

TAR Calabria Reggio Calabria – sentenza n. 547 del 13 ottobre 2014

FUNZIONI SVOLTE IN VECE DEL PRIMARIO E TRATTAMENTO RETRIBUTIVO

In considerazione della circostanza che la funzione di direzione apicale di una struttura sanitaria espletata dal primario non tollera vuoti organizzativi, solo per questa specifica funzione, e nel solo limitato ambito dell'organizzazione sanitaria, lo svolgimento delle medesime funzioni da parte dell'aiuto assume rilievo ai fini retributivi indipendentemente da ogni atto organizzativo dell'Amministrazione sicché a questi saranno dovute le retribuzioni per le mansioni effettivamente svolte indipendentemente dalla formale delibera di conferimento dell'incarico da parte dell'organo tecnicamente competente sul piano gestionale, ai sensi dell'articolo 29, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica del 20 dicembre 1979 n. 761.



Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria - Sezione Staccata di Reggio Calabria ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 2238 del 2000, proposto da M.V., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Chirillo, per il presente giudizio elettivamente domiciliato in Reggio Calabria, alla via Pellicano n. 8/B, presso lo studio dell'avv. Giulio Quero;

contro

- l'Azienda Sanitaria Locale n. 9 di Locri, in persona del legale rappresentante;

- la Gestione Liquidatoria della USL 9;

non costituitesi in giudizio;

per ottenere

il pagamento delle somme dovute per l'espletamento di mansioni superiori, dal 1° marzo 1989 al 2 giugno 1991, oltre interessi e rivalutazione, ed ogni conseguenza di legge.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2014 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Esponde il ricorrente – Aiuto corresponsabile della divisione di Ostetricia e Ginecologia del P.O. di Locri – di aver svolto, a seguito del collocamento a riposo del Primario (decorrenza 1° marzo 1989) le relative mansioni fino alla propria nomina come Primario di ruolo, in esito alla quale assumeva la corrispondente qualifica (3 giugno 1991).

Nel soggiungere che l'espletamento delle funzioni primariali è stato reso necessario per esigenze di servizio, dovendosi garantire la continuità e la qualità dello stesso, evidenzia di aver chiesto, con istanze dell'8 novembre 1991 e del 26 maggio 1993, la corresponsione del trattamento economico corrispondente alle superiori mansioni svolte, senza ottenere alcun riscontro.

Osservato come il diritto alla retribuzione corrispondente alle mansioni svolte di fatto trovi fondamento nell'art. 36 della Costituzione, nell'art. 2126 c.c. e nell'art. 29 del DPR 20 dicembre 1979 n. 761 (per come interpretato dalla Corte Costituzionale con sentenze nn. 57 del 23 febbraio 1989 e 101 del 31 marzo 1995), chiede il ricorrente, in via subordinata, la liquidazione delle spettanze richieste a fronte dell'indebito arricchimento asseritamente realizzato dall'Ente, il quale ha utilizzato le prestazioni di direzione e conduzione della divisione di ostetricia da parte dell'interessato.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente accertamento del diritto alla corresponsione del differenziale retributivo di cui sopra e condanna dell'Azienda intimata al pagamento delle somme a tale titolo dovute.

L'Azienda intimata non si è costituita in giudizio.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza dell'8 ottobre 2014.

DIRITTO

1. Va preliminarmente osservato che parte ricorrente, a fronte del subingresso dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria nelle competenze (già) esercitate dalla intimata ASL di Locri, abbia provveduto, in data 14 settembre 2010, a rinnovare la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio nei confronti di tale ultimo soggetto.

2. Di quanto sopra preso preliminarmente atto, va ulteriormente dato atto della rituale proposizione del presente gravame con riferimento alla corretta individuazione dell'organo giudiziario chiamato a delibare la controversia.

Infatti, al fine della corretta discriminazione del limite temporale (15 settembre 2000) posto dall'art. 69, comma 7, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 ai fini dell'individuazione della cognizione giurisdizionale in materia di controversie attinenti al rapporto di lavoro privatizzato dei pubblici dipendenti, deve farsi riferimento alla data di notifica dell'atto introduttivo del giudizio e non a quella del successivo perfezionamento del rapporto processuale, che si realizza col deposito del ricorso (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 24 aprile 2013 n. 2325 e sez. V, 5 agosto 2011 n. 4704).

3. Nel merito, il ricorso è fondato.

Come illustrato in narrativa, parte ricorrente deduce di aver svolto, in via di mero fatto (ed in assenza, per l'effetto, di formale atto organizzativo dell'Azienda di appartenenza, volto al conferimento dell'incarico), le superiori mansioni primariali, per l'arco temporale precedentemente indicato.

Invero, costituisce principio di carattere generale che, nel comparto sanitario pubblico, il riconoscimento delle differenze retributive per l'espletamento di mansioni superiori, ai sensi dell'art. 29, comma 2, del DPR 20 dicembre 1979 n. 761, sia subordinato alla contestuale ricorrenza di due fondamentali condizioni, giuridiche e di fatto, e cioè:

- che le dette mansioni siano riferibili ad un posto di ruolo esistente in pianta organica e vacante
- e che il conferimento dell'incarico di svolgere le funzioni anzidette sia avvenuto mediante un (previo) atto formale adottato dall'organo competente dell'Ente: il quale, dopo avere verificato la sussistenza di tutti i presupposti di legge, si sia assunto la responsabilità della determinazione dell'assegnazione temporanea dell'interessato al posto di qualifica superiore.

Non può, diversamente, annettersi alcuna rilevanza allo svolgimento di fatto di mansioni superiori ai fini del diritto alle differenze retributive, fatta eccezione per le funzioni di Primario svolte dall'Aiuto in ragione della indefettibilità della responsabilità apicale.

In tal senso è orientato il prevalente insegnamento giurisprudenziale (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 2 luglio 2014 n. 3330 e sez. V, 1° dicembre 2003 n. 7803, 16 luglio 2002 n. 3962 e 7 febbraio 2000 n. 668; TAR Calabria, Reggio Calabria, 28 marzo 2013 n. 166; TAR Lazio, Latina, 26 febbraio 2004 n. 66), per il quale lo svolgimento delle funzioni primariali da parte dell'Aiuto assume rilievo ai fini retributivi indipendentemente da ogni atto organizzativo dell'Amministrazione, poiché non è concepibile che una struttura sanitaria affidata alla direzione del Primario resti priva dell'organo di vertice, che assume la responsabilità dell'attività esercitata nell'ambito della divisione.

In altri termini, posto che la funzione di direzione apicale di una struttura sanitaria (Primario) non tollera vuoti organizzativi, solo per questa specifica funzione, e nel solo limitato ambito dell'organizzazione sanitaria, la retribuitività delle mansioni apicali effettivamente svolte da parte dell'Aiuto non è condizionata dalla presenza dei due concomitanti requisiti della disponibilità del posto o della formale delibera di conferimento dell'incarico da parte dell'organo tecnicamente competente sul piano gestionale.

4. Alla ribadita fondatezza della pretesa patrimoniale dalla parte ricorrente dedotta in giudizio, accede la declaratoria del diritto del dott. M. alla percezione del differenziale retributivo (rispetto alla qualifica di Aiuto dal medesimo rivestita al momento dello svolgimento delle funzioni primariali) per il periodo 1° marzo 1989–2 giugno 1991; da detto arco temporale dovendosi, peraltro, detrarre i primi sessanta giorni per anno solare, secondo quanto disposto dall'art. 29 del DPR 761/1969; e, comunque, tutti i giorni in cui il ricorrente stesso non abbia effettivamente esercitato tali mansioni per ferie, permessi e congedi concessi a vario titolo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2000 n. 282).

L'intimata Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria, subentrata alla ASL 9 di Locri, deve essere quindi condannata al pagamento delle somme risultanti dovute, maggiorate degli accessori spettanti per legge, secondo i principi fissati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 3 del 15 giugno 1998.

Sulle somme dovute, vanno infatti applicate le maggiorazioni a titolo di interessi legali e rivalutazione monetaria (per tutti i crediti maturati fino al 31 dicembre 1994, giusta quanto stabilito dall'art. 22, comma 36, della legge 72/1994), a decorrere dalla data di maturazione del diritto

stesso, calcolati separatamente sull'importo nominale del credito: con la conseguenza che sulla somma dovuta quale rivalutazione non vanno calcolati né gli interessi né la rivalutazione monetaria e sulla somma dovuta a titolo di interessi non devono essere computati ancora interessi e rivalutazione (cfr., *inter multas*, Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2000 n. 282 e sez. VI, 13 maggio 2002 n. 2555).

5. Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie; e, per l'effetto, così dispone:

- accerta e dichiara il diritto del ricorrente, nei limiti di quanto esposto in motivazione, alla corresponsione dei maggiori importi rispetto al trattamento economico percepito, per effetto dello svolgimento delle superiori mansioni primaziali nel periodo 1° marzo 1989–2 giugno 1991;
- condanna, conseguentemente, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante, al pagamento, in favore del ricorrente stesso, delle differenze retributive a questi dovute, come meglio determinate in parte motiva, oltre gli interessi legali e la rivalutazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi,	Presidente, Estensore
Davide Ponte,	Consigliere
Angela Fontana,	Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/10/2014

IL SEGRETARIO

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