

# Contratto di mandato e diritto di credito a titolo di TFR: tra natura contrattuale, contributiva e retributiva dell'obbligo di versamento

di G. M. Marsico - 23 Ottobre 2023

La Corte di Cassazione, nella sentenza *de qua* (10 luglio 2023, n. 19510) prende le mosse, sul piano sistematico, dalla distinzione dei rapporti tra lavoratore e datore di lavoro e tra lavoratore e Fondo di Previdenza Complementare – di natura contrattuale per il conseguimento, da parte del lavoratore medesimo, attraverso l'investimento da parte del Fondo, di una prestazione previdenziale integrativa.

Nel primo caso, il lavoratore trae, con una parte della propria retribuzione, le risorse per la contribuzione o il conferimento delle quote di T.F.R. maturando; nella seconda ipotesi, invece, il datore di lavoro assume l'obbligo, sulla base di un mandato ricevuto dal lavoratore e salvo che non risulti dallo statuto del Fondo una cessione del credito, di accantonare e versare ad esso la contribuzione o il T.F.R. maturando conferito (Spiotta, *Il nuovo programma di liquidazione e la sua attuazione*, in Jorio – Sassani, *Trattato delle procedure concorsuali*, III, Milano, 2016, p. 341, riteneva che l'introduzione del termine lungo di 180 giorni – che secondo l'a. di prassi finiva per scadere in concomitanza o poco dopo la prima udienza di verifica del passivo – aveva sostanzialmente risolto il dibattito dottrinale circa la natura perentoria od ordinatoria del termine iniziale di 60 giorni: in argomento v. Miccolis, *La liquidazione dell'attivo*, in Vassalli – Luiso – Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, II, Torino, 2014, p. 685 ss., e Gallone, *La liquidazione dell'attivo*, in Cagnasso – Panzani (diretto da), *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, Torino, 2016, p. 1784 ss., cui si rinvia per altri riferimenti).

Fino al compimento del versamento da parte del datore di lavoro, la contribuzione o le quote di T.F.R. maturando conferite, accantonate presso il datore di lavoro medesimo, hanno natura retributiva, mentre ha natura previdenziale la prestazione previdenziale integrativa erogata al lavoratore dal Fondo di Previdenza Complementare.

Il mancato versamento, da parte del datore di lavoro insolvente, della contribuzione o delle quote di T.F.R. maturando conferite, accantonate su mandato del lavoratore con il vincolo di destinazione del loro versamento al Fondo di Previdenza Complementare, comporta, per la risoluzione per inadempimento del mandato, il ripristino della disponibilità piena in capo al lavoratore delle risorse accantonate, di natura retributiva: posto che esse assumono natura previdenziale soltanto all'attuazione del vincolo di destinazione, per effetto del suo adempimento.

La Suprema Corte ha fatto proprio un precedente orientamento per cui caratteristica peculiare della previdenza complementare, ancorché funzionalizzata è l'autonomia. Ciò si trae

principalmente dalle previsioni, secondo cui l'adesione alle forme pensionistiche complementari è libera e volontaria. Si è, altresì, ribadito che le fonti istitutive delle forme pensionistiche complementari, nella varia modulazione negoziale collettiva e regolamentare stabiliscono le modalità di partecipazione, garantendo la libertà di adesione individuale". In estrema sintesi ed esclusivamente ai fini qui d'interesse, la disciplina delle forme pensionistiche complementari ne stabilisce un finanziamento attuabile mediante versamento di contributi a carico del lavoratore, del datore di lavoro o del committente e attraverso il conferimento del T.f.r. maturando. Esse costituiscono risorse che i fondi di pensione gestiscono secondo le modalità previste dall'art. 6 e provvista per le prestazioni erogate a norma dell'art. 11 (Su cosa si intenda per liquidazione, vedasi Meta, *Esercizio provvisorio e liquidazione dell'attivo*, in Caiafa-Romeo (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Padova, 2014, p. 45, al quale si rinvia per ulteriori riferimenti dottrinali, che ricordava l'esistenza di due tesi al riguardo: secondo un primo orientamento, l'attività di liquidazione consisteva solo nella conversione in denaro dei beni del fallito effettuata per mezzo delle vendite fallimentari; secondo una opposta concezione, invece, la liquidazione era la monetizzazione del patrimonio del fallito in qualunque forma realizzata, ivi inclusa l'esazione dei crediti e l'incasso di interessi e frutti).

A temperamento della rigidità degli effetti conseguenti alla scelta di adesione al fondo previsti dall'art. 11 (che vincola la partecipazione individuale fino alla maturazione, a norma del secondo comma, dei requisiti per la riscossione delle prestazioni pensionistiche, salva la previsione statutaria o regolamentare del fondo della possibilità di riscatto della posizione individuale ai sensi dell'art. 14, co. 1; con facoltà di ottenere anticipazioni della posizione individuale maturata, a norma del settimo comma dell'art. 11) e in funzione incentivante la partecipazione dei lavoratori, si prevede la "portabilità" dell'intera posizione individuale, ossia la facoltà del suo trasferimento ad un'altra forma, così potendo essi scegliere le più convenienti opportunità di impiego nel risparmio previdenziale. La questione più delicata è indubbiamente quella del conferimento del T.f.r., che comporta l'adesione alle forme ressa o tacita. Ed infatti, nell'ipotesi di insolvenza del datore di lavoro che abbia provveduto ad accantonare il T.f.r. conferito al fondo di previdenza complementare, senza tuttavia versarlo, si pone il problema di individuare, nell'ambito del rapporto associativo tra lavoratore e fondo, intermediato dal datore di lavoro quale debitore delle quote tempo per tempo maturate, il soggetto che abbia diritto ad insinuare allo stato passivo la pretesa creditoria – tenuto anche conto della previsione di intervento del Fondo di Garanzia dell'Inps, a norma dell'art. 5, secondo comma d. lgs. 80/1992, nel caso di omissione contributiva del datore di lavoro soggetto a procedura concorsuale (Cass. 15 febbraio 2019, n. 4626).

La Corte medesima ha ribadito che, in tema di fondi pensione complementari, le regole civilistiche dettate in tema di delegazione di pagamento e di sua revoca sarebbero incompatibili con la disciplina speciale stabilita dal d.lgs. 252/2005, essendo demandata agli statuti dei fondi, a norma dell'art. 14 d.lgs. cit., l'individuazione delle modalità di trasferimento ad altre forme pensionistiche, nonché di riscatto totale e parziale.

Il fallimento del datore di lavoro, quale mandatario del lavoratore, comporta lo scioglimento del contratto di mandato, ai sensi dell'art. 78, secondo comma l. fall. e il ripristino della titolarità, spettante di regola al lavoratore, così legittimato ad insinuarsi allo stato passivo, salvo che dall'istruttoria emerga che vi sia stata una cessione del credito in favore del Fondo di

Previdenza Complementare, cui in tal caso spetta la legittimazione attiva ai sensi dell'art. 93 l. fall (Perrino, *Programma di liquidazione e tecniche di cessione in blocco*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 1091; Frascaroli Santi, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2016, p. 587), già nella vigenza dell'art. 104-ter L. Fall. Si riteneva, al contempo, sempre possibile per il curatore avvalersi della collaborazione, ferma la propria responsabilità, di esperti che lo aiutassero nella predisposizione di parti del programma; Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, p. 300. La conclusione sembra da confermare anche con il CCI: la competenza esclusiva del curatore, invero, con riferimento al programma di liquidazione, trova ulteriore supporto nella mancata riproposizione del disposto di cui al 4° comma dell'art. 104-ter L. Fall., che consentiva al Giudice Delegato di autorizzare il curatore a delegare ad altri professionisti o società specializzate alcune prerogative della procedura di liquidazione dell'attivo. Questa norma – che consentiva al curatore di prevedere all'interno del programma, o di delegare prima ancora di aver predisposto il programma, talune incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo – per la verità era stata ritenuta da alcuni. Vedasi, sul punto, anche Gallone, *La liquidazione*, cit., p. 1807; Ceniccola, *Il programma di liquidazione*, in Celentano – Forgillo (a cura di), *Fallimento e concordati*, Torino, 2008, p. 719, meramente confermativa di quello che il curatore poteva già fare ai sensi dell'art. 107, 1° comma, L. Fall., che prevedeva che le vendite poste in essere in esecuzione del programma di liquidazione potessero essere effettuate dal curatore tramite procedure competitive avvalendosi di soggetti specializzati. Poiché la disposizione di cui all'art. 107, 1° comma, L. Fall. è stata riproposta sostanzialmente identica nel nuovo art. 216, comma 2, CCI, forse la ragione della mancata riproposizione del 4° comma dell'art. 104-ter L. Fall. nel corpo dell'art. 213 CCI è da rinvenire nel fatto che il potere di delegare a professionisti o società specializzate incombenze della procedura di liquidazione resta comunque in capo al curatore con specifico riferimento alle operazioni di vendita).

La pronuncia in analisi ha ribadito che “portabilità” e “riscatto” integrano un «principio generale del sistema previdenziale complementare e rappresentano un “diritto” applicabile «a tutti i fondi complementari preesistenti all'entrata in vigore della legge n. 421/1992, indipendentemente dalle loro caratteristiche strutturali, essendo comunque ravvisabile una posizione individuale di valore determinabile, la cui consistenza va parametrata ai contributi versati al Fondo, compresi quelli datoriali ed ai rendimenti provenienti dal loro impiego produttivo» (Cass. s.u. 14 aprile 2022, n. 12209), una recentissima sentenza di questa Corte, diffusamente ed approfonditamente argomentata – previamente riconosciuta la sintonia del diritto alla portabilità e al riscatto con l'assetto dato dal legislatore delegato al sistema previdenziale integrativo, mediante i decreti legislativi n. 124 del 1993 e n. 252 del 2005, con l'obiettivo di “«favorire la reale liberalizzazione dei diversi veicoli pensionistici complementari e l'affermazione piena di una reale consapevolezza del risparmiatore nella scelta dello strumento ritenuto più idoneo alla realizzazione della copertura previdenziale», in una cornice normativa volta ad ampliare le libertà di scelta dei lavoratori iscritti alle forme pensionistiche complementari, coerentemente con l'estensione dei margini di libera circolazione nel sistema della previdenza complementare e in una logica di sviluppo, in senso compiutamente europeo, della disciplina nazionale»” (Cass. 7 giugno 2023, n. 16116; Cass. s.u. 14 aprile 2022, n. 12209) – ha ritenuto “inidonee” le argomentazioni del precedente di questa Corte n. 2406 del 2022, peraltro

riguardanti “solo incidentalmente il tema dell’accantonamento del t.f.r., a superare il pregresso orientamento”, cui ha pertanto inteso dare continuità (Cass. 7 giugno 2023, n. 16116),

La pronuncia in oggetto, in tema di previdenza complementare, ha dato la stura alla considerazione per cui il generico riferimento “conferimento” del T.f.r. maturando alle forme pensionistiche complementari lascia aperta la possibilità che le parti, nell’esplicazione dell’autonomia negoziale loro riconosciuta dall’ordinamento, pongano in essere non già una delegazione di pagamento (art. 1268 cod. civ.), bensì una cessione di credito futuro (art. 1260 cod. civ.). In caso di fallimento del datore di lavoro, la legittimazione ad insinuarsi al passivo per le quote di T.f.r. maturate e accantonate ma non versate al Fondo di previdenza complementare spetta, di regola, al lavoratore, stante lo scioglimento del rapporto di mandato in cui si estrinseca la delegazione di pagamento al datore di lavoro, salvo che dall’istruttoria emerga che vi sia stata una cessione del credito in favore del Fondo predetto, cui in quel caso spetta la legittimazione attiva ai sensi dell’art. 93 legge fall. (Cass. 7 giugno 2023, n. 16116).

Il riflesso concorsuale della qualificazione operata comporta che, nel caso del fallimento del datore di lavoro, quale mandatario del lavoratore, il contratto di mandato si sciogla, a norma dell’art. 78, secondo comma I. fall., nel testo *ratione temporis* vigente di applicazione del d.lgs. 5/2006 (Cass. 22 ottobre 2013, n. 23894; Cass. 17 gennaio 2017, n. 973, in più specifico riferimento ad ipotesi di fallimento della società capogruppo, costituita mandataria dell’altra, ai sensi dell’art. 23, del d.lgs. 416/1991, in tema di appalto di opere pubbliche stipulato da imprese riunite in associazione temporanea). E ciò sul presupposto di una varietà di ragioni (le principali delle quali: il venir meno del rapporto fiduciario tra mandatario e mandante, alla base della designazione, non adeguatamente tutelato nel fallimento, in caso di responsabilità del mandatario; l’incompatibilità tra esecuzione del mandato e vincoli imposti dalla procedura nell’amministrazione e nella liquidazione del suo patrimonio; la perdita di disponibilità del patrimonio da parte del fallito; l’infungibilità soggettiva della prestazione, tipica del mandato, preclusiva del subentro del curatore), tutte convergenti nell’obiettivo improseguibilità del rapporto (Mastrogiacomo, *La liquidazione dell’attivo*, cit., p. 66, per il quale era evidente che non sarebbe stato sempre possibile evidenziare, nel ristretto termine di 60 giorni, con la dovuta completezza anche sotto il profilo del possibile risultato economico raggiungibile, le possibili azioni da compiere e le prospettive di concreto recupero dei crediti, implicanti spesso indagini non solo approfondite da un punto di vista giuridico, ma anche sulla solvibilità dei potenziali debitori: l’a. riteneva pertanto ammissibile una certa genericità del programma sul punto, pur riconoscendo che la stessa sembrava tuttavia esclusa dal dato normativo, e/o la prorogabilità del termine di deposito comprovata da validi motivi).

Sicché, lo scioglimento del contratto di mandato implica il ripristino della titolarità piena delle risorse, con esso affidate in gestione vincolata nella destinazione, in capo al lavoratore mandante, così legittimato ad insinuarsi allo stato passivo del fallimento del mandatario, suo datore di lavoro, fallito.

In particolare, per effetto dello scioglimento del contratto di mandato, il lavoratore viene legittimato a far valere non il diritto al T.f.r. in sé considerato (che non è parcellizzabile prima della sua maturazione, alla cessazione del rapporto di lavoro), ma il diritto al versamento della quota accantonata, insito nella normativa applicata, che, per quanto oltre diffusamente

spiegato, mantiene natura retributiva. Diversamente, non si spiegherebbe perché al lavoratore, che ha aderito al fondo si finisca per applicare una disciplina diversa da quella generale di cui all'art. 2120 c.c.

Giuseppe Maria Marsico, dottorando di ricerca in diritto privato e dell'economia e funzionario giuridico-economico-finanziario

Visualizza il documento: [Cass., 10 luglio 2023, n. 19510](#)