

TI_GERICHTE 36.2016.37 vom 16. Januar 2017

TI Tribunale d'appello, 2017-01-16, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_36.2016.37

FR: TI_GERICHTE 36.2016.37 du 16 janvier 2017

IT: TI_GERICHTE 36.2016.37 del 16 gennaio 2017

Erwägungen

E. 3

CPC il giudice stralcia la causa dal ruolo.

In queste condizioni, nella misura in cui la convenuta ha riconosciuto indennità al 100% dal 1° gennaio al 9 febbraio 2015, su questo punto la petizione va stralciata dai ruoli per acquiescenza. Resta da esaminare, secondo la richiesta in petizione, se l'interessata ha diritto a prestazioni dal 1° giugno 2014 al 17 novembre 2014 (dal 1° giugno 2014 al 14 giugno 2014 al 50%, ritenuto che il 50% è già stato riconosciuto) e dal 10 febbraio 2015 al 31 maggio 2015, oltre interessi al 5% (doc. I e 69; cfr. anche doc. 74). Inoltre va stabilito su quale importo vanno calcolate le indennità.

2.2. Per quanto concerne l'indennità perdita di guadagno, va innanzitutto rilevato, come emerge da una sentenza del TF del 26 settembre 2007 (4A_53/2007), che l'art. 324a cpv. 1 CO prevede che se il lavoratore è impedito senza sua colpa di lavorare, per motivi inerenti alla sua persona, come la malattia, il datore di lavoro deve pagargli per un tempo limitato il salario, compresa un'adeguata indennità per perdita del salario in natura, in quanto il rapporto di lavoro sia durato o sia stato stipulato per più di tre mesi (sulle condizioni di applicazione di questa norma, cfr. Adrian von Kaenel, *Verhältnis einer Krankentaggeldlösung zu Art. 324a OR*, in: *Krankentag-geldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte*, Zurigo 2007, pag. 109-131, in particolare pag. 111-115).

La durata del pagamento del salario dipende dalla durata del rapporto di lavoro (art. 324a cpv. 2 CO; sui criteri usualmente applicati dai tribunali in questi casi, cfr. Adrian von Kaenel, *op. cit.*, pag. 116 seg.).

Salvo pattuizione contraria, l'obbligo di pagamento del salario in caso di malattia cessa con la fine del rapporto di lavoro (Hans-Rudolf Müller, *Grundlagen der Krankentaggeldversicherung nach VVG*, in: *Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte*, Zurigo 2007, pag. 19-45, in particolare pag. 20).

Queste norme configurano il regime legale di base a tutela del lavoratore, gli garantiscono una protezione minima alla quale non può essere derogato a suo svantaggio (art. 362 cpv. 1 CO; cfr. DTF 131 III 263 consid. 2.2 pag. 628).

L'art. 324a cpv. 4 CO prevede la possibilità di derogare al regime di base legale appena descritto mediante accordo scritto, contratto normale o contratto collettivo che sancisca un ordinamento almeno equivalente per il lavoratore (sull'aspetto dell'equivalenza cfr. Adrian von Kaenel, *op. cit.*, pag. 120 segg.). Si tratta, di regola, di un regime che comporta una riduzione delle prestazioni del datore di lavoro durante il periodo minimo previsto dalla legge, ma compensa questa riduzione mediante l'estensione del periodo durante il quale il datore di lavoro procede al versamento (Gabriel Aubert, in: *Commentaire romand*, n. 50 ad

art. 324a CO).

La deroga al regime di base deve essere pattuita in forma scritta.

Trattandosi di un accordo che concerne i diritti minimi del lavoratore, esso deve menzionare i punti essenziali del regime convenzionale, quali ad esempio la percentuale del guadagno assicurato, i rischi coperti, la durata delle prestazioni, se del caso la durata del periodo di attesa. Qualora ■ come spesso accade nella pratica - il datore di lavoro stipuli un'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia, l'accordo indica anche le modalità di finanziamento dei premi assicurativi; per il resto può rinviare alle condizioni generali di assicurazione o a un altro documento tenuto a disposizione del lavoratore (DTF 131 III 623 consid. 2.5.1 con numerosi riferimenti dottrinali).

2.3. Nella presente fattispecie trovano applicazione le Condizioni generali d'assicurazione _____ (di seguito CGA; cfr. doc. O).

Ai sensi dell'art. _____ CGA il contratto assicurativo è composto dai seguenti elementi:

- le presenti Condizioni generali d'assicurazione (CGA);
- le Condizioni particolari (CP);
- la proposta firmata dal contraente;
- le eventuali dichiarazioni scritte del contraente o della persona assicurata, a condizione che siano state confermate dalla CV 1 nella polizza come Condizioni particolari (CP);
- la polizza;
- eventuali aggiunte.

Secondo l'art. _____ CGA in aggiunta alle presenti disposizioni è applicabile la LCA.

Per l'art. _____ CGA è considerata malattia qualsiasi danno alla salute fisica o psichica che non sia la conseguenza di un infortunio e che richieda un esame o una cura medica oppure provochi un'incapacità al lavoro. Sono considerate infermità congenite le malattie presenti sin dalla nascita.

L'art. _____ CGA prevede che sono assicurate le persone e le cerchie di persone definite nel contratto che operano nell'ambito dell'azienda assicurata a titolo di dipendente (ai sensi della Legge federale sull'Assicurazione vecchiaia e superstiti, LAVS).

Ai sensi dell'art. _____ CGA l'assicuratore garantisce per la perdita di guadagno comprovata che si verifica a causa di un'incapacità lavorativa assicurata. Variante assicurata, entità, durata e periodo di attesa sono riportati in polizza.

Secondo l'art. _____ CGA (basi di calcolo di prestazioni derivanti dall'assicurazione per danni) per il dipendente vale come base sia per il calcolo dei premi che per l'erogazione delle prestazioni il salario AVS ai sensi della LAVS. ().

L'assicuratore concede le prestazioni contrattuali al verificarsi dell'evento assicurato e solo dietro dimostrazione del danno subito. L'entità precisa delle prestazioni risulta dalla polizza e dalle CGA.

Circa il calcolo delle indennità giornaliera, l'art. _____ CGA prevede che le prestazioni d'indennità giornaliera in funzione del salario sono calcolate come segue:

- la base è costituita dall'ultimo salario con obbligo contributivo AVS percepito prima dell'inizio della malattia, comprensivo di elementi salariali non ancora pagati per i quali esiste tuttavia un obbligo legale e che sono assicurati. Tale salario viene convertito per un anno intero e diviso per 365.

- per i dipendenti con salario fortemente variabile, viene presa in considerazione la media degli ultimi 12 mesi precedenti l'inizio dell'incapacità lavorativa.

- se la persona assicurata prima della malattia era attiva presso più di un datore di lavoro, è determinante solo il salario percepito presso il contraente l'assicurazione.

Se per una persona assicurata e menzionata per nome nel contratto collettivo è concordato un salario annuo fisso, come guadagno giornaliero è da considerare la 365esima parte del salario (assicurazione di somma).

Per l'art. _____ CGA aumenti del salario o modifiche nel rapporto d'impiego vengono tenuti in considerazione per il calcolo dell'indennità giornaliera. Tali accordi devono essere stati presi per iscritto prima del verificarsi dell'incapacità lavorativa alla base del diritto.

Va qui evidenziato che, dopo aver ricevuto le condizioni generali d'assicurazione d'indennità giornaliera del precedente assicuratore, _____, e la relativa polizza (doc. XII), l'assicurata non ha contestato l'applicazione della polizza e delle CGA della convenuta.

2.4. Va ancora rilevato che l'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia può essere stipulata nella forma di un'assicurazione di somme o di un'assicurazione contro i danni (sentenza 4A_53/2007 del 26 settembre 2007, consid. 4.4.2).

L'assicurazione di somme garantisce una prestazione che è stata definita al momento della conclusione del contratto e non dipende dal verificarsi di un pregiudizio economico: essa è dovuta non appena l'evento assicurato si sia verificato (cfr. sentenza 4A_53/2007 del 26 settembre 2007, consid. 4.4.2; cfr. anche sulla nozione di assicurazione di somme in relazione a un'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattie la sentenza 4A_168/2007 del 16 luglio 2007, consid. 3.2.4 e 3.2.5, pubblicata in DTF 133 III 527).

L'assicurazione contro i danni mira invece a rimborsare il danno: in questo caso il versamento e la misura delle prestazioni dipendono dalla misura del pregiudizio economico effettivamente patito dall'assicurato (cfr. sentenza 4A_53/2007 del 26 settembre 2007, consid. 4.4.2).

La questione di sapere se si è in presenza dell'una o dell'altra forma di assicurazione va decisa mediante l'interpretazione del contratto di assicurazione e delle condizioni generali d'assicurazione che lo accompagnano (CGA), secondo le regole usuali dell'interpretazione dei contratti (sui criteri di distinzione fra queste due modalità di assicurazione cfr. anche sentenza 4C.83/1998 dell'11 giugno 1998, consid. 3c e 3d e sentenza 5C.243/2006 del 19 aprile 2007).

In concreto non è contestato che ci si trova in presenza di un'assicurazione contro i danni (cfr. anche art. 15.2 CGA).

2.5. Nel caso di specie il dr. med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia, il 20 dicembre 2013, ha attestato una completa inabilità lavorativa dell'attrice dal 12 dicembre 2013 al 31 gennaio 2014 (doc. 2).

Il 13 febbraio 2014 il curante ha indicato che l'interessata è affetta da disturbo di personalità e da disturbo ansioso-depressivo (doc. 8) e che lavora _____ al 55%. Lo specialista ha confermato la totale incapacità lavorativa dell'assicurata (doc. 8).

Il 28 marzo 2014 l'attrice è stata visitata dal dr. med. _____, FMH in psichiatria e psicoterapia, su incarico dell'assicuratore (doc. 16). Nel referto del 16 aprile 2014 lo specialista, dopo aver descritto l'anamnesi, lo status psichico e i trattamenti medici e/o altre terapie in atto ed aver posto la diagnosi con influenza sulla capacità lavorativa di sindrome da disadattamento, reazione depressiva prolungata (ICD 10 F 43.21) e disturbo di personalità misto (ICD 10 F 61.0) aspetti persecutori e borderline e senza influenza sulla capacità lavorativa di sindrome somatoforme da dolore persistente (ICD 10 F 45.4) ha stabilito che l'interessata presenta una capacità lavorativa per ragioni psichiatriche nell'ultima attività esercitata nella misura dello 0%. A partire dal 1° giugno 2014 ha ritenuto possibile una ripresa dell'attività al 50% e dal 15 giugno 2014 al 100%. Il dr. med. _____ ha affermato che tale data si giustifica in quanto ho constatato uno stato psichico che potrebbe essere migliorato dopo un adeguato trattamento psicoterapico e psicofarmacologico e che è necessario procedere ai trattamenti ivi descritti. Lo specialista ha concluso affermando che sarebbe opportuna una valutazione alla fine del mese di maggio del 2014 (doc. 16).

Il

E. 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, con scritto di "luglio 2014" pervenuto alla cassa il 7 agosto 2014 (cfr. doc. L), l'attrice ha chiesto all'assicuratore di "provvedere ad eventuali versamenti arretrati inevasi" (doc. L). L'assicurata ha poi ancora chiesto il versamento degli arretrati entro 15 giorni con scritto del 30 dicembre 2015 (recte: 2014; cfr. doc. 35 ricevuto il 5 gennaio 2015). E' con lo scritto pervenuto il 7 agosto 2014 che l'attrice, dopo la cessazione del versamento delle indennità a metà giugno 2014, ha interpellato per la prima volta l'assicuratore, mettendolo in mora. Gli interessi sono pertanto dovuti a partire dal 7 agosto 2014 da calcolare giornalmente su ogni singola prestazione non ancora soluta. 2.15. L'attrice e la convenuta hanno chiesto l'assunzione di ulteriori prove. L'interessata ha richiamato l'intero incarto dell'assicuratore, copia della polizza assicurativa conclusa con la _____, ha domandato l'allestimento di una perizia giudiziaria e l'audizione dei dr. med. _____ e _____ (doc. I). Da parte sua la Cassa ha chiesto l'audizione

testimoniale dei curanti al fine di chiarire i motivi per cui non è stata effettuata una cura medicamentosa adeguata e per avere ulteriori informazioni relativamente al periodo dal 16.06.2014 al 17.11.2014 circa i trattamenti avvenuti e allo stato di salute. Pendente causa le parti hanno domandato di assumere ulteriori prove, quali, ad esempio, l'audizione di _____, _____ della _____, il richiamo della corrispondenza tra la _____ e la _____. L'assicurata chiede pure al TCA di richiamare il ricorso che afferma di aver inoltrato contro la decisione AI (doc. XLIV). Nelle more processuali la convenuta ha trasmesso tutti gli atti dell'incarto, compresa la polizza assicurativa (doc. 0). Il TCA ha inoltre proceduto a numerosi accertamenti, interpellando segnatamente i medici curanti, tra cui il dr. med. _____ e la dr.ssa med. _____, nonché la _____, per il tramite di _____ ed ha richiamato l'intero incarto AI, mettendolo a disposizione delle parti (doc. XLIII). 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). 2.16. 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)." Va ancora rammentato che in DTF 139 III 133 il TF ha stabilito che la revisione è il rimedio di diritto esperibile contro una transazione giudiziaria secondo l'art. 241 CPC, mentre la decisione di stralcio secondo l'art. 241 cpv. 3 CPC è unicamente impugnabile con un ricorso per quanto attiene alle spese. 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.

E. 4

ottobre 2014 il dr. med. _____, FMH medicina interna e reumatologia, ha rilevato che dal punto di vista reumatologico la capacità di lavoro è completa (doc. 26).

Il 14 ottobre 2014 il medico curante, dr. med. _____, FMH medicina interna, ha rilevato di aver visto per l'ultima volta l'interessata il 3 dicembre 2013 ed ha confermato la completa inabilità lavorativa (doc. 29; cfr. anche doc. 30).

Il 24 ottobre 2014 il dr. med. _____ ha segnalato di aver visto la paziente l'ultima volta il 23 luglio 2014, ha allegato un certificato del 4 luglio 2014, con il quale ha confermato la completa inabilità lavorativa dell'attrice (doc. 28) ed ha informato l'assicuratore che in seguito l'interessata ha continuato la presa a carico presso la dr.ssa med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia.

Quest'ultima, il 23 novembre 2014, ha rilevato di avere in cura l'attrice dall'8 luglio 2014 a causa di una sindrome da disadattamento, reazione depressiva prolungata (ICD 10; F 43.21), disturbo di personalità borderline (ICD 10; F 60.3), fibromialgia ed ha confermato la completa inabilità lavorativa dell'interessata (doc. 33).

II

E. 4.2

La situazione si presenta invece diversamente se il datore di lavoro pronuncia il licenziamento prima che il lavoratore diventi inabile al lavoro per malattia. In tale evenienza la predetta presunzione non si giustifica più. Il lavoratore perderebbe in ogni caso la propria occupazione, a prescindere dalla successiva incapacità lavorativa, la quale in questo modo non assurge più a causa primaria per la perdita di salario dopo la scadenza contrattuale. Al pari del lavoratore disoccupato avente di principio diritto a indennità di disoccupazione ma che a causa della malattia risulta temporaneamente non collocabile e che pertanto non può riscuotere tali indennità (v. DTF 102 V 83), la persona diventata inabile al lavoro dopo avere ricevuto (o espresso lei stessa) il licenziamento subisce ugualmente una perdita di guadagno a carico dell'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia. Tuttavia - in entrambe le situazioni - la perdita di guadagno indennizzabile corrisponde (al termine della scadenza contrattuale e sempre che la copertura assicurativa lo preveda) alla perdita dell'indennità di disoccupazione (sul coordinamento tra assicurazione malattia e assicurazione disoccupazione nello specifico contesto cfr. art. 73 LAMal e art. 28 LADI; DTF 102 V 83 segg.; RAMI 1998 no. KV 43 pag. 420 consid. 3a con riferimenti). È riservato il caso in cui la persona interessata è comunque in grado di dimostrare che senza l'inabilità al lavoro avrebbe trovato con ogni verosimiglianza un posto nuovo, concretamente definito (cfr. sentenza citata 9C_311/2010 consid. 1.2 in fine, 9C_332/2007 del 29 maggio 2008 consid. 2.2 in fine e RJAM 1983 n. K 526 pag. 81).

E. 4.3

Dalla situazione appena descritta in cui la persona assicurata vanta di principio il diritto a indennità di disoccupazione ma a causa della malattia non è (temporaneamente) collocabile e non le può riscuotere va infine distinta quella del disoccupato che non può invece neppure rivendicare siffatto diritto, vuoi perché esso si è esaurito o perché la persona interessata non adempie le condizioni relative alla durata contributiva (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 420 consid. 3b; cfr. pure sentenza K 121/06 del 16 agosto 2007 consid. 2). In questa ipotesi, l'interessato che diventa inabile al lavoro non può di principio neppure rivendicare, per la mancata perdita di un reddito sostitutivo, il diritto a indennità giornaliera di malattia, a meno che non fornisca la prova che senza la malattia avrebbe iniziato a lavorare in un posto ben definito (cfr. Eugster, Vergleich, pag. 80 seg. con i riferimenti alla giurisprudenza in materia). In quest'ultimo caso la perdita di guadagno consisterebbe nella perdita di salario.

5. 5.1 La Corte cantonale ha accertato che la nascita del terzo figlio (nel maggio 2011) al termine di una gravidanza difficile, l'assenza di aiuti, le assenze dal lavoro, l'insorgenza di disturbi del sonno, di stati d'ansia e di stanchezza avrebbero condizionato la sua qualità di vita e sarebbero culminate con il licenziamento da lei ritenuto ingiusto e inaspettato. Secondo il giudice di prime cure, inoltre, l'assicurata era già ammalata a partire dal mese di giugno 2012 (recte: 2011), ma nonostante ciò - e malgrado alcuni periodi di assenza dal lavoro - avrebbe proseguito l'attività lavorativa e il licenziamento avrebbe determinato la sua volontà a prendersi cura della sua salute. In tali circostanze - applicando la giurisprudenza sviluppata per i casi esposti sopra al consid. 4.3 -, ha sostenuto che senza la malattia l'assicurata avrebbe continuato la sua attività lavorativa come nel periodo precedente, mentre l'assicuratore non avrebbe fornito la (contro)prova che l'interessata avrebbe rinunciato a nuova occupazione e sarebbe rimasta in disoccupazione. Egli ha poi rilevato che l'interessata, non più presente sul posto di lavoro dal 6 ottobre 2011 e malata dal precedente giugno 2011, aveva diritto a ricevere indennità giornaliera piene - sulla base dell'ultimo salario percepito prima dell'inizio del caso di assicurazione, conformemente all'art. 6.1 CGA - per perdita di guadagno anche dopo la fine del contratto di lavoro avvenuta il 30 aprile 2012 e ciò sino al suo ristabilimento avvenuto con effetto al 1° luglio 2012. Sempre secondo il giudice cantonale, la perdita di guadagno sarebbe dimostrata dal fatto che, con tutta verosimiglianza, senza la malattia, l'assicurata non avrebbe perso il lavoro che aveva ormai da una ventina d'anni (1991).

5.2 L'assicuratore ricorrente, oltre a lamentare un accertamento arbitrario dei fatti per il motivo che il primo giudice avrebbe ammesso l'esistenza di una malattia inabilitante già prima del 6 ottobre 2011, evidenzia l'importanza di operare una distinzione giuridica fra la situazione - come quella in esame - di un assicurato abile al lavoro al momento della ricezione della disdetta del contratto di lavoro, il quale sa di doversi attivare poiché da una determinata data non sarà più alle dipendenze del datore di lavoro, e quella del lavoratore che invece riceve la disdetta in piena inabilità lavorativa, e dal quale non si può esigere che si attivi per cercare un nuovo impiego. (...)” In ambito LCA, con sentenza 4A_344/2007 dell’ 11 marzo 2008, il TF ha affermato: " 3.3 Secondo la predetta giurisprudenza del Tribunale federale delle assicurazioni, il fatto di essere assicurato per un'indennità giornaliera di un determinato importo e di avere pagato i relativi premi non comporta automaticamente il diritto al versamento della somma assicurata in caso di incapacità lavorativa; occorre ancora che l'assicurato subisca una perdita di guadagno in misura tale da giustificare il pagamento dell'importo assicurato (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 421 consid. 2a; cfr. anche la sentenza non pubblicata del 4 maggio 2004 nella causa K 146/03 consid. 3.1). 3.3.1 Sotto il suo titolo marginale "Coordinamento con l'assicurazione contro la disoccupazione", l'art. 73 cpv. 1 LAMal dispone che ai disoccupati colpiti da una incapacità lavorativa superiore al 50 % è pagata l'intera indennità giornaliera. Stando a tale titolo marginale e alla regolamentazione di coordinamento corrispondente prevista dall'art. 28 LADI, il diritto a un'indennità giornaliera secondo l'art. 73 LAMal risulta strettamente legato al fatto che, se non fosse malato, l'assicurato potrebbe pretendere indennità di disoccupazione ai sensi della LADI. L'idea alla base di questa regolamentazione è la seguente: subisce una perdita di guadagno a carico dell'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia la persona che, di principio, avrebbe diritto a indennità di disoccupazione ma che, a seguito di una malattia, è temporaneamente inidonea al collocamento e non può di conseguenza percepire una simile indennità (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 422 consid. 3a; cfr. anche la sentenza non pubblicata del 4 maggio 2004 nella causa K 146/03 consid. 3.3.1). Questo spiega l'avvenuto

versamento dell'indennità giornaliera da parte della ricorrente dal 24 aprile 2006 al 31 ottobre 2006, quando l'opponente ha esaurito il diritto alle prestazioni di disoccupazione.

3.3.2 Nondimeno - continua il Tribunale federale delle assicurazioni - una persona senza un'attività lavorativa può subire una perdita di guadagno conferente il diritto a un'indennità giornaliera dell'assicurazione malattia anche quando non può pretendere un'indennità di disoccupazione ai sensi della LADI. Ciò si verifica tuttavia soltanto se si può ritenere, con un grado di verosimiglianza preponderante, che senza la malattia l'assicurato eserciterebbe un'attività lucrativa. A tal proposito vanno distinte due ipotesi: - se il rapporto di lavoro è terminato in un momento in cui la persona assicurata risultava già incapace al lavoro a causa di malattia, vale la presunzione che senza la malattia essa eserciterebbe un'attività lucrativa; in tale eventualità, il diritto a un'indennità giornaliera può essere negato soltanto in presenza di indizi concreti suscettibili di fare concludere, con un grado di verosimiglianza preponderante, che la persona assicurata non eserciterebbe attività lucrativa nemmeno senza il danno alla salute (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 422 consid. 3b; cfr. anche la sentenza non pubblicata del 4 maggio 2004 nella causa K 146/03 consid. 3.3.2 prima parte); - qualora la persona assicurata si ammali dopo essere divenuta disoccupata, vale invece la presunzione contraria, ossia che anche senza malattia continuerebbe a non esercitare un'attività lucrativa; tale presunzione può essere ribaltata se si può ammettere, con un grado di verosimiglianza preponderante, che senza la malattia la persona assicurata avrebbe iniziato a lavorare in un posto ben definito (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 423 consid. 3b; cfr. anche la sentenza non pubblicata del 4 maggio 2004 nella causa K 146/03 consid. 3.3.2 seconda parte). ” 2.13. In concreto il datore di lavoro ha pronunciato il licenziamento prima che l'attrice diventasse inabile al lavoro (licenziamento del 30 aprile 2013, controfirmato dall'attrice il 28 giugno 2013; incapacità lavorativa dal 30 luglio 2013). Al caso di specie si applica pertanto il consid. 4.2 della sentenza 9C_24/2013 del 25 marzo 2013. L'interessata avrebbe perso in ogni caso il posto di lavoro anche se non si fosse ammalata. La perdita di guadagno indennizzabile corrisponde al termine della scadenza contrattuale e sempre che la copertura assicurativa lo preveda alla perdita dell'indennità di disoccupazione. E' riservato il caso in cui la persona interessata è comunque in grado di dimostrare che senza l'inabilità al lavoro avrebbe trovato con ogni verosimiglianza un posto nuovo, concretamente definito. Nel caso di specie, l'art. _____ CGA prevede che l'assicuratore concede le prestazioni contrattuali al verificarsi dell'evento assicurato e solo dietro dimostrazione del danno subito. L'entità precisa delle prestazioni risulta dalla polizza e dalla CGA. Anche con il precedente assicuratore, _____, vigeva un'assicurazione di danno (cfr. pag. 3, doc. 73: “ per il calcolo delle prestazioni è determinante l'ultimo salario AVS percepito nell'azienda assicurata prima dell'inizio della malattia [...]; se per le persone specificate nella polizza viene pattuito un salario annuo, sarà determinante il relativo importo; il salario viene convertito in salario annuo e diviso per 365 [...] ”).

Interpellata in merito (doc. XXI), l'attrice, oltre a non ritenere, a torto, applicabile la citata giurisprudenza, non ha comprovato secondo il principio della verosimiglianza preponderante che senza l'inabilità al lavoro avrebbe trovato un posto di lavoro concretamente definito. Essa si è infatti limitata ad affermare, senza produrre alcuna prova, che se non si fosse ammalata “ avrebbe senz'altro aumentato il suo tempo di lavoro alla _____ o trovato un'altra occupazione nel suo campo o anche in un altro ambito ” (doc. XXIV) e che dal mese di ottobre 2015 avrebbe trovato lavoro come docente di italiano e calcolo matematico presso _____ (doc. XXIV). Il dr. med. _____, il 25 novembre 2016, ha invece riferito che l'interessata ha deciso di mettere

in piedi un commercio di prodotti genuini _____ (pasta fresca fatta in casa; doc. XLII). Ciò tuttavia solo con il trasferimento in _____ avvenuto il 1° novembre 2016, ossia oltre un anno dopo essere ritornata abile completamente al lavoro. Dagli atti emerge che l'interessata dall'8 giugno 2015 ha chiesto indennità di disoccupazione presso la Cassa _____ (pag. 242 e seguenti incarto AI). Secondo la giurisprudenza federale, la perdita di guadagno indennizzabile, dal 1° giugno 2014 al 17 novembre 2014, può pertanto corrispondere unicamente alla perdita dell'indennità di disoccupazione e non al salario da ultimo percepito. Di conseguenza l'assicuratore è tenuto a calcolare l'indennità giornaliera ancora dovuta all'attrice sulla base dell'indennità di disoccupazione percepita in seguito al lavoro svolto presso la _____. 2.14. Con la petizione l'attrice chiede che " alle indennità arretrate vanno aggiunti gli interessi di mora del 5% " (doc. I). Per quanto concerne gli interessi va rilevato che con sentenza 4A_468/2008 del 20 febbraio 2009 il TF ha rammentato: "

E. 7

gennaio 2015 la specialista ha ribadito che l'interessata è completamente inabile al lavoro. Circa le cure eseguite, la curante ha affermato che alla paziente sono state illustrate le possibilità terapeutiche riguardanti la psicoterapia, la farmacoterapia, la terapia combinata e la possibilità di approcci alternativi. Non essendoci una garanzia totale e nemmeno l'evidenza assoluta del beneficio della farmacoterapia, e valutando insieme a lei i possibili effetti collaterali di una psicofarmacoterapia, come pure prendendo in considerazione la sua farmacofobia (la paziente non assume nemmeno i banali antidolorifici), abbiamo optato per un approccio psicoterapico con un setting settimanale, volto all'elaborazione della frustrazione e individuazione delle strategie di coping. In tal senso confermo che la paziente segue regolarmente e in modo collaborante le indicazioni mediche, quindi non vi è alcuna inosservanza delle prescrizioni da parte sua (doc. 36).

Il

E. 10

febbraio 2015 il dr. med. _____, sempre su incarico dell'assicuratore, ha nuovamente visitato l'attrice ed ha concluso per una completa incapacità lavorativa dal 18 novembre 2014 (rapporto della collega Dr.ssa _____ del 23.11.2014), ma non per il periodo precedente poiché considero che non si possa attestare una incapacità lavorativa senza che la paziente sia stata visitata e senza che il medico abbia potuto oggettivare l'effettivo status clinico del paziente (doc. 42).

Il 4 maggio 2015 la dr.ssa med. _____ ha informato l'assicuratore che dal 9 febbraio 2015 non ha più visto la paziente ed ha evidenziato che contrariamente a quanto indicato nella perizia del dr. med. _____, il suo certificato del 23 novembre 2014 conferma un'inabilità lavorativa dall'8 luglio 2014 poiché aveva seguito regolarmente l'interessata con due incontri settimanali e non si tratta di conseguenza di un certificato retroattivo (doc. 46).

Il

E. 14

maggio 2015 il dr. med. _____, ha affermato di non essere in grado di valutare la situazione dell'attrice che non vedo da oltre 6 mesi (non si è più presentata e non ha dato notizie) (doc. 51).

Il 2 luglio 2015 la dr.ssa med. _____ ha certificato che la paziente è stata in cura da lei dall'8 luglio 2014 al 4 maggio 2015 (doc. 58).

Il 4 ottobre 2015 la specialista ha confermato di aver rivisto la paziente il 4 maggio 2015, ma che l'incapacità lavorativa è terminata il 9 febbraio 2015 (doc. 64). A questo proposito ha affermato:

In data 04.05.15 ho rivisto la paziente su sua richiesta, e in sede di tale colloquio l'ho informata che non mi era possibile certificare l'inabilità lavorativa per un periodo in cui è mancata una regolare presa a carico e verifica dello stato di salute. Inoltre, dalle informazioni ricevute dalla sig.ra AT 1 risultava che ella si fosse attivata sul piano della reintegrazione professionale, dimostrando delle risorse e capacità che mi inducevano di non poter più certificare un'ulteriore inabilità lavorativa. La paziente a tal proposito ha espresso un totale disaccordo con la mia valutazione. L'ho vista nuovamente in data 13.05.15 per discutere sull'eventuale proseguo della presa a carico. Purtroppo, l'alleanza terapeutica risultava compromessa e si è deciso di interrompere la stessa

()

Durante l'ultima visita la paziente mi ha informato di essersi attivata a seguire nei mesi in cui non l'ho vista un corso professionale in _____, dimostrando le capacità di partecipare ad un'attività, spostarsi, integrarsi in un altro ambiente fuori dal suo ambiente abituale, senza mostrare segni di sofferenza o difficoltà. In base a queste informazioni e in base allo status clinico (assenza di umore depresso, buona reattività, coerenza del pensiero) sono dell'avviso che in data 4.05.15 la paziente era abile al lavoro. Rimangono senz'altro degli aspetti legati al suo disturbo di personalità (tratti paranoici, autoreferenzialità, vittimismo) che non sono acuti e non sono causati dalla sindrome da disadattamento () (doc. 64)

Alla luce degli atti prodotti dalle parti, il TCA ha interpellato i medici che hanno avuto in cura l'attrice (cfr. consid. 1.27).

Il dr. med. _____ l'11 novembre 2016 ha affermato di aver visto l'interessata dal 12 dicembre 2013 al 23 luglio 2014 per una sindrome da disadattamento con reazione depressiva prolungata (ICD 10 F43.21), con disturbo di personalità (ICD 10 F61) ed una sindrome somatoforme da dolore persistente (ICD10 F45.4). Lo specialista, circa il grado di occupazione al 55%, ha affermato che è quanto dichiarato dalla paziente dopo il licenziamento del 1° febbraio 2014 _____. Il medico ha inoltre confermato che in quel periodo l'interessata era completamente inabile al lavoro e che diverse proposte di trattamento psicofarmacologico della paziente sono state rifiutate dalla stessa che infatti ha poi interrotto il rapporto terapeutico con il sottoscritto (doc. XXXIII).

Il

E. 15

giugno 2014. Lo specialista aveva tuttavia segnalato all'assicuratore la necessità di procedere con una nuova valutazione a fine maggio 2014 (doc. 16). Ciò che non è stato fatto. Il secondo referto, relativo alla visita effettuata nel corso del mese di febbraio 2015, contiene invece delle imprecisioni, poiché indica che la dr.ssa med. _____ avrebbe attestato retroattivamente l'incapacità lavorativa dal mese di luglio 2014 e non dal momento della sua presa a carico e che la paziente avrebbe interrotto ogni trattamento

psichiatrico da luglio a novembre 2014 (doc. 42). Dagli accertamenti effettuati e dalla documentazione prodotta dalle parti emerge invece che la dr.ssa med. _____ ha preso in cura l'attrice dall'8 luglio 2014, che l'interessata ha seguito le cure messe in atto dalla specialista e che quest'ultima ha potuto stabilire in prima persona lo stato valetudinario della sua paziente nel corso dei mesi da luglio a novembre 2014 (cfr. anche doc. 46).

Alla luce delle numerose contraddizioni e lacune del referto del 14 marzo 2015 del dr. med. _____, non può di conseguenza neppure essere presa in considerazione l'incapacità lavorativa da lui attestata dal 9 febbraio 2015 al 14 marzo 2015 (momento della visita).

Ne segue che solo le valutazioni dei due psichiatri curanti, dr. med. _____ e dr.ssa med. _____, possono essere utilizzati per determinare l'incapacità lavorativa dell'attrice nel periodo in esame. L'assicurata va ritenuta completamente inabile al lavoro anche dal 1° giugno 2014 al 17 novembre 2014, periodo durante il quale l'assicuratore deve versare le prestazioni pattuite.

Contrariamente a quanto ritiene l'assicuratore, la circostanza che l'interessata si è recata all'estero dal 7 al 10 agosto 2014, ossia per 4 giorni, senza la sua autorizzazione, nel preciso caso di specie non può esserle di documento. Infatti, avendo la convenuta cessato il versamento delle prestazioni dal 15 giugno 2014, essa non era tenuta ad informare l'assicuratore dei suoi spostamenti per un periodo, del resto, assai limitato.

Certo, la convenuta sostiene che l'interessata non avrebbe in ogni caso alcun diritto a prestazioni poiché l'attrice non ha trasmesso regolarmente i certificati medici attestanti la sua incapacità lavorativa, violando in questo modo le CGA.

Per l'art. _____ CGA in caso d'incapacità lavorative prolungate è necessario far pervenire ogni mese un certificato intermedio all'assicuratore. Ai sensi dell'art. _____ CGA se in caso di prestazioni vengono violati gli obblighi comportamentali l'assicuratore può ridurre o negare le prestazioni secondo il proprio giudizio.

In concreto la circostanza che l'attrice nel periodo di assenza di versamento delle indennità non abbia prodotto ogni mese certificati medici, non può andare a suo svantaggio. Come spiegato dall'interessata in sede di udienza, infatti, non percependo più alcuna indennità, non era più tenuta a produrre i certificati medici in maniera regolare, ossia ogni mese. Essa ha per contro contestato la presa di posizione dell'assicuratore già in data 15 maggio 2014 (doc. I), rilevando che lo stesso medico fiduciario, dr. med. _____, aveva ritenuto necessario, prima di cessare il versamento delle prestazioni, effettuare un'ulteriore visita (doc. I) e nel corso del mese di luglio 2014 (pervenuto alla Cassa il 7 agosto 2014), quando ha trasmesso un certificato medico del dr. med. _____, attestante la totale incapacità lavorativa fino a fine agosto 2014 e dove ha affermato che il curante aveva spedito una raccomandata seguita da un'ulteriore lettera (doc. L). Malgrado il contenuto di questo scritto e l'assenza della documentazione pregressa del dr. med. _____ citata dall'attrice (cfr. doc. 22 e annotazioni scritte a mano), l'assicuratore non ha immediatamente preso contatto con il curante e non ha sollecitato la produzione della documentazione, né ha reso attenta l'assicurata del mancato invio di referti medici (cfr. verbale di udienza, doc. VIII, pag. 3). Il 7 agosto 2014 ha per contro affermato che siccome si sono resi necessari ulteriori accertamenti, non ci è possibile dar seguito tempestivamente alle sue richieste. Sarà comunque nostra premura farle avere la nostra presa di posizione entro il prossimo 31.08.2014 (doc. 23). Tuttavia solo il 12 dicembre 2014 l'assicuratore si è determinato, negativamente, dopo aver dato avvio ad alcuni

accertamenti medici dal 12 settembre 2014 (cfr. doc. 24 e 34).

Del resto l'assicuratore ha versato le prestazioni fino a metà giugno 2014 senza la produzione di particolari attestati medici, se non della sola perizia del dr. med. _____ ed ha poi nuovamente riconosciuto una completa inabilità lavorativa dal 18 novembre 2014 al 9 febbraio 2015, versando indennità al 100%.

Quanto all'asserita assenza di una vera e propria patologia psichiatrica, va evidenziato come sia stato lo stesso assicuratore, malgrado la malattia sia sempre la stessa, a riprendere il versamento delle prestazioni dal 18 novembre 2014 al 31 dicembre 2014 e poi fino al 9 febbraio 2015.

Infine non può essere presa in considerazione la decisione AI del 27 settembre 2016 che fa stato di periodi con e senza incapacità lavorativa diversi da quelli sopra esposti, poiché l'UAI non ha effettuato accertamenti particolari, come invece effettuati da questo Tribunale nelle more processuali.

In queste condizioni l'assicuratore è tenuto a versare indennità nella misura del 100% dal 1° giugno 2014 al 17 novembre 2014, ritenuto che dal 1° giugno 2014 al 15 giugno 2014 dovrà tener conto delle indennità già riconosciute.

2.9. Per quanto concerne l'ammontare delle indennità giornaliera dalle tavole processuali emerge che nella notifica di malattia del 20 settembre 2013 la _____ ha dichiarato che l'interessata ha da ultimo percepito un salario mensile lordo, per tredici mensilità, di fr. 3'931.55, oltre ad un importo annuo di fr. 2'862 quale supplemento di salario per un grado di occupazione del 55%, pari a 22 ore a settimana (doc. 1).

L'assicuratore ha conseguentemente calcolato un'indennità giornaliera di fr. 118.32 ($\{[3'931.55 \times 13] + 2'862\} : 365 : 100 \times 80$; allegato al doc. 1 e doc. 74).

In sede di udienza, il 19 maggio 2016 (doc. VIII), l'attrice, per la prima volta, ha sostenuto che dovrebbe pure essere riconosciuto il tempo di lavoro effettuato presso la _____ nella misura del 15% (cfr. doc. VIII). Essendo anche la _____, come la _____, parte della _____, la convenuta avrebbe dovuto tener conto di un tempo di lavoro del 70%.

Il 6 ottobre 2016, l'attrice ha in seguito affermato di aver lavorato al 55% presso la _____, al 10% presso _____ ed al 10% come _____ presso _____ (doc. XIX).

L'assicuratore ritiene che la questione non vada esaminata. L'inabilità lavorativa presso la _____ non sarebbe mai stata segnalata al datore di lavoro, l'annuncio, ai sensi delle CGA, sarebbe tardivo e la richiesta sarebbe in parte prescritta (doc. XI). Inoltre con la petizione questa problematica non era stata sollevata.

2.10. In concreto il 9 giugno 2016 l'attrice ha prodotto il certificato di lavoro rilasciato dalla _____ da cui emerge che l'interessata ha lavorato alle dipendenze della _____, succursale della _____ dal 1° gennaio 1994 al 31 gennaio 2014 e che dal 1° gennaio 2009 il grado d'occupazione della signora AT 1 è stato ulteriormente modificato e fissato al 55% (doc. X/2) e il certificato di lavoro rilasciato dalla _____ il 21 settembre 2015, da cui emerge che l'interessata ha lavorato presso la _____ dal 1° gennaio 1995 al 31 luglio 2015 quale _____ al 10% (doc. X/1).

Il 13 giugno 2016 la convenuta ha prodotto un e-mail della _____ da cui emerge che l'attrice ha lavorato al 55% e da cui risulta che i servizi _____ hanno annunciato esclusivamente il pensum lavorativo presso la nostra sede in Ticino (55% con relativo salario), che nonostante la _____ e la _____ siano entrambe sotto il cappello _____, la gestione del personale è totalmente separata (due contratti, due funzioni, due salari, due account, ecc.), che in base alle informazioni in nostro possesso, la Signora AT 1 avrebbe potuto essere abile per la funzione svolta presso _____ e inabile per quella svolta presso _____, che abbiamo diversi collaboratori a tempo parziale e per ognuno di loro quando ne è il caso annunciamo esclusivamente la parte _____ e che a nostro modo di vedere sarebbe stato compito della Signora AT 1 annunciare la sua malattia anche ad _____ per il 10% del suo contratto ad ore. Cosa che non risulta essere stata fatta (doc. 71, sottolineature in originale).

E inoltre stato prodotto il contratto di lavoro individuale tra la _____ rappresentata dalla _____ e l'attrice, del 15 dicembre 2008 dove figura che l'interessata dal 1° gennaio 2009 lavora quale _____ a _____ per _____ con un volume di occupazione del 55% annuo (allegato doc. 71).

Interpellata in merito dal TCA la _____, tramite _____, ha affermato che l'attrice non ha lavorato come _____ da gennaio 2013 a gennaio 2014. Ha per contro esercitato tale attività saltuariamente da gennaio 2011 a settembre 2012 ricevendo l'importo di fr. 180.-- forfetario, previsto quale gettone di presenza per singole attività di questo tipo che le è sempre stato versato attraverso il salario. Essendo la Signora AT 1 già a beneficio di un contratto CCL _____ non ne è stato stipulato un'ulteriore per la funzione di _____ (doc. XXXV).

Con e-mail del 21 dicembre 2016 _____, rivolgendosi a AT 1, ha affermato che purtroppo le ho dato un'informazione errata. In effetti nel dossier ho trovato il contratto del 2011 che le trasmetto in allegato. Per le 2 giornate svolte nel 2012 non vi è alcuna traccia di documento a parte gli ordini di pagamento. Ho cercato insieme alle colleghe in archivio e contattato chi di dovere ma non vi è traccia. Posso immaginare che visto il numero esiguo di giornate svolte nel 2012 (soltanto 2) non sia stato stipulato un contratto ma utilizzato solo l'ordine di pagamento (MM1).

Con scritto datato 20 dicembre 2016 _____ si è rivolto al TCA affermando che l'attrice non ha lavorato in qualità di _____ nel periodo dal gennaio 2013 al gennaio 2014 bensì ha svolto tale attività dal gennaio 2011 a settembre 2012. Nel suo archivio personale ho trovato copia del contratto del 2011 e non quella del 2012 dove, molto probabilmente, visto l'esiguo numero di giornate (2), è stato fatto solo l'ordine di pagamento e non il contratto ed ha allegato il contratto d'ingaggio _____ nel quadro dei progetti _____ a tempo determinato dal 1.1.2011 al 31.12.2011 da cui emerge un salario di fr. 180 a prestazione (doc. XLV+1).

In concreto vi sono pertanto 3 distinti contratti di lavoro, di cui uno, quello di _____, è stato sottoscritto per un tempo determinato e non si è protratto oltre il settembre 2012 (doc. MM1 e XLV). Gli altri due contratti, pur essendo stati sottoscritti dall'attrice per la medesima azienda (_____), concernono due succursali distinte, due posti di lavoro diversi, due sedi diverse (_____ e _____; doc. 71). Tant'è che l'attrice è stata licenziata dalla _____ il 30 aprile 2013 per il 31 luglio 2013 (pag. 5, incarto AI; poi prorogato al 31 gennaio 2014), mentre dalla _____ il 7 maggio 2015 per il 31 luglio

2015 (cfr. pag. 229 incarto AI).

2.11. In primo luogo va evidenziato che per l'art. _____ CGA della convenuta la base di calcolo è costituita dall'ultimo salario con obbligo contributivo AVS percepito prima dell'inizio della malattia.

Anche le CGA del precedente assicuratore (fino al 31 dicembre 2013), _____, prevedono una norma simile. Per l'art. _____ CGA come base per il calcolo dell'indennità giornaliera si considera l'ultimo salario percepito dall'assicurato nell'azienda assicurata prima dell'inizio della malattia (art. _____). Se l'assicurato non esercita un'attività regolare, o se il suo salario è soggetto a forti oscillazioni, il calcolo viene effettuato sulla base di un salario medio percepito negli ultimi 12 mesi. Se ciò non è possibile, il calcolo avviene in base ad un salario medio giornaliero. In caso di rapporto di lavoro a tempo determinato il salario viene convertito in base alla durata effettiva del rapporto di lavoro. Per l'art. _____ è considerato salario AVS quello percepito per ultimo nell'azienda assicurata, comprendente gli assegni familiari accordati per i figli, per la formazione o per l'economia domestica, conformemente agli usi locali o professionali ().

In concreto, di conseguenza, non sono in ogni caso dovute indennità per l'attività di _____, per la quale l'attrice conseguiva un importo di fr. 180 a prestazione (doc. MM2) essendo stata esercitata nel 2012 solo in due occasioni (doc. MM1; doc. XXXV) ed essendo cessata nel corso del mese di settembre 2012, ossia quasi un anno prima dell'inizio dell'incapacità lavorativa (30 luglio 2013).

Non vi sono pertanto motivi per procedere con ulteriori accertamenti, quali l'audizione di _____ oppure una nuova richiesta alla _____, su questi specifici punti.

Circa il lavoro svolto per la _____, per il quale è stato sottoscritto un contratto di lavoro autonomo rispetto a quello con la _____, va rilevato che il 25 novembre 2016 la _____ ha affermato che il solo reddito conseguito dall'interessata dal 30 luglio 2013 al 31 luglio 2015 lo è stato nel corso del mese di agosto 2013 per un'attività svolta nel mese di luglio ed ha aggiunto che le montant brut de ce revenu a été de CHF 9'020.30, soit CHF 8'288.15 net, correspondant vraisemblablement à une activité à 100% durant un mois, autrement dit au taux annuel de 10% annuel correspondant à son contrat (doc.LL1). La _____ ha inoltre affermato che c'est Mme AT 1 elle-même qui nous a communiqué une incapacité de travail après juillet 2013 (nous n'avons pas retrouvé la date exacte) e che durant les années suivantes, Mme AT 1 n'a pas été en mesure de justifier ses absences lors des planifications qui lui ont été communiquées, et ceci malgré des demandes et des relances de la part de sa hiérarchie; elle a donc été licenciée par un courrier du 7 mai 2015, pour l'échéance du 31 juillet 2015 (doc. LL1). In un e-mail del medesimo giorno, ma di alcune ore più tardi, sempre lo stesso funzionario ha affermato che en raison du fait que son contrat CCT auprès de la _____ prenait fin, nous avons effectivement changé son contrat auprès de la _____ en date du 26 août 2013, passant d'une CCT à un contrat d'auxiliaire en date du 23 août 2013. Comme je vous l'ai indiqué, Mme AT 1 n'a jamais travaillé sur la base de ce contrat en raison de ses absences, qui ont finalement abouti à son licenciement (LL5).La convenuta tuttavia contesta di aver mai sottoscritto un contratto quale ausiliaria e sostiene di aver sempre mantenuto il medesimo rapporto di lavoro soggetto al CCL.

La lettera di disdetta del 7 maggio 2015, indirizzata all'attrice, è del seguente tenore:

"() Nous vous confirmons ce qui vous a été annoncé, à savoir notre décision de mettre un terme aux rapports de travail qui nous lient dans les délais légaux soit au 31 juillet 2015.

Tel que mentionné, durant les deux dernières années, vous n'avez pas été en mesure de fournir la prestation attendue lors des jours planifiés, ceci pour des raisons médicales. En 2013, vous avez fourni un certificat médical couvrant les jours contractuels planifiés. En revanche pour 2014, nous n'avons pas reçu de certificat justifiant votre absence lors de votre planification, ceci malgré la demande et les relances de la planification ainsi que de votre responsable, _____.

Sans nouvelles de votre part, nous avons pris d'autres dispositions afin de fournir les besoins du _____, raison pour laquelle vous n'avez pas été planifiée en 2015.

Nous nous vous précisons en outre les quelques points suivants:

. Une indemnité de CHF 1'750.70, correspondant à deux mois de votre salaire annuel au prorata vous sera versée au terme de la période de préavis, à fin juillet 2015.

. Compte tenu de votre créance de CHF 1'311.80, correspondant à la part employé des cotisations pour la caisse de pension, nous attirons votre attention que ce montant vous sera débité lors du terme de la période de préavis.

. Si vous n'avez pas de nouvel employeur à l'échéance de votre contrat, nous vous invitons à vous mettre en rapport avec votre assureur maladie, dans les 30 jours qui suivent la fin de votre contrat fin de remettre en vigueur la couverture accident obligatoire.

. Vous ne serez plus assurée contre la perte de salaire en cas de maladie dans le cadre du contrat collectif conclu par la _____ auprès de la compagnie CV 1. Il existe, le cas échéant, une possibilité de bénéficier de cette couverture d'assurance à titre individuel et nous vous remettons à cet égard le formulaire ad hoc de la compagnie CV 1.() (pag. 229, incarto AI)

In concreto le CGA prevedono che il contraente l'assicurazione (nel caso di specie: il datore di lavoro) in occasione di ogni incapacità lavorativa ne fa notifica all'assicuratore mediante il relativo formulario, e ciò, entro 5 giorni dalla scadenza del periodo di attesa concordato, al più tardi, tuttavia, entro 30 giorni di incapacità lavorativa ininterrotta. Alla notifica va allegato il certificato del medico curante (art. _____ CGA). In caso di comunicazione tardiva il diritto alle prestazioni assicurate sussiste al più presto dal momento in cui tale comunicazione perviene alla convenuta. Se è stato concordato che il contraente l'assicurazione o l'avente diritto abbia da subire degli svantaggi per aver leso un obbligo, tale svantaggio non si verifica, se per le circostanze in cui si è verificata, la lesione è da considerare senza colpa (art. _____ CGA). Se il contraente non rispetta i termini e le scadenze per la notifica del caso di prestazioni, egli è responsabile per i danni da ciò derivanti (art. _____ CGA).

Le condizioni generali del precedente assicuratore (fino al 31 dicembre 2013), _____, prevedono norme maggiormente vincolanti anche per la persona assicurata, dovendo anch'essa, se non lo fa il datore di lavoro, notificare la malattia. Infatti per l'art. _____

CGA lo stipulante o l'avente diritto è tenuto a darne avviso ad _____ entro 30 giorni da quando ha avuto inizio l'incapacità al lavoro, ma al più tardi entro 5 giorni dalla scadenza del termine d'attesa stabilito. Se la comunicazione perviene dopo oltre 3 mesi dalla scadenza del termine d'attesa, le prestazioni saranno corrisposte solo dal momento in cui essa è stata recapitata, considerando nel computo della durata delle

prestazioni il periodo dell'inabilità al lavoro trascorso.

Nel caso di specie agli atti è stata prodotta unicamente la notifica di malattia per attività di _____ al 55% effettuata dalla _____ (doc. 1). Ciò è dovuto alla circostanza che la gestione del personale è totalmente separata tra la _____ e la _____ (due contratti, due funzioni, due salari, due account; cfr. doc. 71). Per contro, circa l'annuncio di malattia per attività svolta per la _____, risulta che l'attrice ha avvisato il datore di lavoro, in data indeterminata (doc.L1: [] Mme AT 1 elle-même qui nous a communiqué une incapacité de travail après juillet 2013 (nous n'avons pas retrouvé la date exacte) []), mentre l'assicuratore sostiene di non essere stato avvisato (doc.XI).

L'annuncio di inabilità lavorativa per attività al 10% svolta presso la _____ è stato effettuato, dall'attrice alla convenuta, per la prima volta il 19 maggio 2016, in sede di udienza innanzi al TCA (doc. VIII e doc. XI).

Esso è tardivo, essendo stato inoltrato quando l'assicurata era già abile al lavoro da oltre un anno (9 febbraio 2015; art. _____ CGA della convenuta e _____ CGA del precedente assicuratore). L'attrice non può inoltre essere considerata esente da ogni colpa. Infatti nel corso dei mesi precedenti l'inoltro della petizione ha avuto un intenso scambio di corrispondenza con la convenuta senza sollevare questo aspetto, a differenza di quanto avvenuta in ambito AI (cfr. incarto AI dove l'attività presso la _____ è stata più volte annunciata).

La stessa assicurata ha del resto indicato al dr. med. _____ di essere attiva al 55% (doc. XXXIII e doc. 8). Anche il dr. med. _____, che conosce l'assicurata dal 1993, nel rapporto del 21 settembre 2014, circa l'attività lavorativa, aveva indicato: ■impiegata _____ ■ (doc. 30), così come la dr.ssa med. _____ il 23 novembre 2014: ■ _____ c/o _____ ■ (doc. 33).

Indipendentemente dalla questione di sapere a chi, tra datore di lavoro ed assicurata, incombeva l'annuncio all'assicuratore dell'inabilità lavorativa per attività al 10% svolta presso _____, oggetto di un contratto separato rispetto a quello sottoscritto con la _____, all'attrice, vista la tardività della notifica dell'inabilità lavorativa, non possono essere riconosciute prestazioni derivanti da questo contratto.

Ne segue che l'interessata ha diritto solo alle prestazioni derivanti dall'inabilità lavorativa per attività al 55% svolta presso la _____.

Va ora esaminato a quanto ammontano le indennità.

2.12. Dagli atti emerge che l'attrice è diventata incapace al lavoro dopo essere stata licenziata. Essa infatti è inabile al lavoro dal 30 luglio 2013 (doc. 1), mentre il licenziamento è avvenuto il 30 aprile 2013 (cfr. pag. 249 incarto AI: attestato del datore di lavoro per l'assicurazione contro la disoccupazione del 12 ottobre 2015 e pag. 5 incarto AI: lettera di licenziamento del 30 aprile 2013, controfirmata dall'assicurata il 28 giugno 2013).

In ambito LCA, con sentenza 4A_344/2007 dell'11 marzo 2008, il TF ha affermato:

3.3.1 Sotto il suo titolo marginale "Coordinamento con l'assicurazione contro la disoccupazione", l'art. 73 cpv. 1 LAMal dispone che ai disoccupati colpiti da una incapacità lavorativa superiore al 50 % è pagata l'intera indennità giornaliera. Stando a tale titolo marginale e alla regolamentazione di coordinamento corrispondente prevista dall'art. 28

LADI, il diritto a un'indennità giornaliera secondo l'art. 73 LAMal risulta strettamente legato al fatto che, se non fosse malato, l'assicurato potrebbe pretendere indennità di disoccupazione ai sensi della LADI. L'idea alla base di questa regolamentazione è la seguente: subisce una perdita di guadagno a carico dell'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia la persona che, di principio, avrebbe diritto a indennità di disoccupazione ma che, a seguito di una malattia, è temporaneamente inidonea al collocamento e non può di conseguenza percepire una simile indennità (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 422 consid. 3a; cfr. anche la sentenza non pubblicata del 4 maggio 2004 nella causa K 146/03 consid. 3.3.1).

Questo spiega l'avvenuto versamento dell'indennità giornaliera da parte della ricorrente dal 24 aprile 2006 al 31 ottobre 2006, quando l'opponente ha esaurito il diritto alle prestazioni di disoccupazione.

3.3.2 Nondimeno - continua il Tribunale federale delle assicurazioni - una persona senza un'attività lavorativa può subire una perdita di guadagno conferente il diritto a un'indennità giornaliera dell'assicurazione malattia anche quando non può pretendere un'indennità di disoccupazione ai sensi della LADI. Ciò si verifica tuttavia soltanto se si può ritenere, con un grado di verosimiglianza preponderante, che senza la malattia l'assicurato eserciterebbe un'attività lucrativa. A tal proposito vanno distinte due ipotesi:

- se il rapporto di lavoro è terminato in un momento in cui la persona assicurata risultava già incapace al lavoro a causa di malattia, vale la presunzione che senza la malattia essa eserciterebbe un'attività lucrativa; in tale eventualità, il diritto a un'indennità giornaliera può essere negato soltanto in presenza di indizi concreti suscettibili di fare concludere, con un grado di verosimiglianza preponderante, che la persona assicurata non eserciterebbe attività lucrativa nemmeno senza il danno alla salute (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 422 consid. 3b; cfr. anche la sentenza non pubblicata del 4 maggio 2004 nella causa K 146/03 consid. 3.3.2 prima parte);

- qualora la persona assicurata si ammali dopo essere divenuta disoccupata, vale invece la presunzione contraria, ossia che anche senza malattia continuerebbe a non esercitare un'attività lucrativa; tale presunzione può essere ribaltata se si può ammettere, con un grado di verosimiglianza preponderante, che senza la malattia la persona assicurata avrebbe iniziato a lavorare in un posto ben definito (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 423 consid. 3b; cfr. anche la sentenza non pubblicata del 4 maggio 2004 nella causa K 146/03 consid. 3.3.2 seconda parte).■

2.13. In concreto il datore di lavoro ha pronunciato il licenziamento prima che l'attrice diventasse inabile al lavoro (licenziamento del 30 aprile 2013, controfirmato dall'attrice il 28 giugno 2013; incapacità lavorativa dal 30 luglio 2013). Al caso di specie si applica pertanto il consid. 4.2 della sentenza 9C_24/2013 del 25 marzo 2013. L'interessata avrebbe perso in ogni caso il posto di lavoro anche se non si fosse ammalata. La perdita di guadagno indennizzabile corrisponde al termine della scadenza contrattuale e sempre che la copertura assicurativa lo preveda alla perdita dell'indennità di disoccupazione. E' riservato il caso in cui la persona interessata è comunque in grado di dimostrare che senza l'inabilità al lavoro avrebbe trovato con ogni verosimiglianza un posto nuovo, concretamente definito.

Nel caso di specie, l'art. _____ CGA prevede che l'assicuratore concede le prestazioni contrattuali al verificarsi dell'evento assicurato e solo dietro dimostrazione del

danno subito. L'entità precisa delle prestazioni risulta dalla polizza e dalla CGA. Anche con il precedente assicuratore, _____, vigeva un'assicurazione di danno (cfr. pag. 3, doc. 73: ■per il calcolo delle prestazioni è determinante l'ultimo salario AVS percepito nell'azienda assicurata prima dell'inizio della malattia []; se per le persone specificate nella polizza viene pattuito un salario annuo, sarà determinante il relativo importo; il salario viene convertito in salario annuo e diviso per 365 []■).

Interpellata in merito (doc. XXI), l'attrice, oltre a non ritenere, a torto, applicabile la citata giurisprudenza, non ha comprovato secondo il principio della verosimiglianza preponderante che senza l'inabilità al lavoro avrebbe trovato un posto di lavoro concretamente definito. Essa si è infatti limitata ad affermare, senza produrre alcuna prova, che se non si fosse ammalata ■avrebbe senz'altro aumentato il suo tempo di lavoro alla _____ o trovato un'altra occupazione nel suo campo o anche in un altro ambito■ (doc. XXIV) e che dal mese di ottobre 2015 avrebbe trovato lavoro come docente di italiano e calcolo matematico presso _____ (doc. XXIV). Il dr. med. _____, il 25 novembre 2016, ha invece riferito che l'interessata ha deciso di mettere in piedi un commercio di prodotti genuini _____ (pasta fresca fatta in casa; doc. XLII). Ciò tuttavia solo con il trasferimento in _____ avvenuto il 1° novembre 2016, ossia oltre un anno dopo essere ritornata abile completamente al lavoro.

Dagli atti emerge che l'interessata dall'8 giugno 2015 ha chiesto indennità di disoccupazione presso la Cassa _____ (pag. 242 e seguenti incarto AI).

Secondo la giurisprudenza federale, la perdita di guadagno indennizzabile, dal 1° giugno 2014 al 17 novembre 2014, può pertanto corrispondere unicamente alla perdita dell'indennità di disoccupazione e non al salario da ultimo percepito.

Di conseguenza l'assicuratore è tenuto a calcolare l'indennità giornaliera ancora dovuta all'attrice sulla base dell'indennità di disoccupazione percepita in seguito al lavoro svolto presso la _____.

2.14. Con la petizione l'attrice chiede che ■alle indennità arretrate vanno aggiunti gli interessi di mora del 5%■ (doc. I).

2.15. L'attrice e la convenuta hanno chiesto l'assunzione di ulteriori prove. L'interessata ha richiamato l'intero incarto dell'assicuratore, copia della polizza assicurativa conclusa con la _____, ha domandato l'allestimento di una perizia giudiziaria e l'audizione dei dr. med. _____ e _____ (doc. I).

Da parte sua la Cassa ha chiesto l'audizione testimoniale dei curanti al fine di chiarire i motivi per cui non è stata effettuata una cura medicamentosa adeguata e per avere ulteriori informazioni relativamente al periodo dal 16.06.2014 al 17.11.2014 circa i trattamenti avvenuti e allo stato di salute.

Pendente causa le parti hanno domandato di assumere ulteriori prove, quali, ad esempio, l'audizione di _____, _____ della _____, il richiamo della corrispondenza tra la _____ e la _____. L'assicurata chiede pure al TCA di richiamare il ricorso che afferma di aver inoltrato contro la decisione AI (doc. XLIV).

Nelle more processuali la convenuta ha trasmesso tutti gli atti dell'incarto, compresa la polizza assicurativa (doc. 0). Il TCA ha inoltre proceduto a numerosi accertamenti, interpellando segnatamente i medici curanti, tra cui il dr. med. _____ e la dr.ssa med. _____, nonché la _____, per il tramite di _____ ed ha richiamato

l'intero incarto AI, mettendolo a disposizione delle parti (doc. XLIII).

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).

2.16. 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)."

Va ancora rammentato che in DTF 139 III 133 il TF ha stabilito che la revisione è il rimedio di diritto esperibile contro una transazione giudiziaria secondo l'art. 241 CPC, mentre la decisione di stralcio secondo l'art. 241 cpv. 3 CPC è unicamente impugnabile con un ricorso per quanto attiene alle spese.

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.