

Contributi – Società cooperative – Periodi precedenti l’entrata in vigore della Legge n. 142 del 3 aprile 2001 - Obbligo contributivo nei confronti dei soci – Art. 2, comma 3, R.D. 1422 del 1924 – Sussiste.

Contributi – “Banca ore” – Art. 2, comma 21, Legge n. 549 del 28 dicembre 1995 – Applicabilità ai fini contributivi – Necessità di un’esplicita previsione del CCNL.

Corte di appello di Caltanissetta – 10-29.11.2010, n. 456 – Pres. Perriera – Rel. Catalano – Società cooperativa C. E. a r.l. (Avv. L. Infantino) – INPS (Avv. C. Russo)

Con riferimento al regime anteriore all’entrata in vigore della Legge n. 142 del 3 aprile 2001, le società cooperative, in virtù dell’art. 2, comma 3, R.D. 1422 del 1924, sono da considerare, ai fini previdenziali e contributivi, come datrici di lavoro dei soci assegnati a lavori dalle stesse assunti, con la conseguenza dell’assoggettamento a contribuzione previdenziale presso la gestione dei lavoratori dipendenti dei compensi corrisposti ai soci per tali attività lavorative, indipendentemente dalla sussistenza degli estremi della subordinazione.

Ai fini contributivi, l’applicazione dell’istituto della “banca-ore”, disciplinato dall’art. 2, comma 21, Legge n. 549 del 28 dicembre 1995, secondo il quale il versamento dei contributi sul lavoro straordinario non è dovuto nei casi in cui lo svolgimento del lavoro straordinario crei in capo al dipendente il diritto a una corrispondente riduzione dell’orario di lavoro e tale riduzione venga effettivamente goduta, presuppone necessariamente che tale istituto sia esplicitamente previsto dalla contrattazione collettiva di settore.

FATTO - Con ricorso depositato in data 14.05.2003 al Giudice del Lavoro del Tribunale di Caltanissetta, la C. E. soc.coop., in persona del suo legale rappresentante sig. S. G., proponeva opposizione avverso il verbale di accertamento ispettivo dell’INPS del 12.06.2002.

Esponesse la società ricorrente che, all’esito di tale accertamento ispettivo, erano state accertate le seguenti violazioni e i seguenti illeciti contributivi della E.:

1) non aveva pagato i contributi dovuti per le giornate lavorative, specificamente indicate nel verbale ispettivo, svolte dai propri dipendenti nel corso del 1997 presso lo stabilimento Petrolchimico di Gela, risultanti dai rapportini giornalieri di presenza del personale acquisiti presso detto stabilimento;

- 2) aveva illegittimamente conguagliato con i contributi le somme erogate a titolo di cassa integrazione guadagni ordinaria, relativamente a lavoratori che, nello stesso periodo in cui risultavano formalmente collocati in CIG e sempre sulla scorta dei rapportini di presenza, avevano svolto regolare attività lavorativa;
- 3) non aveva versato i contributi dovuti sulle somme costituenti debiti verso il personale a titolo di retribuzioni arretrate per gli anni 1999 e 2000, pari a complessive lire 881.290.368, somme iscritte nel bilancio della cooperativa;
- 4) non aveva versato i contributi dovuti sulle somme erogate e qualificate come indennità di trasferta, senza che, in realtà, sussistesse un'effettiva trasferta e, dunque, senza che vi fossero i presupposti per potere beneficiare dell'esenzione dalla contribuzione;
- 5) non aveva versato i contributi dovuti per effetto dell'erogazione ai dipendenti di generi in natura che, invece, dovevano essere considerati nella base imponibile contributiva.

Ciò posto, la società ricorrente contestava i vari addebiti e chiedeva l'annullamento del verbale ispettivo impugnato.

Instauratosi il contraddittorio, l'INPS contestava la fondatezza della domanda e chiedeva la conferma del verbale di accertamento opposto, con conseguente rigetto del ricorso.

Espletata attività istruttoria e disposta CTU contabile, con sentenza del 12 novembre 2008/10 gennaio 2009 il Giudice del Lavoro del Tribunale di Caltanissetta, decideva la controversia confermando il verbale ispettivo in relazione al predetto punto 3, per un imponibile contributivo di € 450.839,50, nonché in relazione al punto 5, per un imponibile contributivo di € 26.496,68, mentre annullava il verbale di accertamento in relazione alle contestazioni di cui ai punti 1, 2 e 4, disponendo la integrale compensazione delle spese tra le parti.

Avverso detta sentenza la C. E. soc.coop. proponeva appello per i motivi che saranno appresso esaminati soltanto.

L'INPS, costituitosi, contestava la fondatezza del gravame e proponeva altresì appello incidentale per i motivi che saranno appresso esaminati.

All'udienza del 10 novembre 2010 la causa è stata decisa come da dispositivo, ritualmente letto.

DIRITTO - Preliminarmente si osserva che, in assenza di appello delle parti, la sentenza impugnata è passata in giudicato nella parte in cui è stato annullato il verbale di accertamento ispettivo in relazione alla contestazione sub 4) e nella parte in cui il medesimo verbale è stato confermato in relazione alla contestazione sub 5), per un imponibile contributivo di € 26.496,88.

Ciò posto e passando ad esaminare i motivi dell'appello principale, la C. E. società cooperativa rileva che il giudice di prime cure ha confermato il verbale di accertamento opposto con riferimento al mancato versamento dei contributi sulle somme costituenti debiti verso il personale a titolo di retribuzioni arretrate per gli anni 1999 e 2000, pari ad € 450.839,50 (**punto sub 3 del verbale di accertamento impugnato**) sostenendo:

- che nel ricorso introduttivo la società non aveva evidenziato la circostanza che tra i predetti soci, titolari dell'ulteriore trattamento indicato in bilancio, e la cooperativa non sussisteva concretamente un rapporto di lavoro subordinato;
- che non va condiviso l'orientamento espresso dalle S.U. della Corte di Cassazione nella sentenza n. 13697/2004, secondo il quale, anche antecedentemente all'entrata in vigore della legge n. 142/2001, l'obbligo contributivo per i soci sussisteva esclusivamente nel caso di accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra la cooperativa e questi ultimi;
- che non poteva essere applicato al caso di specie il principio c.d. "di cassa", stabilito dalla circolare INPS n. 39/2000 nelle ipotesi di ore di lavoro straordinario accantonate, stante che il CCNL del settore edile non prevedeva l'istituto della c.d. "banca ore".

La società appellante censura dette argomentazioni, rilevando con il primo motivo di appello principale che il primo giudice avrebbe errato nel valorizzare l'omessa contestazione nel ricorso introduttivo del giudizio della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra i soci e la cooperativa, atteso che la prova circa la natura subordinata della prestazione lavorativa resa dai soci doveva essere viceversa fornita dall'INPS, che aziona la pretesa contributiva, o, comunque, andava accertata d'ufficio dal giudice, nell'ambito dei suoi poteri di qualificazione dei fatti posti a fondamento della domanda.

In assenza di tale prova, ad avviso della società appellante, la cooperativa non avrebbe alcun obbligo contributivo e ciò in applicazione del principio, erroneamente disatteso dal primo giudice, dettato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 13697 del 2004, (peraltro confermato dalle successive sentenze della Corte di Cassazione n. 3840/05 e n. 13278/2007), secondo cui, anche anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 142/2001, l'obbligo contributivo delle società cooperative non sussiste per gli emolumenti versati a tutti i soci, ma esclusivamente per quelli corrisposti a coloro i quali hanno instaurato con la cooperativa un rapporto di lavoro subordinato.

Tale motivo di appello non è, ad avviso della Corte, fondato, atteso che, anche ammettendo che i soci-lavoratori della E. non siano stati (anche) lavoratori subordinati, in ogni caso la società appellante è da ritenersi tenuta al pagamento dei contributi previdenziali sulle somme iscritte a bilancio a loro credito.

Al riguardo, osserva il Collegio che, nel periodo precedente la L. n. 142 del 2001, la giurisprudenza largamente maggioritaria della Corte di Cassazione si era espressa nel senso che il R.D. n. 1422 del 1924, art. 2, comma 3, nel disporre che, ai fini assicurativi, *“le società cooperative sono datori di lavoro anche nei riguardi dei loro soci che impiegano in lavori da essi assunti”*, ha equiparato, con una *“fictio iuris”*, i soci ai lavoratori subordinati, assicurando loro il trattamento previdenziale di questi ultimi (cfr., *ex plurimis*, Cass., nn. 2242/1988 (1); 1346/1998; 2175/2000 (2); 7668/2002; 238/2003 (3); 4767/2003).

Con particolare riferimento alla distinzione tra soci lavoratori impiegati in lavori eseguiti in proprio dalle cooperative e soci lavoratori impiegati in lavoro eseguiti dalle cooperative per conto terzi, la ricordata giurisprudenza maggioritaria ne aveva ritenuto l'irrelevanza ai fini *de quibus*, in forza del rilievo secondo cui il principio enunciato dal R.D. n. 1422 del 1924, art. 2, comma 3, non implica l'esenzione dalla contribuzione nell'ipotesi in cui l'attività lavorativa sia conforme alle previsioni del patto sociale e sia svolta in corrispondenza con le finalità istituzionali della società, atteso che una tesi siffatta renderebbe del tutto privi di qualsiasi tutela assicurativa i lavoratori - soci con riferimento ai rischi inerenti all'invalidità ed alla vecchiaia, e che, proprio al fine di assicurare la mancata copertura di tali rischi, il legislatore aveva provveduto a dettare il principio suddetto, il quale, *“va interpretato nel senso che le società cooperative, in forza di detto articolo, sono tenute a versare i contributi per l'assicurazione per l'invalidità e la vecchiaia non solo per tutti i propri soci - sia in caso di esistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato instaurato fra la società ed il socio (la cui obbligazione contributiva non differisce da quella che grava su qualsiasi, datore di lavoro in base alle norme di previdenza sociale dettate dall'ordinamento), sia nell'ipotesi in cui l'attività lavorativa sia conforme alle previsioni del patto sociale e sia svolta in corrispondenza delle finalità istituzionali della società, ma (“anche”) per i soci che vengano impegnati per eseguire lavori che esse abbiano assunto per conto terzi”* (cfr., Cass., n. 2175/2000, cit., in motivazione).

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n.13967/2004 invocata dalla società appellante, non hanno ritenuto di condividere il ricordato orientamento maggioritario, affermando il seguente diverso principio di diritto: *“Anche con riferimento al regime anteriore all'entrata in vigore della L. n. 142 del 2001 le società cooperative devono ritenersi assoggettate all'obbligo contributivo nei confronti dei soci lavoratori, con la contribuzione propria del tipo di lavoro (subordinato o autonomo) effettivamente prestato, senza possibilità di distinguere tra lavori assunti dalla società per conto terzi e lavori rientranti nello scopo mutualistico, atteso che il R.D. n. 1422 del 1924, art. 2, comma 3 (disciplinante la materia “ratione temporis”), è disposizione che, pur rimanendo immutata nella formulazione letterale, deve ritenersi trasformata*

nel significato normativo a causa dei profondi mutamenti del sistema in cui è inserita, con particolare riguardo, tra l'altro, al sopravvenire degli artt. 38 e 45 Cost. e, da ultimo, della L. n. 142 del 2001 e L. n. 30 del 2003”.

Tuttavia, la più recente e corposa giurisprudenza della Corte di Cassazione ha ritenuto la perdurante applicabilità del R.D. n. 1422 del 1924, art. 2, comma 3, sotto il profilo, come sopra ricordato, dell'equiparazione, attraverso una “*fictio iuris*”, dei soci ai lavoratori subordinati, con conseguente attribuzione ai soci medesimi del trattamento previdenziale previsto per questi ultimi (cfr., *ex plurimis*, Cass.9706/2010, Cass. 164/09; 10543/08; 222/08, 14073/07).

Ritiene questa Corte, in linea con tale più recente giurisprudenza di legittimità, che, per il periodo precedente l'entrata in vigore della L. n. 142 del 2001 e della L. n. 30 del 2003, debba essere riconfermata la surricordata interpretazione del R.D. n. 1422 del 1924, art. 2, comma 3, equiparativa, ai fini previdenziali e contributivi, della posizione dei soci lavoratori a quella dei lavoratori dipendenti, con conseguente sussistenza dell'obbligazione contributiva a carico delle società cooperative a prescindere dall'esistenza degli estremi della subordinazione e dal fatto che la cooperativa svolga attività per conto proprio o per conto terzi.

Ciò in quanto, come argomentato nelle citate sentenze della Suprema Corte, tale interpretazione, giusta il disposto dell'art. 12 preleggi, risponde sia al criterio letterale (“le società cooperative sono datori di lavoro...”), che a quello logico, posto che il socio lavoratore, percependo un compenso più o meno rapportato agli introiti della cooperativa, rischiava di non avere alcuna copertura previdenziale.

Né la legge n. 42 del 2001 può ritenersi applicabile anche ai periodi anteriori alla sua entrata in vigore, per la considerazione che la nuova legge ha un impianto del tutto diverso rispetto alla previgente regolamentazione ed è quindi con essa inconciliabile.

È indubbio infatti che, con la disposizione sopra riportata del 1924 si intesero attrarre nell'orbita della tutela previdenziale, che all'epoca era ai primordi, anche i soci di cooperativa, sia pure ricorrendo ad una formula peculiare, che non estendeva direttamente la protezione, ma faceva riferimento alla cooperativa come datore di lavoro.

Tale normativa ricollegava quindi la tutela previdenziale dei soci lavoratori a due soli elementi: al fatto di essere socio ed al fatto di prestare attività lavorativa per conto della società, traendone un compenso.

A questa disposizione si sono aggiunte successivamente, in ordine sparso, norme che hanno progressivamente esteso ai soci di cooperative di lavoro, regole previdenziali tipiche del rapporto di lavoro subordinato (l'art. 2, comma 2, del R.D. 7 dicembre 1924, n. 2270, regolamento per l'esecuzione del R.D. 30 dicembre 1923, n. 3158 concernente provvedimenti per

l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria; il D.P.R. n. 797 del 1955, che attribuisce ai medesimi soci gli assegni familiari, il R.D. n. 1343 del 1928, che assicura i soci contro il rischio della tubercolosi, e il DPR 30 giugno 1965, n. 1224, art. 4, nn. 7 e 9 che garantisce ai soci la tutela antinfortunistica).

Tra queste nuove norma si annovera il D.Lgs. 2 settembre 1997, n. 314, art. 6, comma 7 il quale - ridisegnando la struttura della retribuzione imponibile e innovando la previgente regolamentazione di cui alla L. n. 153 del 1969, art. 12 - prevede che la base imponibile per le contribuzione dei soci di cooperative di lavoro è uguale a quella dei lavoratori dipendenti.

Inoltre (L. 24 giugno 1997, n. 196, art. 24, commi 1, 2, e 4) sono state estese ai soci delle cooperative di lavoro sia le disposizioni sul Fondo di garanzia INPS sul trattamento di fine rapporto (L. 29 maggio 1982, n. 297, art. 2) e sulle ultime tre mensilità di retribuzione in caso di insolvenza del datore di lavoro di cui al D.Lgs. 27 gennaio 1992, n. 80), sia l'assicurazione per la disoccupazione.

Nessuna di queste disposizioni, sicuramente prive di sistematicità, ma fortemente sintomatiche della volontà di estendere, anche ai soci lavoratori, le garanzie assicurative progressivamente introdotte nell'ordinamento a favore dei subordinati, condiziona in alcun modo questa più ampia tutela del socio alla sussistenza di un ulteriore rapporto con la cooperativa, ovvero alla circostanza che il lavoro venga reso in regime di subordinazione.

Attraverso questa molteplicità di disposizioni, la tutela del socio lavoratore si è progressivamente implementata nel corso del tempo in stretta connessione con quella del lavoratore subordinato, ma il fondamento normativo è pur sempre rimasto quello delle remote disposizioni del 1924 per cui *“Le società cooperative sono datori di lavoro anche nei riguardi dei loro soci che impiegano in lavori da esse assunti”*.

Il quadro così delineato per quanto riguarda il passato non si presta ad essere reinterpretato (come non condivisibilmente affermato dalla citata sentenze delle S.U.) alla luce dei nuovi criteri di cui alla L. n. 142 del 2001, per una molteplicità di motivi, che vertono sia sulla assoluta novità che la nuova legge apporta alla struttura organizzativa della cooperativa, la quale incide anche sulla tutela assicurativa, sia sul fatto che essa, necessariamente, tiene conto dell'assetto previdenziale complessivo vigente nel 2001, che non è comparabile con quello esistente negli anni venti.

In primo luogo la legge 142/2001 fornisce opportunamente gli strumenti per distinguere, tra i soci, coloro che lavorano in regime di subordinazione e quelli che lavorano in regime di autonomia, dal momento che il suo cardine, sconosciuto nell'assetto precedente, è che il socio, all'atto dell'adesione alla cooperativa, o successivamente, instauri un ulteriore e distinto rapporto

di lavoro, finalizzato al raggiungimento degli scopi sociali, in forma subordinata o autonoma, a cui è applicabile la tutela previdenziale prevista per l'una o per l'altra forma.

Dispone infatti la L. n. 142 del 2001, art. 4 che *“Ai fini della contribuzione previdenziale ad assicurativa, si fa riferimento alle normative vigenti previste per le diverse tipologie di rapporto di lavoro adottabili dal regolamento delle società cooperative nei limiti di quanto previsto dall'art. 6”*.

Inoltre, principio altrettanto rilevante è che la tipologia dei rapporti di lavoro, autonomo o subordinato, che si intendono attuare con i soci, devono essere indicati nel regolamento interno, che diventa così la fonte normativa fondamentale.

La nuova legge fa quindi indubbia chiarezza: la tutela previdenziale non viene ancorata al rapporto associativo, ma al rapporto di lavoro, autonomo o subordinato, chiaramente indicato nel regolamento, che si affianca a quello associativo.

Ma così non era nell'assetto precedente, in cui, come già rilevato, l'unico rapporto del socio con la cooperativa era quello associativo, che era sufficiente per l'insorgenza della tutela assicurativa, e non erano previste distinzioni di sorta sulle modalità di svolgimento del lavoro per l'inclusione nell'una o nell'altra categoria.

In definitiva, le precedenti argomentazioni dimostrano che il sistema previgente, che ancora non conosceva la articolazione e la complessità delle tutele introdotte nel corso di quasi sessant'anni di storia, non si presta in alcun modo alla sussunzione nel sistema introdotto dalla nuova L. n. 142 del 2001.

Conclusivamente, questa Corte ritiene di dovere aderire all'indirizzo giurisprudenziale di legittimità successivo alla sentenza delle Sezioni Unite citata, secondo cui *“In riferimento al regime anteriore all'entrata in vigore della L. n. 142 del 2001, le società cooperative, in virtù del R.D. n. 1422 del 1924, art. 2, comma 3, sono da considerare ai fini previdenziali come datrici di lavoro rispetto ai soci assegnati a lavori dalle stesse assunti, con la conseguenza dell'assoggettamento a contribuzione previdenziale presso la gestione lavoratori dipendenti dei compensi corrisposti ai propri soci che abbiano svolto attività lavorativa, indipendentemente dalla sussistenza degli estremi della subordinazione”*.

Da ciò deriva che la società cooperativa E., come già statuito nella sentenza impugnata, deve ritenersi obbligata a pagare i contributi sulle retribuzioni spettanti ai propri soci negli anni 1999 e 2000, cioè nella vigenza del regime normativo anteriore alla legge 142/2001, a prescindere dal fatto che tali soci fossero oppure no anche lavoratori subordinati e che, quindi, il motivo di appello in esame deve essere rigettato.

Con il secondo motivo di appello principale, la C. E. rileva che, in ipotesi di applicabilità al caso di specie dell'art.2 del R.D. n.1422/94, la cooperativa sarebbe comunque tenuta solo al versamento dei contributi calcolati sui minimi retributivi così come stabiliti dall'art.1 del DL n.338/1989 e non sui trattamenti economici aggiuntivi ai minimi retributivi che la cooperativa, pur riconoscendone la spettanza ai soci, non ha corrisposto a causa di una situazione di crisi aziendale.

In altre parole, sostiene la cooperativa che nelle società cooperativa l'obbligo di contribuzione sui trattamenti economici aggiuntivi ai minimi contrattuali scatterebbe solo a seguito del versamento di tali trattamenti (secondo un criterio di cassa) e non a seguito della maturazione del diritto alla loro percezione (c.d. criterio di competenza).

In subordine, la società appellante rileva che pure ammettendo il criterio di competenza per la contribuzione per l'attività di lavoro straordinario, in ogni caso la società appellante non aveva alcun obbligo di versare i contributi relativamente ad ulteriori importi rispetto a quelli previsti come minimi contrattuali, stante che la situazione di crisi in cui versava la cooperativa le impediva (analogamente a quanto accade con riferimento ai cc.dd. "ristorni") di distribuire ai soci proventi più elevati di quanto gli utili concretamente conseguiti riuscivano a garantire e, quindi, precludeva l'insorgenza di un diritto dei soci a percepire una retribuzione maggiore rispetto ai minimi contrattuali.

Anche tale motivo di appello è infondato.

Ed invero, anche ove la cooperativa avesse potuto rifiutare il pagamento ai propri soci dei compensi o utili per le prestazioni di lavoro straordinario rese dai medesimi soci, adducendo difficoltà di mercato o di carattere economico, ciò non avrebbe inciso in alcun modo sull'obbligo contributivo della cooperativa stessa nei confronti dell'INPS.

E' noto che nel sistema previdenziale vige il c.d. principio di competenza, in base al quale l'obbligo contributivo sorge al momento in cui la retribuzione "deve" essere corrisposta, a prescindere dal fatto che la stessa retribuzione sia effettivamente erogata.

Ora, l'art.6, comma 7, D.lgs 314/1997, innovando il regime normativo precedente (art.12 L.153/69) ha stabilito che *"per la determinazione della base imponibile ai fini del calcolo delle contribuzioni dovute per i soci di cooperative di lavoro si applicano le norme del presente articolo"* e cioè quelle stesse vigenti per i lavoratori subordinati.

Ne discende, sia in virtù della *"fictio iuris"* di cui si faceva cenno sopra, che comporta la sostanziale equiparazione, ai fini previdenziali e contributivi, tra i soci lavoratori di una cooperativa ed i dipendenti *tout court*, sia in forza del sopra citato articolo 6, che il medesimo principio di competenza trova applicazione anche con riguardo all'obbligazione contributiva gravante sulla cooperativa in favore dei propri soci lavoratori, con la conseguenza che la E. è

tenuta al pagamento dei contributi previdenziali in questione a prescindere dalla effettiva corresponsione di tali emolumenti.

Né può condividersi quanto sostenuto dalla società appellante in ordine alla natura dei trattamenti economici in questione, che andrebbero individuati quali utili societari (cui non corrisponderebbe un diritto dei soci) e non come crediti di lavoro dei soci lavoratori, atteso che, invece, la stessa società appellante nel ricorso introduttivo del giudizio dava atto trattarsi di “corrispettivo per l’attività di lavoro straordinario resa” (come anche nel prospetto contabile acquisito in sede di accertamento ispettivo si legge “elenco straordinario”) e, quindi, di mero credito retributivo per l’attività di lavoro prestata.

Infine, è infondato ad avviso della Corte anche il terzo motivo di appello principale con il quale la C. E. ribadisce che, vigendo a suo dire, l’istituto della “banca ore”, ovvero la possibilità per i lavoratori di accantonare le ore di straordinario effettuate in una speciale “banca ore” individuale, dalla quale attingere per fruire di eventuali riposi compensativi, i contributi non avrebbero dovuto essere versati al momento della esecuzione dello straordinario, ma al momento dell’eventuale pagamento o monetizzazione, secondo il c.d. criterio di cassa.

L’istituto della “banca ore” è disciplinato dall’art. 2, comma 21, legge 519/95, secondo il quale il versamento dei contributi sul lavoro straordinario “non è dovuto nei casi in cui lo svolgimento di lavoro straordinario crei in capo al lavoratore, secondo i criteri stabiliti dalla contrattazione collettiva, il diritto ad una corrispondente riduzione dell’orario normale di lavoro e tale riduzione venga effettivamente goduta”.

Dunque, come emerge testualmente da tale disposizione di legge, perché possa trovare applicazione l’istituto della “banca ore” occorre che esso sia esplicitamente previsto e disciplinato dalla contrattazione collettiva e che, inoltre, la riduzione dell’orario normale di lavoro venga effettivamente goduto mediante utilizzazione di riposi o di permessi.

Ciò premesso, come già statuito dal primo giudice, tali presupposti mancano con riferimento ai contributi dovuti sullo straordinario eseguito dalla E. negli anni 1999 e 2000.

Infatti, da un lato il contratto collettivo nazionale dell’edilizia vigente negli anni 1999/2000 non prevedeva affatto la banca ore e, dall’altro lato, non risulta (e non è stato mai dedotto) che le ore di lavoro straordinario venissero effettivamente utilizzate per permessi o riposi.

Del resto, il fatto che non poteva trattarsi di ore lavorative accantonate presso un’ipotetica banca ore, bensì di prestazioni di lavoro per le quali sussisteva il diritto dei lavoratori al pagamento del relativo compenso risulta confermato dallo stesso comportamento della E. che ha iscritto in bilancio le somme in contestazione proprio come debiti nei confronti dei lavoratori.

Pertanto, anche questo motivo di appello principale deve essere rigettato.

Passando all'esame dell'appello proposto dall'INPS, si osserva che con il primo motivo di appello incidentale l'INPS censura la sentenza impugnata nella parte in cui il primo giudice ha annullato il verbale ispettivo nella parte relativa ai contributi addebitati sulla base delle giornate lavorative risultanti dai cc.dd. "rapportini di presenza" esaminati dagli ispettori dell'INPS. **(punti sub 1 e 2 del verbale di accertamento impugnato).**

Sostiene, in proposito, l'INPS che la funzione di tali rapportini, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, sarebbe quella di indicare le prestazioni di lavoro effettivamente eseguite e che, pertanto, la C. E. sarebbe tenuta al versamento dei contributi omessi relativi alle giornate di lavoro risultanti dai predetti rapportini di presenza.

Tale motivo di appello incidentale è, ad avviso della Corte, infondato per le ragioni che di seguito verranno esposte.

Come è noto, in applicazione del principio generale di cui all'art. 2697 c.c., ove oggetto della controversia è il riconoscimento del diritto dell'INPS al pagamento dei contributi previdenziali da parte del datore di lavoro, è lo stesso Istituto che ha l'onere di provare in giudizio il fatto costitutivo dal quale scaturisce la pretesa al versamento di maggiori contributi.

Nel caso di specie, dunque, l'INPS avrebbe dovuto dimostrare che i lavoratori della C. E. avevano prestato attività lavorativa nelle giornate lavorative risultanti dai rapportini di presenza ma non dai libri paga e nelle giornate lavorative risultanti dai rapportini di presenza per le quali i medesimi lavoratori erano posti in CIG.

Tale prova non è stata fornita dall'INPS, che si è limitato a richiamare le indicazioni sulle presenze di personale contenute nei rapporti di presenza acquisiti presso lo stabilimento P. di Gela, ma non ha dimostrato che i predetti rapportini attestassero l'effettiva presenza dei dipendenti all'interno dello stabilimento.

Viceversa, dall'istruttoria testimoniale espletata nel giudizio di primo grado è emerso che *"i rapportini di presenza avevano finalità meramente statistiche della presenza della forza lavoro e nessun valore ai fini contabili interni"*; che *"siccome i rapportini erano trasmessi all'Agip di prima mattina, capitava che poi il personale della E. che accedeva all'interno dello stabilimento fosse diverso nominativamente e numericamente da quello indicato nel rapportino del giorno ormai consegnato"* (teste M. R., socio della E. e addetto alla compilazione dei rapportini); che *"i rapportini sono gli elenchi dei lavoratori disponibili, ma che non necessariamente includono i lavoratori che nella giornata prenderanno effettivamente parte al lavoro ed è quindi evidente che, quando deve poi procedersi alla quantificazione dei costi, si tiene conto del personale che ha effettivamente preso servizio e non di quello indicato nei rapportini"* (teste G. A., socio della E.).

Né, in senso contrario, può valere quanto dichiarato nel giudizio di primo grado, in sede testimoniale, dagli ispettori dell'INPS P. G. e L. C. S. nella parte in cui questi ultimi hanno confermato di avere desunto l'omissione contributiva dai rapportini di presenza acquisiti durante l'accertamento ispettivo.

Ed invero, ciò che rileva in questa sede non è la materiale esistenza dei rapporti di presenza, che è pacifica tra le parti anche a prescindere da tale testimonianza, bensì la funzione assegnata a tali rapporti giornalieri di presenza e la loro idoneità ad attestare l'effettiva prestazione lavorativa da parte dei dipendenti ivi indicati (non sempre nominativamente).

Orbene questa Corte si è già pronunciata sul punto, statuendo in analoghe controversie (cfr., tra le altre, sentenza n. 324/07 nella controversia tra la C. s. coop a r.l. e l'INPS) che la funzione di detti rapportini di presenza sicuramente non era quella di attestare la presenza al lavoro dei dipendenti, né quella di consentire la contabilizzazione della loro retribuzione, ragion per cui il loro contenuto è assolutamente insufficiente a costituire idoneo e valido elemento di prova ai fini di rilevare la presenza al lavoro dei dipendenti.

Tali conclusioni non possono che essere ribadite in questa sede, ulteriormente evidenziandosi che detti rapportini, acquisiti presso il P. di Gela, non essendo documenti provenienti dal datore di lavoro, non possono rivestire alcuna valenza confessoria.

Sulla base delle predette argomentazioni, va dunque respinto il motivo di appello incidentale in esame.

Infondato è pure, ad avviso della Corte, il secondo motivo di appello incidentale, con il quale l'INPS si duole della compensazione delle spese del giudizio disposta dal primo giudice, atteso che, come correttamente statuito nella sentenza impugnata, tale compensazione si giustifica in ragione della parziale soccombenza delle parti.

In considerazione dell'esito dell'appello, conclusosi con rigetto sia dell'appello principale che dell'appello incidentale, si ritiene equo compensare integralmente anche le spese del presente grado del giudizio.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1988, p. 1052

(2) V. in q. Riv., 2000, p. 809

(3) V. in q. Riv., 2003, p. 209