

**Consiglio di Stato, Sez. V, Sent. 1048 del 06/03/2007**

omissis

Svolgimento del processo

La sig.ra A.N. è transitata dal disciolto INAM, presso il quale era stata assunta con concorso come segretaria di terza classe, nei ruoli regionali delle Unità Sanitarie Locali ed è stata assegnata alla USL n. 35 della Campania, presso la quale presta tuttora servizio. Con delibera del Commissario Liquidatore n. 123 dell'11 febbraio 1980, le è stato attribuito il coordinamento (VII° livello retributivo funzionale) e con l'approvazione delle tabelle di equiparazione ex art. 64, DPR n. 761/1979, è stata inquadrata nel profilo professionale di collaboratore amministrativo. La sig.ra N. ha svolto dal 5 luglio 1982 le mansioni di Capo Ufficio Segreteria del Comitato di Gestione e dell'assemblea della USL n. 35 della Campania ed ha esercitato funzioni dirigenziali rientranti rispettivamente nel IX° e nel X° livello. Con istanza del 10 luglio 1985, la sig.ra N. ha chiesto i benefici della legge n. 207/85, che prevede l'inquadramento diretto nell'organico delle unità sanitarie secondo le mansioni esercitate nel caso di vacanza della relativa pianta organica.

L'istanza è rimasta inevasa, nonostante la sua riproposizione in data 8 gennaio 1991 e la diffida notificata in data 20 marzo 1993. Scaduti i termini ivi prefissi, l'interessata ha proposto ricorso al Tar della Campania per un'unica complessa censura di violazione della legge n. 207/85, della legge n. 300/70, del D.P.R. 761 /79, dell'art. 36, cost. e dell'art. 2126 cc. Con successivi motivi aggiunti, la sig.ra N. impugnava per eccesso di potere la nota prot. 18486 del 22 giugno 1990, con la quale le richieste di inquadramento nella qualifica superiore sono state espressamente disattese. Costitutosi il contraddittorio, il ricorso è stato rigettato dal Tar della Campania con la sentenza in epigrafe, impugnata dalla sig.ra N. con il presente appello. L'azienda Sanitaria Locale Napoli 5, subentrata alla USL 35 della Regione Campania si è costituita nel presente grado di giudizio, chiedendo il rigetto dell'appello.

Motivi della decisione

1. La sentenza impugnata del Tar della Campania ha rigettato la pretesa della sig.ra N., azionata nelle forme del silenzio rifiuto, all'inquadramento, ai sensi della legge n. 270 del 1985, nella posizione funzionale di collaboratore-coordinatore prevista dal DPR n. 761/1979, corrispondente al IX° livello retributivo di cui al DPR n. 348/1983 e nel X° livello retributivo.
2. Ad avviso dei primi giudici, la sig.ra N. aveva già usufruito, per i servizi svolti negli anni 1968/1981, dei benefici previsti in sede di inquadramento in base alla tabelle di equiparazione ex art. 64, DPR n. 761/1979, avendo ottenuto la qualifica di collaboratore amministrativo. Nei termini della domanda del 10 giugno 1985, unica valutabile, la sig.ra N. non aveva titolo a fruire dei vantaggi attribuiti al personale in servizio dalla legge n. 270/1985, per la posizione funzionale di collaboratore coordinatore perché non in possesso del titolo di laurea e perché le determinazioni della USL invocate come titolo legittimante erano tutte successive alla data di riferimento del 30 giugno 1984. Non era, poi, possibile attribuire all'interessata la decima qualifica funzionale ex DPR n. 270/1987 in quanto la qualifica rivestita nell'ente di provenienza era quella di assistente amministrativo. Che le mansioni asseritamente superiori alla qualifica di appartenenza non fossero state svolte su posto vacante valeva poi ad escludere la possibilità del corrispondente trattamento economico.
3. Con il presente appello, la sig.ra N. deduce che erroneamente la sentenza di primo grado avrebbe rigettato la sua domanda di attribuzione del trattamento economico corrispondente alle mansioni superiori svolte, in presenza dei presupposti dell'art. 26 DPR n. 761/1979,



avendo la ricorrente fornito un principio di prova circa la vacanza in organico delle posizioni di segretario del Comitato di Gestione e di Capo Settore della USL n. 35 della Campania. Per le stesse mansioni, il giudice del lavoro di Torre del Greco, con sentenza n. 681/2002, aveva riconosciuto l'indennità di funzione in favore della sig.ra N..

4. 4. La pretesa non è suscettibile di accoglimento. Secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, il diritto alle differenze retributive per lo svolgimento delle mansioni superiori alla qualifica rivestita da parte dei dipendenti delle ASL in forza dell'art. 29 DPR n. 761/1979, sorge esclusivamente se le mansioni stesse corrispondono a un posto vacante in pianta organica, in quanto l'attribuzione delle mansioni si giustifica con la temporanea assenza di un titolare del posto, mentre non sarebbe legittima se si fondasse su una mera scelta organizzativa dell'amministrazione che intende utilizzare i dipendenti per compiti diversi da quelli propri della qualifica rivestita (Cons.Stato, sez. VI, 04 ottobre 2005, n. 5292).

E' stato in particolare specificato che l'art. 29, co. 2 del DPR n. 761/1979, subordina la possibilità di riconoscere le differenze retributive per l'espletamento fattuale di mansioni superiori al ricorrere di tre condizioni, giuridiche e di fatto, operanti in modo concomitante: -le mansioni devono essere svolte su un posto di ruolo, esistente nella pianta organica, e di fatto vacante; - su tale posto non deve essere stato bandito alcun concorso; -l'organo gestorio deve aver attribuito la supplenza con una formale deliberazione, dopo aver verificato i presupposti indicati in precedenza, assumendosene tutte le responsabilità (Cons. Stato, V, 16 giugno 2005, n. 3153; V, 05 aprile 2005, n. 1534).

5. 5. La documentazione depositata dalla ricorrente in primo grado dà atto che nel periodo corrente dal 24 maggio 1985 al 9 febbraio 1988, la ricorrente ha sostituito nella funzione, tanto di segretario del comitato quanto di capo del corrispondente settore, il segretario del comitato di gestione, sig. R. A.. Tale funzione sarebbe stata svolta con continuità atteso che le attività proprie del settore comportano l'esercizio di una costante funzione vicaria soprattutto perché svolte per lo più in concomitanza e con l'accavallarsi di procedure il cui svolgimento si realizza anche in tempi e in luoghi diversi (cfr. certificazione 26.4.1993, n. 349).

L'attestazione non concreta i presupposti previsti dalla giurisprudenza succitata per l'applicazione in favore della ricorrente dell'art. 29 DPR n. 761/1979. E, invero, i compiti svolti dalla sig.ra N. consistevano nella sostituzione, in caso di assenza, del sig. A., all'epoca segretario del comitato di gestione e capo del corrispondente settore. Il posto di ruolo era perciò assegnato ad un titolare e niente affatto vacante. La costante funzione vicaria svolta dalla sig.ra N. si concretava pertanto nella sostituzione del titolare e non nell'esercizio di compiti propri di una posizione lavorativa costantemente non ricoperta in assenza di nomina del titolare. Tanto si evince anche dalla deliberazione n. 377 del 28 giugno 1985, attribuita alla sig.ra N. dei compiti propri del sig. A. durante il periodo di ferie dal servizio. Argomento contrario alle conclusioni raggiunte non può evincersi dalla sentenza n. 681/2002 del Tribunale del Lavoro di Torre Annunziata, ricognitiva in favore dell'appellante dell'indennità di funzione per incarichi svolti nel periodo dal febbraio 1998 al gennaio 2002, peraltro successivo a quello considerato.

6. 6. In conclusione, l'appello deve essere respinto e, per l'effetto, confermata la sentenza impugnata. Sussistono giustificati motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuale relative al secondo grado del giudizio.



P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello. Spese compensate. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa. Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 3 ottobre 2006, con l'intervento dei Signori: omissis