dovrà modulare secondo il grado di contribuzione effettiva di ognuno alla produzione del risultato dannoso.

Tale ultimo contributo si manifesta nel grado d'incidenza che abbia la sua condotta nella generazione di un'informazione contabile inesatta: tale considerazione porta a concludere che, normalmente, saranno gli amministratori i maggiori responsabili del risultato lesivo, essendo loro affidata la funzione di "elaborazione" dell'informazione. Gli amministratori dovranno dunque rispondere in misura maggiore di chi ha altre funzioni (quali quella di supervisione, di controllo o di revisione).

XXIX. RESPONSABILITÀ DEI REVISORI LEGALI DEI CONTI

Nel proceso di formazione dell'informazione contabile, ognuno dei soggetti e organi interviene sulla base di un titolo giuridico diverso: ora organico, ora di delega, ora contrattuale. Quest'ultimo titolo è quello che caratterizza il rapporto della società con i revisori legali nel contesto del contratto d'appalto che conforma la revisione legale.

Dal fatto che questo rapporto sia contrattuale non discende che i revisori legali non siano responsabili della sua attuazione o che rispondano solamente in base al contratto stipulato con la società. Tutt'altro, i revisori legali o le società di revisione rispondono sia di fronte alla stessa società come di fronte ai terzi dei risultati lesivi che procedano in modo diretto dall'informazione inesatta che si derivi dalla

relazione di revisione legale svolta antiggiuridicamente. È da condividersi l'opinione di cui ritiene sussistere una responsabilità diretta dei revisori legali di fronte ai terzi sulla base di una relazione di revisione viziata, sempre che la sua irregolarità sia imputabile all'agire del revisore e non sia dovuta all'ingerenza degli amministratori (che non abbiano fornito informazioni adeguate o sufficienti; che abbiano messo a disposizione del revisore informazioni manipolata volutamente scorrette; che ostacolino in qualunque modo lo svolgimento del suo incarico).

XXX. LA RESPONSABILITÀ DI FRONTE ALLA CAUSA LEGALE DI SCIoglIMENTO

Gli amministratori devono agire in modo informato nell'adempimento delle loro funzioni, e questo dovere incide notevolmente sulla rappresentazione dei dati economici, patrimoniali e finanziari che sono oggetto dell'informazione contabile. L'adempimento di questo dovere di essere informati nel piano contabile acquisisce un ruolo specialmente importante se relazionato alla responsabilità che sorge in capo agli amministratori dall'inadempimento del dovere di promuovere lo scioglimento della società –o altre misure- in caso che il patrimonio di questa sia ridotto al di sotto della metà del capitale sociale.

Fondamentalmente questa incidenza si produce per quanto riguarda alla determinazione del termine entro il quale devono procedere gli amministratori in considerazione della causa legale di scioglimento, termine che –secondo la normativa- inizierà a decorrere dal momento in cui essi abbiano avuto conoscenza della causa di scioglimento, oppure da quando essi non possano non esserne stati a conoscenza.

Nonostante la giurisprudenza utilizzi come criterio per identificare il momento della presunzione di conoscenza da parte degli amministratori il momento della formulazione del bilancio, concludiamo che sarebbe più coerente con il dovere di contabilità stimare che il minimo di tale conoscenza deve potersi rilevare nell'elaborazione dei bilanci trimestrali che nell'ordinamento spagnolo ogni imprenditore deve formare ed annotare nel libro degli inventari e bilanci, o, nell'ordinamento italiano, degli inventari intermedi. In questo modo, un amministratore diligente non potrà sostenere di non avere conoscenza di tale informazione

Collegere il contrario sarebbe incongruente con la normativa sul modo d'agire degli amministratori, nonostante il carattere semplicemente informativo di tale informazione.

XXXI. LA CONTABILITÀ DI FRONTE ALLA RESPONSABILITÀ FALLIMENTARE DEGLI AMMINISTRATORI

L'inadempimento dei doveri contabili da parte degli amministratori non comporta una sanzione diretta, fermo restando il caso in cui, dichiarato il fallimento, questo sia qualificato come colpevole come conseguenza d'irregolarità contabili importanti.

Anche se si tratta di una sanzione riflessa e che precisa del risultato dell'insolvenza della società, si ritiene che essa possa costituire una misura dissuasiva convincente per ottenere che le società adempiano scrupolosamente i loro doveri contabili; così è, a maggior ragione, se consideriamo l'inefficienza economica che caratterizzerebbe l'introduzione di un sistema di controllo diretto dell'inadempimento contabile.

L'ordinamento italiano, invece, ha scelto di regolare questo tipo di responsabilità fallimentare tramite il diritto penale, attraverso la previsione del reato di bancarotta fraudolenta.

CONCLUSIONES
(ESPAÑOL)

La expresión «conclusiones» puede ser empleada con dos acepciones diversas. La primera de ellas, en el sentido que le da el silogismo, implica un conocimiento nuevo que se extrae de las premisas sentadas. No suele ser éste el sentido que se utiliza en una tesis pues su contenido no suele ser nuevo respecto de los capítulos anteriores. Por otra parte, hay un sentido forense más próximo que identifica a las conclusiones como la enunciación de las principales ideas alcanzadas en el texto precedente, incluso como una valoración del proceso atravesado. Ésta será la acepción de la que hagamos uso en las siguientes líneas, que podrán servir de síntesis crítica de los razonamientos expuestos en los capítulos anteriores.

La finalidad de esta tesis ha sido realizar un análisis de la posición y funciones de la contabilidad en el gobierno corporativo de las sociedades de capital, es decir, considerar qué tratamiento dispensa la normativa a la información contable en la construcción del Derecho societario, en tanto que ésta puede servir como instrumento vertebrador y de control de las estructuras de poder en los órganos de gobierno de las sociedades.

Para ello, nuestro estudio se ha fundado sobre la consideración, en un primer momento, de cuál es la configuración que en la actualidad ofrecen los ordenamientos jurídicos a la contabilidad así como qué posición ocupa ésta ontológicamente dentro de las estructuras empresariales. Posteriormente, hemos analizado cuáles son los rasgos con los que el ordenamiento delinea los perfiles concretos que se exigen en la satisfacción del deber de contabilidad, considerando,

en particular, las finalidades que se persiguen y, principalmente, los sujetos a los que se les imponen las conductas. De este análisis subjetivo del modo en que se impone el cumplimiento del deber contable en las sociedades de capital hemos podido comprobar cómo en la distribución del poder, la elaboración y disposición de información contable adecuada sobre la situación patrimonial, financiera y económica de la empresa ocupa un papel crucial.

En efecto, se ha podido constatar cómo uno de los objetivos básicos de la construcción de un sistema adecuado de gobierno corporativo es la consecución de un equilibrio adecuado de poderes entre los distintos órganos que componen la empresa. Si se sigue una lógica de términos generales, toda información –y dentro de ella entendemos la información contable- es poder; al mismo tiempo el control de esta información como fuente de poder –dentro de la estructura de la sociedad- ha de conllevar para las personas encargadas de su elaboración y procesamiento una responsabilidad.

Desde el plano metodológico, para la construcción de nuestro estudio hemos partido de una lógica finalista. A estos efectos hemos analizado los fines a los que debe servir la contabilidad en la construcción de un sistema jurídico de sociedades capitalistas y hemos considerado el modo concreto con el que la normativa pretende dar satisfacción a estos objetivos. A este análisis hemos añadido una perspectiva de Derecho comparado, que nos ha permitido estudiar cómo los ordenamientos de nuestro entorno enfrentan de distinto modo necesidades comunes en el plano de la contabilidad y de la construcción de sus modelos de gobierno corporativo. Así, como partida se ha utilizado la confrontación de los ordenamientos español e italiano que representan dos modelos diversos de gobierno corporativo, complementándose tal comparación con notas sobre los ordenamientos alemán e inglés, paradigmáticos de los modelos dualista y monista de *governance* respectivamente. Del mismo modo, en algún punto, cuando la aportación ha sido significativa, se han aportado algunas notas de otros ordenamientos como el suizo –por lo que respecta a la contabilidad electrónica-, el francés o el portugués –estos dos en el ámbito de organización

interna de la sociedad-. Sobre la base de las distintas opciones consideradas, y siguiendo una lógica de análisis económico, hemos tratado de dilucidar qué respuestas se muestran más propicias para conseguir los fines perseguidos, pronunciándonos, en cada momento, a favor de la opción que consideramos más adecuada para alcanzar los objetivos del sistema jurídico-contable.

A partir de lo expuesto se han podido alcanzar las siguientes

CONCLUSIONES:

I. INTERÉS PÚBLICO EN LA CONTABILIDAD

Hemos podido constatar la máxima ya apreciada en la doctrina de que la contabilidad conforma una actividad de interés público, pues implica la elaboración de una información cuya virtualidad trasciende la propia estructura de la empresa. El reconocimiento de una masa de sujetos heterogéneos y difícilmente individualizables, interesados en la información contable, nos conduce a la necesidad de reconocer este interés *público*, abstracto, a que las empresas cumplan adecuadamente el conjunto de deberes concretos en que se manifiesta una ordenada contabilidad. La transcendencia de la contabilidad también fuera de la estructura de la empresa justifica, del mismo modo, la regulación imperativa de la materia, sustrayéndola del ámbito de autonomía del empresario –donde estaba otrora- para ofrecerle un tratamiento imperativo.

II. DEBER PÚBLICO DE CONTABILIDAD

Reconocer la existencia de un interés público subyacente en la contabilidad nos ha de conducir, necesariamente, a la segunda de las conclusiones, estimar que en la actualidad los sistemas jurídicos imponen a las empresas el cumplimiento de ciertas conductas en materia de contabilidad con la consideración de *deber público*. Ello implica que debemos descartar las categorías privatísticas de *carga* –pues de su adecuada satisfacción se benefician más sujetos que el propio empresario, no debiendo quedar en ningún caso a la autonomía de la voluntad de éste- y de

obligación –en tanto que no se produce una relación bilateral por la que se genere un *debitum* que pueda ser exigido por otro sujeto-.

Pese a ser un concepto de carácter menos concreto, la figura del deber resulta más oportuna para categorizar la imposición de la llevanza de contabilidad por las empresas. Al mismo tiempo, al tratarse de un deber en cuyo cumplimiento se ven afectados una pluralidad de sujetos –entre los que se incluye el interés nacional en el adecuado funcionamiento de la economía- resulta preferible considerarlo como un *deber de carácter público*.

Probablemente de esta configuración se derivarán las principales peculiaridades de la contabilidad en la construcción de su régimen jurídico, al tratarse de afrontar el modo en que se encuadra el cumplimiento de un deber de carácter público que ha de ser cumplido en el seno de una estructura –y una estructura viva- encuadrada eminentemente en el ámbito del Derecho privado, como es la empresa.

III. CARÁCTER DE LA INFORMACIÓN CONTABLE

El conjunto de conductas concretas con transcendencia jurídica que configuran el deber de contabilidad tienen como objetivo último la elaboración de una información sobre la situación patrimonial y financiera de la empresa, así como de sus resultados económicos. Esta información ha de cumplir la premisa de reflejar la imagen verdadera y fiel de la situación contable de la empresa, pudiendo en consecuencia ser utilizada tanto al interno como al externo de la empresa para la adopción de decisiones adecuadas en las relaciones con éstas.

Precisamente este objetivo de reflejar la imagen fiel de su situación económica, patrimonial y financiera, nos debe conducir a considerar que la información contable que se elabora –sea la interna a la empresa, contenida en los libros contables; sea la que trasciende sus límites, haciéndose pública a través de las cuentas anuales- ha de presentar las notas propias de conformar una declaración de ciencia o verdad.

IV. ADAPTABILIDAD DEL DEBER DE CONTABILIDAD A LAS NECESIDADES DE LA EMPRESA

La imposición del deber de contabilidad ha de estar caracterizada por su modulación a las necesidades concretas de cada empresa. La normativa configura

así el deber genérico de contabilidad considerando que el empresario deberá llevar una contabilidad *ordenada y adecuada* a la actividad de su empresa. En consecuencia, la contabilidad ha de mimetizar la estructura y la actividad de cada empresa desplegando sus potencialidades y adaptando sus exigencias a cada supuesto en particular.

Ello justifica la simplificación de las exigencias en el cumplimiento del deber en las estructuras empresariales más simples (pymes) e igualmente es el motivo de que la normativa, al mismo tiempo que impone el cumplimiento de una serie de deberes contables de carácter mínimo, reconozca la posibilidad –y la conveniencia– de que el empresario lleve igualmente cualesquiera otros registros contables que estime convenientes para la mejor gestión de su empresa.

Sobre la base también de esta racionalidad en el concreto despliegue del deber, algunos ordenamientos –como el italiano– dispensan del cumplimiento del deber a los pequeños empresarios, así como a los empresarios agrarios y a los artesanos.

V. LA CONTABILIDAD COMO ELEMENTO DE DISEÑO ORGANIZATIVO DE LA EMPRESA

De este modo, el fundamento primero por el que se origina la contabilidad históricamente fue la necesidad del empresario que requería de información económica sobre su propio negocio –una vez hubo este adquirido una cierta complejidad– de modo que le permitiera racionalizar la adopción de sus decisiones. Al solaparse el reconocimiento de intereses externos –interés público– en esta información, que trascienden el ámbito de la empresa pasa a configurarse la llevanza de contabilidad como un deber imperativamente impuesto a los que ejerciten el comercio, sin que ello desconozca que, en el fondo, el fin de racionalizar la estructura y la base informativa de la toma de decisiones sigue subyaciendo como utilidad que presenta la contabilidad.

Por ello, la contabilidad se impone a los empresarios como una necesidad consecuente de su estructura organizada y, al mismo tiempo, como elemento a través del cual se articula el diseño de la estructura de la empresa y se racionaliza la actividad de ésta. Este planteamiento subyace expresamente en el ordenamiento alemán, en su forma de afrontar el rol que desempeña la contabilidad dentro de la empresa. Así, el HGB considera que estarán obligados a llevar contabilidad los

sujetos que, en función de sus disposiciones, tengan el carácter de comerciantes, lo que se traduce en la adopción de alguna de las figuras concretas de sociedades mercantiles o, en su caso, cuando por razón de su clase o de sus dimensiones, requieran un establecimiento organizado con criterios mercantiles.

VI. SUBJETIVACIÓN CONTABLE

Considerados estos caracteres generales del tratamiento que el ordenamiento dispensa a la contabilidad, se hace necesario entrar en la configuración jurídica que se hace del deber, analizando sus tres vertientes: subjetiva, objetiva o de contenido y de análisis de las consecuencias de su incumplimiento.

Por lo que respecta al ámbito subjetivo la construcción normativa del deber suele partir de una configuración generalista del mismo: se impone la llevanza de contabilidad a «todo empresario» o a «todo empresario mercantil». Sin embargo, posteriormente el desarrollo que la normativa concreta hace de esta cláusula general desvirtúa en cierta medida las pretensiones universalistas. Partiendo de ello hemos afrontado el alcance de la llamada *personificación contable*, cuestión que se encuentra íntimamente ligada con el concepto de empresario mercantil que adopte cada ordenamiento. Como es evidente, el propio concepto de qué ha de entenderse por *empresario* es uno de los caballos de batalla del Derecho mercantil, principalmente por lo que respecta a la delimitación que algunos ordenamientos hacen de determinadas figuras como los pequeños empresarios, los empresarios agrícolas y artesanos o los empresarios civiles.

En nuestro análisis hemos tratado de unir el estudio de estas reglas generales con el modo en concreto en que se configura el deber respecto a las principales formas de empresario que se dan en el tráfico económico. Con esta unión de criterios se ha podido constatar en primer lugar que no todos los que en puridad se consideran empresarios mercantiles están sometidos a la llevanza de contabilidad; en segundo lugar, que existen sujetos obligados a la contabilidad que no son empresarios mercantiles –por ejemplo, las administraciones públicas que ejercitan (de forma no exclusiva) una actividad empresarial, o los empresarios civiles en el caso que admitamos su existencia-; e incluso, en tercer lugar, que existen situaciones fácticas en las que el ordenamiento impone varios deberes al mismo sujeto en

función de las relaciones jurídica que articule –cual es el caso de las Uniones Temporales de Empresa o de los empresarios que regenten más de un establecimiento-.

Sobre la base de todo lo expuesto hemos de inferir el concepto de *subjetivación contable* y extraer el fundamento que permita justificar por qué a determinados sujetos se les impone este deber y por qué a otros, inicialmente sometidos al mismo, se les exime. Adoptando nuevamente una lógica finalista y un análisis de intereses hemos de concluir que el deber contable se impone por el ordenamiento a aquellas estructuras económicas que presentan una organización o una actividad de repercusiones o complejidad tales que se estima conveniente y necesario el cumplimiento del conjunto de deberes que integran la contabilidad. Es decir, la contabilidad, como requerimiento operativo, se configura como deber en consideración de elementos fácticos o materiales, como son la actividad empresarial o el conjunto de elementos que integran el establecimiento mercantil (azienda), desvinculado en este primer momento del elemento jurídico que conforma su atribución concreta a un sujeto con personalidad jurídica que pueda ser titular de derechos y deberes. Es por ello que, en una segunda instancia, se deba analizar qué sujeto ostenta una cierta titularidad o responsabilidad sobre la estructura o actividad respecto de la cual el ordenamiento exige el cumplimiento de las conductas contables, para poder considerarle –ahora desde una perspectiva estrictamente jurídica- como titular del deber y, en consecuencia, responsable de su adecuado cumplimiento.

Esta lógica es, igualmente, seguida en los casos de consolidación contable. El Derecho percibe la actuación en grupo de un conglomerado de empresas y estima la necesidad de disponer de una información contable agregada de la situación patrimonial y la actividad económica de todas ellas. La atención se presta sobre la situación fáctica de actuación conjunta y, posteriormente, se deberá individualizar a través de una inferencia jurídica qué sujeto en concreto ha de considerarse como titular de este deber.

VII. LAS SOCIEDADES DE CAPITAL COMO SUJETO CONTABLE

El ordenamiento español, como el italiano y los de los países de nuestro entorno, establecen la presunción de que los empresarios que adopten la forma jurídica de sociedades mercantiles se someterán siempre al Derecho mercantil y, por tanto, serán sujetos del deber de contabilidad. En un intento de ofrecer un análisis más concreto, hemos delimitado desde ese momento el objeto de nuestro estudio a la consideración del deber contable en el seno de las sociedades de capital, en tanto que sujetos principales del tráfico económico en la actualidad.

El razonamiento de su configuración como sujetos del deber de contabilidad se muestra bastante simple: por un lado, la normativa determina que todas las sociedades de capital tienen carácter mercantil, lo cual se pone en conexión con la imposición genérica del deber de contabilidad a todo empresario mercantil, y se deduce fácilmente su sujeción al mismo; por otro lado, la normativa específica reguladora de estas formas de sociedad les imponen de una forma directa el cumplimiento del deber contable, el cual, además se matiza añadiendo una serie de especificaciones que hacen que su configuración sea más compleja que la que se delimita en términos generales para *todo empresario*. Ello es consecuencia directa de la conclusión que consideramos anteriormente de que la contabilidad debe ser adecuada a la actividad y a la estructura de cada empresa. El simple hecho de adoptar un empresario la forma de sociedad de capital lleva a presumir una estructura organizativa de mayor complejidad, la cual, a su vez se va incrementando a medida que se estima más desarrollada su estructura. De este modo, aún dentro de las sociedades de capital, se modularán las manifestaciones concretas de los deberes contables en función que se trate de una empresa pequeña o mediana, o de una empresa de tamaño grande; de igual forma que a las sociedades cotizadas se les exigen mayores rigores contables dada la mayor complejidad de su estructura, la mayor dimensión del espectro de personas directamente interesadas en su funcionamiento y las mayores repercusiones que su funcionamiento despliega sobre la economía en general.

VIII. NECESIDAD DE ATRIBUCIÓN ORGÁNICA DEL DEBER

Centrar nuestro análisis en el estudio del cumplimiento –e incumplimiento- del deber en el marco de las sociedades de capital nos lleva a afrontar un nuevo

problema. Si bien queda claro que el ordenamiento considera a las sociedades de capital como titulares del deber de contabilidad, se debe analizar el modo en concreto en que se dé cumplimiento a tal deber y, precisamente, qué órganos o sujetos dentro de la estructura de la sociedad han de llevar a cabo el cumplimiento material de los mismos particularmente considerados.

Para poder comprender y analizar adecuadamente este problema se precisa conectar el cumplimiento del deber con las formas en que se configura el gobierno corporativo de las sociedades de capital en los distintos ordenamientos. Así, es necesario considerar cómo los distintos paradigmas de ordenamiento jurídico – que hemos sintetizado en tres categorías en función de que adopten un modelo monista, dualista o intermedio- configuran orgánicamente la administración de las sociedades de capital para, con ello, analizar las competencias en concreto que cada órgano tienen sobre el complejo del deber contable.

IX. LA ATRIBUCIÓN ORGÁNICA DEL DEBER EN EL MARCO DEL GOBIERNO CORPORATIVO

La regulación de un sistema de gobierno corporativo tiene como uno de sus objetivos principales la configuración de una estructura en el interior de las sociedades que implique una distribución de poderes y responsabilidades que haga operativo el funcionamiento de la misma. Para ello, los distintos modelos tratan de alcanzar un punto de equilibrio entre dos variables, en principio, antagónicas, a saber, la eficiencia –en tanto que la sociedad ha de ser operativa, permitiendo la ágil adopción de decisiones y la facilidad de actuación de sus órganos- y la seguridad –de modo que se impongan las obligaciones jurídicas y procedimentales que se estimen necesarias para garantizar los distintos intereses que se ponen en juego con respecto a la actividad de la empresa-. En la búsqueda de un equilibrio funcional entre estas dos premisas adquiere un papel principal la distribución de competencias entre los distintos órganos de la sociedad. Ello permitirá, de un lado, conseguir una mayor agilidad en el actuar de sus órganos, derivada de la especialización en el cumplimiento de sus funciones; y, de otro lado, conseguirá establecer un sistema de contrapesos de poder que implique el establecimiento de relaciones de controles mutuos, en garantía de la corrección del funcionamiento de cada órgano.

Este fenómeno genérico del gobierno corporativo también encuentra plasmación en el ámbito del cumplimiento del deber de contabilidad. Así, a los efectos de conseguir un cierto control en el proceso de elaboración de la información contable que impida manipulaciones oportunistas de la misma, los distintos ordenamientos distribuyen el reparto de sus competencias contables entre los órganos de la sociedad –y, también, haciendo uso de sujetos externos a la estructura de la empresa: auditores y sociedades de auditoría-.

En todo caso, y con independencia del modo en concreto en que se distribuyan las competencias contables en cada modelo societario, la premisa común de la que se parte en la construcción del sistema es la consideración de que, al tratarse de actos que forman parte de la gestión ordinaria de la empresa, los primeros encargados de su cumplimiento –y, en consecuencia, responsables de su adecuada satisfacción- serán los administradores de la sociedad.

X. CONEXIÓN DE LA CONTABILIDAD CON LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

Los administradores, como encargados de la gestión ordinaria de la empresa deben hacer frente al cumplimiento del deber de contabilidad. No obstante, ello no implica simplemente la satisfacción de los imperativos concretos en que se manifiesta el deber, sino que les obliga del mismo modo a modular su comportamiento en atención a la información que aporta la contabilidad sobre la empresa. Así, los administradores están obligados a actuar en modo informado en el desarrollo de su actividad, lo que les exige estar al tanto de forma regular sobre los hechos con transcendencia económica que tienen lugar en la empresa, para lo cual ocupará un papel central la información contable.

Igualmente, el interés de la sociedad ha de presidir el actuar concreto de los administradores en todo momento. En el desarrollo de ello, la contabilidad ocupa una posición esencial a la hora de determinar la conducta debida en cada momento, así como para evitar las eventuales situaciones de conflicto de interés.

La responsabilidad que tienen los administradores en la contabilidad de la sociedad no se limita al adecuado y correcto cumplimiento de cada una de las especificaciones en que se concreta el deber, sino que el conjunto de sus

actuaciones y decisiones debe estar presidido en todo momento por la información que ofrece la contabilidad sobre la empresa. Su responsabilidad, por tanto, no sólo se derivará del cumplimiento escrupuloso del deber, sino de las eventuales consecuencias perniciosas que pueda tener cualquier forma de su actuar que tenga como causa –siquiera remota- una atención inadecuada del deber contable.

XI. INDELEGABILIDAD FORMAL DEL DEBER DE CONTABILIDAD

Analizando la configuración del deber en las sociedades de capital se ha podido constatar que éste se atribuye a los administradores de forma directa y, en principio, indelegable. No obstante, hemos concluido que se trata de una indelegabilidad formal, de modo tal que los administradores no podrán desplazar en ningún momento la atribución y la responsabilidad por el adecuado cumplimiento del deber contable, pero sí el cumplimiento material de las tareas particulares en que se descompone el deber.

En el funcionamiento ordinario de las sociedades con una cierta estructura es frecuente esta delegación que, como se afirma, implica una delegación del ámbito material del cumplimiento que no desplaza la atribución jurídica del deber. Así, el correcto cumplimiento de las especificaciones contables en las sociedades complejas requiere que parte de su personal –tanto laboral como de administración- se dedique al cumplimiento de los deberes de contabilidad.

En cualquier caso, con independencia del modo en que materialmente se decida al interno de la empresa sobre cómo se procederá al cumplimiento de facto de las conductas contables, los administradores en todo caso serán los responsables de su cumplimiento en tanto que tal deber se encuentra atribuido de forma orgánica a la administración de la contabilidad.

XII. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS: CUMPLIMIENTO, SUPERVISIÓN, CONTROL, APROBACIÓN

Aunque la satisfacción del deber de contabilidad en las sociedades de capital sea, en principio, responsabilidad de los administradores, el cumplimiento concreto de su contenido implica la realización de distintas funciones vinculadas con las diferentes facetas de la sociedad. Se puede descomponer, por tanto, en cuatro

funciones principales. En primer lugar, el cumplimiento de las tareas de registro y tratamiento de la información contable, que corresponde al órgano de administración de la sociedad. Sobre ese cumplimiento, en segundo lugar, se llevará a cabo una cierta labor de supervisión, a los efectos de controlar que el sistema de generación de la información contable se articule de forma adecuada. Esta competencia es asumida por el órgano de control en las sociedades que presentan una estructura dualista, o bien por el conjunto del Consejo de Administración o los comités de vigilancia que se puedan constituir –imperativa o voluntariamente en su interior-. En tercer lugar, para garantizar que la información contable que se emite sea real y refleje la imagen verdadera de la empresa, se precisará el desarrollo de un control de la información creada, la cual es llevada a cabo principalmente a través del sometimiento de las cuentas anuales a revisión por auditoría; igualmente, se articulan otras formas de control. Finalmente, se debe considerar que la información contable que trasciende la estructura de la sociedad es una manifestación de ciencia o verdad que hace el empresario y, por tanto, implica una declaración de voluntad de éste. Por ello, se requiere –en los ordenamientos con estructura de gobierno no dualista- la aprobación de las cuentas anuales por parte de la Junta general para que sean expresivas de la voluntad social.

XIII. CONTENIDO DEL DEBER

El cumplimiento de la contabilidad se puede descomponer en dos grandes categorías de deberes en función del elemento material que emplean como base. Así, por un lado tenemos el conjunto de normas que integran el genérico deber de llevanza de libros de contabilidad, que implica cumplimiento constante y continuado de registrar los actos con transcendencia contable a lo largo de la vida de la empresa. Y, de otro lado, encontramos el deber de elaborar anualmente, cada fin de ejercicio social, unos documentos contables de síntesis, las cuentas anuales, cuyo objetivo es ofrecer un resumen de la información contable de mayor transcendencia respecto de la sociedad, a los efectos de ofrecerles publicidad y, al mismo tiempo, que la propia sociedad pueda adoptar determinadas decisiones

sobre la base de esa información –concretamente censura de la actividad de los administradores y decidir sobre la aplicación del resultado del ejercicio-.

Además la normativa establece en la configuración precisa de cada uno de los dos conjuntos de deberes una serie de medios de salvaguardia que permiten la consecución de los fines de la contabilidad. En particular, se pueden considerar la necesidad de legalización de los libros contables y las normas de contabilidad material para evitar la falsificación de la contabilidad y garantizar que cada sociedad lleva sólo un registro de la situación de su empresa –deber que, por otro lado, ha sido suprimido de la regulación de Derecho privado italiana, siendo una finalidad actualmente sólo controlada en este ordenamiento desde la perspectiva penal, y que implica un cierto proceso de desregulación contable-; así como el sistema de controles para garantizar la realidad y la publicidad de la información contable de síntesis que se contiene en las cuentas anuales.

XIV. LLEVANZA DE LIBROS DE CONTABILIDAD

Como primer bloque de deberes contables, la normativa trata de garantizar que cada empresario lleve un único registro de su información contable, de modo que se eviten dobles o múltiples contabilidades. Ello se justifica dado el carácter especialmente privilegiado que puede tener la información contable recogida en estos libros a efectos probatorios.

El ordenamiento español, a diferencia del italiano, continúa imponiendo el deber de legalización de los libros de contabilidad para que, mediante la intervención de un fedatario público, se garantice la existencia de un único ejemplar por cada uno de los libros contables. El ordenamiento italiano, dadas las imperfecciones que se apreciaron en el cumplimiento de los deberes de *bollatura* y *vidimazione*, se decidió suprimir los requisitos de autenticación de los libros contables.

Del mismo modo, estos libros se encuentran amparados por el secreto de la contabilidad, salvo en los casos en que se decrete judicialmente la posibilidad de su acceso –comunicación y exhibición-, o salvo el ejercicio del derecho de información de los socios en las sociedades de responsabilidad limitada.

XV. CUMPLIMIENTO ELECTRÓNICO DEL DEBER DE CONTABILIDAD

Se constata el deficiente tratamiento que la normativa vigente ofrece a la llevanza de contabilidad por medios electrónicos, así como a la satisfacción de las formalidades que legalmente se exigen de cara al exterior de la empresa (propriadamente, legalización y depósito de cuentas anuales en el registro). Y ello no obstante resultar evidente en la práctica que la mayor parte de las empresas emplea estos procedimientos para dar cumplimiento a su deber de contabilidad.

Lejos de la situación de otros ordenamientos como el suizo o el alemán en los cuales la normativa ofrece un tratamiento detallado a estos modos particulares de dar cumplimiento a los deberes de contabilidad, el ordenamiento italiano presenta alguna consideración al respecto, mientras que la normativa española parece ajena a esta realidad en el plano positivo –no obstante, haberse articulado en la práctica por el Colegio de Registradores los mecanismos concretos a través de los cuales se ha de dar cumplimiento al deber-.

En línea de máxima podemos concluir que, en el caso de adoptarse las vías telemáticas para dar cumplimiento a las exigencias contables de la normativa, el procedimiento que se articule deberá seguir garantizando que se satisfagan los fines que se persiguen a través de las reglas de contabilidad formal. En particular, en los registros que se creen por estos medios se deberá garantizar la inalterabilidad –de modo tal que se impida la llevanza de contabilidades múltiples- y ha de permitir la oportuna e indubitable atribución subjetiva de los documentos a su autor, resultando éste elemento imprescindible para poder considerar la responsabilidad.

XVI. ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE CUENTAS ANUALES

Por lo que respecta a la elaboración de las cuentas anuales, se concluye que éstas no se encuentran elaboradas como documento con transcendencia jurídica hasta que no son aprobadas por la Junta general. Toda actuación anterior a dicho momento –formulación por los administradores, revisión por auditoría y/o por los órganos de supervisión, derecho de información y presentación a la Junta- carecerá de eficacia jurídica al externo de la sociedad, siendo meros actos preparatorios.

De este modo, las cuentas anuales, como declaración de la sociedad, debe contar con la voluntad de la Asamblea como órgano decisorio. Al exigirse la confluencia de

la voluntad asamblearia sobre la propuesta del órgano de administración se fija, al mismo tiempo, una relación interna de control recíproco y permite la atribución de la paternidad de las cuentas a la sociedad.

XVII. LA FORMULACIÓN DE CUENTAS POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN NO ES UN ACUERDO IMPUGNABLE

Precisamente a causa del carácter instrumental que presentan los actos preparatorios a la aprobación de las cuentas anuales por parte de la Junta general, hemos de concluir que la deliberación por la cual el Consejo de administración «formula» un proyecto de cuentas anuales no presenta el carácter de acuerdo del Consejo y, en consecuencia, no es impugnabile. Esta conclusión, avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo española, se basa en que tal decisión no produce efecto jurídico alguno, y que simplemente es un requisito necesario del modo de actuar de un órgano colegiado. Al mismo tiempo, se deduce que no existen impedimentos legales para admitir la posibilidad de que se presenten varias cuentas anuales a la Junta, sometiéndose a su consideración proyectos alternativos al que haya sido formulado por el Consejo.

Sobre la base de ello, se debe negar la posibilidad de impugnación de esta deliberación por la que se decide la formulación de un determinado proyecto de cuentas anuales, al carecer por sí misma de efectos jurídicos y en consideración de que cargar el procedimiento de trabas legales puede comportar una excesiva e injustificada paralización de los órganos sociales.

XVIII. LA FIRMA DE LAS CUENTAS ANUALES COMO DEBER DE LOS ADMINISTRADORES Y MECANISMO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

La normativa impone a los administradores el deber de firmar las cuentas anuales formuladas. Se trata éste de un deber indeclinable por parte de los que ostenten el cargo de administrador en la sociedad, y ello con independencia de que resulten disconformes con el contenido de la formulación. En el caso en que quieran salvar su responsabilidad al ser contrarios al contenido de la decisión de formulación, deberán hacer constar su oposición expresamente en su antefirma con una breve indicación de los motivos por los que consideran inadecuada tal decisión –

generalmente estimar que las cuentas formuladas no representan la imagen fiel de la situación de la empresa-.

El deber de firma se impone con el objetivo de obtener un medio fehaciente de atribución de la paternidad del documento elaborado a sus autores. No obstante, no será suficiente para liberarse de responsabilidad haber hecho constar en la antefirma de los documentos la oposición con el contenido de los mismos, pues la Ley exige que los administradores que quieran salvar su responsabilidad deberán poner de manifiesto suficientemente su oposición a la decisión o acto lesivo, debiendo posteriormente hacer todo cuanto esté en su mano para evitar –o, al menos, reducir- el resultado dañoso.

En consecuencia, debe exigirse que el administrador diligente, además de oponerse a su contenido en la firma de las cuentas anuales formuladas, exponga abiertamente su contrariedad a las mismas ante la Junta General –pudiendo incluso presentar un proyecto de cuentas alternativo- y, en caso de aprobación del mismo, impugne la decisión de la Asamblea de aprobación de tal proyecto de cuentas.

XIX. DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE CONOCER EL CONTENIDO DE LAS CUENTAS ANUALES

Sobre la base de los deberes de diligente administración, y como derivación necesaria del principio de buena fe, los administradores de las sociedades no podrán alegar en ningún momento el desconocimiento del contenido de las cuentas que han sido formuladas por el órgano de administración, ya que forman parte del núcleo duro de los deberes de su cargo. Del mismo modo, los administradores no podrán eximirse de responsabilidad por las consecuencias dañosas que se deriven de sus actos cuando, en el caso de haber estado suficientemente informados de la situación contable de la empresa, el resultado lesivo no se hubiera producido.

De este modo, la información contable ha de ser valorada de cara a la eventual aplicación de la *Business Judgement Rule* en la conducta de los administradores; de modo tal que, si bien de toda decisión se deriva inherentemente un riesgo, en la valoración sobre qué parte de ese riesgo deba ser asumida por la sociedad y qué

parte es atribuible directamente a los administradores pues implica un actuar negligente de su parte, se deberá tener presente la información de la que se presume que deben tener conocimiento por el ejercicio de su cargo.

XX. CONSTRUCCIÓN DE SISTEMAS DE CONTROL DE LA INFORMACIÓN CONTABLE

Es un principio básico de la construcción de los sistemas de gobierno corporativo que cada sociedad deba dotarse de una estructura adecuada a las necesidades a las que deba hacer frente. Si bien esta premisa se constata en la configuración del modo de cumplimiento del deber contable, también está presente en la construcción de los mecanismos de control sobre tal información y la actuación de los administradores.

De este modo, en función de presunciones de complejidad de la estructura de la sociedad, se atribuye la misión de controlar la exactitud de la información contable a diversos sujetos. Así, en las sociedades de responsabilidad limitada –cuando no se alcancen los límites que hagan imperativo el sometimiento de las cuentas a auditoría-, la misión de control se articula a través del derecho de información de los socios. En segundo lugar, las sociedades que adoptan un modelo de gobierno dualista, confían el control contable al órgano de supervisión. Es normal –en tercer lugar- que las sociedades que superan unos determinados límites cuantitativos en su actividad (aquellas que no son pymes) estén obligadas a someter sus cuentas a un control externo –revisión por auditoría-. Finalmente, el modelo monista español impone desde el año 2002 la constitución de un Comité de Auditoría dentro del Consejo de Administración de sus sociedades cotizadas, a efectos de conseguir un mayor control sobre el adecuado cumplimiento de los imperativos contables.

XXI. EL CONTROL DE LA INFORMACIÓN CONTABLE EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Pese a que cada vez más quedan difuminados los límites entre la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, existen aún bases de juicio que nos pueden hacer considerar que la Sociedad Limitada está pensada para estructuras empresariales menos exigentes y, por ello, se pretende simplificar las exigencias en su configuración jurídica que impliquen incurrir en unos costes que

no sean proporcionales para la consecución de los fines que a través de ellos se persiguen.

En concreto, ello ocurre con el control contable cuando estas sociedades no alcancen los límites marcados por la legislación que les exija someter sus cuentas a auditoría. En tales casos se ha de hacer uso a la configuración más amplia que tiene el Derecho de información de los socios en este tipo de sociedades, que les permite no sólo tener conocimiento de los documentos contables que se someterán a aprobación en la Asamblea, sino también consultar los libros y registros contables de los que traen causa tales documentos.

Hemos advertido que este sistema de desplazamiento del control a la propiedad de la sociedad es deficiente por varios motivos. En primer lugar por el desinterés que suele ser dominante en las sociedades en que su capital se encuentra relativamente disperso –no siendo así en las sociedades de reducidas dimensiones o carácter familiar en las que parece estar pensando la normativa-. En segundo lugar, por la posibilidad de reducirse, e incluso suprimirse, en los estatutos el alcance de esta norma, desvirtuando su contenido. Y, finalmente, porque en el sistema español este especial contenido del derecho de información sólo se reconoce en las Sociedades de Responsabilidad Limitada, de modo tal que las Sociedades Anónimas que tengan escasa dimensión y que no se superen las cifras establecidas para obligarlas a revisar sus cuentas por auditoría, quedarían desprovistas de cualquier tipo de control efectivo de que las cuentas reflejen la situación real de la empresa, de conformidad con los libros y registros contables.

XXII. EL CONTROL DE LA INFORMACIÓN CONTABLE A TRAVÉS DE ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD

La segunda forma de control sobre la adecuación de la información contable es la que se ofrece en las sociedades de capital que presentan una estructura dualista – como el modelo tradicional italiano- en las que, entre las tareas que se encomiendan al órgano de supervisión se encuentra normalmente el control sobre el contenido de los documentos contables elaborados por los administradores antes de someterlos a su aprobación por la Junta General.

En los sistemas dualistas más puros –como el alemán o el *dualistico* italiano-, además, este órgano de control tiene encomendada la atribución de aprobar las cuentas anuales. Si bien, encomendarles esta función presenta la ventaja de abstraer la consideración de la adecuación de una información contable de los intereses de la propiedad de la sociedad –los socios-, conlleva el inconveniente de que el control (en caso de que no se recurra a su vez a revisión externa) quedaría en manos de los mismos sujetos que aprobarán la decisión.

XXIII. EL CONTROL DE LA INFORMACIÓN CONTABLE A TRAVÉS DE REVISORES EXTERNOS (AUDITORÍA)

Se constata sobre la base de todo lo anterior que el mecanismo más eficiente para conseguir un control efectivo de la información contable que elaboran los administradores es el llevado a cabo por sujetos externos a la estructura de la sociedad, vinculados con ésta a través de una relación contractual y en consideración de su especial preparación técnica.

A través de la revisión por auditoría se aplican unos procedimientos técnicos para verificar que los documentos contables de síntesis que se elaboran reflejan la imagen fiel de la situación de la empresa, que se corresponden con los datos económicos contenidos en los libros y registros de contabilidad y que se ha procesado tal información siguiendo la normativa de contabilidad.

Se ha apreciado igualmente que la efectividad del control desarrollado por los auditores no sólo depende del modo de proceder en concreto de éstos, sino que en su actuación precisarán de la colaboración de los administradores de la sociedad. Así, cuando la información que los administradores ponen en sus manos está incompleta o alterada, o cuando ponen obstáculos al desarrollo normal de su actividad, la eficacia de la actuación de los auditores puede resultar comprometida. Al respecto resulta crucial determinar, en estos supuestos, cómo será la relación en que se resuelva esta posible situación de concurrencia de culpas en caso de un resultado dañoso.

XXIV. LA INEXISTENCIA DE SANCIONES DIRECTAS ANTE LOS INCUMPLIMIENTOS CONTABLES

La construcción que hace la normativa del deber de contabilidad lo deja desprovisto de una sanción directa ante sus incumplimientos. Desde un análisis económico, la imposición de este tipo de sanciones directas no resultaría eficiente, ya que implicaría incurrir en unos costes materiales y organizativos – fundamentalmente por lo que respecta al establecimiento de un sistema adecuado de inspección del modo en que están siendo satisfechos estos deberes-, que excederían con creces los beneficios que se derivarían de tal control.

De ahí la relevancia de nuestro estudio, pues –salvo en el plano concursal, ante un concurso culpable- al estar desprovistos los incumplimientos contables de una sanción directa, se deba recurrir a los mecanismos de responsabilidad para hacer exigible el adecuado cumplimiento del deber y obligar a los administradores y demás sujetos implicados en su satisfacción a que actúen con diligencia al afrontar sus cometidos.

XXV. LA UTILIZACIÓN DE LOS MECANISMOS DE RESPONSABILIDAD PARA GARANTIZAR EL ADECUADO CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CONTABILIDAD

Aunque en el plano societario pueden adoptarse otras represalias contra los administradores incumplidores de los deberes inherentes a su cargo –cese, separación...-, nuestro estudio se ha centrado en el empleo de los mecanismos de responsabilidad. La responsabilidad del órgano de administración es una de las premisas elementales de la construcción del sistema de Derecho societario, pues su inexistencia conduciría a una actuación despreocupada en la gestión de la sociedad.

A través del ejercicio de acciones de responsabilidad se cumple una doble función: de un lado una función preventiva, en tanto que los administradores se ven disuadidos a incurrir en conductas dolosas o negligentes de las que se pudiera derivar un daño, pues tal daño se les repercutiría personalmente; y, de otro lado, una función resarcitoria del sujeto perjudicado por tal conducta que obtendrá la reparación del perjuicio que se le ha generado.

En consecuencia, ante la falta de mecanismos directos de sanción de los incumplimientos contables –lo cual resultaría, al mismo tiempo, antieconómico-, se debe apelar a este control indirecto de los damnificados –internos o externos a la

sociedad- y de los propios socios de la sociedad para controlar el modo en que se están cumpliendo los deberes. Obviamente, junto a estas acciones de responsabilidad podrán adoptarse, en el plano societario, otras medidas represivas o disciplinarias contra los administradores de la sociedad, terminando de depurar su responsabilidad por el incumplimiento de los deberes que le corresponden por el ejercicio de su cargo.

XXVI. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

La responsabilidad de los administradores ante sus incumplimientos contables tiene carácter subjetivo, de modo tal que no se deriva de la simple producción de un resultado dañoso, sino que se requiere igualmente que dicho resultado sea fruto de una conducta antijurídica y culpable o negligente de los administradores. Es decir, se requiere la reprochabilidad de la conducta al sujeto incumplidor.

Por lo demás, para que prosperen las acciones de responsabilidad, se requieren que se cumplan los elementos configuradores arquetípicos de la misma: una conducta u omisión antijurídica –es decir, en inobservancia de los deberes de contabilidad- desarrollada con culpa o negligencia; de la que se desprenda un resultado dañoso injustificado y que el sujeto perjudicado no tenga la obligación legal de soportar; y, que entre la acción u omisión y el resultado exista una directa relación de causalidad.

De estos tres elementos resultan especialmente interesantes el daño y la relación de causalidad. Por lo que respecta al daño, concluimos que al cristalizar el deber contable en el ofrecimiento de una información, la disparidad de consecuencias lesivas que se pueden derivar de la misma impiden realizar un elenco exhaustivo de los daños que de la misma se puedan desprender. Entre tales se deben destacar los daños que se puede irrogar directamente a la propia sociedad como consecuencia de una representación del patrimonio de ésta infra o híper capitalizado, o de unos resultados económicos que no corresponden con la realidad; así como los daños que se puedan derivar a socios o a terceros que adopten decisiones económicas vinculadas con la empresa sobre la base de una información contable inexacta sobre ésta.

Más interesante resulta aún la prueba de la relación de causalidad directa entre el incumplimiento y el daño. En el proceso de cumplimiento de los deberes contables se produce la confluencia de la actuación de diversos sujetos: personal laboral de la sociedad (contables), directores generales, administradores, órgano de supervisión, auditores externos y junta general. Es necesario deslindar cuál de estos sujetos u órganos ha sido en concreto el que ha incumplido alguno de los deberes que tienen encomendado y, en consecuencia del mismo se ha derivado el daño. Esta cuestión se muestra harto difícil dado el solapamiento de la actuación de los distintos sujetos sobre el mismo objeto material que es la información contable. De ahí se derivan situaciones de culpas concurrentes que es necesario individualizar.

XXVII. CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA DE GOBIERNO CORPORATIVO QUE PERMITA EL CONTROL DE LA INFORMACIÓN CONTABLE ELABORADA EN LA SOCIEDAD

De lo anterior se deriva la importancia de construir un sistema de gobierno corporativo en el que las funciones de cumplimiento y de supervisión de los deberes contables se encuentren nítidamente delimitadas de modo tal que se garantice la corrección de la información emitida.

Hemos observado que la eficiencia del sistema construido no deriva tanto de la adopción de un modelo monista o dualista de gobierno corporativo como de la adecuada separación de funciones que se produzca en el interior de un modelo concreto. En línea de máxima no puede afirmarse que el modelo dualista presente una mayor eficacia que un modelo monista bien configurado. Lo que sí tendrá transcendencia al respecto es el modo en que el cumplimiento particular de las funciones se haya distribuido en la realidad de la empresa. Así, independientemente del sistema que se haya elegido será importante que se produzca una adecuada distribución de las funciones de cumplimiento del deber y de control del mismo.

Sin embargo, extraemos unas notas que en todo caso hacen más adecuado el sistema que se construya. De este modo, favorece el adecuado cumplimiento del deber de contabilidad la mayor independencia posible entre los órganos que intervienen en la generación de la información. Igualmente, el resultado mejora si,

además, la situación personal de los sujetos que intervienen en el proceso de formación de la información contable es independiente de los resultados que alcance la empresa.

Por ello concluimos que, en las empresas que ven implicados en la información mostrada por su contabilidad un amplio espectro de intereses, dada la complejidad de su actividad o su dimensión, será recomendable en todo caso la articulación, junto a los sistemas de control interno, de mecanismos de auditoría externa que ofrezcan un control neutral e imparcial sobre la oportunidad de la información.

XXVIII. FUNCIONES Y RESPONSABILIDAD DEL COMITÉ DE AUDITORÍA DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS

En este orden de ideas, el sistema español de gobierno de sociedades de capital, siguiendo un modelo monista, percibe los posibles fallos que no contar más que con un órgano de administración se pueden generar de cara a la satisfacción de los deberes contables, principalmente en las sociedades de cierta complejidad. Por ello, desde el año 2002 se impone el deber de constituir un Comité de Auditoría en el seno del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas. Esta división de funciones, unida a la división de los administradores entre *managers* e *independents* en el gobierno de las cotizadas, da lugar a que se desdibujen los caracteres del monismo en lo que se ha considerado un sistema *monista revisado* o *dualista atenuado* de las sociedades cotizadas españolas.

El Comité de Auditoría –figura paralela al *Comitato per il Controllo sulla Gestione* del sistema *dualistico* italiano-, se constituye en el interior del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas españolas por imperativo de la Ley y no como consecuencia de una delegación voluntaria de funciones derivada de la capacidad de autoorganización del Consejo. Al mismo tiempo, las competencias que tiene atribuidas se derivan directamente de la normativa y no de un acto concreto de delegación o apoderamiento, y la pertenencia al Comité debe configurarse dentro de unos parámetros legalmente establecidos. Es por ello por lo que hemos de concluir el carácter orgánico de este Comité, lo que influye sobre la forma en concreta de responder de sus miembros.

Al tratarse de un verdadero órgano –aunque formalmente integrado dentro de otro, como es el Consejo de Administración- hemos de entender que los resultados dañosos que se deriven de su actuación corresponderán a los miembros del Comité en exclusiva, sin que sea posible extender responsabilidad concreta por daños directamente derivados de incumplimientos de las funciones que específicamente tienen asignadas, pues tales competencias les han sido sustraídas en concreto al Consejo de Administración, a través de una especialización que dimana expresamente de la Ley, y no cabe esperar que conserven los restantes miembros del órgano de administración competencias sobre tales materias, por tanto, no será considerable siquiera una eventual culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

XXVIII. SISTEMA DE CONCURRENCIA DE CULPAS

La configuración jurídica que se ofrece al adecuado cumplimiento de los deberes contables, persiguiendo el mayor control de la información y tratando de evitar los posibles abusos que se podrían derivar de una atribución del conjunto del deber en exclusiva a los administradores de la sociedad, implica la intervención consecutiva de diversos órganos y sujetos en el cumplimiento de los deberes contables. Si bien cada una de las atribuciones tienen un contenido diverso (realización material, elaboración de documentos de síntesis, supervisión, control, manifestación de la voluntad social), del mismo modo que la asignación de tal deber se produce por un título jurídico diverso (orgánico, delegación orgánica o voluntaria, contractual), todas las intervenciones revierten sobre un mismo resultado: la emisión de una información contable relativa a la situación económica y patrimonial de la empresa (se contenga ésta en los libros y registros contables, en las cuentas anuales de la sociedad o en el informe de auditoría).

Dado que la mayor parte de los daños que se desprendan de una contabilidad irregular derivarán directamente de esta información, que conforma el *súmmum* de las actuaciones de diversos sujetos y órganos, se advierte la necesidad de proceder a la individualización concreta del sujeto que ha cometido alguna irregularidad en su actuación, que haya producido la irregularidad de la información de la que se ha originado el daño. Es por ello por lo que, ante esta concurrencia de actuaciones y, la eventual concurrencia de culpas de los distintos

sujetos, el objeto esencial es individualizar el incumplimiento de alguno de tales órganos que pueda resultar, en consecuencia, generador de responsabilidad.

Como se ha considerado, la delimitación de esta responsabilidad no es sencilla y, en principio, a causa de la dificultad de individualización, se deba de partir de la solidaridad de los sujetos intervinientes en el proceso contable, de cara al exterior. En cambio, a nivel interno, en las relaciones entre los órganos, tal solidaridad no debe poder mantenerse, pudiendo repetirse –una vez satisfecha la responsabilidad externa en modo solidario- en el interior de las relaciones societarias contra el sujeto u órgano principalmente incumplidor.

Para salvar su responsabilidad, cualquiera de los sujetos intervinientes en el proceso contable ha de manifestar de forma expresa su oposición con los documentos contables sobre los que ha de actuar y, además, tendrá que hacer todo lo posible para evitar la producción del resultado dañoso. Esta norma, si bien es predicada por la ley de modo expreso sólo al respecto de los administradores, entendemos ha de hacerse extensiva a los demás órganos y sujetos que actúan en el proceso, en función del ámbito concreto de sus competencias y poderes.

A nivel interno, el modo en que han de responder los diversos sujetos y órganos intervinientes debe considerarse en función del grado de contribución efectiva que hayan tenido en la producción del resultado lesivo. Así, en el caso de que hayan incumplido –dolosa o culpablemente- dos o más órganos o sujetos, la responsabilidad concreta de cada uno de ellos –a nivel interno, pues, a nivel externo la responsabilidad debe ser solidaria- se debería modular en función del grado de contribución efectiva de cada uno a la producción del resultado dañoso. Esta contribución se concretará en el grado de incidencia que tenga su conducta en la generación de una información contable inexacta, lo cual nos debe llevar a concluir que, normalmente, serán los administradores los que participen en mayor medida en el resultado lesivo –al tener encomendada la función de “elaboración” de la información- y, por tanto, que deban responder en mayor medida que los que tienen una función supeditada a esta intervención (supervisión, control o revisión específicamente).

XXIX. RESPONSABILIDAD DE LOS AUDITORES

En el proceso de formación de la información contable, cada uno de los sujetos y órganos en concreto intervienen sobre la base de un título jurídico distinto: ora orgánico, ora delegación, ora contractual. Este último título es el que caracteriza la relación de la sociedad con los auditores en el marco del contrato de arrendamiento de obra que conforma la auditoría.

El hecho de que tal relación sea contractual no implica que los auditores sean irresponsables de su actuación o que sólo respondan por la vía contractual frente a la sociedad que los contrató. Al contrario, los auditores o las sociedades de auditoría responden sea frente a la propia sociedad como frente a los terceros de los resultados lesivos que emanen de forma directa de la información inexacta derivada del informe de auditoría realizado antijurídicamente. Nos posicionamos a favor de la corriente doctrinal que manifiesta la posibilidad de responsabilidad directa de los auditores frente a los terceros sobre la base de un informe de auditoría irregular elaborado por éstos en incumplimiento de las normas de auditoría, siempre y cuando tal incorrección sea imputable a su actuación y no se deba a injerencia de los administradores (no proporcionan información adecuada o suficiente; ponen a su disposición información manipulada; obstaculizan el ejercicio de su tarea...).

XXX. LA RESPONSABILIDAD DE CARA A LA CAUSA LEGAL DE DISOLUCIÓN

Los administradores deben actuar de modo informado en el cumplimiento de sus funciones. Ello despliega una especial incidencia por lo que afecta al actuar en modo informado respecto a los datos económicos, patrimoniales y financieros que representa la información contable. El cumplimiento de este deber de estar informados en el plano contable juega un papel especialmente relevante si se conecta con la responsabilidad que se puede derivar a los administradores del incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad –o medidas alternativas- en caso de que el patrimonio de ésta quede reducido por debajo de la mitad del capital social.

Fundamentalmente tal incidencia se desprende por lo que atañe a la determinación del término dentro del cual deben actuar los administradores al respecto de la causa legal de disolución, término que –según la normativa-

empezará a contar desde el momento en que hayan tenido conocimiento de la causa de disolución o no puedan excusar su desconocimiento. Pese a que la jurisprudencia utiliza como criterio sobre el momento en el que no se puede alegar tal desconocimiento la formulación de las cuentas anuales, concluimos que sería más consecuente con la configuración que la normativa hace del deber de contabilidad estimar que el mínimo de tal conocimiento se debe situar en la elaboración de los balances trimestrales de comprobación que debe elaborar todo empresario y anotar en su libro de Inventarios y cuentas anuales. De este modo, un administrador diligente no puede excusar no tener conocimiento de tal información. Colegir lo contrario sería incongruente con la normativa del modo de actuar de los administradores, no obstante, el carácter meramente informativo de tal información.

XXXI. LA CONTABILIDAD ANTE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES

El incumplimiento de los deberes contables de parte de los administradores no tiene aparejada una sanción directa, salvo en el caso en que, declarado el concurso, éste resulte ser calificado como culpable como consecuencia de irregularidades contables relevantes. Aunque se trata de una sanción refleja y que precisa del resultado de la insolvencia de la sociedad, entendemos que puede ser un medio disuasorio conveniente para que las sociedades cumplan escrupulosamente sus deberes contables, principalmente si consideramos la desproporcionalidad económica que implicaría el establecimiento de un sistema de control directo del cumplimiento contable.

El ordenamiento italiano, en cambio, desplaza esta forma de articulación de la responsabilidad concursal al ámbito penal mediante la tipificación del *reato di bancarotta fraudolenta*.

BIBLIOGRAFIA E GIURISPRUDENZA

BIBLIOGRAFIA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales", *RdS*, núm. 18, pp. 45-76. La versión manejada aquí es la disponible en Internet a través del proyecto de investigación de la DGES dirigido por Paz-Ares, la referencia a las páginas corresponde a ese documento.

ALONSO ESPINOSA, F.J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006

- "El deber de documentación de la empresa y de llevanza de contabilidad tras la ley 16/2007, de 4 de julio", *RMV*, núm. 5, 2009. También publicado en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 77-114.

ALONSO LEDESMA, C., "El papel de la Junta general en el gobierno corporativo", en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Coord. Esteban Velasco, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 615-664.

- "Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores", en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 127-158.

ALONSO UREBA, A., "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una Sociedad Anónima", *RDM*, núm. 198, octubre-diciembre 1990, pp. 639-727.

- "Diferenciación de funciones (supervisión y dirección) y tipología de consejeros (ejecutivos y no ejecutivos) en la perspectiva de los artículos 133.3 (responsabilidad de administradores) y 141.1 (autoorganización del consejo) del TRLSA", *RdS*, núm. 25, 2005, pp. 19-69.
- "Algunas cuestiones en relación con el ámbito subjetivo de la responsabilidad de los administradores (administrador de hecho, administrador oculto y grupo de sociedades)", en *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Coord. Guerra Martín, La Ley, Madrid, 2011, p. 85-102.
- "Hacia un modelo monista revisado de administración de la SA cotizada como opción al modelo dualista", en *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España, Cuestiones pendientes de reforma*, Tomo I, Dir. Alonso Ledesma, Alonso Ureba, Esteban Velasco, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 567-639.

AMESTI MENDIZÁBAL, C., *La actuación de los auditores en la Sociedad Anónima: la responsabilidad de los auditores de la sociedad anónima*, Cuadernos de la Revista de Derecho Bancario y Bursátil, EDERSA, Madrid, 1995.

AGUILERA ANEGÓN, G., “Aspectos registrales y fiscales de la presentación telemática”, en *Comercio, administración y registros electrónicos*, Dirs. Orduña Moreno/ Aguilera Anegón, Civitas, Pamplona, 2009, pp.649-719

ARMOUR, J., “Legal Capital: an Outdated Concept?”, *EBOR*, núm. 7, pp. 5-27

ARMOUR, J./HANSMANN, H./KRAAKMAN, R., “Agency Problems and Legal Strategies”, en *The Anatomy of Corporate Law*, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 35-53

ARMOUR, J./HERTIG, G./KANDA, H., “Transactions with Creditors”, en *The Anatomy of Corporate Law*, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 115-151.

ARRIBAS ÁLVAREZ, J.F., *El Registro Mercantil en España: Organización y función*, LaLey, Madrid, 2009, pp. 341-365

ARROYO MARTÍNEZ, I., “Reflexiones en torno al interés social”, in *RDM*, núm. 240, 2001, pp. 421-440

- “Responsabilidad”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Coord. Arroyo, Embid, Górriz, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2009, pp.1516-1554.

ARROYO MARTÍNEZ, I. / BOET SERRA, E., “Acción social de responsabilidad”, en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. Arroyo / Embid / Górriz, Tecnos, Vol. II, 2ª Ed., Tecnos, Madrid, 2009, pp. 1554-1568.

- “Acción individual de responsabilidad”, en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. Arroyo / Embid / Górriz, Tecnos, Vol. II, 2ª Ed., Tecnos, Madrid, 2009, pp. 1568-1578.

ASCARELLI, T., “Registrazioni nei libri di commercio e confessione”, *Riv. Dir. Proc.*, 1930, p. 338 y ss

- “Registrazione e dichiarazione”, en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1931, I, pp. 342-354

ASQUINI, A., “I batelli del Reno”, *Riv. Soc.*, 1959, pp. 617-633

BAIRD, D.G., "Legal Approaches to Restricting Distributions to Shareholders: The Role of Fraudulent Transfer Law", *EBOR*, núm. 7, 2006, pp. 199-215

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales", en *La responsabilidad de los administradores*, Dirs. Rojo/Beltrán, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 241-293.

BENAVIDES DEL REY, J.L., "La publicidad de los estados financieros y el Registro Mercantil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 543, 1981, pp. 375-390.

BENAVIDES VELASCO, P. / GUERRERO PALOMARES, S., "La calificación jurídica de las previsiones de los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal y sus relaciones con el concurso culpable", *RDCP*, núm. 13, 2010, pp. 175-200

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Responsabilidad extracontractual: jurisdicción competente. Solidaridad entre causantes del daño", *CCJC*, núm. 13, 1987, pp. 4351 y ss.

BERLE, A.A./MEANS, G.C., *The Modern Corporation & Private Property*, primera vez publicado en 1932, la edición manejada es la de Transaction Publishers, 10ª impresión, New Brunswick, 2009.

BERNAL LLORÉNS, M., "En torno a la regulación contable en el Código de comercio de 1829", *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, Vol. XXVII, núm. 97, 1998, pp. 887-912.

BIANCHI, L.A., "Le clausole generali della chiarezza e della rappresentazione in modo veritiero e corretto", in *La disciplina giuridica del bilancio d'esercizio*, dir. L.A. Bianchi, Il Sole 24 ore, Milano, 2001, pp. 39-71.

- *Il bilancio*, en *Le nuove s.p.a.*, Trattato dir. da Cagnaso / Panzani, Vol. V, Zanichelli, Bologna, 2012.

BIGIAMI, W., *La piccola impresa*, Giuffrè, Milano, 1947

- *L'imprenditore occulto*, 2ª stampa, CEDAM, Padova, 1965

BIONDI, A., "Registrazione e dichiarazione, en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1931, I, pp. 134-144

BISBAL, J., "El interés público, protegido mediante la disciplina de la contabilidad", *RDM*, núm. 160, 1981

BLANCO CAMPAÑA, J., *Régimen Jurídico de la Contabilidad de los Empresarios*, Lucentum, Madrid, 1980

- *El Derecho contable en España*, Instituto de Planificación Contable, Madrid, 1983.

BLASCO PELLICER, A., *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

BOCCHINI, E., *Il bilancio delle imprese: problem di diritto e di politica di diritto*, Liguori Editore, Napoli, 1979

- *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, CEDAM, Padova, 2002.
- *Scritture contabili, Diritto della Contabilità delle imprese, vol. I*, 3ª Edizione, Utet, Milano, 2008.
- *Bilancio d'esercizio, Diritto della Contabilità delle imprese, vol. II*, 3ª Edizione, Utet, Milano, 2010.
- *Diritto Commerciale nella società dell'informazione, Vol. I*, CEDAM, Verona, 2011 (seconda edizione).

BONARDELL LENZANO, R., *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

BONELLI, F., *Gli amministratori di spa, dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2004

BONFANTI, S. / CENSONI, P.F., *Manuale di Diritto Fallimentare*, 3ª Ed., Cedam, Padova, 2009

BONSÓN PONTE, E. / FLÓREZ MUÑOZ, F., "XBRL: de la información externa a la interna", *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, núm. 72, 2005, pp. 36-42

BOQUERA MATARREDONA, J., "Aprobación de las cuentas anuales y derecho de información del socio en la sociedad anónima y en la sociedad de responsabilidad limitada", en *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 2069-2093.

BOSTICCO, P., "La responsabilità dei revisori", en *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di Ambrosini, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 177-220.

BUONOCORE, V., *L'impresa*, Trattato di diritto Commerciale dir. da Vincenzo Buonocore, Giappichelli Editore, Torino, 2002

- "Responsabilità dell'impresa fra libertà e vincoli", en *La responsabilità dell'impresa, Atti del Convegno di Bologna per i trent'anni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 21-67.
- "Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile", *Giur. Comm.*, genn-feb. 2006, p.5-41.

BUTTURINI, P., *L'impugnazione del bilancio d'esercizio*, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Dir. F. Galgano, CEDAM, Padova, 2007.

CALANDRA BUONAURA, V., *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1984

- *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1985
- "I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario", *Giur. Comm.*, 2003, I, pp. 535-560.

CAMPOBASSO, G.F., *Diritto dell'impresa*, in *Diritto Commerciale*, Vol. 1, 6ª Ed., UTET, Milano, 2010

Diritto delle società, in *Diritto Commerciale*, Vol. 2, 7ª Ed., UTET, Milano, 2010

CAÑIBANO, L./TÚA PEREDA, J./LÓPEZ, J.L., "Naturaleza y filosofía de los principios contables", en *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, núm. 47, 1985, pp. 293-355.

CAÑIBANO CALVO, L., "Principios contables", en *Revista de Economía*, núm. 6, 1990, pp. 27-30.

CARNELUTTI, F., "Documento e testimonianza", en *Riv. Dir. Proc.*, 1930, I, pp. 342-344

CASANOVA, M., *Le imprese commerciali*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1955

- *Impresa e azienda: le imprese commerciali*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1986

CERA, M., "I controlli nelle società di capitali «chiuse» fra modelli legali ed evoluzione della realtà", *Giur. Comm.*, 2003, I, pp. 354-382.

CERDÁ ALBERO, F., *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- "Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿solos ante el peligro?", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2001.

COASE, R.H., "The firm, the market and the law", en *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988, pp. 1-31.

- "The nature of the firm", en *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988, esp. pp. 37-42

CODA, V., "Trasparenza dei bilanci di esercizio e principi contabili", *Riv. Dott. Comm.*, núm. 2, 1983, p. 183

COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio delle società per azioni*, Cedam, Padova, 1965

- "Dalla chiarezza e precisione alla rappresentazione veritiera e corretta", en *Il bilancio d'esercizio e il bilancio consolidato*, Dir. Palma, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 13-34.

- "Principi contabili internazionali, capitale e patrimonio netto", in *La Società per Azioni oggi*, Tradizione, attualità e prospettive, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 81-109

CORPME, *Manual de Usuario: Presentación Telemática de Cuentas Anuales*, Colegio de Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, version de 20 de junio de 2012, disponible online:

<https://www.registradores.org/estaticasm/manuales/manualAyudaPresenTelem aCuentas.pdf>

- *Manual de Ayuda para las Notificaciones Registrales*, Colegio de Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, version de 20 de junio de 2012, disponible online:

<https://www.registradores.org/estaticasm/manuales/manualAyudaNotificaciones.pdf>

- *Manual de Ayuda para la Sala de Firmas*, Colegio de Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, version de 20 de junio de 2012, disponible online:

<https://www.registradores.org/estaticasm/manuales/manualAyudaSalaDeFirmas.pdf>

- *Depósito Digital D2 (para ejercicios iniciados a partir del 1-1-2008) Manual de usuario*, Colegio de Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, version de 20 de junio de 2012, disponible online:

https://www.registradores.org/estaticasm/manuales/manualUsuarioD2_d2008.pdf

CORRADO, D.A., “Il procedimento di formazione e approvazione del bilancio”, en *La disciplina giuridica del bilancio d’esercizio*, dir. L.A. Bianchi, Il Sole 24 ore, Milano, 2001, pp. 1049-1082.

COSTI, R., *Società in generale, società di persone, associazioni in partecipazione*, en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Dir. Walter Bigiavi, Torino, 1967

- “La responsabilità sociale dell’impresa e il diritto azionario italiano”, en *La responsabilità dell’impresa, Atti del Convegno di Bologna per i trent’anni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 83-116
- *L’ordinamento bancario*, 4ª Ed., il Mulino, Bologna, 2007
- *Il mercato mobiliare*, 7ª Ed., Giappichelli, Torino, 2010

COTTINO, G., *L’imprenditore*, en *Trattato di Diritto Commerciale*, CEDAM, Padova, 2001

- “Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto da Giorgio Oppo)”, *Rivista delle Società*, 2005, pp. 693-709

CRISTOBAL MONTES, A., *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Bosch, Barcelona, 1985

DAVIES, P. / WORTHINGTON, S., *Gower & Davies’ Principles of Modern Company Law*, 9th Ed., Sweet&Maxwell, London, 2012.

DE ANDRÉS SUÁREZ, J. / LORCA FERNÁNDEZ, P., / RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, E., “XBRL: Un lenguaje para mejorar las relaciones entre la empresa y los usuarios”, *Partida Doble*, núm. 166, 2005, pp. 48-61

DE GREGORIO, A., *I bilanci delle società anonime nella loro disciplina giuridica*, 2ª Ed., Vallardi, Milano, 1938

- "Note sul diritto di informazione dell'azionista", *Riv. Soc.*, 1959, pp. 634-644.
- *Corso di Diritto Commerciale: imprenditore, società*, Dante Alighieri, Milano, 1965

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La administración de la sociedad anónima", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 4, 1992, pp. 51 y ss.

DE LA CUESTA RUTE, J.M., "La contabilidad en el Código de Comercio", *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 1973, vol. II, núm. 4, pp. 327-374.

DEL VALLE HERNÁNDEZ, A.M., "El Registro Mercantil Electrónico", en *Comercio, administración y registros electrónicos*, Dirs. Orduña Moreno/ Aguilera Anegón, Civitas, Pamplona, 2009, pp.721-741

DEMARCHI, P.G., "La responsabilità dell'organo di controllo interno", *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di Ambrosini, Giuffrè, Milano, 2007, p. 68

DENOZZA, F., "A che serve il capitale? (Piccole glosse a L. Enriques-J.R. Macey, Creditors versus capital formation: the case against the European legal capital rules)", *Giur. Comm.*, 2002, I, pág. 585 y ss;

- *Norme efficienti: L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2002
- "Different Policies for Corporate Creditor Protection", *EBOR*, núm. 7, pp. 409-416

DÍAZ MORENO, A., "Dudas, reflexiones y precisiones acerca del depósito de cuentas en soporte informático y a través de procedimientos telemáticos", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 12, 2001, pp. 3-32. En igual sentido, "Dudas, reflexiones y precisiones acerca del depósito de cuentas en soporte informático y a través de procedimientos telemáticos", en *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp.2095-2118.

DIEZ-PICAZO, L., "La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil", *RDM*, núm. 96, 1965.

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, Las relaciones obligatorias, Civitas, Madrid, 1996

DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 2004

DOLMETTA, A., *La data certa. Conflitto tra creditori e disciplina dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1985

DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., voz "Libros de comercio", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XV, Seix Barrai, Barcelona, 1974, pp. 501-536.

- "Las condiciones de la consolidación de las cuentas anuales", en *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Coord. Alonso Ureba/Chico Ortiz/Lucas Fernández, Gráficas Minaya, Madrid, 1987, pp. 737-809

EASTERBROOK, F.H./FISCHEL, D.R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1996

EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., *Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999

EMBED IRUJO, J.M., "Rendición de cuentas y responsabilidad de los administradores de Sociedad Anónima. Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 8 de mayo de 1990", en *Diario La Ley*, 1990, tomo 4, p. 654

- "Derecho de información", en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Coord. Arroyo/Embid/Górriz, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 653-663.

ENRIQUES, L., "Capitale sociale, informazione contabile e sistema del netto: una risposta a Francesco Denozza", *Giur. Comm.*, 2005, I, pág. 607 y ss.

- "Corporate Governance Reforms in Italy: What Has Been Done and What Is Left to Do", *EBOR*, núm. 10, 2009, pp. 477-513.

ENRIQUES, L./MACEY, J., "Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale", *Rivista delle Società*, 2002 (47), pág. 78 y ss.

ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las Sociedades anónimas: Derecho Europeo y Reforma del Derecho Español*, Civitas, Madrid, 1982.

- "Configuración estatutaria del órgano de administración", *RCDI*, núm. 604 bis, 1991, pp. 1705 y ss.

- “La renovación e la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo”, en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Coord. Esteban Velasco, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 137-212.
- “La separación entre Dirección y Control: el sistema monista español frente a la opción entre distintos sistemas que ofrece el Derecho comparado”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, Dir. Rodríguez Artigas, Fernández de la Gándara, Quijano González, Alonso Ureba, Velasco San Pedro, Esteban Velasco, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, Tomo II, pp. 727-768.
- “La acción individual de responsabilidad”, en *La responsabilidad de los administradores*, Dirs. Rojo/Beltrán, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 155-239.
- “Acción individual de responsabilidad”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirs. Rojo / Beltrán, Civitas, Madrid, 2011, pp. 1728-1736.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Publicidad registral de estados contables y financieros; el llamado «depósito de cuentas»”, en *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1990, pp. 50 y ss.

- *La aplicación de resultados en las sociedades mercantiles (estudio especial del artículo 213 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, Civitas, Madrid, 1997
- *Posibilidad y contenido de un Derecho preconcursal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial [art. 209.1.b) LSA]*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001
- *El Derecho contable de fusiones y escisiones*, 2ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 2008
- “El nuevo “test de balance” bajo las normas contables internacionales”, *RDM*, núm. 279, enero-marzo 2011, pp. 37-98.

FERRAN, E., “The Role of the Shareholder in Internal Corporate Governance: Enabling Shareholders to Make Better-Informed Decisions”, *EBOR*, núm. 4, 2003, pp. 491-516.

- “The place for creditor protection on the agenda for modernisation of company law in the European Union”, *European Corporate Governance Institute (ECGI) Law Working Paper No. 51/2005*, University of Cambridge

FERRARA, F. Jr., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 1962

FERRARINI, G. y GIUDICI, P., “Financial Scandals and the Role of Private Enforcement: The Parmalat Case”, en *After Enron: Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US*, Eds. Armour y McCahery, Hart, Portland, 2006, pp. 445-496.

FERRI, G., *Imprese soggette a registrazione*, Commentario al Codice Civile, a cura di SCIALOJA, A. e BRANCA, G., Zanichelli, Bologna, 1983.

- *Le società*, 2ª Ed., en Trattato di Diritto Civile Italiano, fondato da Vassalli, Utet, Torino, 1985

FERRARINI, G. y GIUDICI, P., “Financial Scandals and the Role of Private Enforcement: The Parmalat Case”, ECGI Law Working Paper, núm. 40, May 2005. También disponible en *After Enron: Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US*, Eds. Armour y McCahery, Hart, Portland, 2006, pp. 445-496.

FERRO LUZZI, P., “L’esercizio sociale e la sua rilevanza nel diritto dell’impresa en el diritto delle società”, *Riv. Dir. Comm.*, 1965, pp. 391 y ss

FIGÁ TALAMANCA, G., *Bilanci e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, Milano, 1997

FONT GALÁN, J.I., “La fidelidad al interés social como concepto normativo estructurante del sistema de deberes de los administradores sociales. Su función normativa integradora de la diligencia y de la lealtad”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal, Libro Homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 601-608

FORTUNATO, S., “Il diritto contabile e l’impresa”, en *Diritto Commerciale*, Dir. Allegri, Monduzzi ed., Bologna, 5ª ed., 2007, pp. 275-306.

FOSCHINI, M., “In tema di «statuto speciale» del imprenditore commerciale”, *Riv. Dir. Comm.*, 1976, I, pp. 331-368.

FRADEANI, A., “Amministrazione finanziaria e XBRL. Nuova tecnologia, logiche aziendali e tax compliance dei contribuenti”, *Diritto e Pratica Tributaria*, núm. 3, 2010, pp. 445-459

FRANZONI, M., “Le responsabilità civil degli amministratori di società di capitali”, en *La Responsabilità Civile, Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, dir. Galgano, vol. XIX, CEDAM, Padova, 1994, pp. 1-103.

- “Le responsabilità dei direttori generali e dei liquidatori”, en *La Responsabilità Civile, Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, dir. Galgano, vol. XIX, CEDAM, Padova, 1994, pp. 205-227.

GALÁN CORONA, E., *Memoria e informe de gestión*, en Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, Dir. Uría/Menéndez/Olivencia, Tomo VIII, Vol. 1º, Civitas, Madrid, 2000

- “Derecho de examen de la contabilidad”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Coord. Arroyo/Embid/Górriz, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 962-971.

GALGANO, F., *Le istituzioni dell’economia capitalistica*, Zanichelli, Bologna, 1977

- “Le teorie dell’impresa”, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, dir. F. Galgano, Vol. II, *L’impresa*, Cedam, Padova, 1978, pp. 1-21
- *La Società per Azioni*, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, dir. Galgano, 2ª Ed., CEDAM, Padova, 1988
- *L’impresa, le società in genere, le società di persone*, in *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. III, *L’impresa e le società*, Tomo I, 4ª Ed., Cedam, Padova, 2004
- *Le società di capital e le cooperative*, in *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. III, *L’impresa e le società*, Tomo II, 4ª Ed., Cedam, Padova, 2004.
- *L’impresa e le società*, in *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. III, Tomo 1, 4ª Edizione, Cedam, Padova, 2004
- *Diritto commerciale. L’imprenditore*, Bologna, 2006, p. 106

GAMARRA MUÑOZ, M.C., “Instituciones de inversión colectiva. Una especial referencia a su problemática contable”, *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, núm. 11, 1996, pp. 207-228

GAMBINO, A., “Responsabilità dell’impresa e la gestione”, en *La responsabilità dell’impresa, Atti del Convegno di Bologna per i trent’anni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, pp. 69-82

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Impugnación de acuerdos del Consejo de Administración. Carácter no impugnabile de la formulación de las cuentas anuales. Legitimación del accionista a estos efectos”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 60, 2002, pp. 1185-124

- “El control judicial del acuerdo por el que el consejo de administración formula las cuentas anuales”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y de Derecho*

Concursal, Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp.669-684.

GARCÍA DE ENTERRÍA Y LORENZO-VELÁZQUEZ, J., “La Junta general ordinaria: su competencia y su celebración fuera de plazo”, *RDM*, núms. 175-176, 1985, pp. 227-243.

GARCÍA URBANO, J.M., *Nombramiento de auditores en el Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992

GARCÍA VILLAVERDE, R., “Algunas cuestiones sobre la reducción del patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social por consecuencia de pérdidas”, en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje al Profesor José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 465-484.

- “Exoneración de responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada por falta de culpa (art. 133.2 LSA)”, en *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp. 1321-1350.

GARRETA SUCH, J.M., *Introducción al derecho contable*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

- *La responsabilidad de los auditores por no detección de fraudes y errores*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

GARRIDO, J.M., *La distribución y el control del poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales*, Studia Albornotiana: Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002

GARRIGUES, J., *Nuevos hechos, nuevo derecho de Sociedades Anónimas*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933

- “Valor probatorio de los libros de comercio”, *RDM*, núm. 13, 1948, págs. 45-54
- “Órganos de la Sociedad. De los Administradores”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. II, Garrigues/Uría, Madrid, Aguirre, 1ª Ed., 1953.
- *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. I, Ed. Aguirre, Madrid, 1982.

GARRIGUES, J. / OLIVENCIA, M., “Del balance”, en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo II, 3ª Ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1976.

GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Ed. Univ. de Valladolid, Valladolid, 1952

- *Derecho de sociedades*, t. I, Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1976
- "Las cuentas anuales de la Sociedad Anónima", *RdS*, 1993, núm. 1, pp. 9-44.

GLIOZZI, E., Società di capital amministratore di società per azioni?, *Riv. Soc.*, 1968, pp. 93 ss

GODSELL, D., *Auditors' Legal Duties and Liabilities*, Longman, Londres, 1991

GÓMEZ PORRÚA, J.M., "Comentario a la Ley 16/2007, de 4 de julio de adaptación a las normas internacionales de contabilidad adoptadas por la UE", en *Derecho de los Negocios*, núm. 204, 2007, pp. 29-32

- "Nuevos modelos para la presentación de las cuentas anuales en el Registro Mercantil", *DN*, núm. 222, Marzo 2009, p. 29-30
- "Modelos de presentación de las cuentas anuales", *DN*, núm. 226, julio 2009, pp. 41-42
- "Las cuentas anuales de las sociedades de capital" en *Derecho Mercantil I, Vol 2º, Las sociedades mercantiles*, Coord. Jiménez Sánchez, 14ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 279-296.
- "Modificación de los modelos de presentación de las cuentas anuales", *DN*, núm. 236, Mayo 2010, pp. 29-30

GÓMEZ PUENTE, M., "Registros, comunicaciones y notificaciones telemáticas en la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos", en *Comercio, administración y registros electrónicos*, Dirs. Orduña Moreno/ Aguilera Anegón, Civitas, Pamplona, 2009, pp. 613-648.

GONDRA ROMERO, J.M., "Significado y función del principio de "imagen fiel" ("true and fair view") en el sistema del nuevo derecho de balances", en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 555-602

- "La estructura jurídica de la empresa (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho)", *RDM*, núm. 228, 1998, pp. 493-592.
- "El nuevo rumbo del Derecho de balances europeo: las opciones que se abren al legislador español", *RdS*, núm. 23, 2004, pp. 19-47

- “Los mercados internacionales de capitales marcan el rumbo del derecho europeo de balances: ¿hacia dónde nos llevan?”, en *Responsabilidad social corporativa: aspectos jurídicos-económicos*, Servicio de publicaciones Universitat Jaume I, Castellón, 2005, pp. 99-180

GONZÁLEZ GARCÍA, J.R./ROS AMORÓS, F./ PÉREZ IGLESIAS, J.M., “Repercusión en la normativa contable española de la introducción de las Normas Internacionales de Contabilidad adoptadas por la Unión Europea”, *Noticias de la UE*, núm. 259-260 (Monográfico Contabilidad y Unión Europea), pp. 49-61

GUERRERO LEBRÓN, M.J., *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*, La Ley, Madrid, 2004.

GUERRIERI, G.L., *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2009

HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La regla del –buen- juicio empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2009

HOPT, K.J., “The German Two-Tier Board (Aufsichtsrat). A German View on Corporate Governance”, en *Comparative Corporate Governance*, Eds. Hopt / Wymeersch, deGruyter, Berlin, 1997, pp. 3-20.

- “La modernización del Derecho de Sociedades: perspectivas transatlánticas”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y del Mercado Financiero*, versión española recopilatoria de algunos de sus estudios, dir. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2010.

HOPT, K.J. / LEYENS, P.C., “Board Models in Europe. Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy”, *ECGI- Law Working Paper*, núm. 18, 2004.

IANNELLO, G., *Come si formano e si “eludono”, le regole contabili*, CEDAM, Padova, 2003

IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima*, Tecnos, Madrid, 1971

ILLESCAS ORTIZ, R., *El derecho del socio al dividendo en la Sociedad Anónima*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1973

- “El derecho del socio al dividendo hoy: un apunte”, *DN*, núm. 21, 1992, pp. 29-31
- *Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales*, en Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, Dir. Uría/Menéndez/Olivencia, Tomo VIII: Las cuentas anuales de la Sociedad Anónima, Volumen 2º, Civitas, Madrid, 1993
- “El proceso de aprobación de cuentas, La formulación de las cuentas anuales de la Sociedad Anónima”, *Partida Doble*, núm. 54, 1994, pp. 5-12
- “La formulación de las cuentas anuales de la Sociedad Anónima”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996
- “El empresario mercantil individual: reglas generales”, en *Derecho Mercantil I*, vol. 1º, Coord. Jiménez Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 111-126.

JAEGER, P.G., *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 1964

- *Il bilancio d'esercizio delle società per azioni: Problemi giuridici*, 2ª Ed., Giuffrè, Milano, 1988
- “L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)”, in *Giur. Comm.*, Nov-Dic. 2000, pp. 795-812

JANÉ BONET, J., *Análisis jurídico de la auditoría de cuentas: Estudio particular de la figura del auditor*, Bosch, Barcelona, 1995

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., “La sociedad anónima en formación y la sociedad irregular”, en *Estudios de Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 665-686, esp. pp. 679 y ss.

- “La regulación de los órganos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *DN*, núm. 92, 1998, pp. 1-14.

JULIÁ IGUAL, J.F / POLO GARRIDO, F., “La legalización de libros contables y el depósito de cuentas anuales en las sociedades cooperativas”, *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 77, 2002, pp. 89-107

JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (estudio jurídico mercantil)*, Studia Albornotiana: Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002

KPMG, *Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/ECC of 13 December 1976*

and an examination of the impact on profit distribution of the new EU-accounting regime, Contract ETD/2006/IM/F2/71, Main Report

LAÍNEZ GADEA, J.A., “Efectos de la reforma contable sobre la discrecionalidad informativa”, *RDMV*, núm. 3, 2008, pp. 59-78.

LARA GONZÁLEZ, R., “La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad”, en *La responsabilidad de los administradores*, Dirs. Rojo / Beltrán, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 83-114.

LÁZARO SÁNCHEZ, M.J., “La contabilidad como obligación profesional del empresario”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 12, 1994, pp. 425-446.

LEÓN SANZ, F.J., *La publicidad de las cuentas anuales en el Registro Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

LLEMBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1996.

- “La geometría del capital social”, *RDM*, 1999, núm. 231, págs. 37-89
- “Deberes y responsabilidad de los administradores”, en *La responsabilidad de los administradores*, Dirs. Rojo/Beltrán, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 23-54.

LOJENDIO OSBORNE, I., “Delimitación de competencias entre los órganos de la sociedad anónima y modificación del balance”, *RDM*, 1976, pp. 283-348.

LOLLI, A., *Situazione finanziaria e responsabilità nella governance delle s.p.a.*, Cuaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè, Milano, 2009.

LÓPEZ SANTANA, N., “Observaciones en torno a la posibilidad de concurso de la sociedad irregular”, en *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 11099-1141

LUTTERMANN, K., “Europäische Gesellschaften zwischen Weltmonopol (IFRS/SBRL) und Freiheitsverfassung”, *Juristenzeitung*, núm. 20, 2011, pp. 965-972

MACEY, J.R., *Corporate Governance, promises kept, promises broken*, Princeton University Press, Princeton, 2008

MACHADO PLAZAS, M., *El concurso de acreedores culpable: calificación y responsabilidad concursal*, Civitas, Madrid, 2006

MAGGIOLINO, M., "Responsabilità dei revisori contabili", en *Collegio sindacale, controllo contabile*, en *Commentario alla riforma delle società*, dir. Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Giuffrè, Milano, 2005, pp.555-622.

MAGNANI, P., "Responsabilità del collegio sindacale", en *Collegio sindacale, controllo contabile*, en *Commentario alla riforma delle società*, dir. Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Giuffrè, Milano, 2005, p. 257-272.

MAIRATA LAVIÑA, J., "Improcedencia de la calificación culpable del concurso por una suma de irregularidades contables no relevantes en sí mismas: a propósito de la sentencia de la SAP Madrid 24 de marzo de 2009", *RDGP*, núm. 12, 2010, pp. 269-303

MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, Marcial Pons, Madrid, 2005

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Lex Nova, Valladolid, 1992.

- "La función de los libros de contabilidad", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2111-2145.
- *La auditoría de cuentas anuales: aspectos sustantivos*, Lex Nova, Valladolid, 1999
- "Información y contabilidad: una reflexión sobre su reciente regulación legal", *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 11, 2004, pp. 9-34.
- "Normas Internacionales de Contabilidad y Legislación Mercantil: una reflexión", en *Noticias de la UE*, núm. 259-260, 2006, (Monográfico Contabilidad y Unión Europea), pp. 81-88.

MARTÍN MOLINA, P.B. /VEIGA COPO, A. B., "Los libros de contabilidad: un apunte histórico", *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, 1998, núm. 13, págs. 395-414

MARTÍN REYES, M.A., “La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores”, *RDM*, núm. 277, julio-septiembre 2010, pp. 835-898.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “El director general de las sociedades capitalistas”, *RDM*, núm. 253, 2004, pp. 977-1004.

- *La representación orgánica y voluntaria en las Sociedades de Capital (Delimitación y concurrencia)*, Studia Albornotiana: Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005

MARTÍNEZ NADAL, A., *Comentarios a la Ley 59/2003 de firma electrónica*, Segunda Ed., Civitas, Cizur Menor, 2009

MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima”, en *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp.1739-1770.

- “Modos de organizar la administración”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Coord. Arroyo/Embid/Górriz, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 731-798.

- “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, en *La responsabilidad de los administradores*, Dirs. Rojo/Beltrán, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 55-84.

MARTÍNEZ SANZ, F. / NAVARRO MÁÑEZ, M., “Del consejo de Administración”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol II, Coord. Arroyo/Embid/Górriz, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 1579-1664.

MAZZELLA, E., “La soppressione dell’obbligo di bollatura dei libri e registri contabili obbligatori”, in *Giur. Merito*, Vol. XXXIV, Maggio-Giugno, 2002, pp. 902 y ss.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1974

MESSINEO, F., “Valore giuridico del bilancio di società per azioni e delle registrazioni nei libri sociali”, en *Studi di Diritto delle Società*, Giuffrè, Milano, 1958, 2ª ed., pp. 129-162

MINERVINI, G., “L’obbligo di contabilità delle società di forma commerciale”, en *Riv. Società*, 1964, p. 945-951.

MOLINA LLOPIS, R., “La reforma de la legislación mercantil en materia contable. Una breve referencia a su incidencia en las cooperativas y sociedades laborales”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 58, 2007, pp. 109-129.

MONTALENTI, P., “Organismo di vigilanza e sistema dei controlli”, *Giur. Comm.*, luglio-agosto, 2009, pp. 643-660.

- “La experiencia italiana en la configuración de los modelos monista y dualista de administración y control”, en *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España, Cuestiones pendientes de reforma*, Tomo I, Dir. Alonso Ledesma, Alonso Ureba, Esteban Velasco, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 547-565.

MORÁN BOVIO, D., “La contabilidad de los empresarios”, en *Derecho Mercantil I*, vol. 1º, Coord. Jiménez Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 141-180.

MORILLAS JARILLO, M.J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2002

MUCCIARELLI, F.M., *Società per azioni e offerta pubblica d’acquisto: le difese successive contro offerte pubbliche d’acquisto di azioni quotate*, Giuffrè, Milano, 2004

NIGRO, A., “Le scritture contabili”, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, dir. F. Galgano, Vol. II, *L’impresa*, Cedam, Padova, 1978, pp. 213-307.

- “Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario”, *Riv. Soc.*, 2004, p. 881 y ss.

- “Note in tema di persona giuridica amministratore di società”, in *Riv. Dir. Soc.*, 2007, pp. 12-16

NÚÑEZ LOZANO, P.L., *El régimen jurídico de la auditoría de cuentas en Derecho español*, Consejería de Hacienda y Planificación – Junta de Andalucía, Sevilla, 1989

OLIVENCIA RUIZ, M., “Tendencias actuales en la administración de la sociedad anónima”, *RGD*, núm. 89, 1994, pp. 12.833-12.844.

- “Managers’ revolution / independents’ counter-revolution (ensayo sobre una nueva fase en la evolución de la Sociedad Anónima)”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 2173-2193.
- “El gobierno de las sociedades”, en *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp. 1771-1803.

OLMEDO PERALTA, E., “Singularidades del régimen jurídico contable de las sociedades cooperativas”, en *Las líneas actuales de reforma del derecho cooperativo: aspectos jurídico-mercantiles*, Dirs. Hinojosa, Peinado, Quesada, 2013, (in stampa).

OPPO, G., “Materia agricola e «forma» commerciale”, en *Scritti in onore di Carnelutti*, III, 1950, p. 132 y ss.

- “Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni”, *Rivista di Diritto Civile*, 2003, pp. 471-488

ORTEGA, M., “XBRL, una herramienta para la transparencia y reducción de la carga informativa: los trabajos de la Asociación XBRL España”, *Estabilidad Financiera*, núm. 8, 2005, pp. 85-106

PACIOLI, L., *Summa de Arithmetica, Geometria, Proportioni et Proportionalita*, Título Noveno, Tratado XI, De Computis et Scripturis, Venecia, 1494; versión en castellano preparada por HERNÁNDEZ ESTEVE, E., *De las cuentas y las Escrituras*, AECA, 1994

PALÁ LAGUNA, E. y PALÁ LAGUNA, R., “Impugnabilidad del acuerdo del consejo de administración de una sociedad anónima, de formulación de las cuentas anuales”, *RDS*, 1997, núm. 9, pp. 297-311.

PANTALEÓN PRIETO, F., *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, Madrid, 1996.

PANUCCIO, V., *La natura giuridica delle registrazioni contabili*, Ed. Jovene, Napoli, 1964.

PASTOR SEMPERE, M.C. “La reforma del derecho contable y su repercusión en el régimen de los recursos propios de las sociedades cooperativas”, *REVESCO*, núm. 90, 2006, pp. 109-141.

PAZ-ARES, C., *La ley, el mercado y la independencia del auditor*, Civitas, Madrid, 1996.

- “El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa”, en *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp.1805-1818.

PEINADO GRACIA, J.I., *El contrato de comisión: cooperación y conflicto (La comisión de garantía)*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1996

- “Cooperación y pillaje en el concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 9, 2006, pp. 231-257
- “La protección de los acreedores en el concurso: ¿Quién es el acreedor?”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, núm. 3, 2010 (Ejemplar monográfico sobre Derecho concursal en homenaje a D. Antonio Pérez de la Cruz), pp. 73-103.

PELLENS, B. / SELLHORN, T., “Improving creditor protection through IFRS reporting and solvency test”, *European Company and Financial Law Review*, Special Issue 1/2006

PERDICES HUETOS, A., “Significado actual de los «administradores de hecho»: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001”, *RdS*, núm. 18, 2002, pp. 277-288.

PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A. / AURIOLES MARTÍN, A., *La reducción del capital*, en Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, Dirs. Uría / Menéndez / Olivencia, Tomo VII: Modificación de estatutos en la sociedad anónima. Aumento y reducción del capital. Vol. 3º, Civitas, Madrid 1995.

PÉREZ DÍAZ, M., “La administración de la sociedad anónima a través de una persona jurídica”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2945-2965

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., “Sobre las reformas legislativas en la llevanza de la contabilidad de los empresarios”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2967-2993.

PERRINO, M., “Il controllo individuale del socio di società di capitali: fra funzione e diritto”, *Giur. Comm.*, núm. 33, 2006, I, pp. 639-669.

PETIT LAVALL, M.V., *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, ICAC, Madrid, 1994

- “El informe Cadbury: Un análisis sobre la objetividad, eficacia y responsabilidad de los auditores de cuentas”, *RGD*, núm. 607, 1994, pp. 12.863-12.876.
- “La responsabilidad civil del auditor de cuentas frente a terceros”, en *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp.2223-2244.
- “La relación de causalidad en la responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros”, *RDBB*, núm. 114, abril-junio 2009, pp. 253-274.

PETTITI, D., *Contributo allo studio del diritto dell'azionista al dividendo*, Giuffrè, Milano, 1957

POLO GARRIDO, F., “La contabilidad de cooperativas en un proceso de armonización contable internacional. El caso de España”, *REVESCO*, núm. 89, 2006, pp. 108-138.

- “Impactos de las normas internacionales de información financiera en el régimen económico de las sociedades cooperativas”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 58, 2007, pp. 83-108.

POLO GARRIDO, F. / GARCÍA MARTÍNEZ, G., “La regulación en materia contable contenida en la legislación cooperativa: análisis comparado”, *CIRIEC-España Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 45, 2003, pp. 33-56.

POLO SÁNCHEZ, E., “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por personas jurídicas”, en *RDM*, núm. 98, 1965, p. 199-235

- *Los administradores y el consejo de administración de la Sociedad Anónima*, en Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, Dir. Uría/Menéndez/Olivencia, tomo VI, Civitas, Madrid, 1992

PORTALE, G.B., “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata”, en *Tratatto delle società per azioni*, Dir. Colombo/Portale, vol. 1 – *Capitale, Euro e azioni, Conferimenti in denaro*, UTET, Torino, 2004, pp. 3 -166.

PULIDO BEGINES, J.L., *El derecho de información del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, Civitas, Madrid, 1997

QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La responsabilidad de los administradores”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Dir. Rojo y Beltrán, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1691-1700.

- “Carácter solidario de la responsabilidad”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Dir. Rojo y Beltrán, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1700-1707.
- “Acción social de responsabilidad”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirs. Rojo / Beltrán, Civitas, Madrid, 2011, pp. 1708-1715.
- “Legitimación subsidiaria de la minoría”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirs. Rojo / Beltrán, Civitas, Madrid, 2011, pp. 1716-1721.
- “Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirs. Rojo / Beltrán, Civitas, Madrid, 2011, pp. 1721-1728.
- “Las irregularidades relevantes en la contabilidad como hecho de concurso culpable”, *ADC*, núm. 27, 2012, pp. 359-371.

RACUGNO, G., *L'ordinamento contabile delle imprese*, G. Giappichelli Ed., Torino, 2002.

RIGOTTI, M., “Doveri del collegio sindacale”, en *Collegio sindacale e Controllo contabile*, a cura di Federico Ghezzi, Commentario alla riforma delle società, Dir. Marchetti / Bianchi / Ghezzi / Notari, Egea, Milano, 2005, pp. 159-214.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Notas sobre el régimen jurídico del director general de la SA”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Vol. III, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 113-139.

- “La delegación de facultades del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima. Ejercicio y contenido de la facultad de delegar y estatuto de los titulares de los cargos delegados», *RdS*, núm. 1, 1993, pp. 91-114.

RODRÍGUEZ FLÓREZ DE QUIÑONES, “La contabilidad y las disciplinas jurídicas”, *RDM (separata)*, núm. 93, 1964.

RONCERO SÁNCHEZ, A., *El seguro de responsabilidad civil de los administradores de una Sociedad Anónima (sujetos, interés y riesgo)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

- “El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Dirs. Rojo y Beltrán, 3ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 537-581.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, en *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp.1437-1484.

- “La contabilidad: Introducción. El deber de contabilidad. El secreto contable. La contabilidad como medio de prueba”, en *Curso de Derecho Mercantil*, Dir Uría / Menéndez, Vol. I, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 139-149
- “La contabilidad: Las cuentas anuales. Los principios contables. La auditoría de cuentas”, en *Curso de Derecho Mercantil*, Dir Uría / Menéndez, Vol. I, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 183-198.
- “El empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad”, en *Curso de Derecho Mercantil*, dirs. Uría / Menéndez, Vol. I, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 69-91.
- “La representación en el Derecho Mercantil”, en *Curso de Derecho Mercantil*, dirs. Uría / Menéndez, Vol. I, 2ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, p.253-269.

SACRISTÁN BERGIA, F., “La responsabilidad de los administradores por no promover la disolución en las sociedades de capital”, en *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, coord. Guerra Martín, LaLey, Madrid, 2011, pp. 223-272.

SÁEZ, M.I., “La sociedad devenida irregular”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, dir. Rojo / Beltrán, Civitas, Madrid, 2011, pp. 452-458.

SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *La acción y los derechos del accionista*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Dir. Uría/Menéndez/ Olivencia, Civitas, Madrid, 1994

SÁNCHEZ CALERO, F., *La determinación y la distribución del beneficio neto en la Sociedad Anónima*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma, 1955

- “Régimen de cuentas anuales”, en *La reforma del Derecho español de Sociedades de Capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*, Coord. Alonso Ureba / Chico Ortiz / Lucas Fernández, Civitas, Madrid, 1987, pp. 711-736.
- “Supuestos de responsabilidad de los administradores en la Sociedad Anónima”, en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica europea, Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 905-936

- "Alcance de la aprobación del Reglamento Comunitario de aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad a las sociedades cotizadas", en *RDBB*, núm. 86, 2002, pp. 141-158
- "Líneas generales del régimen del Comité de Auditoría de las sociedades cotizadas", *RDBB*, núm. 89, 2003, pp. 191-218.
- *Los administradores en las sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 2005.
- "La reforma del Comité de Auditoría", en *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI, Libro Homenaje al prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*, Eds. Gómez Segade/García Vidal, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 245-260.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La revocación del auditor de cuentas en la Sociedad Anónima", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 3.477-3.526.

- "El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada", in *RDM*, núm. 246, 2002, pp. 1653-1726.

SÁNCHEZ RUS, H., *El capital social, presente y futuro*, Civitas, Madrid, 2012

SANTELLA, P. / TURRINI, R., "Capital Maintenance in teh EU: Is the Second Company Law Directive Really That Restrictive?", *EBOR*, núm. 9, 2008, pp. 427-461

SANTINI, G., *Società a responsabilità limitata*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1964,

SANZ GADEA, E., "El resultado contable en el marco del Derecho contable", *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm., 189, pp. 137-210

SANZ PARAÍSO, L.F., "Las comisiones de auditoría y cumplimiento", en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Coord. Esteban Velasco, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 373-417.

SASSI, C., *Irregolarità di bilancio e responsabilità di amministratori e sindaci*, Giuffrè, Milano, 2000

SAVATIER, R., *Le droit comptable au service de l'homme*, Dalloz, Paris, 1969, versión española con traducción a cargo de F. Martín Lamouroux, publicada como *El Derecho Contable al servicio del hombre*, Biblioteca de Ciencias Empresariales Cibernos, Madrid, 1974

SCARPA, D., "Organizzazione societaria come sistema informativo e riflessi sull'agere amministrativo", *Giur. Comm.*, Núm. 37, 2010, pp. 73-92

SELVA SÁNCHEZ, L.M., "Depósito y publicidad de las cuentas anuales", *Derecho de los Negocios*, núm. 33, junio 1993, pp. 1-9

- "Cuentas anuales, calificación registral y autocartera", *Derecho de los Negocios*, núm. 52, enero 1995, pp. 1-8

SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Studia Albornotiana: Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2008.

SFAMENI, P., "L'esercizio sociale e il bilancio nelle società di capital", in *La disciplina giuridica del bilancio d'esercizio*, dir. L.A. Bianchi, Il Sole 24 ore, Milano, 2001, p. 1179

SHAW, J.C., "The Cadbury Report, Two Years Later", in *Comparative Corporate Governance*, Eds. Hopt / Wymeersch, deGruyter, Berlin, 1997, p. 21-45.

SIMONETTO, E., "Recensione a Panuccio, La natura giuridica delle registrazioni contabili", in *Riv. Dir. Civ.*, 1967, I, p. 102 y ss.

- *I bilanci*, CEDAM, Padova, 1972

SOMENZARI, P. "Il procedimento di formazione del bilancio d'esercizio della società per azioni", *Fisco*, 1996, pp. 4412 y ss.

SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., "Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles", *RDM*, 1962, pp. 47 y ss

STRAMPELLI, G., "Gli IAS/IFRS dopo la crisi: alla ricerca dell'equilibrio tra regole contabili non prudenziali e tutela della strabilità patrimoniale della società", in *Riv. Soc.*, 2010, pp. 395-446

TERRENTOS CEBALLOS, G., "El Comité de Auditoría y sus funciones", *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil (e-prints)*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008.

TINA, A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2008.

TORRENT, A./ RIVERO MENÉNDEZ, J.A. / ALVARADO RIQUELME, M., "Comités de auditoría", *RDM*, núm. 250, 2003, pp. 1615-1674

ÚBEDA, E., "Administradores de Sociedades Anónimas: responsabilidad general y sobre las cuentas anuales", *Partida Doble*, núm. 160, noviembre 2004, pp. 6-21.

VALENZUELA GARACH, F., *La información en la Sociedad Anónima y el Mercado de Valores*, Civitas, Madrid, 1993.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.M., *El concurso de la sociedad irregular*, La Ley, Madrid, 2005.

VÁZQUEZ CUETO, J.C., "Depósito y publicidad de documentos contables en las sociedades de capital", *RDM*, núm. 226, 1997, pp. 1699-1800.

- *Las cuentas y la documentación contable en la Sociedad Anónima*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- "Las sociedades con base mutualista", in *Derecho Mercantil I - III. Las sociedades mercantiles*, coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., Vol. 2º, Marcial Pons, 14ª Edición, 2006, pp. 581-628
- "La reforma del régimen de las cuentas anuales de la sociedad de capital en concurso", *RdS*, núm. 38, 2012, pp. 19-54.

VELASCO SAN PEDRO, L.A., "El Comité de Auditoría", en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, Dir. Rodríguez Artigas, Fernández de la Gándara, Quijano González, Alonso Ureba, Velasco San Pedro, Esteban Velasco, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, Tomo II, pp. 1087-1125.

VENTORUZZO, M., "La disapplicazione obbligatoria delle disposizioni sul bilancio", in *La disciplina giuridica del bilancio d'esercizio*, dir. L.A. Bianchi, Il Sole 24 ore, Milano, 2001, pp. 73-123

- "Responsabilità degli amministratori di società per azioni nei confronti della società: le principali novità della riforma", *Riv. Dott. Comm.*, 2004, pp. 363-376.

VICENT CHULIÁ, F., "En torno al concepto y fuentes del Derecho contable", en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1996, págs. 605-649

- “Reforma contable y Derecho Mercantil”, *Revista de Contabilidad*, 1996, Vol. 7, Número Monográfico, págs. 161-211.
- “Medidas de prevención y aseguramiento de la responsabilidad de los administradores sociales”, en *Responsabilidad Civil derivada de los procesos concursales*, Dir. Calbacho Losada, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 349-379.
- *Las cuentas anuales de la Sociedad Anónima*, en Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, Dir. Uría/Menéndez/Olivencia, Tomo VIII, Vol. 1º, Civitas, Madrid, 2000,
- “Internet y sociedades”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, Septiembre de 2004, pp. 3-35
- *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. I, 22ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

VIVANTE, C., *Trattato di diritto commerciale*, vol. I: *I commercianti*, Vallardi, Milano, 1934.

WAGNER, G., “Distributions to Shareholders and Fraudulent Transfer Law”, *EBOR*, núm. 7, 2006, pp. 217-231

ZABALETA DÍAZ, M., “Buen gobierno y sistema dual de administración. El debate en torno al Consejo de Vigilancia alemán”, en *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Profeso Aníbal Sánchez Andrés*, Coord, Sáenz García de Albizu, Oleo Banet, Martínez Flórez, Civitas, Pamplona, 2010, pp. 563-594.

ZAMPERETTI, G.M., *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2005

GIURISPRUDENZA

C. Sentenze spagnole

- Auto AP de Guadalajara de 15 de mayo de 2009 – Validez de la aprobación de cuentas en junta celebrada extemporáneamente, si bien tal junta tendrá carácter de extraordinaria.
- Auto del JM núm. 2 de Pontevedra, de 10 de noviembre de 2008 – Mantenimiento del deber de contabilidad durante la fase de liquidación del procedimiento concursal.
- S. Juzgado 1ª instancia núm. 2 Vitoria, de 5 de mayo de 2003 – Responsabilidad del auditor que no constata la situación de desequilibrio patrimonial de la empresa incurrida en causa legal de disolución.
- SAP de A Coruña (secc. 4ª) de 17 de enero de 2000 – Posibilidad de que los directivos sean administradores de hecho.
- SAP de Baleares (secc. 5ª) de 22 de octubre de 2008 – Posibilidad de rectificar durante la Junta, el proyecto de cuentas anuales erróneo que se entregó a los socios en satisfacción de su derecho de información.
- SAP de Barcelona (secc. 15ª) de 24 de enero de 2005 – Requisitos administrador de hecho. Concepto de administrador de hecho con independencia de que ocupe algún puesto en la sociedad.
- SAP de Barcelona (secc. 15ª) de 21 de diciembre de 2005 – Causa legal de disolución por infracapitalización.
- SAP de Barcelona (secc. 15ª) de 22 de octubre de 2008 – El socio administrador no puede alegar la vulneración de su derecho de información de cara a la aprobación de cuentas anuales.
- SAP de Barcelona (secc. 15ª) de 17 de diciembre de 2009 – La aprobación de cuentas anuales no ratifica prácticas ilegales que se lleven en práctica por los administradores (cambio del sistema de retribución sin ser aceptado por la junta).
- SAP de Cáceres (secc. 1ª) de 16 de septiembre de 2009 – El derecho de información de los socios sólo alcanza las cuentas que van a ser objeto de aprobación y no a las anteriores. Para que se pueda impugnar el acuerdo de aprobación de cuentas por el contenido, las incongruencias han de tener virtualidad para distorsionar la imagen fiel.
- SAP de Cantabria (secc. 2ª) de 30 de junio de 2009 – El derecho de consulta de cuentas integrante del derecho de información no alcanza a los informes de auditoría de las empresas del grupo objeto de consolidación.
- SAP de Cantabria (secc. 2ª) de 9 de septiembre de 2009 – Necesidad de vincular la contabilidad con el daño para hacer surgir responsabilidad.
- SAP de Castellón (secc. 3ª) de 2 de abril de 2009 – La aprobación de cuentas anuales no ratifica prácticas ilegales que se lleven en práctica por los administradores (sistema de retribución). No existe abuso en el acuerdo de

- no reparto de dividendos cuando se va a incurrir en inversiones y riesgos que justifican la dotación de reservas.
- SAP de Castellón (secc. 3ª) de 11 de noviembre de 1999 – No admisibilidad de los balances de comprobación para computar el días a quo de la causa de disolución por pérdidas relevantes.
 - SAP de Las Palmas (secc. 4ª) de 14 de septiembre de 2009 – Nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas en SRL cuando no comparecen en la junta los administradores y no dan respuesta a las preguntas que se plantean sobre las mismas.
 - SAP de Madrid (secc. 18ª) de 11 de Febrero de 2003 – Causa legal de disolución por infracapitalización.
 - SAP de Madrid (secc. 20ª) de 16 de julio de 2001 – Prueba indiciaria de la condición de administrador de hecho
 - SAP de Madrid (secc. 21ª) de 10 de mayo de 2005 – El acuerdo de la junta por el que se decide exigir responsabilidad interrumpe per se la prescripción.
 - SAP de Madrid (secc. 28ª) de 16 de enero de 2009 – Validez de la aprobación de cuentas anuales en junta convocada extemporáneamente
 - SAP de Madrid (secc. 28ª) de 30 de junio de 2009 – Validez de la aprobación de cuentas anuales en junta convocada extemporáneamente
 - SAP de Madrid (secc. 28ª) de 30 de diciembre de 2009 – Validez de la aprobación de cuentas anuales en junta convocada extemporáneamente.
 - SAP de Madrid (secc. 28ª) de 22 de febrero de 2012 – La llevanza irregular de contabilidad equivale a la no llevanza.
 - SAP de Navarra (secc. 3ª) de 15 de enero de 2010 – Extensión del derecho a ulteriores informaciones de los socios de la SA. No alcanza a examinar los libros y registros contables.
 - SAP de Pontevedra (secc. 1ª) de 29 de diciembre de 2008 – La simple falta de presentación de cuentas en el registro no produce per se responsabilidad.
 - SAP de Tarragona (secc. 1ª) de 15 de octubre de 2008 – Responsabilidad concursal del administrador por los incumplimientos contables del personal a él subordinado.
 - SAP de Teruel de 22 de diciembre de 1998 – Prueba indiciaria de la condición de administrador de hecho.
 - SAP de Valencia (secc. 8ª) de 27 de septiembre 1999 – Director general que es administrador de hecho.
 - SAP de Valencia (secc. 9ª) de 10 de febrero de 2006 – Validez de las cuentas anuales formuladas extemporáneamente.
 - SAP de Valencia (Secc 9ª) de 18 de septiembre de 2008 – Inclusión en el orden del día de que se procederá en la Junta a designar al auditor del próximo ejercicio, de lo contrario tal acuerdo no tendrá validez.
 - SJM núm. 1 de Asturias de 22 de enero de 2007 – Causa legal de disolución por infracapitalización.
 - SJM núm. 1 de Palma de Mallorca de 9 de octubre de 2007 – Concepto de administrador de hecho “con o sin cargo en la sociedad”.

- STS (Sala de lo Civil) de 31 de marzo de 1928 – La empresa como titular de derecho al honor. Reconocimiento de la contabilidad como integradora de la intimidad de la sociedad
- STS (Sala de lo Civil) de 25 de junio de 1945 – La sociedad como titular del derecho a la intimidad. Daño moral al prestigio de la empresa
- STS (Sala de lo Civil) de 29 de marzo de 1960 – Nulidad de la Junta ordinaria celebrada fuera de plazo
- STS (Sala de lo Civil) de 19 de abril de 1960 - Nulidad de la Junta ordinaria celebrada fuera de plazo
- STS (Sala de lo Civil) de 13 de marzo de 1964 – La normativa del secreto contable no es integradora del orden público, sino establecida en interés del comerciante.
- STS (Sala de lo Civil) de 10 de junio de 1965 – Falta de relevancia de la firma de los libros de contabilidad
- STS (Sala de lo Civil) de 16 de marzo de 1966 – La obligación de llevar contabilidad no distingue entre “comerciantes modestos y grandes entidades mercantiles”.
- STS (Sala de lo Civil) de 19 de mayo de 1967 – Nulidad de la Junta ordinaria celebrada fuera de plazo
- STS (Sala de lo Civil) de 21 de febrero de 1976 – Funciones de la contabilidad de cara a los sujetos que se relacionan con el empresario
- STS (Sala de lo Civil) de 7 de octubre de 1985 – Los socios administradores tienen también derecho de información
- STS (Sala de lo Civil) de 25 de abril de 1986 – Validez de aprobación de cuentas en junta celebrada extemporáneamente
- STS (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 1987 – Validez de aprobación de cuentas en junta celebrada extemporáneamente
- STS (Sala de lo Civil) de 23 de diciembre de 1993 – Interés público de la auditoría
- STS (Sala de lo Civil) de 12 de junio de 1997 - Los socios administradores tienen también derecho de información
- STS (Sala de lo Civil) 30 de octubre de 2000 - Días a quo para solicitar la convocatoria de Junta en caso de que el patrimonio sea inferior a la mitad del capital social
- STS (Sala de lo Civil) de 20 de julio de 2001 – Aplicabilidad de las normas del Código de comercio sobre prescripción a la acción individual de responsabilidad.
- STS (Sala de lo Civil) de 5 de julio de 2002 – Acuerdo del consejo de administración de formulación de cuentas anuales. Inimpugnabilidad.
- STS (Sala de lo Civil) de 22 de marzo 2004 – No es habitual que los directores generales sean administradores de hecho.
- STS (Sala de lo Civil) de 24 de marzo de 2004 – Cuatro años de prescripción de la acción individual de responsabilidad.
- STS (Sala de lo Civil) de 7 de mayo de 2004 – Responsabilidad de los administradores por las cuentas anuales.
- STS (Sala de lo Civil) de 26 de mayo de 2004 – Plazo de prescripción cuatrienal de la acción individual de responsabilidad.

- STS (Sala de lo Civil) 17 de febrero de 2005 - Plazo de prescripción cuatrienal de la acción individual de responsabilidad.
- STS (Sala de lo Civil) 22 de marzo de 2005 - Plazo de prescripción cuatrienal de la acción individual de responsabilidad.
- STS (Sala de lo Civil) de 26 de mayo de 2005 - Carácter extracontractual de la acción individual de responsabilidad.
- STS (Sala de lo Civil) 28 de mayo de 2005 – Carácter extracontractual de la acción individual de responsabilidad.
- STS (Sala de lo Civil) de 26 de septiembre de 2005 - El socio administrador no puede alegar la vulneración de su derecho de información de cara a la aprobación de cuentas anuales.
- STS (Sala de lo Civil) 9 de enero de 2006 - Carácter extracontractual de la acción individual de responsabilidad.
- STS (Sala de lo Civil) 6 de abril de 2006 - Carácter extracontractual de la acción individual de responsabilidad.
- STS (Sala de lo Civil) de 12 de enero de 2007 – La aprobación de cuentas anuales no ratifica prácticas ilegales que se lleven en práctica por los administradores (sistema de retribución).
- STS (Sala de lo Civil) de 9 de mayo de 2007 - en la que se enjuicia la legalidad de la instrucción DGRN de 30 de diciembre de 1999, sobre la llevanza electrónica de contabilidad.
- STS (Sala de lo Civil) de 16 de julio de 2007 – Dies a quo para solicitar la convocatoria de Junta en caso de que el patrimonio sea inferior a la mitad del capital social.
- STS (Sala de lo Civil) de 15 de noviembre de 2007 – Negación a presentación de cuentas anuales.
- STS (Sala de lo Civil) de 9 de octubre de 2008 – Legitimación de los terceros para ejercitar acciones de responsabilidad contra los auditores de las sociedades de capital.
- STS (Sala de lo Civil) 27 de noviembre de 2008 - Carácter extracontractual de la acción individual de responsabilidad.

D. Risoluzioni DGRN (Spagna)

- Resolución DGRN de 21 de junio de 1983 – Posibilidad de reducir el plazo legal de formulación de cuentas anuales.
- Resolución DGRN de 5 de julio de 1986 – El acuerdo de aprobación por el consejo de administración del proyecto de cuentas anuales no es obligatorio que conste en el libro de actas del consejo.
- Resolución DGRN de 18 de enero de 1991 – Al sentar que «la delegación de facultades, que facilita la administración de la sociedad, no implica la exclusión de competencias y responsabilidades del Consejo».

- Resolución DGRN de 13 de enero de 1994 – Sobre la posibilidad de reducir estatutariamente el porcentaje mínimo de capital para entablar los socios la acción social de responsabilidad.
- Resolución DGRN de 1 de diciembre de 1994 – Necesidad de unanimidad para aprobación de cuentas anuales que rectifiquen otras ya formuladas y aprobadas.
- Resolución DGRN de 3 de abril de 1997 – Necesidad de unanimidad para aprobación de cuentas anuales que rectifiquen otras ya formuladas y aprobadas.
- Resolución DGRN de 30 de diciembre de 1999 – Depósito de cuentas anuales por medios telemáticos.
- Resolución DGRN de 1 de septiembre de 2001 – Se evita el cierre del registro mercantil con la certificación del acuerdo de no aprobación por la Junta general de las cuentas debidamente formuladas por los administradores.
- Resolución DGRN de 18 de septiembre de 2001 – Se evita el cierre del registro mercantil con la certificación del acuerdo de no aprobación por la Junta general de las cuentas debidamente formuladas por los administradores.
- Resolución DGRN de 13 de junio de 2003 – Depósito de cuentas anuales por medios telemáticos.
- Resolución DGRN de 28 de febrero de 2005 – Ámbito de calificación del registrador mercantil sobre las cuentas anuales depositadas.
- Resolución DGRN de 2 de agosto de 2005 – Se evita el cierre del registro mercantil con la certificación del acuerdo de no aprobación por la Junta general de las cuentas debidamente formuladas por los administradores.
- Resolución DGRN de 20 de mayo de 2009 – Por la que se confirma la denegación del pretendido depósito de unas cuentas anuales en el Registro Mercantil por resultar incompleto su contenido.
- Resolución DGRN de 13 de junio de 2012 – Se evita el cierre del registro mercantil con la certificación del acuerdo de no aprobación por la Junta general de las cuentas debidamente formuladas por los administradores.

E. Giurisprudenza Italiana

- App. Firenze del 21 giugno 1950 – Non esiste un diritto soggettivo dei terzi sulla contabilità dell'imprenditore.
- App. Trieste del 7 febbraio 1977 – Modificazione del bilancio durante l'approvazione dall'Assemblea.
- Cass. n. 2454, del 10 settembre 1974 – Differenza fra nullità e annullabilità secondo gli interessi tutelati.
- Cass, n. 252, del 22 gennaio 1975 – Differenza fra nullità e annullabilità secondo gli interessi tutelati.

- Cass. n. 3373, del 28 luglio 1977 – Differenza fra nullità e annullabilità secondo gli interessi tutelati.
- Cass. n. 6278, del 22 giugno 1990 – Responsabilità degli amministratori per la creazione dei fondi neri.
- Cass. n. 8760, del 18 aprile 1993 – Impugnativa del bilancio.
- Cass. n. 8048, del 3 settembre 1996 – Effetti della nullità del bilancio.
- Cass. n. 73, del 8 agosto 1997 – Effetti della nullità del bilancio
- Cass. n. 12208, del 2 febbraio 1998 – Impugnativa del bilancio.
- Cass. n. 2396, del 4 de marzo de 1998 – Non validità della pratica degli allibramenti a matita.
- Cass. n. 4734, del 11 maggio, 1998 – Impugnativa del bilancio.
- Cass. n. 27, del 21 febbraio 2000 – Effetti della nullità del bilancio
- Cass. penale n. 337, del 19 novembre de 1993 – Allibramenti fatti con mezzi debili
- Trib. Biella del 15 marzo 1995 – Invalidità della contabilità informatica giacché permette la modificazione delle registrazioni in qualsiasi momento.
- Trib. Messina del 12 novembre 1999 – Requisiti per esigere responsabilità ai sindaci.
- Trib. Milano del 11 febbraio 1954 – La durata dell’esercizio sociale non può essere superiore a un anno (motivazione nel controllo contabile da parte dei soci).
- Trib. Milano del 27 febbraio 1973 – La durata dell’esercizio sociale non può essere superiore a un anno.
- Trib. Milano del 3 settembre 2003 – Impugnativa del bilancio.
- Trib. Torino del 27 gennaio 1988 – Ragioni per non ammettere un esercizio sociale di durata superiore all’anno.