

Rimborso ai soci di finanziamenti a titolo di mutuo: bancarotta fraudolenta o preferenziale?

di **Arcangela Gerbino**

Sommario: **1.** Il caso. - **2.** La società a responsabilità limitata: le forme di finanziamento. - **3.** La rilevanza penale della restituzione dei finanziamenti: bancarotta fraudolenta, bancarotta preferenziale e bancarotta da reato societario.

1. Il caso.

Con la sentenza di legittimità n. 8526 del 27 febbraio 2023, la Suprema Corte - sezione prima penale - si è pronunciata in tema di rimborso di finanziamenti soci postergato al periodo di dissesto, chiarendo che il prelievo delle somme da un cd. conto di gestione (ossia un meccanismo di finanziamento della società instaurato tra i soci, alternativo all'aumento di capitale, a restituzione dei relativi versamenti operati a titolo di mutuo) effettuato in violazione della disciplina sulla postergazione del diritto al rimborso di cui all'articolo 2467 c.c., è da intendersi criminoso, integrando esso, quantomeno, la fattispecie di bancarotta preferenziale.

Nel caso che ci occupa, ricorrevano per cassazione gli imputati, amministratori di diritto e di fatto di una società a responsabilità limitata, avverso la sentenza di conferma, in secondo grado, della condanna di entrambi per bancarotta fraudolenta per distrazione.

La Corte di Cassazione, dopo aver riqualficato l'originaria condotta contestata in termini di bancarotta preferenziale, annullava con rinvio la sentenza impugnata, rimettendo la questione dinanzi alla Corte territoriale competente.

Il giudice del rinvio, rilevata l'intervenuta prescrizione del reato per effetto della riqualficazione operata dalla Suprema Corte, proscioglieva gli imputati con una sentenza di non doversi procedere, ma gli stessi proponevano un secondo ricorso per Cassazione, lamentando l'erroneità dell'inquadramento del fatto di reato, la cui insussistenza andava dichiarata con sentenza di assoluzione.

La Suprema Corte, a questo punto, rigettava il motivo di ricorso sostenendo, inoltre, che in tema di prestiti dei soci, effettuati in favore della società in una situazione di difficoltà finanziaria o di squilibrio patrimoniale, vige il principio di cui al 2467 c.c., che permette di evitare che i suddetti soci possano sfruttare lo strumento del finanziamento per ricapitalizzare in maniera surrettizia la compagine sociale, aggirando i vincoli che l'ordinamento prevede in materia

di conferimenti di capitale. La citata disposizione, infatti, statuisce che il diritto al rimborso del finanziamento sorge postergato, qualora erogato in una circostanza in cui sarebbe ragionevole un conferimento, rispetto a quello degli ordinari creditori sociali. La *ratio* della norma è quella di sanzionare quei soci che, volendo eludere il rischio di conferimento di capitale in un momento di precarietà finanziaria della società, erogano denaro a titolo di puro prestito, così realizzando una forma di sottocapitalizzazione nominale e di *risk shifting* del rischio di impresa dai soci ai finanziatori e creditori.¹

La postergazione permane fino all'eventuale superamento della situazione di squilibrio o difficoltà; trascorso tale periodo il credito restitutorio ritorna pienamente esigibile in via ordinaria, nonostante non siano ancora stati adempiuti gli altri debiti sociali. In caso contrario, ossia ove dovesse permanere il suddetto stato di crisi, non sarebbe possibile recuperare *ad libitum* i finanziamenti.²

Come, infatti, ribadito dalla Corte di legittimità, il cd. conto di gestione non è altro che un meccanismo di finanziamento della società, alternativo all'aumento di capitale, onde permetterne la sopravvivenza finanziaria della stessa, e per tale motivo esso ricade pienamente nel campo di applicazione della disciplina sopra evocata.

Per i motivi sopra esposti, dunque, la Suprema Corte riteneva che il prelievo anticipato delle somme ivi confluite, a restituzione dei relativi versamenti operati a titolo di mutuo, fosse criminoso, integrando almeno la fattispecie di bancarotta preferenziale, nonostante la presenza di un altro filone

¹ Cfr. anche Tribunale Milano, 14 marzo 2014, n. 3621 secondo cui *“La condizione di inesigibilità del credito ex art. 2467 c.c. può essere eccepita dagli amministratori nei confronti del socio finanziatore solo laddove il finanziamento sia stato disposto e il rimborso richiesto in presenza di una situazione di specifica crisi della società, di per sé comportante proprio la conseguenza - in termini di posizione dei soci finanziatori - che la disciplina normativa pare mirata ad evitare, vale a dire la conseguenza che i soci - non conferendo capitale ma assumendo la veste di creditori vengano a traslare il rischio di impresa sugli altri creditori, così proseguendo l'attività sociale in danno di questi ultimi, che, “normalmente” in una tale situazione non sarebbero disponibili ad erogare finanziamenti.”*

² Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2019, n. 12994 che prevede *“La regola secondo cui il rimborso dei finanziamenti anomali concessi dai soci alla società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori sociali integra una condizione di inesigibilità legale e temporanea, fino a quando non sia superata la situazione di difficoltà economico-finanziaria prevista dalla legge, del diritto al rimborso ed opera non solo nel momento in cui si apre un concorso formale con gli altri creditori sociali, ma anche durante la vita della società”*. Cfr. anche Cass. civ. sez. I, 23 luglio 2021, n. 21239; Cass. civ., sez. I, 6 luglio 2022, n. 21422.

giurisprudenziale³ più incline ad inquadrare simili condotte nella fattispecie di bancarotta patrimoniale.⁴

2. La società a responsabilità limitata: le forme di finanziamento.

Al di là degli snodi fattuali appena esaminati, la sentenza in oggetto permette di approfondire il complesso ed interessante tema dei finanziamenti operati dal socio (e amministratore) a favore della società e la rilevanza penale della loro restituzione in caso di fallimento.

La questione appena esaminata, infatti, rimanda precipuamente alla distinzione fra versamenti in conto capitale e finanziamenti a titolo di mutuo, in relazione ai quali è opportuno distinguere l'incidenza delle relative restituzioni.

Ciò che occorre preliminarmente puntualizzare è che l'analisi penalistica non può prescindere dal corretto inquadramento, sotto il profilo civilistico, delle tipologie di apporti, poiché da ciò discende la diversa sussunzione della restituzione degli stessi in una delle fattispecie penalistiche.

Come ben noto, è prassi diffusa, per sopperire al fabbisogno finanziario dell'ente, effettuare attribuzioni patrimoniali in denaro, i cd. conferimenti, ossia dei contributi provenienti da ciascun socio finalizzati alla predisposizione dei mezzi necessari per lo svolgimento dell'attività assunta come oggetto sociale, in modo da dotare la società del cd. capitale di rischio: si tratta di una parte di ricchezza propria che il socio decide di destinare all'esercizio dell'attività comune, sottoponendola al rischio di impresa.⁵

In linea generale, durante la vita della società i soci possono dover contribuire, all'occorrenza, con particolari erogazioni di denaro, classificabili in conferimenti in conto capitale, a copertura perdite o in conto futuro aumento di capitale.

I versamenti operati dai soci in conto capitale⁶ e i versamenti a fondo perduto (o a copertura perdite) consistono in somme acquisite dal patrimonio netto

³ In tal senso, da ultimo, Cass., sez. V, 21 giugno 2021 n. 32930, Provvigionato, Rv. 281872-01, mentre altro filone giurisprudenziale propende addirittura per l'inquadramento nella bancarotta patrimoniale.

⁴ Così Cass. pen., sez. I, 27 febbraio 2023, n. 8526

⁵ M. S. SPOLIDORO, *I conferimenti in danaro*, in G. E. COLOMBO E G. B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, UTET, 2004, 1**, 285. Il conferimento rappresenta lo strumento principale di finanziamento dell'impresa societaria; e ciò per una pluralità di ragioni. In primo luogo, esso è elemento essenziale della nozione di società, almeno sotto due profili: a) senza conferimento non vi è società; b) il conferimento è l'unico tipo di apporto finanziario a favore della società che consente l'acquisto della qualità di socio. Quest'ultima, tuttavia, può essere acquistata senza eseguire alcun tipo di apporto a favore della società, mediante l'acquisto di una partecipazione da un soggetto che sia già socio.

⁶ L. PARRELLA, *I versamenti in danaro dei soci e i conferimenti nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2000, 110, il quale afferma che la caratteristica essenziale dei

della società senza alcun obbligo di restituzione, che vengono erogate dai soci spontaneamente al di fuori di ogni procedura prevista per i conferimenti. Essi danno luogo a crediti esigibili solo al momento dello scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale attivo di liquidazione.

I primi costituiscono degli apporti a fronte dei quali il socio non sottoscrive una frazione del capitale sociale e non si vede attribuita una partecipazione in società; si distinguono rispetto al conferimento in senso tecnico in ragione di un criterio negativo facilmente accertabile: non sono collegati alla sottoscrizione del capitale sociale nominale e non contribuiscono alla formazione della quota ideale del patrimonio netto imputata a capitale.

I versamenti a copertura perdite, invece, sono apporti la cui esecuzione è funzionale alla eliminazione di una perdita già verificatasi. Tali versamenti, esaurendo in ciò la propria funzione, non sollevano, a differenza dei versamenti in conto capitale, alcun problema di rimborso del loro valore ai soci che li hanno eseguiti. Il valore dell'apporto viene, infatti, immediatamente assorbito per intero dalla perdita che essi sono destinati a coprire.

I versamenti in conto futuro aumento di capitale, parimenti, rappresentano un concreto sostegno finanziario alla società, senza però che vi sia un definitivo incremento del patrimonio netto della stessa. Si tratta, cioè, di meri anticipi di versamenti funzionali alla sottoscrizione di azioni o quote di nuova emissione, destinati a perfezionarsi solo con la successiva delibera della società.⁷ I soci, tuttavia, hanno diritto, in questo caso, alla restituzione di quanto versato qualora l'aumento programmato non sia deliberato.⁸

Accanto alle varie modalità di versamento appena esaminate, il socio può optare per una diversa forma di erogazione che, diversamente dal conferimento, genera un credito verso l'ente, il cd. finanziamento soci. Tale forma di apporto è ampiamente favorita rispetto alle altre, poiché permette

versamenti in conto capitale "consisterebbe nell'essere destinati ad incrementare il patrimonio sociale senza riflettersi in alcun modo sul capitale nominale della società".

⁷ A. ANGIELLO, *Dei versamenti a fondo perduto, in conto capitale e in conto futuro aumento capitale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984,1413; M. CERA, *Il passaggio di riserve a capitale*, Giuffrè, Milano, 1988,144; S. LANDOLFI, *I versamenti fuori capitale nelle società di capitali*, in *Vita not.*, 1993, 84 ss.; N. ABRIANI, *Versamenti effettuati da un singolo azionista per un futuro aumento di capitale e partecipazione alle perdite*, in *Riv. dir. impresa*, 2006, 361 ss.

⁸ Cass. civ., sez. I, 3 dicembre 2018, n. 31186; A. ANGIELLO, *Dei versamenti a fondo perduto, in conto capitale e in conto futuro aumento capitale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984,1413; M. CERA, *Il passaggio di riserve a capitale*, Giuffrè, Milano, 1988,144; S. LANDOLFI, *I versamenti fuori capitale nelle società di capitali*, in *Vita not.*, 1993, 84 ss.; N. ABRIANI, *Versamenti effettuati da un singolo azionista per un futuro aumento di capitale e partecipazione alle perdite*, in *Riv. dir. impresa*, 2006, 361 ss.

di destinare delle somme al perseguimento degli obiettivi della società senza vincolarle alla rigida disciplina del capitale sociale.

I finanziamenti dei soci a titolo di mutuo non sono imputabili al “capitale di rischio” della società, ma sono debiti della stessa nei confronti dei soci, i quali, dunque, hanno diritto alla restituzione della somma prestata anche durante la vita della società, con la conseguenza che la società dovrà restituire la somma ricevuta ad una determinata scadenza.⁹

Nonostante in ambito societario la forma di finanziamento maggiormente promossa dal legislatore sia l’apporto di conferimenti al capitale di rischio, è frequente il ricorso al prestito sottoforma di finanziamento. A tal proposito la disciplina codicistica prevede un regime di postergazione legale per il rimborso dei finanziamenti effettuati dai soci in favore della società. Esso si applica a qualsiasi forma di finanziamento effettuato in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta (i) un eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto o (ii) una situazione finanziaria nella quale sarebbe stato ragionevole attendersi un conferimento.¹⁰

L’art. 2467 c.c., infatti, ha introdotto un sistema di contrappesi volto a “moralizzare” il finanziamento dell’impresa e a scongiurare operazioni di ricapitalizzazione societaria in contrasto con il principio della *par condicio creditorum*, prevedendo che le somme versate potranno essere restituite ai soci-creditori solo successivamente al soddisfacimento di tutti i creditori sociali e, nel caso in cui il rimborso sia già avvenuto nell’anno precedente alla data di dichiarazione di fallimento, le relative somme dovranno essere tempestivamente restituite.¹¹

Il finanziamento del socio, infatti, deve sempre essere postergato “quando, secondo un giudizio di prognosi postuma, nel momento in cui venne concesso, era altamente probabile che la società, rimborsandolo, non sarebbe stata in grado di soddisfare regolarmente gli altri creditori”.¹²

⁹ L’espressione finanziamento è di regola utilizzata in un’accezione più ristretta indicandosi con essa la prestazione di capitale di credito e non anche l’investimento in capitale di rischio. Sul punto, cfr. G. FERRI JR., *Investimento e conferimento*, Milano, Giuffrè, 2001, 39, il quale sottolinea (riprendendo le parole di A. GRAZIANI, voce *Investimento (Economia politica)*, in *Noviss. Dig. It.*, Vol. XI, Torino, Utet, 1963, 32) che inteso in senso ampio, l’investimento rappresenta «la sottrazione di risorse economiche al consumo immediato e la destinazione di esse alla produzione di altra ricchezza».

¹⁰ Cass. civ., sez. I, 31 luglio 2019, n. 20649

¹¹ R. D’ALONZO, La postergazione del rimborso dei finanziamenti dei soci nel CCII, in *Riv. Diritto della crisi*, fasc. 1, 2021, p. 41

¹² Nota a Tribunale di Roma Sez. Spec. Impresa, n. 2631/2019, in *Diritto.it*, <https://www.diritto.it/finanziamenti-dei-soci-e-postergazione-rispetto-ai-creditori-sociali/>

La *ratio* della disciplina è quella di evitare un'indebita allocazione del rischio di impresa a danno dei creditori della società che, in assenza della suddetta norma, si troverebbero a concorrere con i soci-creditori formalmente equiordinati, che, però, in virtù del loro vantaggio informativo, potrebbero sfruttare la loro posizione per ottenere un rimborso anticipato del prestito effettuato.¹³

3. La rilevanza penale della restituzione dei finanziamenti: bancarotta fraudolenta, bancarotta preferenziale e bancarotta da reato societario.

L'analisi penalistica deve muoversi sulle distinzioni appena operate, che si fondano sull'essere, le attribuzioni finanziarie effettuate nei confronti dell'ente, destinate a capitale di rischio o a costituire un mero prestito nei confronti della società.¹⁴

La giurisprudenza si è orientata a favore della contestazione del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione in tutti quei casi in cui vengono prelevate delle somme a titolo di restituzione di versamenti operati dai soci in conto capitale, poiché trattasi di versamenti che non danno luogo ad un credito esigibile da parte della società, la cui restituzione segue i principi civilistici della postergazione del credito che può essere soddisfatto solo dopo il pagamento di quello vantato dai creditori sociali.

La restituzione delle anticipazioni effettuate dai soci a favore della società, infatti, costituisce una vera e propria appropriazione delle risorse sociali, che vengono distolte dalla loro naturale destinazione di garanzia dei creditori. Non si tratta di una violazione della *par condicio creditorum*, bensì di una condotta in contrasto con gli interessi della società fallita e dell'intera massa dei creditori, motivo per cui la condotta dell'amministratore che restituisce le quote sociali o un'anticipazione effettuata dai soci nei confronti di una società prossima al fallimento (e successivamente fallita), integra il reato di bancarotta per distrazione, poiché, nel contesto di riferimento, la restituzione assume un significato più grave rispetto alla mera volontà di privilegiare un creditore in posizione paritaria rispetto a tutti gli altri.

¹³ G. FERRI, Questioni attuali in tema di finanziamento dei soci e postergazione, in *Riv. Delle Soc.*, fasc. 1, 1° febbraio 2022, p. 83

¹⁴ Cfr. anche Cass. civ. sez. I, 23 marzo 2017, n.7471 secondo cui "L'erogazione di somme che, a vario titolo, i soci effettuano alle società da loro partecipate, può avvenire a titolo di mutuo oppure di apporto del socio al patrimonio della società. La qualificazione, nell'uno o nell'altro senso, dipende dall'esame della volontà negoziale delle parti, e la relativa prova, di cui è onerato il socio attore in restituzione, deve trarsi dal modo in cui il rapporto è stato attuato in concreto, dalle finalità pratiche cui esso appare essere diretto e dagli interessi che vi sono sottesi, dovendosi, inoltre, avere riguardo, in mancanza di una chiara manifestazione di volontà, alla qualificazione che i versamenti hanno ricevuto nel bilancio, da reputarsi determinante per stabilire se si tratti di finanziamento o di conferimento, in considerazione della soggezione del bilancio all'approvazione dei soci."

In diverse pronunce, inoltre, la Suprema Corte si è soffermata sulla qualifica soggettiva di colui che provvede alla restituzione, in periodo di dissesto, di finanziamenti precedentemente concessi. Tale condotta integra il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione e non quello meno grave di bancarotta preferenziale. La Corte, poi, ha sottolineato, da un lato, la coincidenza della qualifica di socio creditore e di amministratore e, dall'altro, la violazione del principio di postergazione; principi, questi ultimi, che conducono anch'essi alla configurazione della figura della bancarotta fraudolenta per distrazione, in quanto il socio non è un creditore qualunque, ma è un amministratore, ossia un soggetto che si presume perfettamente informato in ordine all'andamento della società.¹⁵

Un'altra fattispecie che merita di essere posta in rilievo, sia con riferimento al caso di specie, sia tenendo conto della giurisprudenza più recente¹⁶, è quella della bancarotta preferenziale. Tale fattispecie delittuosa permette di sussumere la restituzione di finanziamenti concessi dal socio in una ipotesi di violazione del principio di *par condicio creditorum*.

A questo proposito è opportuno richiamare la distinzione sopra citata dei diversi tipi di finanziamenti effettuati dai soci, in quanto in questi casi è necessario appurare l'effettiva causa degli stessi, a prescindere dal *nomen* attribuito dalle parti ai diversi versamenti mediante l'annotazione degli stessi in sede di bilancio.

Nel caso di versamenti in conto capitale, alla somma in questione viene assegnato un vincolo di destinazione che la assimila al capitale di rischio, per cui questa risulta del tutto inesigibile, a meno che non si proceda con lo scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale attivo residuo; nel caso, invece, di restituzione di somme costituenti versamenti operati dai soci a titolo di mutuo, la condotta integrerebbe la fattispecie di bancarotta preferenziale, in quanto la causa di tali attribuzioni è pur sempre quella propria del prestito, che deve essere, nonostante tutto, restituito al creditore. Da qui l'applicazione della fattispecie meno grave prevista dall'articolo 216 co. 3 r.d. 267/1942.¹⁷

¹⁵ Cass. pen., sez. 14 giugno 2018, n. 50495

¹⁶ Cass. pen., Sez. V, 26 febbraio 2019, n. 8431

¹⁷ A. DE FRANCESCO, Nota a Cass. pen., 20 novembre 2020, n. 852, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 9, 2021, pag. 8; in Cass. pen., sez. V, 20 novembre 2020, n. 852 "Il prelievo di somme a titolo di restituzione di versamenti operati dai soci in conto capitale (o indicati con analogo dizione), integra la fattispecie della bancarotta fraudolenta per distrazione, non dando luogo tali versamenti ad un credito esigibile nel corso della vita della società; al contrario il prelievo di somme quale restituzione di versamenti operati dai soci a titolo di mutuo integra la fattispecie di bancarotta preferenziale."; Tribunale Vicenza, 12 marzo 2021, n. 68 secondo cui "I finanziamenti erogati dal socio a favore della società configurano un capitale di credito e non di rischio, in virtù del quale il socio si riserva il diritto alla restituzione anche durante la vita della società. Di conseguenza, poiché il diritto di credito del socio finanziatore sorge all'atto



In conclusione, l'ultima fattispecie che merita di essere menzionata è quella della bancarotta fraudolenta dal reato societario, in relazione al delitto di indebita restituzione dei conferimenti di cui all'articolo 2626 c.c.

Tale ipotesi delittuosa rileva non tanto *quoad poenam*, poiché la cornice edittale è la medesima di quella prevista per la bancarotta per distrazione, ma quanto per il fatto che in tal caso la restituzione indebita del conferimento deve essere posta come antecedente causale del dissesto della società. È necessario, dunque, che lo stato di dissesto costituisca evento del reato, ipotesi che però non si riscontra nel caso di specie, se non operando un'inammissibile analogia in *malam partem*.

dell'erogazione del finanziamento ed è, quindi, sin da quel momento liquido e esigibile, il suo rimborso, effettuato in periodo di insolvenza della società e in danno degli altri creditori sociali, non ha valenza distrattiva: esso, invece, risolvendosi nel pagamento a favore di un creditore a danno degli altri, configura la diversa fattispecie della bancarotta preferenziale."