

**Consiglio di Stato - Sez. V; Sent. n. 1787 del 29.03.2010**

omissis

FATTO e DIRITTO

1. Se. T. , aiuto primario presso l'ospedale civile di Crotona, proponeva ricorso davanti al Tar per la Calabria avverso il silenzio rifiuto formatosi sulla propria istanza diretta all'adozione di un formale atto di riconoscimento delle titolarità della funzione vicaria di primario della divisione di psichiatria dell'ospedale e per la condanna dell'azienda sanitaria al pagamento delle differenze retributive maturate nel periodo di svolgimento delle mansioni superiori.

Con sentenza n. 967/1998 il Tar dichiarava inammissibile il ricorso proposto avverso il silenzio e accoglieva la domanda inerente il pagamento delle differenze retributive per le superiori mansioni svolte nel limite di un periodo non superiore a sei mesi, detratti i primi sessanta giorni.

Se. T. ha proposto ricorso in appello avverso tale sentenza per i motivi che saranno di seguito esaminati.

L'Azienda sanitaria locale n. 5 di Crotona, regolarmente intimata, non si è costituita in giudizio.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Con il primo motivo l'appellante contesta la limitazione ad un periodo di sei mesi (detratti i primi sessanta giorni) del riconoscimento del diritto a percepire le differenze retributive per le superiori mansioni svolte e sostiene che le differenze retributive vanno corrisposte per l'intero periodo di svolgimento delle mansioni primarie ad eccezione dei primi sessanta giorni.

La censura è fondata.

In primo luogo, si rileva come non sia oggetto di contestazione in sede di appello l'accertamento, effettuato dal Tar, della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del diritto a percepire le differenze retributive per mansioni superiori (primarie) svolte dall'appellante.

Il giudice di primo grado ha escluso che nel caso di specie si trattasse di una sostituzione "ordinaria" del primario e ha ritenuto che il ricorrente, chiamato con ordine di servizio del direttore generale della A.s.l. n. 5 di Crotona ad una sostituzione non certo breve, avesse diritto alle differenze retributive spettanti a chi svolge le mansioni superiori per coprire un posto di primario vacante e disponibile.

Tale statuizione non è stata contestata, neanche in via incidentale, in sede di appello ed è, quindi, precluso che possa essere rimessa in discussione.

Ciò premesso, si rileva che, una volta riconosciuto il diritto a percepire le differenze retributive per le mansioni superiori svolte, la limitazione ad un periodo di sei mesi non è corretta.

La giurisprudenza è pacifica nel ritenere che il trattamento retributivo corrispondente a mansioni superiori spetta all'aiuto ospedaliero anche quando l'incarico di sostituzione del primario si protragga oltre il termine massimo di sei mesi, posto che con diverse disposizioni il legislatore ha inteso vietare il rinnovo della sostituzione alla scadenza del periodo massimo di sei mesi, senza precludere il riconoscimento della spettanza delle differenze retributive quando l'amministrazione, contravvenendo a tale divieto, rinnovi l'incarico o permetta la prosecuzione dell'espletamento delle mansioni superiori anche oltre il tempo massimo previsto (Cons. Stato, V, n. 3234/06; n. 3428/08; n. 2292/09).

Di conseguenza, ferma restando la non computabilità dei primi sessanta giorni, spettano al ricorrente le differenze retributive per l'intero periodo di svolgimento delle superiori mansioni primarie.



3. Va, invece, dichiarata inammissibile per carenza di interesse l'ulteriore censura, con cui l'appellante contesta la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso il silenzio formatosi sulla propria istanza diretta all'adozione di un formale atto di riconoscimento delle titolarità della funzione vicaria di primario della divisione di psichiatria dell'ospedale.

Infatti, l'appellante si è limitato a contestare la sentenza nella parte in cui rileva la mancata attivazione dell'istanza preliminare alla diffida, ma non ha proposto alcuna censura avverso la successiva statuizione con cui il Tar ha ritenuto infondata la pretesa azionata.

4. In conclusione, deve essere accolto in parte il ricorso in appello e, per l'effetto, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, il ricorso di primo grado va accolto con riconoscimento del diritto a percepire le differenze retributive per l'intero periodo di svolgimento delle mansioni superiori, detratti i primi sessanta giorni, oltre a interessi legali e rivalutazione, come già riconosciuti in primo grado.

In considerazione della parziale reciproca soccombenza va disposta la compensazione delle spese del giudizio.

Infine, tenuto conto che il pagamento degli importi a titolo di svolgimento di mansioni superiori protrattosi oltre il periodo di sei mesi, può integrare un danno erariale, va disposta la trasmissione della presente sentenza alla Procura regionale della Calabria della Corte dei Conti per le valutazioni di sua competenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso meglio indicato in epigrafe, accoglie in parte il ricorso in appello, dichiarandolo inammissibile per la restante parte e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie in parte il ricorso proposto in primo grado nei sensi di cui in parte motiva.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Dispone che la presente sentenza sia trasmessa, a cura della segreteria, alla Procura regionale della Calabria della Corte dei Conti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2010 con l'intervento dei Signori:

omissis

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/03/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione