

FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20170306_i_ti_o_01 vom 6. März 2017

FINMA Versicherungsrecht, 2017-03-06, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20170306_i_ti_o_01

FR: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20170306_i_ti_o_01 du 6 mars 2017

IT: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20170306_i_ti_o_01 del 6 marzo 2017

Erwägungen

E. 31

Januar 2013 E. 2.3). Erwartet der Versicherer vom Versicherten einen solchen Berufswechsel, muss er dies dem Versicherten mitteilen und ihm eine angemessene Frist setzen, um sich anzupassen und eine Stelle zu finden (BGE 133 III 527 E. 3.2.1 S. 531). Bei der Beantwortung der Frage nach der Zumutbarkeit eines Berufswechsels im konkreten Fall stellt die medizinisch-theoretische Würdigung nur einen ersten Schritt dar. Das Gesetz erlaubt dem Versicherer keine Reduktion seiner Leistungen einzig aufgrund eines theoretisch möglichen Berufswechsels, der indessen in der Praxis nicht realisierbar ist. Das Gericht hat im Gegenteil die konkrete Ausgangslage zu würdigen. Es muss sich fragen, welche realen Chancen der Versicherte angesichts seines Alters und der Situation auf dem Arbeitsmarkt hat, eine Arbeit zu finden, welche seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung Rechnung trägt. Es hat ebenfalls zu beurteilen, ob dem Versicherten ein entsprechender Berufswechsel unter Berücksichtigung

seiner Ausbildung, seiner Arbeitserfahrung und seines Alters tatsächlich zugemutet werden kann (zum Ganzen: Urteile 4A_574/2014 vom 15. Januar 2015 E. 4.1; 4A_529/2012 vom 31. Januar 2013 E. 2.4; 4A_304/2012 vom 14. November 2012 E. 2.4; vgl. auch BGE 133 III 527 E. 3.2.1 S. 531). 2.4. Diese Vorgaben hat die Vorinstanz bundesrechtskonform umgesetzt. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat sie sowohl dessen Alter wie auch seine Ausbildung und seine früheren Tätigkeiten berücksichtigt. Sie hat weiter seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung Rechnung getragen, indem sie einerseits den "Teilzeitfaktor" einbezogen und andererseits auf den standardisierten Durchschnittslohn für bloss einfache und repetitive Tätigkeiten abgestellt hat. Entsprechend hat sie aufgrund der lohnmindernden Faktoren einen Abzug von 15 % vorgenommen. Die Vorinstanz hat damit die konkrete Situation gewürdigt und nicht bloss auf theoretische, statistische Werte abgestellt. Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe nicht auf den ihm konkret offen stehenden Arbeitsmarkt abgestellt, ist unbegründet. Dasselbe gilt für die Rüge einer falschen Verteilung von Behauptungs- und Beweislast: Dem vorinstanzlich festgestellten Prozesssachverhalt ist zu entnehmen, dass die Beschwerdegegnerin behauptet hat, der Beschwerdegegner sei ab 1. Januar 2012 in einer adaptierten Tätigkeit arbeitsfähig. Für die Berechnung des Einkommens, das der Beschwerdeführer erzielen könnte, hat die Vorinstanz - neben statistischen Werten (Lohnstrukturerhebung), welche als notorisch gelten (BGE 128 III 4 E. 4c/bb S. 7 f.) - dessen Alter, Ausbildung, frühere Arbeitstätigkeit, reduzierte Arbeitsfähigkeit und angeschlagene Gesundheit berücksichtigt. Auf welches dieser Elemente die Vorinstanz mangels entsprechender Tatsachenbehauptungen nicht hätte abstellen dürfen, zeigt der Beschwerdeführer nicht auf. Da die Vorinstanz zudem in Würdigung der Beweise zu einem Beweisergebnis kam (Arbeitsfähigkeit in angepasster

Tätigkeit Januar/Februar 2012 zu 50 % mit erzielbarem Jahreseinkommen von rund Fr. 26'529.--, ab März 2012 zu 80 % mit erzielbarem Jahreseinkommen von rund Fr. 42'446.--), ist die Beweislastverteilung - welche die Folgen der Beweislosigkeit regelt - gegenstandslos (vgl. BGE 141 III 241 E. 3.2 S. 243; 138 III 359 E. 6.3 S. 365; je mit Hinweisen)." Non può neppure essere d'aiuto all'assicuratore la circostanza che l'art. _____ CGA prevede che in caso di inabilità parziale al lavoro pari almeno al 25% l'indennità giornaliera viene erogata in proporzione all'incapacità lavorativa. Infatti l'allora TFA (dal 1° gennaio 2007: TF), certo in ambito di assicurazioni sociali, ma sulla base della medesima formulazione, con sentenza K 31/04 del 9 dicembre 2004 ha rammentato al consid. 4.4: "(...) Pour que la recourante, qui indemnise une incapacité de travail d'au moins 25 % (ch. 50.1 CGA de l'assurance facultative d'indemnités journalières SALARIA), soit tenue d'octroyer l'indemnité journalière au delà du 31 octobre 2003, il faut que l'intimée ne puisse réaliser dans une activité de substitution plus que le 75 % du revenu qui aurait été le sien dans son activité de coiffeuse sans l'atteinte à sa santé (ATF 114 V 287 consid. 3d; arrêt C. du 1er juillet 2003 [K 38/02]). [...]" Il TCA rileva inoltre che non necessita dar seguito alla richiesta dell'assicuratore di richiamare il progetto di decisione dell'UAI del 1° febbraio 2017 relativo al calcolo del grado d'invalidità e di cui la stessa convenuta afferma di essere in possesso ma che non ha voluto produrre (doc. LXXI). Infatti, in concreto si applica il diritto privato, e segnatamente la LCA e le CGA applicabili al caso di specie, oltre alla giurisprudenza sviluppata dal TF in ambito di assicurazioni complementari alla LAMal. Il calcolo dell'incapacità di guadagno va pertanto eseguito autonomamente. 2.15. Per determinare il reddito ipotetico conseguibile dalla persona assicurata senza il danno alla salute (reddito da valido), occorre stabilire quanto la stessa, nel momento determinante (corrispondente all'inizio dell'eventuale diritto alla rendita), guadagnerebbe, secondo il grado di verosimiglianza preponderante, quale persona sana (DTF 129 V 222 consid. 4.3.1 pag. 224 con riferimento). Tale reddito

dev'essere determinato il più concretamente possibile. Di regola ci si fonderà sull'ultimo reddito che la persona assicurata ha conseguito prima del danno alla salute, se del caso adeguato al rincaro e all'evoluzione reale dei salari (cfr. ancora DTF 129 V 222 consid. 4.3.1 pag. 224), o comunque sul salario che potrebbe essere conseguito in un posto di lavoro identico nella stessa azienda o in un'azienda simile. Nel caso in cui non fosse possibile quantificare in maniera attendibile il reddito ipotetico che l'assicurato avrebbe potuto conseguire senza l'invalidità, si farà riferimento a valori empirici o statistici (VSI 1999 pag. 248 consid. 3b). Per il resto, occorre tenere conto del principio secondo cui - in assenza di indizi concreti che impongano una diversa valutazione - la persona assicurata avrebbe di regola, e conformemente all'esperienza generale, continuato l'attività precedentemente svolta senza invalidità (RAMI 2000 no. U 400 pag. 381 consid. 2a). In tale contesto la normale evoluzione professionale va senz'altro considerata. Tuttavia gli indizi che l'assicurato avrebbe intrapreso una carriera e percepito un salario più elevato devono essere concreti (DTF 96 V 29 pag. 30; RAMI 1993 no. U 168 pag. 100 consid. 3b). La mera dichiarazione d'intenti non è pertanto sufficiente; necessario è infatti che tale intenzione sia suffragata da passi concreti, quale ad esempio la partecipazione a corsi ecc. (VSI 2002 pag. 161 consid. 3b [I 357/01] e dottrina citata). Un salario di punta può essere ammesso solo se vi sono circostanze particolari che lo giustificano (RCC 1980 pag. 560 pag. 560 con riferimenti). I salari medi pagati nel settore hanno in ogni caso la precedenza sui salari fissati in base a contratti collettivi di lavoro (RCC 1986 pag. 434 consid. 3b). Siccome di norma una simile valutazione professionale parte dal presupposto che, senza il danno alla

salute, l'assicurato avrebbe continuato ad esercitare la precedente attività lucrativa, devono essere considerati eventuali adeguamenti ed aumenti salariali (RAMI 1993 Nr. U 168 pag. 100s. consid. 3b, ZAK 1990 pag. 519 consid. 3c). In concreto dal contratto di lavoro sottoscritto dall'attrice il 2 dicembre 2013 con il ristorante _____, ossia prima del danno alla salute, emerge che dal 1° gennaio 2014 avrebbe dovuto iniziare quale chef di sala e bar per un impiego all'80% con un salario lordo mensile di fr. 4'658.40 (compresa la tredicesima; doc. LII/EE1). Per cui, senza il danno alla salute l'assicurata, da valida, avrebbe conseguito un reddito annuo di fr. 55'900.80 (4'658.40 X 12). Ne segue che tutte le lamentele dell'attrice circa l'esatto ammontare del reddito precedentemente conseguito vengono a cadere. 2.16. Per quanto concerne il reddito da invalida, la giurisprudenza federale si fonda sui criteri fissati nella sentenza pubblicata in DTF 126 V 75, che al considerando 3b/aa ha stabilito che ai fini della fissazione del reddito da invalido è determinante la situazione professionale concreta dell'interessato, a condizione però che quest'ultimo sfrutti in maniera completa e ragionevole la capacità lavorativa residua e che il reddito derivante dall'attività effettivamente svolta sia adeguato e non costituisca un salario sociale ("Soziallohn"). Qualora difettino indicazioni economiche effettive, possono, conformemente alla giurisprudenza, essere ritenuti i dati forniti dalle statistiche salariali ufficiali, edite dall'Ufficio federale di statistica, che si riferiscono agli stipendi medi nelle principali regioni e categorie di lavoro (DTF 126 V 76 consid. 3b/bb; RCC 1991 pag. 332 consid. 3c, 1989 pag. 485 consid. 3b).

Al fine di non discriminare gli assicurati attivi in Ticino, Cantone in cui i salari sono notoriamente più bassi rispetto alla media nazionale, visto che il reddito da non invalido è quello che verrebbe effettivamente percepito dagli assicurati nel nostro Cantone senza il danno alla salute, da alcuni anni questo Tribunale aveva deciso che nell'applicazione dei dati statistici per determinare il reddito da invalido - se necessaria la sua determinazione teorica - occorreva utilizzare la tabella che rifletteva i salari versati nella nostra regione (TA13). L'Alta Corte ha però stabilito che sono esclusivamente applicabili, in difetto di indicazioni economiche concrete, i dati salariali nazionali risultanti dalla tabella di riferimento TA1 dell'inchiesta sulla struttura dei salari edita dall'Ufficio federale di statistica e non i valori desumibili dalla tabella TA13, che riferisce dei valori in relazione alle grandi regioni (SVR 2007 UV Nr. 17, STFA I 222/04 del 5 settembre 2006). 2.17. L'attrice sostiene di non poter svolgere lavori d'ufficio o addirittura lavorare in banca, avendo svolto da ultimo questa attività nel 2002. Inoltre censura l'applicazione delle Tabelle ISS poiché sarebbero discriminanti nei confronti delle donne e la loro applicazione violerebbe l'art. 8 della Costituzione federale e chiede l'applicazione delle tabelle relative agli uomini. Per quanto concerne questa seconda censura, il TCA rileva che l'applicazione delle tabelle ISS relative alle donne non comporta alcuno svantaggio per l'attrice, ritenuto che i salari degli uomini figuranti nelle tabelle sono più elevati ed un loro utilizzo nel raffronto dei redditi andrebbe semmai a suo discapito. In secondo luogo questo TCA evidenzia come, anche volendo applicare il salario statistico a lei più favorevole, l'interessata non avrebbe comunque diritto ad ulteriori prestazioni, come si vedrà di seguito. 2.18. In ossequio alla più recente giurisprudenza federale occorre, in assenza di dati salariali concreti, basarsi sui dati statistici nazionali. Dall'inchiesta svizzera sulla struttura dei salari 2012 (cfr., a quest'ultimo proposito, DTF 128 V 174 = RAMI 2002 U 467 pag. 511 segg.), edita dall'Ufficio federale di statistica, più precisamente dalla tabella TA1 2012 skill level (NOGA08), si osserva che il salario lordo mediamente percepito in quell'anno dalle donne per un'attività semplice di tipo fisico o manuale (ossia il livello 1 di competenze) di 40 ore

settimanali nel settore privato (circa la rilevanza delle condizioni salariali nel settore privato, cfr. RAMI 2001 U 439 pag. 347 segg. e SVR 2002 UV 15 pag. 47 segg.), corrisponde ad un importo di Fr. 49'344.- (Fr. 4'112.- x 12 mesi). Adattando all'evoluzione dei salari nominali questo dato fino al 2014 (DTF 126 V 81 consid. 7a; STF U 8/07 del 20 febbraio 2008; STCA 36.2008.148 del 12 dicembre 2008; STCA del 13 febbraio 2006, 36.2005.55), si ottiene un salario di Fr. 50'118,02 (Fr. 49'344.- : 102 x 103,6; Tabella T1.2.10 Indice dei salari nominali, Donne, 2011-2014, pubblicata dall'Ufficio federale di statistica). Questi dati si riferiscono, però, ad un tempo lavorativo di 40 ore alla settimana. Riportando ora queste cifre su un orario medio di lavoro settimanale nelle aziende di 41,7 ore computabili nel 2014 (cfr. per questo aspetto, STFA I 203/03 del 21 luglio 2003, consid. 4.4; cfr. anche sentenza U 8/07 del 20 febbraio 2008 e la tabella B9.2 pubblicata in: *La Vie économique*, 3/4-2015, pag. 88 e la Tabella sulla durata normale del lavoro nelle aziende secondo la divisione economica, in

ore per settimana, pubblicata dall'Ufficio federale di statistica), il salario lordo medio ipotetico nazionale da invalido per una donna ammonta a Fr. 52'248.0358 (Fr. 50'118,02: 40 x 41,7), ritenuto che la quota di tredicesima è già compresa (STFA U 274/98 del 18 febbraio 1999, consid. 3a). Secondo la giurisprudenza federale, per gli assicurati che, a causa della particolare situazione personale o professionale (affezioni invalidanti, età, nazionalità e tipo di permesso di dimora, grado di occupazione, ecc.), non possono mettere completamente a frutto la loro capacità residua nemmeno in lavori leggeri e che pertanto non riescono di regola a raggiungere il livello medio dei salari sul mercato, viene operata una riduzione percentuale sul salario teorico statistico. L'Alta Corte ha precisato, al riguardo, come una deduzione globale massima del 25% del salario statistico permettesse di tener conto delle varie particolarità suscettibili di influire sul reddito del lavoro. Inoltre, chiamato a pronunciarsi sulla deduzione globale, la quale procede da una stima che l'amministrazione deve succintamente motivare, il giudice non può senza valido motivo sostituire il suo apprezzamento a quello degli organi dell'assicurazione (DTF 126 V 80 consid. 5b/cc). Con sentenza 9C_179/2013 del 26 agosto 2013, a proposito della riduzione del salario statistico tramite l'utilizzo di multipli di 5, il TF ha affermato: " 5.4 Contrariamente al potere di apprezzamento del Tribunale federale, quello dell'autorità giudiziaria di primo grado non è per contro limitato alla violazione del diritto (compreso l'eccesso e l'abuso del potere di apprezzamento), ma si estende ugualmente all'esame di adeguatezza della decisione amministrativa ("Angemessenheits-kontrolle"). In tale contesto l'esame verte sulla questione di sapere se un'altra soluzione non sarebbe stata più opportuna rispetto a quella adottata, in un caso concreto, dall'autorità nell'ambito del proprio potere di apprezzamento e pur nel rispetto dei principi generali del diritto. A tal proposito, il giudice delle assicurazioni sociali non può, senza valido motivo, sostituire il suo apprezzamento a quello degli organi dell'assicurazione; deve piuttosto fondarsi su circostanze tali da fare apparire il proprio apprezzamento come quello maggiormente appropriato (DTF 126 V 75 consid. 6 pag. 81; DTF 137 V 71 consid. 5.2 pag. 73 seg.). 5.5. La decisione del Tribunale cantonale di distanziarsi dalla deduzione operata dall'UAI a titolo di circostanze particolari non viola il diritto federale né configura altrimenti un abuso o un eccesso nell'esercizio del potere di apprezzamento poiché poggia su un valido motivo. Come fanno giustamente notare i giudici di prime cure, nella sua prassi il Tribunale federale applica infatti abitualmente a questo genere di deduzioni dei multipli di 5 quando non si limita semplicemente ad avallare – a causa dell'ininfluenza del calcolo per l'esito della valutazione – il giudizio dell'istanza precedente. L'applicazione di tassi più frazionati si rivelerebbe invece problematica poiché

siffatte riduzioni sarebbero difficilmente concretizzabili e quindi anche difficilmente verificabili in sede giudiziaria (cfr. Ulrich Meyer, Bundesgesetz über die Invaliden-versicherung [IVG], in: Murer/Stauffer [ed.], Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 2a ed. 2010, pag. 314). (...)” Con sentenza 8C_80/2013 del 17 gennaio 2014 il TF ha rammentato che non è necessario procedere con deduzioni distinte per ogni fattore entrante in considerazione come le limitazioni legate all’età, gli anni di servizio, la nazionalità, la categoria del permesso di soggiorno o ancora il tasso d’occupazione. Occorre piuttosto procedere ad una valutazione globale, nei limiti del potere di apprezzamento, degli effetti di questi fattori sul reddito da invalido, tenuto conto dell’insieme delle circostanze concrete (cfr. consid. 4.2: “[...] Or, il sied de rappeler qu’il n’y a pas lieu de procéder à des déductions distinctes pour chacun des facteurs entrant en considération comme les limitations liées au handicap, l’âge, les années de service, la nationalité ou la catégorie de permis de séjour, ou encore le taux d’occupation. Il faut bien plutôt procéder à une évaluation globale, dans les limites du pouvoir d’appréciation, des effets de ces facteurs sur le revenu d’invalidé, compte tenu de l’ensemble des circonstances du cas concret (ATF 126 V 75 consid. 5b/bb p. 80; arrêt 9C_751/2011 du 30 avril 2012 consid. 4.2.1). [...]”). Nel caso di specie, visti l’età dell’attrice, le limitazioni funzionali poste dagli specialisti e considerato che l’interessata, che padroneggia due lingue nazionali, può svolgere un’attività leggera al 100%, non si impone alcuna deduzione. Nel dettaglio, nessuna riduzione deve essere concessa in funzione dell’età (l’assicurata è nata nel 1973). Nella STF 9C_1013/2008 del 23 dicembre 2009, in cui la ricorrente era 56enne al momento della decisione amministrativa, l’Alta Corte ha affermato che l’età non solo non si ripercuote negativamente sul reddito ipotetico da invalido, ma addirittura incide favorevolmente su di esso. I lavoratori ausiliari, attivi in quei settori di attività accessibili a lavoratori non qualificati, sono richiesti indipendentemente dalla loro età in un mercato del lavoro equilibrato (cfr. anche la sentenza I 594/04 del 14 febbraio 2005). Circa la nazionalità e la sua formazione professionale, va evidenziato che l’insorgente, nata a _____ (pag. 3 perizia psichiatrica, doc. LXII/2) e che padroneggia due lingue nazionali, non può far valere alcuno svantaggio salariale derivante da particolari contingenze. Infine le limitazioni descritte dagli specialisti non impediscono l’attrice di esercitare un’attività leggera. Tant’è che secondo il perito dell’AI “la signora mi dice di essere in possesso di un certificato di impiegata d’ufficio, attività che di base sarebbe ideale” (pag. 97 incarto AI). Confrontando il reddito da valida di fr. 55'900.80 con quello da invalida di fr. 52'248.0358 si ottiene un’incapacità di guadagno del 6% che non dà diritto ad alcuna prestazione essendo inferiore al 25% (cfr. art. _____ CGA e sentenza K 31/04 del 9 dicembre 2004, consid. 4.4). L’interessata non ha più diritto ad ulteriori prestazioni neppure da quando è risultata inabile al lavoro al 50% dal 17 novembre 2015, poiché non ha reso verosimile, secondo il principio della verosimiglianza preponderante che, dopo essere diventata abile al lavoro al 100% in un’attività leggera al termine del periodo di adattamento, non ha potuto accedere ad un lavoro ben definito dal novembre 2015, a causa del suo danno alla salute (cfr. consid. 2.12). Ne segue che l’assicurata ha diritto ad indennità giornaliera al 100% dal 1° giugno 2014 al 31 agosto 2014. 2.19. L’assicurata chiede che vengano pagati gli interessi di mora al 5% per ciascun mese per i quali l’assicuratore avrebbe dovuto pagare le prestazioni. Per quanto concerne gli interessi va rilevato che con sentenza 4A_468/2008 del 20 febbraio 2009 il TF ha rammentato: " 3.2 Il ricorrente si aggrava anche contro la decisione sugli interessi di mora. Invano. Il Tribunale cantonale delle assicurazioni gli ha accordato interessi di mora del 5 % sulla somma residua di fr.

68'420.10 (137'065 ./ 68'644.90) dall'8 febbraio 2008 al 29 febbraio 2008, cioè dal giorno della prima interpellazione (art. 102 cpv. 1 CO) al giorno della ricezione del pagamento. Il ricorrente obietta che gli interessi di mora

andrebbero riconosciuti dal 24 dicembre 2006, momento nel quale, a suo dire, la prestazione assicurata avrebbe dovuto essergli versata. A torto. Gli interessi di ritardo del 5 % (art. 104 cpv. 1 CO) sono dovuti dal giorno dell'interpellazione del creditore, che mette in mora il debitore (art. 102 cpv. 1 CO). Queste norme si applicano anche al contratto d'assicurazione (JÜRGE NEF, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n. 20 art. 41 LCA). Dato che il ricorrente non contesta la data della prima messa in mora considerata nel giudizio impugnato, la Corte ticinese ha applicato correttamente il diritto federale. La censura dell'attore, che parrebbe conferire rilevanza, sotto il profilo degli interessi di mora, al momento in cui il credito dell'assicurato diviene esigibile (cfr. art. 41 cpv. 1 LCA), è infondata.” In concreto, dopo il 1° giugno 2014, l'attrice ha insistentemente chiesto l'emanazione di una decisione formale. In sede di udienza della causa 36.2015.45, il 10 settembre 2015 l'attrice ha affermato di “vantare delle pretese derivanti dal suo stato di salute riconducibile a malattie e ciò successivamente al 30.4.2014” (doc. 58a). Tuttavia la prima interpellazione, con richiesta esplicita di versamento delle indennità giornaliere, è avvenuta con la petizione del 13 maggio 2016 (doc. I). Gli interessi al 5% sono pertanto dovuti a partire dal 13 maggio 2016. 2.20. L'attrice contesta la circostanza secondo cui l'assicuratore ha tenuto due incarti separati per la malattia e per l'infortunio e chiede a questo TCA di accertare l'illiceità della tenuta di due incarti per la medesima assicurata. Questo Tribunale rileva che la tenuta dei due incarti deriva dalla circostanza che vi erano due procedure separate, la prima relativa all'infortunio del 14 dicembre 2013, in seguito al quale sono state versate indennità giornaliere fino al 30 aprile 2014 e la seconda relativa alla malattia per la quale l'assicuratore ha versato prestazioni fino al 31 maggio 2014. Essa è pertanto giustificata. Del resto la convenuta è competente per il pagamento delle indennità giornaliere a causa di malattia, mentre per il versamento delle indennità dovute ad infortunio è competente CV 1. Non va poi dimenticato che dai medesimi incarti, entrambi prodotti al TCA, emerge che gli atti medici della causa relativa all'infortunio si ritrovano sostanzialmente nella documentazione relativa alla malattia (cfr. doc. XXVI e atti prodotti con la risposta di causa), di modo che l'interessata non ha subito alcun documento dal fatto che esista un incarto relativo all'infortunio ed un incarto relativo alla malattia. 2.21. L'attrice chiede un indennizzo di fr. 1'000 per tutte le spese avute per le numerose visite mediche chieste e/o per poter dimostrare l'evento assoggettabile a malattia. L'interessata afferma che l'assicuratore deve essere chiamato ad indennizzare l'attrice per i torti morali subiti e per come è stata trattata “Pensiamo ad esempio alle trasferte a _____ che hanno avuto un costo. Ma pensiamo anche alla situazione di una persona che improvvisamente si vede privata di entrate per un malanno e una Compagnia che si ostina a misconoscere qualsivoglia intervento, salvo dopo mesi indicare che esiste un'attività abituale (ferma da anni) che le impedisce qualsivoglia indennità” (doc. I). Per l'art. 40 cpv. 1 CO chiunque è tenuto a riparare il danno illecitamente cagionato ad altri sia con intenzione, sia per negligenza od imprudenza.

In concreto l'interessata non ha subito alcun torto morale. Inoltre le trasferte a _____ presso il dr. med. _____ sono state organizzate dal proprio medico curante. Del resto essa ha diritto a tre mesi di indennità giornaliere ed al pagamento degli interessi di mora per il ritardo con cui sono state versate le prestazioni. Ne segue che la richiesta va respinta.

2.22. Le parti hanno chiesto l'assunzione di numerose prove. Quali mezzi di prova l'attrice oltre alla documentazione prodotta, richiama l'incarto 36.2015.45 del TCA, l'edizione dell'incarto completo da controparte, ivi compreso il contratto concluso con la allora datrice di lavoro _____, l'edizione incarto/i dall'assicuratore ed inerente l'attrice, la deposizione del dr. med. _____, del dr. med. _____, del dr. med. _____, del dr. med. _____, del dr. med. _____, del marito dell'attrice, del signor _____ attivo presso la convenuta, del signor _____ attivo presso la convenuta, della lic. jur. _____ attiva presso la convenuta, del signor _____ attivo presso la convenuta, del signor _____ attivo presso la convenuta, se del caso del dr. med. _____, della dr.ssa med. _____, del dr. med. _____, del dr. med. _____, l'interrogatorio delle parti, da verificare se quale interrogatorio o deposizione del direttore della succursale ticinese della convenuta signor _____ in particolare per la questione del doppio incarto, la perizia dell'attrice quo all'assoggettamento per le indennità _____. Pendente causa l'attrice ha chiesto l'assunzione di ulteriori prove. Anche la convenuta ha domandato a questo Tribunale di effettuare ulteriori accertamenti ed ha suggerito di far allestire una perizia medica. Questo Tribunale ha proceduto all'assunzione di numerose prove, ha richiamato l'incarto LCA dalla convenuta, l'incarto LAINF, l'incarto AI, ha interpellato il dr. med. _____, il dr. med. _____, il dr. med. _____, il dr. med. _____, ha richiamato gli incarti fiscali dall'attrice, ecc. ed ha sottoposto gli accertamenti alle parti. Questo Tribunale, ritenuto che, in seguito agli accertamenti eseguiti, i fatti sono stati comprovati e nessun provvedimento probatorio supplementare potrebbe modificare tale apprezzamento, rinuncia all'assunzione di ulteriori prove (sentenza 9C_394/2016 del 21 novembre 2016, consid. 6.2). Conformemente alla costante giurisprudenza, qualora l'istruttoria da effettuare d'ufficio conduca l'amministrazione o il giudice, in base ad un apprezzamento coscienzioso delle prove, alla convinzione che la probabilità di determinati fatti deve essere considerata predominante e che altri provvedimenti probatori non potrebbero modificare il risultato, si rinuncerà ad assumere altre prove (apprezzamento anticipato delle prove; Kieser, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, pag. 212 no. 450, Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2a ed., pag. 39 no. 111 e pag. 117 no. 320; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2a ed., pag. 274; cfr. anche STFA dell'11 gennaio 2002 nella causa C., H 103/01; DTF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c, 120 Ib 229 consid. 2b, 119 V 344 consid. 3c e riferimenti). Tale modo di procedere non costituisce una

violazione del diritto di essere sentito desumibile dall'art. 29 cpv. 2 Cost. (e in precedenza dall'art. 4 vCost.; DTF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d, 119 V 344 consid. 3c e riferimenti). 2.23. L'attrice, parzialmente vincente in causa, chiede di essere posta al beneficio dell'assistenza giudiziaria con gratuito patrocinio. Ritenuti l'esito della lite e il diritto a ripetibili parziali, tale richiesta, per quanto attiene alla parte per la quale l'attrice è vincente in causa, è divenuta priva di oggetto (cfr. DTF 124 V 310 consid. 6; sentenza 164/02 del 9 aprile 2003). Per la parte della petizione in cui l'assicurata è soccombente, l'interessata può invece essere posta al beneficio dell'assistenza giudiziaria, sempre che adempia le relative condizioni (DTF 124 V 301 consid. 6). Ai sensi dell'art. 117 CPC ha diritto al gratuito patrocinio chiunque sia sprovvisto dei mezzi necessari (lett. a) e la cui domanda non appaia priva di possibilità di successo (lett. b). Per l'art. 119 CPC l'istanza di gratuito patrocinio può essere proposta prima o durante la pendenza della causa (cpv. 1). L'istante deve esporre la sua posizione reddituale e patrimoniale e pronunciarsi sul merito

e sui mezzi di prove che intende proporre. Può indicare nell'istanza il nome del patrocinatore desiderato (cpv. 2). Il giudice decide sull'istanza in procedura sommaria. La controparte può essere sentita. La controparte deve comunque essere sentita se il gratuito patrocinio comporta la dispensa dal prestare cauzione per le ripetibili (cpv. 3). In casi eccezionali il gratuito patrocinio può essere concesso con effetto sospensivo (cpv. 4). In sede di ricorso l'istanza di gratuito patrocinio può essere riproposta (cpv. 5). Secondo l'art. 123 CPC la parte cui è stato concesso il gratuito patrocinio è obbligata alla rifusione appena sia in grado di farlo (cpv. 1). La pretesa del Cantone si prescrive in dieci anni dalla chiusura del provvedimento (cpv. 2). 2.24. In concreto dagli atti emerge che l'attrice è sposata e il marito è stato dichiarato "in infortunio" (doc. V/Bis). Essi hanno tre figlie, nate nel 2002 e nel 2004 (gemelle). L'assicurata ha dichiarato di non avere né reddito, né sostanza a parte tre automobili e meglio _____, _____ ed _____ (doc. V/Bis). Dall'ultima tassazione disponibile, e meglio la 2014, prodotta pendente causa ed emessa il 13 luglio 2016, risulta un reddito complessivo di fr. 95'376 (fr. 39'709 di indennità perdita di guadagno per il marito, fr. 13'746 di indennità per malattia e infortuni del marito, fr. 19'071 di indennità malattia e infortuni per la moglie, fr. 7 di reddito e capitale e fr. 22'843 di valore locativo, affitti; doc. XXVIII/CC5). Essi dispongono inoltre di fr. 1'334 di titoli e capitali, fr. 46'000 di numerario, biglietti banca, oro e metalli preziosi e fr. 414'046 di sostanza immobiliare, per un ammontare di fr. 461'380, da cui sono stati dedotti fr. 1'177'183 di debiti privati. Dagli atti emerge ancora che il marito beneficia di un'indennità giornaliera della _____ che nel maggio 2016 ammontava a fr. 4'930.50 al mese e per tutto il 2015 a fr. 55'385.95 (doc. V e Z). Gli interessi ipotecari ammontano a fr. 4'440 all'anno per la prima ipoteca (doc. AH), a fr. 1'449.50 all'anno per la seconda (allegato doc. AH), a fr. 2'619 per la terza (allegato doc. AH) e fr. 3'160.30 per

la quarta (allegato doc. AH), per complessivi fr. 11'668.80 all'anno e fr. 972.40 al mese. L'assicurazione di base ammonta, nel 2016, a fr. 377.75 per l'attrice, a fr. 313.25 per il marito e fr. 83.95 per le tre figlie (doc. da AC ad AE). Secondo la Tabella per il calcolo del minimo d'esistenza agli effetti del diritto esecutivo allestita dalla Camera di esecuzione e fallimento CEF, quale autorità di vigilanza cantonale, in vigore dal 1° settembre 2009, l'importo base mensile per coniugi è di fr. 1'700, cui può essere aggiunto il supplemento del 25%, ossia fr. 425, per un totale di fr. 2'125. A questo importo vanno aggiunti fr. 400 al mese per ogni figlia. Ora, deducendo dal reddito mensile di fr. 4'930.50, l'importo di fr. 3'325 di fabbisogno, l'importo di fr. 972.40 al mese di interessi ipotecari e l'importo di fr. 942.85 per la LAMal, si ottiene un importo negativo. L'indigenza va di conseguenza riconosciuta. Ritenuto che la causa non era sin dall'inizio priva di esito favorevole e che l'attrice necessitava di un avvocato, la richiesta va accolta. 2.25. Per quanto concerne l'ammissibilità di un ricorso al TF in funzione del valore litigioso della causa, con sentenza 4A_83/2013 del 20 giugno 2013 l'Alta Corte ha affermato che: "(...) Esso è ammissibile a prescindere dal valore litigioso (di soli fr. 1'120.--) poiché, come afferma correttamente la ricorrente, nel Cantone Ticino le controversie tra assicurati e assicuratori concernenti le assicurazioni complementari all'assicurazione contro le malattie sono di competenza del Tribunale cantonale delle assicurazioni in prima e unica istanza (art. 74 cpv. 1 lett. b LTF; art. 7 CPC; art. 75 della legge ticinese di applicazione della LAMal del 26 giugno 1997 [RL/TI 6.4.6.1]; DTF 138 III 799 consid. 1.1)." Secondo l'art. 49 cpv. 2 LSA, i tribunali svizzeri devono trasmettere gratuitamente all'autorità di sorveglianza una copia di tutte le sentenze concernenti disposizioni del diritto in materia di contratto d'assicurazione; s'impone perciò di notificare all'autorità di sorveglianza anche la presente sentenza in forma

elettronica e senza il nominativo dell'attrice.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.