

CONSIGLIO DI STATO - Sezione III – sentenza n. 3792 del 3 agosto 2015

DIFFERENZE RETRIBUTIVE PRIMARIALI ANCHE IN PRESENZA DI DELIBERA DI INCARICO SINO A SEI MESI

Non risulta ostativa al riconoscimento economico differenziale, la circostanza che la delibera di conferimento delle funzioni primariali lo limitava al periodo di mesi sei, ai sensi dell'art. 121 DPR n. 384/1990 (recepimento dell'accordo per il personale del comparto SSN, 1988-1990), escludendo espressamente maggiorazioni retributive per i primi 60 giorni nonché una durata superiore a mesi sei nell'arco dell'anno solare.

Infatti, l'art. 121 DPR n. 384/1990 si limita, per esigenze di buon gestione, a vietare il rinnovo dell'incarico oltre il periodo consentito e, quindi, non può essere invocato come ragione per precludere il riconoscimento del diritto dell'Aiuto (in possesso dell'idoneità primariale) alle differenze retributive, quando il medesimo, vincolato dagli obblighi imposti dall'art. 7 DPR n. 128/1969 all'esercizio delle funzioni primariali in caso di assenza del titolare, di fatto continua a svolgerle oltre il periodo consentito (e fatti salvi i primi 60 giorni per anno solare) a causa di carenze organizzative, tra cui l'ipotesi che l'Azienda sanitaria non abbia concluso in quell'arco di tempo la procedura di copertura del posto di primario .

Inoltre, la Corte Costituzionale con sentenza n. 101/2001 ha affermato che la spettanza al lavoratore del trattamento retributivo corrispondente alle funzioni espletate è un precetto derivante dall'art. 36 Cost., la cui applicabilità al pubblico impiego non può essere messa in discussione, mentre la astratta possibilità di protrazioni illegittime dell'assegnazione a funzioni superiori non è un argomento idoneo a giustificare una restrizione dell'applicabilità del principio costituzionale di equivalenza della retribuzione al lavoro effettivamente prestato.

omissis

FATTO e DIRITTO

1. Con delibera 9.03.1993 n. 386 il Commissario straordinario di USL n. 50, Nocera Inferiore (SA), premesso che con decorrenza dal 4.01.1993 il Primario della Divisione di Ostetricia e Ginecologia del P.O. Um. I era stato collocato a riposo e che era stata già avviata la procedura per la copertura del posto resosi vacante, deliberava di assegnare le funzioni primariali presso la Divisione in questione, al dott. Fr. Al., quale Aiuto con maggiori titoli per un periodo di sei mesi, a decorrere dal 4.01.1993, ai sensi dell'art. 121 del DPR n. 384/1990, precisando che tali funzioni non avrebbero dato luogo ad alcuna maggiore retribuzione per i primi 60 giorni e non avrebbero avuto, in alcun caso durata superiore a mesi sei nell'arco dell'anno solare.

Invece il dott. Aliberti, decorsi i sei mesi, ha continuato a svolgere ininterrottamente le funzioni primariali fino al 1.04.1998, data del suo collocamento a riposo per raggiunti limiti di età, peraltro senza che gli fossero corrisposte le differenze retributive rispetto al trattamento economico spettante gli come Aiuto corresponsabile.

1.1. Rimasto senza esito anche un atto di diffida stragiudiziale (notificato ad ASL Sa1 il 9.07.1997), l'interessato proponeva ricorso al TAR Campania, Sezione di Salerno, al fine di far accertare il proprio diritto al trattamento economico corrispondente alle funzioni superiori di

Primario, svolte ininterrottamente dal 4.01.1993 al 1.04.1998 con la corrispondente condanna della Gestione stralcio della soppressa USL 50 di ASL, nella persona del direttore generale di AS SA1 (nelle more succeduta ad USL 50), e di ASL SA1, per quanto di rispettiva competenza, a corrispondergli le differenze retributive con l'aggiunta della rivalutazione monetaria e degli interessi legali sulle somme rivalutate dalla maturazione dei singoli ratei di credito all'effettivo soddisfo.

Non costituitasi in giudizio alcuna delle controparti, Il TAR Campania, preliminarmente disposta l'estromissione di ASL SA1, nel merito respingeva il ricorso con sentenza n. 404/2004.

1.2. Avverso tale sentenza l'interessato ha proposto l'appello in epigrafe, chiedendone la riforma con due articolati motivi ed insistendo per il riconoscimento del proprio diritto alle differenze retributive per lo svolgimento delle funzioni primariali nel periodo sopraindicato, con l'aggiunta degli interessi e della svalutazione monetaria.

Con ordinanza collegiale n. 3238/2013, la Sezione, considerato che la pretesa retributiva dell'appellante a partire dal gennaio 1995 riguardava ASL SA1, ha disposto l'integrazione del contraddittorio mediante notifica dell'appello e della sentenza TAR ad ASL Salerno, ponendo l'incombente a carico dell'appellante, che ha adempiuto.

Nell'imminenza dell'udienza, con successiva memoria, l'appellante ha ulteriormente illustrato con ulteriori argomenti la sussistenza del proprio diritto ad ottenere la corresponsione delle differenze retributive.

Nessuna delle controparti, pur ritualmente intimate, si è costituita.

Alla pubblica udienza del 14.11.2013, udito il difensore presente per la parte appellante, la causa è passata in decisione.

2. In diritto la controversia concerne la spettanza o meno all'appellante, all'epoca dei fatti Aiuto di ruolo presso il P.O. Um. I; dell'USL 50 di Nocera, Divisione Ostetricia e Ginecologia, delle differenze retributive corrispondenti alle funzioni di primario svolte sul posto vacante del primario ((collocato a riposo), dal 4.01.1993 al 1.04.1998, quale aiuto con maggiori titoli a seguito di formale incarico conferitogli dal Commissario straordinario della USL 50 con delibera n. 386/1993.

La sentenza appellata, nel respingere il ricorso dell'interessato, ha affermato che nel pubblico impiego l'esercizio delle mansioni superiori, prima della modifica nel 1998 dell'art. 56 del d.lgs. n. 29/1993, lo svolgimento delle mansioni superiori non comporta il diritto a differenze retributive.

L'argomentazione va disattesa.

Preliminarmente, con riferimento alla statuizione della sentenza impugnata, è utile far presente che la controversia all'esame concerne un fenomeno molto diffuso nel Servizio sanitario nazionale alla fine degli anni '80, che, in mancanza di una disciplina organica in materia di mansioni superiori nell'assetto normativo del pubblico impiego, diede vita ad un vivace dibattito giurisprudenziale. Tale problematica, poi, come è noto, si è progressivamente risolta, quando si è modificato il quadro normativo a seguito della cosiddetta " privatizzazione del pubblico impiego", operata con il d.lgs. n. 29/1993 e con il d.lgs. n. 80/1998 e che ha trovato definitiva sistemazione con il d.lgs. n. 165/2001 (recante Norme generali sul lavoro alle dipendenze delle pub-

bliche amministrazioni); infatti, dopo discipline transitorie, il d.lgs. 29.10.1998, n. 387, all'art. 15 (poi trasfuso nell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 citato) stabilì che il dipendente pubblico, che aveva svolto mansioni della qualifica superiore con determinate modalità, aveva diritto alle differenze retributive (vedi A.P. 10/2010).

Ma, se questo è il regime normativo applicabile all'epoca al personale del pubblico impiego, tuttavia è noto che il comparto del personale del SSN, ed in particolare la dirigenza sanitaria, ha sempre avuto una disciplina specifica.

2.2. Nel caso all'esame, funzioni primariali svolte dall'Aiuto corresponsabile, il Collegio ritiene che non vi siano motivi per discostarsi dal consolidato orientamento di questo Consiglio secondo il quale, viste le specifiche disposizioni contenute nell'art. 29 DPR n. 761/1979, vanno riconosciute le differenze retributive all'Aiuto corresponsabile che - in osservanza di urgenti ed inderogabili esigenze del servizio sanitario - ha svolto le funzioni di Primario su posto vacante per un periodo superiore ai 60 giorni per anno solare (vedi ex multis Sez. III n. 2404/2013 e n. 248/2012 in conformità ad A.P. n. 2/1991).

Né risulta ostativa a tale riconoscimento la circostanza che la delibera di conferimento delle funzioni primariali (n. 386/1993) lo limitava al periodo di mesi sei, ai sensi dell'art. 121 DPR n. 384/1990 (ricepimento dell'accordo per il personale del comparto SSN, 1988-1990), escludendo espressamente maggiorazioni retributive per i primi 60 giorni nonché una durata superiore a mesi sei nell'arco dell'anno solare.

Infatti, come rileva esattamente l'appellante richiamando la consolidata giurisprudenza di questa Sezione, l'art. 121 DPR n. 384/1990 si limita, per esigenze di buon gestione, a vietare il rinnovo dell'incarico oltre il periodo consentito e, quindi, non può essere invocato come ragione per precludere il riconoscimento del diritto dell'Aiuto (in possesso dell'idoneità primariale) alle differenze retributive, quando il medesimo, vincolato dagli obblighi imposti dall'art. 7 DPR n. 128/1969 all'esercizio delle funzioni primariali in caso di assenza del titolare, di fatto continua a svolgerle oltre il periodo consentito (e fatti salvi i primi 60 giorni per anno solare) a causa di carenze organizzative, tra cui l'ipotesi che l'Azienda sanitaria non abbia concluso in quell'arco di tempo la procedura di copertura del posto di primario (vedi ex multis 2404/2013 cit.).

2.3. Inoltre, come questa Sezione ha avuto modo di rilevare nei suoi precedenti, la Corte Costituzionale con sentenza n. 101/2001 ha affermato che la spettanza al lavoratore del trattamento retributivo corrispondente alle funzioni espletate è un precetto derivante dall'art. 36 Cost., la cui applicabilità al pubblico impiego non può essere messa in discussione, mentre la astratta possibilità di protrazioni illegittime dell'assegnazione a funzioni superiori non è un argomento idoneo a giustificare una restrizione dell'applicabilità del principio costituzionale di equivalenza della retribuzione al lavoro effettivamente prestato.

2.4. Pertanto, va riconosciuto all'appellante il diritto alle differenze retributive con i corrispondenti eventuali adeguamenti previdenziali per il periodo dal 4.06.1993 al 1.04.1998 (data del collocamento a riposo dell'appellante per limiti di età).

Infatti, dagli atti di causa risulta (senza contestazioni, visto che nessuna delle controparti, pur ritualmente intimate, si è costituita in alcuno dei due gradi di giudizio) che, dopo la delibera di

incarico n. 386/1993 della USL 50 per mesi sei, la Azienda USL SA1 (subentrata alla soppressa USL 50), nel prendere atto che il posto di Primario della divisione di ostetricia e ginecologia del P. O. Um. I di Nocera Inferiore risultava vacante, chiedeva alla Regione Campania l'autorizzazione per effettuare la procedura concorsuale per coprire il posto e, quindi, conferiva al dott. Aliberti, primo nella graduatoria degli Aiuti in servizio di ruolo, l'incarico provvisorio per l'esercizio delle funzioni primariali per un periodo di mesi quattro (ai sensi dell'art. 121 DPR n. 384/1990), a decorrere dal 15 ottobre 1997 e, poi, con successiva delibera 18.02.1998 n. 218 prorogava l'incarico dell'appellante fino all'espletamento del concorso e, comunque, non oltre il 31.12.1998 (sollecitata la Regione per l'attivazione della procedura concorsuale).

2.5. Quanto, poi, alla asserita continuità dello svolgimento delle funzioni superiori anche nei periodi non coperti dalle delibere sopraindicate, il Collegio ritiene che, in assenza di contestazioni sul punto, lo svolgimento senza interruzione delle funzioni primariali da parte dell'appellante sia sufficientemente comprovato dal certificato rilasciatogli in data 10.11.1997 dal Direttore sanitario FF del P.O. Um. I, che attesta lo svolgimento di dette funzioni da parte del dott. Al. dal 4.01.1993 fino al 30.11.1994 (data di cessazione dell'incarico temporaneo di Direttore sanitario), nonché dall'attestato n. 3374 (data illeggibile) rilasciato dal successivo Direttore sanitario che, per il periodo dal 1.01.1995 al 30.09.1997, attesta in capo all'appellante la posizione di referente della Direzione sanitaria per le problematiche dirigenziali.

Pertanto, considerati anche gli ulteriori elementi che, quanto al periodo gennaio 1993-aprile 1998, si desumono dallo scambio di note tra i vari uffici di vertice della Azienda sanitaria ed il dott. Aliberti, in qualità di responsabile della Divisione Ostetricia e Ginecologia, il Collegio ritiene che sia provata la continuità dello svolgimento delle funzioni superiori da parte dell'appellante, nel periodo dal 4.01.1993 al 31.04.1998, in conformità con quanto esposto nell'appello.

3. In conclusione, quindi, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va riconosciuto il diritto dell'appellante (con la correlata condanna della gestione liquidatoria della USL 50 e della ASL SA1) alle differenze retributive tra il proprio trattamento e quello spettante al personale in posizione funzionale di primario, alla classe iniziale di stipendio, per il periodo dal 4.01.1993 al 31.03.1998, dal quale vanno esclusi 60 giorni per ogni anno solare, in applicazione dei principi stabiliti dalla Corte Costituzionale n. 296/1990 e recepiti da questo Consiglio di Stato con A.P. n. 2/1991, tenendo presente che anche in base all'art. 121 DPR n. 384/1990 il medico, che svolge funzioni superiori su posto vacante, per i primi 60 giorni per anno solare non ha titolo ad alcuna retribuzione ulteriore.

3.1. Alla somma, che risulterà dovuta all'appellante, vanno aggiunti gli interessi e la rivalutazione maturati fino al soddisfo, calcolati in via cumulativa per i ratei di credito maturati fino al 31.12.1994 ed, invece, solo nella misura della maggior somma tra l'ammontare degli interessi e quello della rivalutazione monetaria (ai sensi della legge n. 724/1994, art. 22) dal 1 gennaio 1995 al soddisfo.

Quanto, poi, ai criteri di computo, va precisato che i suddetti accessori vanno computati separatamente sull'importo nominale del credito, per cui sulla somma dovuta quale rivalutazione non vanno calcolati né gli interessi né la rivalutazione ulteriore e sulla somma dovuta a titolo di inte-

ressi non vanno computati ancora interessi e rivalutazione (vedi CdS A.P. n. 18/2011 e n. 3/1998).

3.2. Infine, per il periodo come sopra indicato, spetta all'appellante anche la regolarizzazione della propria posizione ai fini previdenziali ed assistenziali in corrispondenza alla spettanza del miglior trattamento retributivo.

3.3. In conseguenza la Gestione Stralcio di USL 50 e di ASL SA1 è condannata (unitariamente, in caso di gestione unica dei rapporti pregressi pendenti, oppure ciascuna per quanto di competenza *ratione temporis*, ma con vincolo solidale, in caso di centri spesa separati per i pregressi rapporti delle unità sanitarie soppresse) a versare all'appellante le somme che risulteranno spettanti al medesimo per le prestazioni sopraindicate, compresi gli accessori del credito maturati fino all'effettivo soddisfo, mentre, in caso di avvenuta chiusura delle suddette gestioni liquidatorie nelle more del giudizio, è condannata la Regione Campania, Settore della Ragioneria regionale competente per i rapporti pregressi delle soppresse Aziende sanitarie.

Le spese del doppio grado di giudizio, liquidate in € 3.000,00 oltre gli accessori di legge, sono poste in parti eguali a carico della Gestione Stralcio della soppressa USL 50, ove ancora attiva, e della soppressa ASL SA1 (ora confluita in ASL Salerno), obbligate solidalmente nei confronti dell'appellante oppure, in caso di avvenuta chiusura delle suddette gestioni liquidatorie, a carico della Regione Campania, Settore della Ragioneria regionale eventualmente competente per i rapporti pregressi delle soppresse Aziende sanitarie.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (Sezione Terza), accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza TAR impugnata, accoglie il ricorso proposto in primo grado nei limiti di cui in motivazione.

Pone le spese di lite per entrambi i gradi di giudizio, liquidate in € 3.000,00 oltre gli accessori di legge, in parti eguali a carico della Gestione liquidatoria di USL 50, ove ancora attiva, e di ASL Sa. succeduta ad ASL SA1, solidalmente obbligate, oppure, in caso di avvenuta chiusura delle suddette gestioni liquidatorie, a carico della Regione Campania, Settore della Ragioneria regionale eventualmente competente per i rapporti pregressi delle soppresse Aziende sanitarie.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Sa. Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA II 03/08/2015

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

