

Sentenza n.

Registro generale Appello Lavoro n. 613/2017



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

La Corte d' Appello di Milano, sezione lavoro, composta da:

Dott.ssa Monica VITALI

Presidente

Dott. Giovanni CASELLA

Consigliere rel.

Avv. Francesca BEONI

Giudice Ausiliario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado d'appello avverso la sentenza del Tribunale di Como n. 47/2017, est. Dott. Ortore, discussa all'udienza collegiale del 22-1-2019 e promossa

DA

I.N.P.S. - ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Milano presso lo studio dell'Avv. Mirella Mogavero, in via Savarè n. 1 (Ufficio Legale Distrettuale dell'INPS)

APPELLANTE

CONTRO

[REDACTED] rappresentato e difeso dall'Avv. Roberta Palotti, ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Milano, Via Donatello n. 21

APPELLATO

I procuratori delle parti, come sopra costituiti, così precisavano le

CONCLUSIONI

PER L'APPELLANTE:

"respingere, in quanto infondata in fatto ed in diritto, la domanda dell'appellato, riformando parzialmente la sentenza n. 47/2017, notificata l'11/5/2017, del Tribunale di Como, sezione lavoro, emessa il 03.4.2017, nella causa iscritta al numero di RG 349/2016 nei punti e secondo le modalità esposte nel presente atto. Con condanna di controparte alle spese di entrambi i gradi di giudizio."

PER L'APPELLATO:

"nel merito, respingere il ricorso in appello proposto dall'Inps con integrale conferma della sentenza n. 47/2017 resa dal Tribunale di Como, pubblicata in data 03.04.2017. Con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa da distrarsi in favore dell'avvocato antistatario."

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO



Con ricorso telematico del 25-3-2016, ██████████ ha evocato l'INPS avanti il Tribunale di Como per far accertare il suo diritto al pagamento da parte del Fondo di Garanzia delle ultime tre retribuzioni e del TFR, per complessivi euro 5.655,72, evidenziando, in particolare, di essersi insinuato nel fallimento della società ██████████ srl, sua datrice di lavoro dal 2-5-2013 al 24-8-2013, dichiarata fallita con sentenza del 24-1-2014 del Tribunale di Como, il quale in data 31-3-2014 aveva però dichiarato la chiusura della procedura ex art 118, n. 4, RD 267/1942 per insussistenza dell'attivo.

Il ricorrente insisteva nella fondatezza della propria pretesa assumendo che, pur non essendosi potuto munire di un titolo esecutivo a causa del fallimento della società e per la chiusura del fallimento, il proprio credito fosse dimostrato dalla documentazione prodotta (buste paga e CUD).

L'INPS si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso in quanto – a suo avviso – non sussistevano i requisiti per l'accoglimento delle domande, in assenza di entrambi i presupposti richiesti in via alternativa dall'art 2 l. 297/1982 e cioè l'ammissione nello stato passivo del credito del lavoratore o l'esito negativo dell'esecuzione forzata nei confronti del datore di lavoro, che implicava necessariamente che il lavoratore si fosse munito di un titolo esecutivo.

Il Tribunale di Como (dott. Ortore), con sentenza n. 47/2017, accoglieva il ricorso, ritenendo che il mancato accertamento del credito del ricorrente nella procedura concorsuale fosse dipeso unicamente dall'anticipata chiusura del fallimento, avvenuta senza l'approvazione dello stato passivo, e che il fallimento intervenuto poco dopo il licenziamento avesse impedito al ricorrente di munirsi di un titolo esecutivo, "la cui mancanza però non pare costituire un ostacolo al subentro dell'Inps nel debito della società fallita". Ad avviso del Tribunale, invero, "la legge consente all'Inps di contestare il credito del lavoratore – diversamente dal caso di ammissione al passivo fallimentare (...) – quando il datore di lavoro non sia soggetto a fallimento (...). Di conseguenza, il titolo esecutivo ottenuto dal lavoratore è solo il necessario presupposto per la successiva azione esecutiva, mentre l'unica condizione richiesta per l'intervento del Fondo di garanzia è un'esecuzione non completamente soddisfattiva. "essendo la stessa legge a prevedere la possibilità che l'accertamento del credito del lavoratore nei confronti dell'Inps possa formarsi in un successivo giudizio, la preesistenza di un titolo giudiziale, ottenuto dal lavoratore nei confronti del suo datore di lavoro (non direttamente opponibile all'Inps), non può condizionare l'intervento del Fondo di garanzia".

Avverso tale sentenza ha proposto appello l'INPS, che ha ribadito come l'intervento del Fondo di Garanzia (oggi, Gestione prestazioni temporanee INPS) sia consentito solo a seguito di preventiva, infruttuosa, escussione del datore di lavoro, soggetto obbligato in via principale (come previsto dal comma 5 del citato art. 2, L. 297/82). La preventiva escussione, a sua volta, può attuarsi, per espresso dettato normativo, o tramite esperimento di una esecuzione individuale,



oppure, per i soggetti fallibili, mediante ammissione del credito per T.F.R. e per ultime tre mensilità di retribuzione (L. 428/98), al passivo fallimentare.

Nella vicenda in esame, invero, "l'insinuazione al passivo non è stata attuata, poiché il fallimento si è chiuso anticipatamente, ai sensi dell'art. 118 L. F. Oltre ad esser impossibile, per tale via, l'esperibilità di una delle due forme di escussione preventiva previste dal Legislatore, il ricorrente, comunque, a causa della propria inerzia, si è precluso anche la possibilità di percorrere l'altra, vale a dire la già menzionata esecuzione individuale, non essendosi adoperato nemmeno per ottenere un titolo esecutivo. L'esecuzione forzata individuale negativa, nondimeno, costituisce presupposto per l'intervento in parola e tale esecuzione presuppone, a sua volta e necessariamente, un titolo esecutivo, al cui ottenimento il ricorrente, sconsideratamente, non si è adoperato; conseguentemente, il credito vantato nei confronti dell'INPS non è liquido e, soprattutto, non è certo, in quanto non risulta da titolo incontestabile o incontestato".

Si è costituito per il gravame il sig. ██████████, chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

All'udienza di discussione la causa è stata decisa come da dispositivo in calce.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Ad avviso dell'INPS, il mancato espletamento del procedimento di accertamento dello stato passivo (determinato dalla chiusura anticipata del fallimento ex art. 118 L.F.) impedisce la domanda di intervento del Fondo di garanzia da parte del lavoratore che, seppur insinuatosi al passivo fallimentare, non si sia munito di un titolo esecutivo e non abbia proceduto all'esperimento dell'esecuzione forzata ai danni del datore di lavoro.

L'appello è infondato.

Questa Corte ha sempre ritenuto, in piena adesione alla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass., n. 8529/2012), che "una lettura della legge nazionale orientata nel senso voluto dalla direttiva CE n. 987 del 1980 consente, secondo una ragionevole interpretazione, l'ingresso ad un'azione nei confronti del Fondo di garanzia, quando l'imprenditore non sia in concreto assoggettato al fallimento e l'esecuzione forzata si riveli infruttuosa. L'espressione "non soggetto alle disposizioni del R.D. n. 267 del 1942" va quindi interpretata nel senso che l'azione della citata L. n. 297 del 1982, ex art. 2, comma 5, trova ingresso quante volte il datore di lavoro non sia assoggettato a fallimento, vuoi per le sue condizioni soggettive vuoi per ragioni ostative di carattere oggettivo".

A tale interpretazione il Collegio intende dare continuità, anche con riferimento all'ipotesi, che viene qui in rilievo, in cui la procedura fallimentare sia stata chiusa per assoluta insufficienza dell'attivo ed in cui il credito non sia stato



accertato in sede fallimentare ex art. 118 L.F. (che recita: "... *la procedura di fallimento si chiude: ... 4) quando nel corso della procedura si accerta che la sua prosecuzione non consente di soddisfare, neppure in parte, i creditori concorsuali, né i crediti prededucibili e le spese di procedura*").

Come affermato dalla Suprema Corte, "si rileva, da un lato, che tale interpretazione, non solo valorizza una situazione analoga ad una di quelle specificamente previste dalla Direttiva CE, ma trova anche piena giustificazione nella facoltà data dalla direttiva comunitaria ai legislatori nazionali di assicurare la tutela dei lavoratori anche in casi di insolvenza accertati *con modalità e in sedi diverse* da quelle tipiche delle procedure concorsuali. Si osserva, dall'altro lato, che la medesima interpretazione esclude quella situazione di non copertura assicurativa che altrimenti si verificherebbe quando il datore di lavoro è stato assoggettato a fallimento, ma non sia stato possibile accertare il credito in sede fallimentare per la chiusura anticipata del fallimento. L'esigenza di tutela effettiva, infine, è coerente con la finalità del legislatore del 1982, che, mediante l'istituzione di un Fondo di garanzia affidato all'ente previdenziale pubblico, ha inteso compensare la peculiarità della disciplina del t.f.r. - in cui il sistema degli accantonamenti fa sì che gli importi spettanti al lavoratore vengano trattenuti e utilizzati dal datore di lavoro - con la previsione di una tutela certa del credito, realizzata attraverso modalità garantistiche e non soggetta alle limitazioni e difficoltà procedurali previste, invece, per la tutela delle ultime retribuzioni (ai sensi del D.Lgs. n. 80 del 1992).

Nell'ipotesi esaminata, il lavoratore potrà, dunque, giovare del meccanismo di cui alla L. n. 297 del 1982, art. 2, comma 5, dimostrando di avere esperito infruttuosamente una procedura di esecuzione e, nel caso in cui si prospetti la possibilità di ulteriori forme di esecuzione, di avere esperito tutte quelle che, secondo l'ordinaria diligenza, si prospettino fruttuose - non essendo egli tenuto ad esperire azioni esecutive che appaiano infruttuose o aleatorie, in un raffronto tra i loro costi certi e i benefici futuri, valutati secondo un criterio di probabilità (cfr. Cass. n. 11379/2008, Cass. n. 14447/2004) - ovvero dimostrando che la mancanza o l'insufficienza delle garanzie patrimoniali del debitore debbono ritenersi provate in relazione alle particolari circostanze del caso concreto (cfr. Cass. n. 9108/2007).

Il principio da affermare, quindi, è che, ai fini della tutela prevista dalla L. n. 297 del 1982 in favore del lavoratore, per il pagamento del t.f.r. in caso di insolvenza del datore di lavoro, nel caso in cui l'accertamento del credito in sede fallimentare sia stato impedito a causa della chiusura anticipata della procedura per insufficienza dell'attivo, *il credito stesso può essere accertato anche in sede diversa da quella fallimentare* e il lavoratore può conseguire le prestazioni del Fondo di garanzia costituito presso l'Inps alle condizioni previste dalla L. n. 297 del 1982, art. 2, comma 5, essendo sufficiente, in particolare, che egli abbia esperito infruttuosamente una procedura di esecuzione - salvo che risultino in atti altre



circostanze le quali dimostrino che esistono altri beni aggredibili con l'azione esecutiva - *sempre che l'esperimento dell'esecuzione forzata non ecceda i limiti dell'ordinaria diligenza ovvero che la mancanza o l'insufficienza delle garanzie patrimoniali del debitore non debbano ritenersi provate in relazione alle particolari circostanze del caso concreto*" (vedi Cass. cit.).

Nella specie, il lavoratore appellato, una volta dichiarata fallita la società datrice di lavoro si è tempestivamente e diligentemente insinuato al passivo.

Il Tribunale di Como, con decreto 31-3-2014, ha disposto "*non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo in quanto si prevede che non saranno realizzate attività tali da permettere una qualsivoglia ripartizione a favore dei creditori che hanno chiesto di partecipare al concorso*".

Una volta chiuso anticipatamente il fallimento senza l'accertamento del passivo e disposta la cancellazione della società dal registro delle imprese (così come imposto dall'art. 118, c. 2, L.F.), non residua al lavoratore alcuna possibilità di munirsi di un titolo esecutivo al fine di intraprendere l'esecuzione forzata nei confronti del datore di lavoro. Tale pretesa è inesigibile poichè, nonostante la chiusura anticipata del fallimento, il datore non ritorna *in bonis*, ma si estingue, rendendo praticamente impossibile al lavoratore agire successivamente nei suoi confronti, non sussistendo neppure i presupposti per agire nei confronti dei singoli soci ai sensi dell'art. 2495 c.c.

La possibilità che il fallimento si chiuda con le modalità stabilite dall'art. 118 L.F. (in vigore dal 2006) non è contemplato dalle leggi istitutive del Fondo che non sono state nel tempo aggiornate per adeguarsi alle innovazioni delle procedure concorsuali. Tale lacuna, però, non può andare a pregiudicare la posizione del lavoratore che - pur a fronte dell'acclarata insolvenza del datore di lavoro e dell'insufficienza delle sue garanzie patrimoniali - sia impossibilitato (non per sua colpa) di procurarsi un titolo esecutivo.

Richiamando, quindi, i principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità e condivisi da questa Corte (vedi sentenza n. 1837/2017, pres. rel. Vitali), si deve ritenere che, nel caso in cui l'accertamento del credito in sede fallimentare sia stato impedito a causa della chiusura anticipata della procedura per insufficienza dell'attivo, il credito stesso possa essere accertato anche in sede diversa da quella fallimentare.

Nella specie, risulta documentalmente dalla lettera di assunzione, dalle buste paga e dal modello CUD prodotti in giudizio la sussistenza del rapporto di lavoro con la società fallita nonché l'ammontare del TFR e delle ultime tre retribuzioni (*sub doc. 1*).

Alla luce di tali risultanze documentali (non specificamente contestate), deve quindi ritenersi che il primo Giudice abbia correttamente condannato l'INPS al pagamento di quanto richiesto dal lavoratore al Fondo di Garanzia a titolo di TFR e di ultime tre mensilità.



Per tali motivi, l'appello va rigettato con conseguente conferma integrale della sentenza impugnata.

Tenuto conto della complessità e della novità delle questioni oggetto di causa, ritiene la Corte – così come già peraltro disposto in primo grado – di compensare le spese di questo grado.

P.Q.M.

Respinge l'appello avverso la sentenza n. 47/17 del Tribunale di Como;

compensa tra le parti le spese del grado;

dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dell'appellante, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato di cui all'art. 13 comma 1-quater del DPR n. 115/2002 così come modificato dall'art. 1 comma 17 della L. 24.12.2012 n. 228.

Milano, 22 gennaio 2019.

IL PRESIDENTE
(dott.ssa Monica Vitali)

IL RELATORE
(dott. Giovanni Casella)

