



TRIBUNALE DI CATANIA

SEZIONE FALLIMENTARE

Comunicazione per gli avvocati ed i dottori commercialisti che svolgono funzione di curatore in tema di: **legittimazione attiva del lavoratore in materia di contribuzione in favore dei fondi complementari.**

Si inaugura con la presente circolare un nuovo servizio di informazione ai professionisti al fine di garantire la conoscenza degli indirizzi giurisprudenziali della sezione più significativi in termini di complessità e rilevanza della questione giuridica, di impatto socio-economico ovvero di rilievo sotto il profilo statistico giudiziario.

Nella camera di consiglio del 3 maggio 2018 è stata esaminata la questione in oggetto.

In data 23 maggio 2018 è stata depositata la relativa motivazione.

Si trasmette la parte motiva di relativo interesse generale.

IL TRIBUNALE DI CATANIA

SEZIONE FALLIMENTARE

riunito in camera di consiglio, nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. Mariano Sciacca

Presidente

dott. Lucia De Bernardin

Giudice

dott. Alessandra Bellia

Giudice Relatore

DECRETO

nel giudizio di opposizione allo stato passivo del fallimento n. **/** della *omissis*

TRA
omissis
CONTRO
omissis

...

Tutto ciò premesso,

rilevato che va in via preliminare dichiarata la contumacia della curatela;

che, quanto alla domanda afferente il TFR, va in via preliminare affrontata la questione in merito alla legittimazione attiva in capo al lavoratore;

che quanto al dato normativo esso è posto dall'art. 8 del d.lgs. 252/05 (Disciplina delle forme pensionistiche complementari.) che, al primo comma, prevede che il finanziamento alla previdenza complementare possa avvenire in due modi: o con il versamento di contributi a carico del datore di lavoro e del lavoratore ovvero con il conferimento del t.f.r. maturando;

che per quest'ultimo caso la legge (comma 7 art. cit.) prevede modalità esplicite o tacite del conferimento – “ Il conferimento del TFR maturando alle forme pensionistiche complementari comporta l'adesione alle forme stesse e avviene, con cadenza almeno annuale, secondo:

a) modalità esplicite: entro sei mesi dalla data di prima assunzione il lavoratore, può conferire l'intero importo del TFR maturando ad una forma di previdenza complementare dallo stesso prescelta; qualora, in alternativa, il lavoratore decida, nel predetto periodo di tempo, di mantenere il TFR maturando presso il proprio datore di lavoro, tale scelta può essere successivamente revocata e il lavoratore può conferire il TFR maturando ad una forma pensionistica complementare dallo stesso prescelta;

b) modalità tacite: nel caso in cui il lavoratore nel periodo di tempo indicato alla lettera a) non esprima alcuna volontà, a decorrere dal mese successivo alla scadenza dei sei mesi ivi previsti:

1) il datore di lavoro trasferisce il TFR maturando dei dipendenti alla forma pensionistica collettiva prevista dagli accordi o contratti collettivi, anche territoriali, salvo sia intervenuto un diverso accordo aziendale che preveda la destinazione del TFR a una forma collettiva tra quelle previste all'articolo 1, comma 2, lettera e), n. 2), della legge 23 agosto 2004, n. 243; tale accordo deve essere notificato dal datore di lavoro al lavoratore, in modo diretto e personale;

2) in caso di presenza di più forme pensionistiche di cui al n. 1), il TFR maturando è trasferito, salvo diverso accordo aziendale, a quella alla quale abbia aderito il maggior numero di lavoratori dell'azienda;

3) qualora non siano applicabili le disposizioni di cui ai numeri 1) e 2), il datore di lavoro trasferisce il TFR maturando alla forma pensionistica complementare individuata con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale dei diversi comparti del settore privato 2;

c) con riferimento ai lavoratori di prima iscrizione alla previdenza obbligatoria in data antecedente al 29 aprile 1993:

1) fermo restando quanto previsto all'articolo 20, qualora risultino iscritti, alla data di entrata in vigore del presente decreto, a forme pensionistiche complementari in regime di contribuzione definita, è consentito scegliere, entro sei mesi dalla predetta data o dalla data di nuova assunzione, se successiva, se mantenere il residuo TFR maturando presso il proprio datore di lavoro, ovvero conferirlo, anche nel caso in cui non esprimano alcuna volontà, alla forma complementare collettiva alla quale gli stessi abbiano già aderito;

2) qualora non risultino iscritti, alla data di entrata in vigore del presente decreto, a forme pensionistiche complementari, è consentito scegliere, entro sei mesi dalla predetta data, se mantenere il TFR maturando presso il proprio datore di lavoro, ovvero conferirlo, nella misura già fissata dagli accordi o contratti collettivi, ovvero, qualora detti accordi non prevedano il versamento del TFR, nella misura non inferiore al 50 per cento, con possibilità di incrementi successivi, ad una forma pensionistica complementare; nel caso in cui non esprimano alcuna volontà, si applica quanto previsto alla lettera b”;

ritenuto, dunque, che nel caso in cui il lavoratore non dichiari espressamente di volere mantenere il t.f.r. presso il datore di lavoro (scelta, solo quest'ultima, sempre revocabile) si realizza, nella sostanza, una ipotesi di cessione ex lege del credito del lavoratore verso il datore di lavoro per le quote del t.f.r. maturando in favore del fondo prescelto o, in ultima istanza, del fondo complementare istituito presso l'INPS;

che il vantaggio consisterebbe nella maggiore remuneratività del capitale, perché investito nel mercato finanziario, e nel vantaggio fiscale, sotto forma di diverse possibilità di dedurre i contributi dal reddito complessivo;

che per quanto qui di interesse la questione della natura giuridica dei versamenti effettuati dal datore di lavoro per la previdenza complementare è stata affrontata più volte, ed anche di recente, dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 19792/15) con due pronunce a Sezioni Unite (SS.UU. 4684, 4949/15; SS.UU. 6928/18) che confermano - sebbene non all'esame diretto fosse la questione della legittimazione attiva a chiedere il pagamento dei contributi omessi dal datore di lavoro - la natura giuridica previdenziale e non retributiva dei versamenti dovuti alle forme pensionistiche complementari;

che conseguenza immediata e diretta di tale indirizzo interpretativo è che il relativo credito non gode né del privilegio ai sensi dell'art. 2751 bis n. 1) c.c., in quanto non si tratta di un credito retributivo, né del privilegio previsto dagli artt. 2753 e 2754 c.c. (che nell'impianto originario del codice civile disciplinavano, rispettivamente, i crediti dell'INPS e dell'INAIL) in quanto queste ultime norme, per giurisprudenza granitica, riguardano esclusivamente le forme di previdenza obbligatorie;

che la mancanza del nesso di corrispettività tra contribuzione e prestazione lavorativa costituisce la ragione principale che osta alla qualificazione della natura giuridica del versamento alla forma complementare quale retribuzione direttamente esigibile dal prestatore di lavoro nei confronti del proprio datore di lavoro;

che, ancora, l'obbligo del datore al versamento del contributo o del t.f.r. maturando sussiste nei confronti del fondo (non già del lavoratore) e nasce da un rapporto contrattuale distinto dal rapporto di lavoro subordinato, che ne è un mero presupposto ma non la fonte;

che come messo in evidenza da Cass. 19792/15, la mancanza del nesso di corrispettività trova conferma in due corollari che costituiscono, a loro volta, valide ragioni per negare la legittimazione attiva del lavoratore a pretendere il pagamento -in suo favore- dei contributi o del t.f.r. maturando non versati:

1) "in caso di cessazione del rapporto di lavoro senza diritto alla pensione integrativa, il lavoratore non ha diritto alla restituzione dei contributi versati dal datore di lavoro, e che"

2) "questi ultimi, a differenza di altri benefits, costituiscono oggetto di un'obbligazione non monetizzabile direttamente a favore del prestatore di lavoro.";

che né, in senso contrario, potrebbe soccorrere quanto sostenuto da una parte della giurisprudenza di merito secondo cui il lavoratore disporrebbe della possibilità di esercitare l'azione surrogatoria, in quanto, sebbene vero in linea generale, è stato correttamente osservato, con riguardo alla particolare disciplina della verifica dello stato passivo, che non è possibile realizzare il litisconsorzio con un terzo (necessario ai sensi dell'art. 2900, comma 2, c.c.), in sede di ammissione allo stato passivo del fallimento;

che del resto le conclusioni circa la natura giuridica dei versamenti dovuti dal datore di lavoro e sulle relative conseguenze in tema di legittimazione attiva sono confermate anche dall'impianto normativo del d.lgs. 252/2005;

che ai sensi dell'art. 11 d.lgs. cit.: "Il diritto alla prestazione pensionistica si acquisisce al momento della maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni stabiliti nel regime obbligatorio di appartenenza" e si rileva, inoltre che, ai sensi del comma 10 del medesimo art., le prestazioni pensionistiche erogate dai fondi complementari, sotto forma di capitale o rendita, godono "degli stessi limiti di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità in vigore per le pensioni a carico degli istituti di previdenza obbligatoria", "ferma restando [da un canto l'assoluta] l'intangibilità delle posizioni individuali costituite presso le forme pensionistiche complementari nella fase di accumulo" [e d'altro canto che] "i crediti relativi alle somme oggetto di riscatto totale e parziale e le somme oggetto di anticipazione di cui al comma 7, lettere b) e c), non sono assoggettate ad alcun vincolo di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità.";

che le stesse forme di riscatto non sono affatto illimitate, ma subordinate ad un periodo di inoccupazione da un minimo di 12 mesi, per il riscatto parziale, sino a 48 mesi, per quello totale;

che, ancora, con l'art. 5 del d.lgs. 80/1992 è stato istituito un apposito Fondo di garanzia presso l'INPS "contro il rischio derivante dall'omesso o insufficiente versamento da parte dei datori di lavoro sottoposti a una delle procedure di cui all'art. 1 [tra cui il fallimento dell'imprenditore] dei contributi dovuti per forme di previdenza complementare di cui all'art. 9-bis del decreto-legge 29 marzo 1991, n. 103, convertito, con modificazioni, nella legge 1^o giugno 1991, n. 166, per prestazioni di vecchiaia," e ai sensi del quale "2. Nel caso in cui, a seguito dell'omesso o parziale versamento dei contributi di cui al comma 1 ad opera del datore di lavoro, non possa essere corrisposta la prestazione alla quale avrebbe avuto diritto, il lavoratore, ove il suo credito sia rimasto in tutto o in parte insoddisfatto in esito ad una delle procedure indicate al comma 1, può richiedere al Fondo di garanzia di integrare presso la gestione di previdenza complementare interessata i contributi risultanti omessi.

3. Il Fondo è surrogato di diritto al lavoratore per l'equivalente dei contributi omessi, versati a norma del comma 2.";

che a ben vedere l'ultimo comma prevede un tipo di surrogazione speciale che è stata utilizzata a sostegno della tesi favorevole al riconoscimento della legittimazione attiva in capo al lavoratore, in quanto sembrerebbe configurare, ad una prima analisi, un diritto esistente ed immediatamente azionabile da parte di quest'ultimo;

che, tuttavia, va rilevato come nella strutturazione sintattica della norma la surrogazione è di diritto e non è espressamente prevista per il diritto del lavoratore (che rimane sempre e solamente quello alla prestazione previdenziale), ma al contrario, la surrogazione avviene limitatamente per l'equivalente dei contributi omessi;

che d'altra parte il legislatore non avrebbe potuto prevedere altrimenti in quanto la complessità della fattispecie sconta da un lato, non soltanto la difficoltà originata dalla plurisoggettività, ma anche, sotto altro profilo, la problematicità originata dalla plurioggettività della prestazione, ovvero del diritto di credito;

che quest'ultimo, infatti, non è unico ma, al contrario, è duplice ed è, allo stesso tempo, interconnesso: con riguardo al fondo complementare viene in rilievo il diritto di credito verso il datore di lavoro al versamento dei contributi o del t.f.r. maturando (che costituirà l'accumulo in favore del lavoratore), diritto al quale corrisponderà poi l'obbligo di erogare la prestazione previdenziale al lavoratore maturati i requisiti; con riguardo al lavoratore viene in rilievo non solo il suo diritto alla erogazione della prestazione definitiva verso il fondo, laddove i contributi siano stati versati o il t.f.r. conferito, ma anche il diverso diritto, questa volta verso il datore di lavoro, di pretendere da quest'ultimo il versamento dei contributi in favore del fondo (così come il diritto al risarcimento del danno per l'omessa o minore prestazione previdenziale in caso di omissione, cfr. Cass. 2015 cit.), se non anche, nei confronti del fondo stesso, per non avere esercitato i propri diritti o per averli lasciati prescrivere;

che in questo quadro la surrogazione del Fondo di garanzia presso l'INPS nei diritti del lavoratore – derivante dall'obbligo di legge di ricostituire la posizione individuale del lavoratore presso il fondo complementare – non potrebbe mai avvenire, all'evidenza, con riferimento alla prestazione previdenziale finale ma, ovviamente, per l'equivalente dei contributi omessi che, da un canto, ne costituiscono il presupposto e, dall'altro canto, esprimono pure la misura dell'intervento in garanzia e, in definitiva, il danno effettivo per l'Istituto previdenziale;

che, dunque, ciò non potrà mai volere dire che il lavoratore abbia, al contrario, il diritto di apprendere direttamente al proprio patrimonio i contributi omessi dal datore di lavoro ma, piuttosto, vanta semmai il distinto diritto di pretenderne il pagamento verso un soggetto terzo e che è rispetto a quest'ultimo diritto che si surroga il Fondo di garanzia in caso di inadempimento datoriale;

che, infatti, nel primo caso, qualora si riconoscesse la legittimazione attiva del lavoratore a chiedere, per se stesso, l'ammissione dei contributi omessi o del t.f.r. maturando, ne deriverebbe inevitabilmente, in caso di utile riparto, l'apprensione definitiva della somma al proprio patrimonio, con l'ulteriore conseguenza non solo di ottenere un risultato opposto rispetto a quello previsto dalla legge che, come detto prima, non consente mai la monetizzazione dell'accumulo; ma inoltre, con il pericolo di determinare imprevedibili contraccolpi nel sistema economico nazionale del finanziamento, per come strutturato dal legislatore, in favore del secondo e del terzo pilastro della previdenza complementare;

che, tuttavia, tale diritto, come prima accennato, non trova diretta tutela nella disciplina della verifica dello stato passivo del fallimento, in quanto non è qui possibile realizzare il litisconsorzio né, sarebbe possibile, una pronuncia di ammissione del credito chiesto da un soggetto istante (il lavoratore) non in proprio favore ma in favore di un terzo (il fondo complementare), rimasto inerte;

che restano salve eventuali azioni di risarcimento del danno in favore del lavoratore ed in ragione della lesione all'aspettativa della prestazione previdenziale individuale, tanto nei confronti dell'imprenditore in bonis, inadempiente all'obbligo, derivante dalla legge e dal contratto, di versare la contribuzione; quanto nei confronti del fondo per non avere azionato i propri diritti nei confronti del datore di lavoro; che, dunque, quanto alla quota parte di TFR la domanda non può trovare accoglimento per il difetto di legittimazione attiva in capo alla parte opponente avendo egli optato per il conferimento del TFR presso il fondo complementare omissis ;

che, di converso quanto alle retribuzioni, la produzione del CCNL, unitamente alle già prodotte buste paga, consente l'integrale ammissione della domanda per i residui omissis;

che data la contumacia della curatela le spese vanno dichiarate irripetibili;

p.t.m.

definitivamente pronunciando nella causa iscritta al n. r.g. */*così statuisce:

ammette omissis al passivo del fallimento omissis. per l'ulteriore importo di omissis oltre rivalutazione sino alla data di esecutività dello stato passivo ed interessi sino al riparto, il tutto al privilegio ex art. 2751 bi n. 1 e gli interessi nei limiti dell'art. 2749 c.c.;

rigetta per il resto la domanda per difetto di legittimazione attiva.

Spese irripetibili.

Così deciso in Catania all'esito della camera di consiglio del 3/05/2018.

IL GIUDICE RELATORE

Alessandra Bellia

IL PRESIDENTE

Mariano Sciacca

DEPOSITATO TELEMATICAMENTE

EX ART. 15 D.M. 44/2011.

Disposizioni organizzative conseguenti:

- Si trasmetta ai Sig.ri Curatori fallimentari, al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Catania e al Consiglio dell'Ordine dei dottori commercialisti ed esperti contabili;
- Si pubblichi sulla homepage del sito del Tribunale di Catania e nella sezione riservata alla sezione fallimentare.

Catania, 24.5.2018

Il Presidente di sezione

Dott. Mariano Sciacca

