



ESENTE DA REGISTRAZIONE
AI SENSI DELL'ART. 20/4/1986
N. 131 TER. ALL. B. - N. 5
MATERIA TRIBUTARIA

14980 09

Oggetto

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUTI

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

R.G.N. 13024/2006

SEZIONE TRIBUTARIA CIVILE

Cron. 14980

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Rep.

- Dott. SIMONETTA SOTGTU - Presidente - Ud. 20/05/2009
- Dott. SERGIO BERNARDI - Consigliere - CC
- Dott. CARLO PARMEGGIANI - Rel. Consigliere -
- Dott. GIOVANNI GIACALONE - Consigliere -
- Dott. RENATO POLICHETTI - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 13024-2006 proposto da:

MINISTERO DELL' ECONOMIA E FINANZE in persona del
Ministro pro tempore, AGENZIA DELLE ENTRATE in persona
del Direttore pro tempore, elettivamente domiciliati in
ROMA VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE
DELLO STATO, che li rappresenta e difende ope legis;

- *ricorrenti* -

2009

contro

1767

QUERCIA NUOVA GESTIONE DI VITALE ALBINO SAS;

- *intimati* -

avverso la sentenza n. 17/2005 della COMM.TRIB.REG. di
NAPOLI, depositata il 28/02/2005;

udita la relazione della causa svolta nella camera di
consiglio del 20/05/2009 dal Consigliere Dott. CARLO
PARMEGGIANT;

lette le conclusioni scritte del P.M. in persona del
SOSTITUTO PROCURATORE GENERALE Dott. VELARDI, con cui
chiede l'accoglimento del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

L'Agenzia delle Entrate di Caserta notificava alla società Quercia Nuova Gestione di Vitale Albino & c. s.a.s. avviso di accertamento, con il quale rettificava in aumento il reddito della società, di cui il Vitale era socio accomandatario, per l'anno 1995 da £ 20.121.000 a £ 124.321.000. Avverso l'accertamento proponeva ricorso la società in persona del socio accomandatario Vitale Albino, alla Commissione Tributaria Provinciale di Caserta, che lo respingeva. Su appello della società come sopra rappresentata, la Commissione Tributaria Regionale della Campania, osservava che: 1) Vitale Albino, unico socio accomandatario, era dichiarato fallito in proprio con sentenza del tribunale di S. Maria Capua Vetere n. 7211 del 27-10-1995; 2) la società cessava la attività in data 24-9-2001 per mancata ricostituzione della categoria dei soci accomandatari alla scadenza del termine di sei mesi ex art. 2323 c.c., senza fase di liquidazione non essendoci attività o passività pendenti; 3) la cessazione della attività in detti termini era comunicata alla Agenzia delle Entrate in data 5-10-2001; 4) l'accertamento alla società era emesso in data 18-10-2001 e notificato in data 24-10-2001 a Vitale Albino quale legale rappresentante della società medesima; 5) Vitale Albino, fallito fin dal 1995, aveva perduto per tale causa la capacità di amministrare la società e la rappresentanza legale della stessa. Riteneva pertanto la nullità dell'avviso a carico del socio ed accoglieva il ricorso. Avverso la sentenza N. 17/47/2005, in data 11.2.2005, propone ricorso per cassazione l'Agenzia delle Entrate, con un motivo. La società non ha svolto attività difensiva. Il P.G. ha concluso per la manifesta fondatezza del ricorso, ai sensi della sentenza di questa Corte, a Sezioni Unite, n. 14815 del 2008.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con l'unico motivo, l'Ufficio deduce la violazione, da parte della Commissione di appello, dell'art 2288 cc., 2323 c.c., in relazione all'art. 81 c.p.c ed all'art 360 n. 3 c.p.c., in quanto, se pure era vero che Vitale Albino dal 1995, in quanto fallito, non era legale rappresentante della società e che lo stato di liquidazione della stessa era stato tempestivamente comunicato agli uffici finanziari, nondimeno la società aveva agito in giudizio nei confronti dell'accertamento in persona dello stesso Vitale

Albino, sfornito per la causa di cui sopra di rappresentanza legale della società, per cui il ricorso era inammissibile; nullità rilevabile di ufficio. Formula quindi il seguente quesito di diritto: "l'accomandatario fallito non può proporre ricorso per la s.a.s. al giudice tributario pena la inammissibilità."

Il motivo non può trovare accoglimento. Fermo restando il generale principio della esclusione di diritto dalla società del socio fallito e della perdita da parte del socio accomandatario del potere di amministrazione e di rappresentanza legale della società conseguente alla dichiarazione di fallimento del medesimo, secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte il fallito è eccezionalmente abilitato ad esercitare la tutela giurisdizionale nei confronti di un atto impositivo alla luce della interpretazione sistematica del combinato disposto di cui all'art. 43 L. Fall (vigente *ratione temporis*) e del DPR n. 636 del 1972, art 16, conforme ai principi, costituzionalmente garantiti, (art. 24 cost. comma 1 e 2,) del diritto alla tutela giurisdizionale ed alla difesa (Cass. nn. 3667/97, 14987/2000, 6397/2002).

Occorre rammentare, a tal fine, che Vitale Albino era fallito in proprio, (il fallimento che lo coinvolgeva era quindi estraneo alla società) ; che la società aveva cessato la attività, senza fase di liquidazione e quindi senza nomina di liquidatore; che non esistevano altri soci accomandatari.

In tale situazione, deve convenirsi che a fronte di un innegabile interesse dell'(unico) accomandatario fallito a che fosse impugnato l'accertamento svolto nei confronti della società, non solo per i riflessi di ordine patrimoniale su tale organismo, ma per la ricaduta necessaria degli esiti dell'accertamento a proprio carico nonché a carico degli altri soci, ex art 5 TUIR, non esisteva, né poteva esistere nei termini utili per la impugnazione dell'atto impositivo, alcun soggetto in grado di rappresentare la società in giudizio (tantomeno i soci accomandanti: v. Cass. 21803 del 2006). Ne consegue che, in forza dei principi costituzionalmente garantiti di cui sopra, Vitale Albino, già accomandatario amministratore, conservava la rappresentanza giudiziale della società ai fini della impugnazione dell'atto impositivo.

Deve inoltre rammentarsi, a tale proposito, che alla dichiarazione di fallimento consegue per il fallito una perdita della capacità processuale che ha carattere non assoluto ma relativo, e può essere eccepita solo dal curatore, nell'interesse della massa dei creditori. Ne deriva che se nella inerzia del curatore il fallito agisce a tutela della società quale

rappresentante legale , il difetto di capacità processuale non può essere rilevato né su eccezione di controparte né di ufficio (v. Cass. 3400 del 1997, 5671 del 2006.) Il principio, evocato per la ipotesi che esista una procedura fallimentare che coinvolga la società ed in cui esiste un curatore, ben può essere ritenuto valido nel caso, come il presente, in cui il fallimento dell'accomandatario sia estraneo alla società e manchi pertanto una figura alternativa dotata di rappresentanza legale. Ne consegue, dunque, che l'Ufficio, creditore a titolo particolare della società, non può eccepire il difetto di capacità processuale dell'accomandatario fallito in proprio.

Tanto premesso, osserva la Corte che la controversia riguarda l'accertamento di maggior reddito ai fini ILOR a carico di una società di persone da cui discende un maggior reddito a fini IRPEF a carico dei soci. Al riguardo, deve essere riaffermato il seguente principio di diritto: " la unitarietà dell'accertamento che è (o deve essere) alla base della rettifica delle dichiarazioni dei redditi delle società ed associazioni di cui all'art.5 cit. TUIR e dei soci delle stesse (DPR n. 600 del 1973, art. 40) e la conseguente automatica imputazione dei redditi a ciascun socio proporzionalmente alla quota di partecipazione agli utili, indipendentemente dalla percezione degli stessi, comporta che il ricorso proposto da uno dei soci o dalla società anche avverso un solo avviso di rettifica, riguarda inscindibilmente la società ed i soci, (salvo che questi prospettino questioni personali) i quali tutti devono essere parte nello stesso processo, e la controversia non può essere decisa limitatamente ad alcuni soltanto di essi, (d.lgs. n. 546 del 1992, art. 14, comma 1) perché non ha ad oggetto la singola posizione debitoria dei ricorrenti, bensì la posizione inscindibilmente comune a tutti i debitori rispetto alla obbligazione dedotta nell'atto autoritativo impugnato, cioè gli elementi comuni della fattispecie costitutiva della obbligazione (Cass, SS.UU. 1052/2007); trattasi pertanto di fattispecie di litisconsorzio necessario originario, con la conseguenza che il ricorso proposto anche da uno soltanto dei soggetti interessati destinatario di un atto impositivo, apre la strada al giudizio necessariamente collettivo ed il giudice adito in primo grado deve ordinare la integrazione del contraddittorio (a meno che non si possa disporre la riunione dei ricorsi proposti separatamente, ai sensi del d.lgs. n. 546 del 1992, art. 29); il giudizio celebrato senza la partecipazione di tutti i litisconsorzi necessari è nullo per violazione del contraddittorio di cui agli artt. 101 c.p.c. ed art 111 Cost. comma 2, e


trattasi di nullità che può e deve essere rilevata in ogni stato e grado del procedimento, anche di ufficio (Cass. SS.UU. 14815 del 2008). Dato che nel caso di specie il giudizio è stato celebrato senza che fosse disposta né la integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i litisconsorti necessari, né la riunione dei ricorsi separatamente proposti dalla società e dai soci, il ricorso deve essere accolto, in quanto l'intero rapporto processuale si è sviluppato in violazione del d. lgs. N. 546 del 1992, art. 14; deve quindi essere cassata la sentenza impugnata e l'intero giudizio, e la causa deve essere rinviata alla Commissione Tributaria Provinciale adita, per la celebrazione del giudizio di primo grado. Il giudice di rinvio dovrà disporre la integrazione del contraddittorio, ai sensi dell'art. 14 DLGS 546/92. Le spese del giudizio devono essere compensate.

P.Q.M.

La Corte, decidendo sul ricorso della Agenzia, cassa la sentenza impugnata, annulla l'intero giudizio e rinvia la causa innanzi alla Commissione Tributaria Provinciale di Caserta. Compensa le spese dell'intero giudizio.

Così deciso in Roma, il 20 maggio 2009.

Il Consigliere est.



Il Presidente



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
IL 25 GIU. 2009

IL CANCELLIERE
Marcello Baragona



IL CANCELLIERE
Marcello Baragona

