



sentenza 633/09

omissis

FATTO

A seguito del collocamento a riposo del primario di ruolo della divisione di chirurgia generale del presidio ospedaliero di T., il Comitato di gestione dell'Usl conferiva al ricorrente, a decorrere dal 31/1/88, le mansioni superiori di primario; tali mansioni venivano svolte fino al 14/6/91.

Con il ricorso di primo grado lo stesso ha impugnato la delibera n. 351 del 6 dicembre 1991, con la quale si riconoscevano, a sanatoria, le mansioni superiori svolte in tale periodo, limitatamente ai profili giuridici.

Avverso la sentenza che ha respinto il gravame sulla richiesta di riconoscimento di benefici economici, viene proposto il presente appello, con cui si sostiene l'erroneità della sentenza con riferimento alle norme che regolano la materia, così come interpretate dalla prevalente giurisprudenza.

L'amministrazione, costituitasi in giudizio, ha sostenuto l'inoppugnabilità della delibera che limitava il riconoscimento delle funzioni al solo profilo giuridico e l'infondatezza, nel merito, della pretesa.

DIRITTO

In via preliminare, va respinta l'eccezione di inoppugnabilità della delibera, trattandosi di azione di accertamento di una pretesa patrimoniale, non sottoposta a termini di decadenza e non essendo, comunque, provata la data di effettiva conoscenza della delibera stessa, da parte dell'interessato.

Nel merito, la pretesa è fondata.

Questa sezione ha avuto modo di puntualizzare che, in presenza di un posto vacante, lo svolgimento delle mansioni primariali da parte di chi si trovi in posizione funzionale intermedia (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2005, n. 1640; 20 ottobre 2004 n. 6784; 16 settembre 2004 n. 6009; 2 settembre 2004 n. 5740; 12 maggio 2003 n. 2507; 5 novembre 2002 n. 6017; 20 ottobre 2000 n. 5650; 18 agosto 1998 n. 1270), comporta il riconoscimento del relativo trattamento economico, indipendentemente da ogni atto organizzativo da parte dell'Amministrazione, in quanto non è configurabile l'ipotesi di una struttura sanitaria che rimanga priva dell'organo di vertice responsabile dell'attività esercitata nel suo ambito.

Tale conseguenza discende, innanzitutto, dall'art. 29 del d.p.r. 20 dicembre 1979, n. 761, il quale dispone nel senso (comma 2) che in caso di esigenze di servizio, l'impiegato del Servizio sanitario nazionale "può eccezionalmente essere adibito a mansioni superiori", che l'assegnazione non può eccedere i sessanta giorni nell'anno solare e che (comma 3) non costituisce esercizio di mansioni superiori la sostituzione di personale in posizione funzionale più elevata, quando la sostituzione rientri fra i compiti ordinari di quella sottostante.

"Per converso, come ha posto in luce la giurisprudenza, non può rientrare nelle ipotesi descritte l'esercizio di mansioni per vacanza del posto, di tal che la protrazione dell'attività è riferibile unicamente ad inerzia del datore di lavoro e non può essere fatta ricadere sul dipendente che è



tenuto ad osservare l'obbligo fattogli dalla legge; va, inoltre, considerato il disposto dell'art. 121, comma 7, del d.p.r. 28 novembre 1990, n. 384, ai sensi del quale l'incarico di mansioni superiori comporta il compenso, eccetto che per i primi sessanta giorni, per un periodo fino a sei mesi, per cui, anche in relazione a questa regola, il superamento del termine di sei mesi, come fatto riconducibile ad attività e ad obblighi imposti alla amministrazione, e da questa non osservati, non fa venir meno lo svolgimento di mansioni, che vanno, perciò, riconosciute sul piano economico, sempre in dipendenza dell'obbligo di prestazione gravante sul medico, non rilevando se le stesse siano o meno esercitate in modo prevalente.

Infatti, la stessa giurisprudenza considera che il trattamento retributivo corrispondente a mansioni superiori spetta al sanitario anche quando l'incarico si protragga oltre il termine massimo di sei mesi previsto dall'art. 121 comma 7 d.p.r. 28 novembre 1990 n. 384, posto che quest'ultima previsione normativa si limita a vietarne il rinnovo alla scadenza del periodo massimo di sei mesi, ma non preclude 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" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 298/04, n. 3257/08).

L'applicazione dei principi giurisprudenziali sopra richiamati comporta l'accoglimento della domanda di riconoscimento del diritto del ricorrente a percepire il compenso richiesto, che va commisurato alla differenza tra lo stipendio base della posizione superiore e quello base della posizione di appartenenza, per il periodo eccedente i sessanta giorni, a far tempo dalla data dell'incarico e fino alla sua cessazione.

Interessi e rivalutazione monetaria sulle somme dovute vanno calcolati secondo i criteri stabiliti dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio, con decisione n. 3/98.

L'appello, pertanto, deve essere accolto nei sensi di cui in motivazione.

Le spese del giudizio, in relazione agli elementi di causa, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, accoglie l'appello n. 6209/00, meglio specificato in epigrafe e, per l'effetto, dichiara il diritto dell'appellante al compenso di cui in motivazione, oltre agli accessori di legge per interessi e rivalutazione monetaria.

Compensa, tra le parti, le spese del giudizio

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

Così deciso, in Roma, nella Camera di consiglio del 18 marzo 2008, alla presenza dei seguenti magistrati:

omissis

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE



S.I.Ve.M.P

Consiglio di Stato Sentenza n. 633/09

omissis

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 05.02.2009.