

Previdenza complementare: il contributo datoriale entra nel calcolo del Tfr

Temistocle Bussino *Funzionario Ispettivo Inps - Componente Centro studi attività ispettiva del Ministero del lavoro*

Il Ministero del lavoro chiarisce se il contributo integrativo erogato dal datore di lavoro, nel caso di destinazione, da parte del lavoratore, del Tfr alla previdenza complementare vada o meno inserito nell'imponibile utile al calcolo del Tfr

Uno degli effetti della riforma della previdenza complementare più rilevanti sul piano operativo è che il Tfr va trasferito mensilmente al Fondo pensione o al Fondo di Tesoreria Inps. E mensilmente va determinato se l'una o l'altra delle componenti della retribuzione va inserita nell'imponibile utile al calcolo del Tfr. In proposito un dubbio molto rilevante rimaneva circa l'inserimento del contributo integrativo erogato dal datore di lavoro nel caso che il lavoratore destinasse il Tfr alla previdenza complementare. Con la recente risposta all'interpello n. 11/2008 del Ministero del lavoro, proposto dal Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro, si fa chiarezza su detto contributo.

I tre aspetti fondamentali affrontati

Quest'articolo tocca tre aspetti riferiti al contributo datoriale.

In primo luogo viene illustrato il contenuto della presa di posizione del Ministero del lavoro con riguardo ai quesiti posti, che sono due. Il primo è se la natura dei contributi integrativi versati dal datore di lavoro alla previdenza complementare è retributiva o previdenziale. Il secondo è se, e a quali condizioni, il datore di lavoro è obbligato al loro versamento.

In secondo luogo vengono puntualizzate alcune conseguenze pratiche che discendono dalla natura retributiva del predetto contributo.

Infine, viene proposto un breve esempio sul calcolo del contributo datoriale espresso in percentuale del Tfr.

Si premette che si è nell'ambito dei fondi negoziali, il cui statuto promana della volontà espressa

attraverso i contratti collettivi, in genere di categoria o di settore. E sono proprio i contratti collettivi, come fonti istitutive del fondo, a determinare tra l'altro il regime delle contribuzioni al fondo, compresa l'indicazione del contributo minimo a carico del lavoratore e del datore di lavoro.

Veniamo ai quesiti, cominciando dal primo.

Natura retributiva o previdenziale?

La risposta è: natura retributiva. L'argomentazione ministeriale parte da una famosa sentenza della Corte costituzionale, la legge n. 421/1995, il cui passaggio cruciale è riportato nella risposta all'interpello, nella quale si afferma che i contributi alla previdenza complementare non entrano a far parte dell'imponibile contributivo, descritto nell'art. 12 della legge n. 153/1969, dal quale scaturiscono i contributi previdenziali a favore del sistema pubblico. Il giudice costituzionale afferma ancora che le somme versate dal datore di lavoro a titolo di contributi alla previdenza complementare vanno invece sottoposte al più limitato contributo di solidarietà del 10%, che non è, come la sentenza puntualizza, un contributo previdenziale in senso tecnico. Le somme versate dal datore di lavoro hanno invece la finalità di assicurare al dipendente livelli di copertura previdenziale più elevati rispetto a quanto possa fornire la previdenza pubblica obbligatoria. Come indica la sentenza, tutto ciò trova la sua matrice costituzionale nell'art. 38, comma 5, della Costituzione, il quale enuncia il principio della pluralità dei soggetti previdenziali ed ammette quindi che a soddisfare i maggiori bisogni previdenziali possano concorrere anche libere forme di previdenza integrativa. Si osserva che anche il legislatore della nuova riforma della previdenza complementare, all'art. 1 del decreto n. 252/2005, non si discosta da questa linea, allorché fa proprio l'obiettivo che la previdenza integrativa è volta ad assicurare una più elevata copertura previdenziale.

Sin qui è stata affermata la funzione previdenziale dei contributi integrativi, ovvero il suo scopo ultimo. La sentenza afferma altresì che le somme in discorso hanno anche struttura previdenziale e ciò significa che tra i diversi soggetti coinvolti - datore di lavoro, lavoratore e Fondo pensione - esiste una relazione di tipo assicurativo. Il lavoratore, infatti, non è il creditore immediato delle somme versate alla previdenza integrativa, tale essendo il Fondo pensione, ma ne resta il futuro beneficiario. In definitiva i contributi datoriali hanno funzione e struttura previdenziale. Ma come si arriva alla conclusione che hanno natura di retribuzione?

In proposito la risposta all'interpello chiama in causa la costante giurisprudenza che si è formata nel corso degli anni ad opera della Corte di Cassazione, sin dalla sentenza a Sezioni Unite n. 974/1997, che ha fatto da riferimento alle successive fino ai nostri giorni. Molto in breve, il concetto cardine è che esista una retribuzione corrente ed una retribuzione differita, composta da Tfr e contributi datoriali, che rappresentano elementi integrativi della retribuzione corrente. Che tutto sia retribuzione discende dall'osservazione che tutto quanto proviene al lavoratore in termini di arricchimento trova nel rapporto di lavoro la sua comune origine. Il riferimento al rapporto di lavoro e non alla sola prestazione lavorativa fa sì che entrino nella retribuzione anche quelle voci per le quali non è identificabile una specifica controprestazione in termini di impegno lavorativo, quale ad esempio l'indennità di preavviso o la gratifica di bilancio. Alla stessa maniera entrano anche i contributi versati dal datore di lavoro ai Fondi pensione. In realtà siamo in presenza della retribuzione onnicomprensiva richiamata dal codice civile all'art. 2120, composta dunque anche dai contributi datoriali. Inoltre l'indirizzo dei giudici è che detti contributi sono elementi non occasionali della retribuzione, in virtù del fatto che trovano la loro giustificazione nella previsione del contratto di lavoro.

Ad ulteriore sostegno della tesi della natura retributiva dei contributi datoriali viene rimarcata la loro differenza con i contributi obbligatori, che sono rigidi nell'ammontare e non possono essere versati per un importo superiore ai limiti di legge, pena la loro irricevibilità da parte dell'ente previdenziale; al contrario per i contributi datoriali i contratti collettivi determinano soltanto una percentuale minima che le parti possono però decidere di innalzare.

In conclusione, i contributi datoriali, pur avendo funzione previdenziale, hanno natura retributiva ed in particolare hanno caratteristiche tali da dover essere considerati elementi della retribuzione onnicomprensiva di cui al comma 2 dell'art. 2120 c.c.

Quando il contributo datoriale è obbligatorio

La nota del Ministero si articola su due considerazioni.

La prima concerne la domanda se il contributo datoriale è una componente obbligatoria della retribuzione minima da accordare al lavoratore, ossia la retribuzione «sufficiente ad assicurare a sé e alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa» secondo l'art 36 della Costituzione. La risposta è no. Infatti l'art. 2099 c.c. demanda all'accordo tra le parti, e quindi in generale alla contrattazione collettiva, la determinazione della retribuzione, o, in mancanza di accordi, al giudice. Ora poiché la retribuzione minima è un concetto alquanto astratto e che necessita di un riferimento concreto, è proprio il contratto collettivo che fornisce al giudice un parametro di riferimento per la determinazione della retribuzione «sufficiente». Ma non tutte le voci retributive vengono prese in considerazione a tal fine, bensì soltanto quelle generalmente ricorrenti. Dunque il contributo datoriale, per costante giurisprudenza, non essendo un istituto retributivo applicabile alla generalità dei casi, non può essere ricompreso nella retribuzione di sussistenza. La seconda considerazione riguarda l'efficacia obbligatoria del contratto collettivo e, nel caso in esame, del contratto collettivo che preveda il contributo datoriale alla previdenza integrativa. Nella legislazione attuale, il contratto collettivo - almeno per le finalità in esame - è un atto negoziale di diritto comune. In linea teorica opera il principio della rappresentanza e quindi sono obbligati al rispetto delle clausole del contratto collettivo i lavoratori e i datori di lavoro entrambi iscritti alle organizzazioni che li rappresentano e che hanno firmato il contratto. Di fatto, però, per uniforme giurisprudenza, il contratto collettivo, al quale ha aderito il solo datore di lavoro, esplica i suoi effetti verso tutti i dipendenti. È quindi l'adesione del datore di lavoro al contratto collettivo che obbliga all'erogazione del contributo integrativo alla previdenza complementare, a condizione che anche il dipendente versi il suo contributo. Sul punto dell'adesione, la risposta all'interpello precisa

che l'adesione può essere esplicita o implicita. Si ha adesione esplicita quando il datore di lavoro è iscritto all'organizzazione che ha siglato il contratto collettivo, oppure quando nel contratto individuale di lavoro si fa espresso richiamo alle clausole del contratto collettivo. Si ha adesione implicita quando il contratto collettivo è di fatto applicato per comportamento inequivoco, ricorrente, continuato tale da non lasciar dubbi circa l'effettiva volontà del datore di lavoro che sia proprio quello il contratto valido tra le parti.

In definitiva, il datore non è obbligato al versamento del contributo integrativo quando non ha sottoscritto il contratto collettivo, né lo ha richiamato nel contratto individuale, né lo ha di fatto applicato.

L'effetto pratico del contributo datoriale come retribuzione

Il trasferimento mensile del Tfr al Fondo pensione (così come al Fondo di Tesoreria Inps) deve avvenire per un importo determinato in base ai criteri stabiliti dall'art. 2120, comma 2, c.c. La prima regola è che l'imponibile utile al calcolo

del Tfr comprende le voci indicate nel contratto collettivo che si applica alle parti. Sia che il contratto stabilisca che il contributo datoriale va computato ai fini del Tfr, sia che stabilisca il contrario, è quella la regola da seguire. Il contratto collettivo ha una sorta di diritto di precedenza nel determinare la retribuzione utile al Tfr, tecnicamente un potere di deroga rispetto alle previsioni fornite dal codice. E veniamo alla seconda regola, quella normativa. Il codice afferma, al citato comma, che ai fini del calcolo del Tfr vanno prese in considerazione «tutte le somme erogate in dipendenza del rapporto di lavoro a titolo non occasionale»: in pratica la retribuzione onnicomprensiva. E va ribadito che la risposta all'interpello n. 11/2008 afferma proprio che il contributo datoriale è elemento della retribuzione erogato in dipendenza del rapporto di lavoro e non ha carattere occasionale. In sostanza, tutte le volte che il contratto collettivo o non esiste o non include il contributo datoriale tra le voci su cui si calcola il Tfr, il contributo datoriale va inserito tra gli elementi sui quali calcolare il Tfr.

Un breve esempio di calcolo del contributo datoriale

Il riferimento utile al calcolo del contributo a carico del datore di lavoro è contenuto nell'art. 8 del decreto n. 252/2005. Detto contributo può essere espresso in cifra fissa o, per i lavoratori dipendenti, in una percentuale da calcolare o su elementi particolari della retribuzione ovvero su tutti gli elementi della retribuzione utile al Tfr.

Primo caso

Sofferamoci su quest'ultimo caso e facciamo dapprima l'ipotesi che, per previsione contrattuale, il contributo datoriale non debba essere conteggiato ai fini del Tfr.

Siamo ad esempio a marzo 2008 e vogliamo conoscere qual è l'importo di Tfr e qual è l'importo del contributo che occorre trasferire al Fondo pensione relativamente a febbraio. La retribuzione utile al Tfr per febbraio è 2.700 ed il contributo del 2%. Ignoriamo per semplicità l'incidenza della ritenuta dello 0,50% sulla retribuzione imponibile ai fini contributivi e calcoliamo il Tfr mensile come rapporto tra 2.700 e 13,5, che è 200. Il contributo datoriale è invece 54, ossia il 2% di euro 2.700, la retribuzione utile al calcolo del Tfr. Quindi le somme da trasferire sono 200 come Tfr e 54 come contributo datoriale.

Secondo caso

Facciamo adesso lo stesso esempio numerico, ma con l'ipotesi che il contributo datoriale del 2% sia elemento della retribuzione utile al calcolo del Tfr. In questo caso 2.700 non rappresenta l'intera retribuzione utile al calcolo del Tfr, perché manca ancora il contributo del 2% sull'intera retribuzione utile al Tfr.

Per conoscere l'intera retribuzione utile al calcolo del Tfr possiamo pensare ad una semplice proporzione: l'intera retribuzione utile sta a 100 come la parziale retribuzione utile sta a 98
ovvero in simboli

$$\text{Intera retribuzione utile} : 100 = \text{Parziale retribuzione utile (euro 2.700)} : 98$$

per cui

$$\text{Intera retribuzione utile} = 2.700 \text{ per } 100 \text{ diviso } 98.$$

Abbiamo così che la retribuzione utile al Tfr è pari a euro 2.755 e pertanto il Tfr da trasferire è 2.755 diviso 13,5 pari a 204, mentre il contributo è il 2% di 2.755 pari a 55 euro.

Ministero del lavoro e della previdenza sociale
Risposta ad interpello 2 maggio 2008, n. 11

Oggetto: Art. 9, Dlgs n. 124/2004 - Risposta istanza di interpello in materia di previdenza complementare - Natura del contributo datoriale - Efficacia soggettiva dei contratti collettivi istitutivi dei Fondi

Il Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro ha formulato istanza di interpello al fine di conoscere l'interpretazione di questo Ministero in ordine alla natura delle quote contributive destinate al finanziamento delle forme pensionistiche complementari, diverse dal conferimento del Tfr maturando.

Si fa in particolare riferimento alla contribuzione ai Fondi, prevista in misura percentuale dai Ccnl, quale quota minima a carico del datore di lavoro, dovuta allorché il lavoratore versi a sua volta la propria quota minima a carico, diversa dal conferimento del Tfr.

Il particolare quesito si pone quale premessa al fine di pervenire ad una soluzione della specifica ed ulteriore questione inerente l'obbligatorietà o meno del versamento delle relative contribuzioni poste a carico del datore di lavoro dai contratti e accordi collettivi - alla luce di quanto disposto all'art. 8, comma 2, del Dlgs n. 252/2005 - anche nei confronti di datori di lavoro non iscritti all'Organizzazione sindacale stipulante i medesimi accordi istitutivi.

Al riguardo, acquisito il parere della Direzione generale Politiche previdenziali e dell'Inps, si osserva quanto segue. Più in particolare, il quesito relativo alla natura di dette quote - da intendersi, nello specifico, se di natura retributiva (differita) o previdenziale - sottintende la possibile configurabilità di detti versamenti nell'ambito dell'art. 36 Cost., avente ad oggetto il diritto del lavoratore ad una retribuzione sufficiente e proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato.

Infatti, come noto, alla luce di detta norma costituzionale molti giudici di legittimità e di merito - in virtù della disposizione di cui all'art. 2099 c.c., che affida ai medesimi la determinazione della retribuzione, laddove non determinata negli accordi tra le parti del rapporto di lavoro - fanno riferimento alle retribuzioni contrattuali collettive applicabili alla fattispecie.

È da rammentare, a tal riguardo, che il richiamo alla retribuzione prevista nei contratti collettivi, in applicazione degli artt. 36 Cost. e 2099 c.c., è affidata al giudice nell'applicazione del caso concreto, con la naturale conseguenza che una soluzione affermativa circa la natura retributiva, non implica necessariamente l'ulteriore affermazione circa la configurabilità di tali quote entro il concetto di retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 Cost. (cfr. Cass. n. 5423/1994, Cass. n. 7383/1996, Cass. n. 3218/1998).

La giurisprudenza costante ritiene che solo gli elementi retributivi di generale applicazione (ad esempio ferie, tredicesima mensilità, riposo settimanale) possono farsi rientrare nel concetto di retribuzione minima ex art. 36 Cost. e non anche gli istituti ulteriori previsti a favore del lavoratore, dai contratti collettivi (v. tra le più recenti: Cass. n. 10465/2000, n. 5519/2004, n. 12520/2004, n. 2144/2005).

Si rileva inoltre, con riguardo alla specifica fattispecie del contributo integrativo del datore, che il medesimo è posto a carico di quest'ultimo dai Ccnl istitutivi dei Fondi, solo a condizione che lo stesso lavoratore versi a sua volta il contributo: pertanto, considerando che non tutti i lavora-

tori, benché incentivati dalle ultime legislazioni, potranno o vorranno avvalersi del sistema di previdenza complementare, l'eventuale inclusione nell'ambito del 36 Cost. collide con tale non generale applicazione.

A tal riguardo, anche il Dlgs n. 252/2005 conferma il principio della libertà e

volontarietà dell'adesione a dette forme pensionistiche, trovando applicazione tale principio anche nelle forme di modalità tacite di assenso circa il conferimento del Tfr. Tuttavia, la rigida disciplina legislativa nel relativo assetto operativo come, non ultimo, l'aspetto relativo ai requisiti di accesso alle prestazioni, ne caratterizzano il regime di inderogabilità che, appunto, non coincide necessariamente con quello della obbligatorietà (cfr. Corte Cost. n. 393/2000). Premesso quanto sopra, si conclude circa la non configurabilità dei richiamati contributi nell'ambito dell'art. 36 della Costituzione. Per quanto attiene alla questione specificamente posta circa la natura delle quote destinate alla previdenza complementare, diverse dal conferimento del Tfr maturando, si osserva quanto segue.

In primo luogo non può sottacersi, in generale, la funzione dei versamenti finalizzati alla previdenza complementare: già il Dlgs n. 124/1993 - benché abrogato, a decorrere dal 1° gennaio 2007, dal Dlgs n. 252/2005 (v. artt. 21 e 23), ma richiamato a base della relativa legge delega n. 243/2004 - riportava all'art. 1 lo scopo precipuo di «assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale», scopo chiaramente ribadito nella successiva legge n. 335/1995, all'art. 1, in connessione al richiamo alla tutela di cui all'art. 38 Cost. e, da ultimo, dal Dlgs n. 252/2005 (art. 1, u.p.).

La Corte Costituzionale - chiamata a censurare l'art. 9-bis introdotto dalla legge n. 166/1991, di conversione del DL n. 103/1991 (ed ora richiamato nell'art. 16 del Dlgs n. 252/2005) - ha rilevato che a seguito della legge delega n. 421/1992 (art. 3), attuata dal Dlgs n. 124/1993, è venuto meno, per i Fondi di previdenza complementare, il referente dell'art. 12 della legge n. 153/1969: la definizione legislativa come Fondi di previdenza ... al fine di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale li ha inseriti nel sistema dell'art. 38 Cost. Dopo queste leggi le contribuzioni degli imprenditori non possono più definirsi «emolumenti retributivi con funzione previdenziale», ma sono strutturalmente contributi di natura previdenziale, come tali estranei dalla nozione di retribuzione imponibile potendo (e dovendo) formare oggetto soltanto di un contributo di solidarietà alla previdenza pubblica, il quale non è un contributo previdenziale in senso tecnico (sentenza n. 421/1995).

Alla luce di quanto appena rilevato è evidente la funzione previdenziale sottostante il sistema di previdenza complementare, concorrendo a realizzare, insieme alla previdenza pubblica, la relativa funzione sociale.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, soprattutto a seguito della sentenza a Sezioni Unite n. 974/1997, è costantemente orientata circa la natura di retribuzione differita con funzione previdenziale delle quote destinate ai trattamenti pensionistici integrativi aziendali, peraltro sganciate da una stretta relazione di corrispettività con la

prestazione lavorativa (v. Cass. n. 5505/1995, n. 296/2000, n. 13558/2001, n. 81/2002, n. 783/2006).

È da convenire con tale ultima giurisprudenza sul punto relativo alla natura retributiva dei versamenti datoriali ai Fondi di previdenza complementare, ove previsti dal contratto collettivo o individuale applicato al lavoratore, considerando che dette somme - erogate peraltro, come sopra ricordato, solo a favore dei lavoratori che si avvalgono di tale sistema di previdenza e che versano a loro volta il relativo contributo - costituiscono forma di integrazione della retribuzione, continuativa e non occasionale, comunque collegata alla sussistenza e allo svolgimento del rapporto di lavoro.

È infatti evidente come gli accreditamenti nel Fondo di pensione complementare da parte del datore di lavoro, danno luogo in ogni caso ad una forma continuativa e non occasionale di arricchimento indiretto del dipendente avente origine nel rapporto di lavoro al quale è istituzionalmente connesso (cfr. Cass. 2.11.2001, n. 13558).

A sostegno di una natura retributiva delle richiamate quote sta anche il fatto che il Legislatore assegna ai contratti collettivi la possibilità di determinarne la misura minima, con ciò lasciando intendere la possibilità che, a livello di contrattazione aziendale o individuale il datore possa prevedere una percentuale maggiore a proprio carico. Tale caratteristica di elasticità dell'importo della quota non corrisponde alla differente natura rigida dell'importo del contributo previdenziale in quanto tale, il quale, oltre che determinato in percentuale dalla legge, se versato in misura maggiore, non rientra nel computo ai fini delle prestazioni previdenziali ed è considerato indebito, quindi restituito al datore di lavoro, entro i termini prescrizionali.

A sostegno di una natura diversa, di tipo contributivo, non vale opporre la loro non imponibilità, peraltro surrogata con l'imposizione di un contributo di solidarietà, solo considerando che anche il medesimo trattamento di fine rapporto, inteso quale retribuzione differita (già Corte Cost. n. 75/1968; più recentemente, v. Cass., S.U., n. 14220/2002, Cass. n. 12201/2002), non rappresenta una base imponibile a fini contributivi (art. 29, comma 4, lett. a), Dpr n. 1124/1965).

Nè vale opporre i principi formulati dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 1995 che, a ben guardare, dà rilievo all'aspetto strutturale di tali quote e non alla loro natura giuridica. Infatti, da un punto di vista strutturale è innegabile che le quote in argomento costituiscono somme contributive: esse costituiscono l'oggetto del rapporto debitorio intercorrente tra il datore di lavoro e il Fondo

creditore erogatore delle prestazioni, così come nel rapporto contributivo ordinario, lo stesso intercorre tra il datore e l'Ente previdenziale erogatore delle prestazioni. In entrambe le ipotesi, a differenza della retribuzione che si pone quale oggetto del rapporto creditorio di cui è titolare il medesimo lavoratore nei confronti del datore di lavoro, la quota del contributo rappresenta l'oggetto di un diverso rapporto del quale è escluso il lavoratore, benché sia il beneficiario delle connesse prestazioni.

In sostanza, la liquidazione da parte del Fondo pensione delle prestazioni di cui all'art. 11 del Dlgs n. 252/2005, in rendita, in capitale ovvero in parte con le previste anticipazioni, per la cui determinazione siano incluse le quote datoriali da intendersi quale forma di retribuzione differita con funzione previdenziale, confermano la struttura del rapporto giuridico di tipo propriamente contributivo-previdenziale.

In definitiva si può concludere circa la peculiare caratteristica di tali quote, aventi struttura contributiva, ma una natura retributiva, benché non rientranti nell'art. 36 Cost., avendo comunque una funzione diversa rispetto alla sua inclusione nel «minimo retributivo costituzionalmente garantito» realizzando, di converso, una funzione che è strettamente a carattere previdenziale e rientrante più propriamente nell'art. 38, comma 2, Cost.

Con riguardo, infine, alla ulteriore questione circa l'obbligatorietà del contributo nei confronti dei datori di lavoro non iscritti all'Organizzazione sindacale stipulante gli accordi istitutivi dei Fondi di previdenza complementare, è da rilevare che - in virtù dell'art. 39 Cost. e alla luce della portata del Dlgs n. 252/2005 - l'iscrizione del datore di lavoro all'Organizzazione sindacale che ha stipulato i relativi contratti o accordi collettivi, ovvero l'adesione esplicita a questi ultimi, deve essere equiparata all'adesione implicita, o comunque alla concreta applicazione di fatto, dei relativi accordi (in merito alla vincolatività dei contratti collettivi di diritto comune in caso di adesione anche implicita agli stessi, v. per tutte Cass., S.U., n. 2665/1997).

Pertanto, esclusa la sussistenza dell'obbligo contributivo *de quo* nei confronti dei datori di lavoro non iscritti all'Organizzazione sindacale stipulante gli accordi istitutivi dei Fondi e che non applicano nemmeno in via di fatto gli stessi accordi, detto obbligo permane nei confronti dei datori di lavoro i quali, ancorché non iscritti all'Organizzazione stipulante, diano concreta applicazione al contratto collettivo istitutivo del Fondo a cui il lavoratore risulti iscritto.