

Raccomandata



Incarto n.
36.2010.85

Lugano
3 marzo 2011

TB
In nome
della Repubblica e Cantone
Ticino

Il Tribunale cantonale delle assicurazioni

composto dei giudici: Daniele Cattaneo, presidente,
Raffaele Guffi, Ivano Ranzanici

redattrice: Tanja Balmelli, vicecancelliera

segretario: Gianluca Menghetti

statuendo sulla petizione del 2 luglio 2010 di

AT 1

rappr. da: RA 1

contro

CV 1

in materia di assicurazione complementare contro le malattie

ritenuto **in fatto**

- 1.1. AT 1, nata nel 1977, nel 2009 era dipendente di _____ al 100% e dal 2010 al 50% (doc. E) ed era quindi assicurata contro la perdita di guadagno in caso di malattia da CV 1 mediante un'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera per malattia secondo LCA (doc. 4).

- 1.2. Dal 13 agosto 2009 al 5 aprile 2010 l'interessata è stata inabile al lavoro per malattia per motivi legati alla gravidanza, conclusasi con la nascita della figlia il 6 aprile 2010 (docc. F e H). Dall'inizio della malattia fino al 31 dicembre 2009 il datore di lavoro le ha versato lo stipendio corrispondente al contratto di lavoro a tempo pieno, dunque il 100% (doc. P). Dal 1° gennaio 2010 fino al 5 febbraio 2010 _____ ha versato all'interessata il salario in funzione del nuovo contratto di lavoro, quindi in base ad un grado di occupazione del 50% (doc. P). Dal 6 febbraio 2010 al 5 aprile 2010 CV 1 ha corrisposto all'assicurata delle indennità giornaliere per perdita di guadagno pari al 90% del grado d'occupazione del 50% (doc. G)
- 1.3. Dopo lo scambio di corrispondenza intercorso fra le parti (docc. H, I e L), con petizione del 2 luglio 2010 (doc. I) AT 1, patrocinata dall'avv. RA 1, ha postulato al TCA di condannare CV 1 al versamento di Fr. 9'825,90 oltre interessi del 5% dal 5 aprile 2010. Secondo l'attrice, non è determinante il fatto che ella ha concluso un nuovo contratto di lavoro con il suo (precedente) datore di lavoro concordando un grado di occupazione del 50% dal 1° gennaio 2010, ma il salario percepito al momento dell'insorgere della malattia (2009), quindi il 100%. Tuttavia, per il periodo dal 1° gennaio 2010 al 5 febbraio 2010, visto che _____ le ha già versato il salario al 50% in virtù del nuovo contratto di lavoro, l'assicuratore malattia è tenuto a corrisponderle (solo) delle indennità giornaliere pari al 90% della *metà* dello stipendio. Invece, dal 6 febbraio 2010 al 5 aprile 2010, ritenuto che il suo assicuratore si è limitato a riconoscerle il 90% dello stipendio calcolato sul tasso di occupazione del 50%, quest'ultimo deve ancora versare all'attrice le indennità giornaliere calcolate sul salario *a tempo pieno*.
- 1.4. Con risposta del 20 agosto 2010 (doc. V) CV 1 ha osservato che la tesi dell'attrice contrasterebbe con le disposizioni sul pagamento dei premi. Considerato che il periodo d'attesa di 180 giorni è terminato il 5 febbraio 2010, per stabilire l'importo delle indennità giornaliere è determinante la situazione esistente dal 6 febbraio 2010. Ora, dal 1° gennaio 2010 al 5 febbraio 2010 il datore di lavoro ha versato all'attrice il salario in base all'occupazione del 50% ed i premi che il contraente della polizza assicurativa era tenuto a versare sono stati calcolati sulla base di questo salario. Pertanto, l'attrice ha subito dal 6 febbraio 2010 "solo" una perdita di guadagno sulla base di questo grado di occupazione e quindi l'assicuratore ha versato le prestazioni corrispondenti al contraente dell'assicurazione collettiva. L'attrice non ha dunque subito dal 1° gennaio 2010 alcuna perdita di guadagno che possa essere fatta valere contro l'assicuratore.
- 1.5. L'attrice non ha prodotto nuovi mezzi di prova (doc. VII), mentre il Tribunale ha esperito un accertamento presso il datore di lavoro dell'attrice (doc. VIII), dando modo alle parti (doc. XIII, XV e XVII) di determinarsi sull'esito dello stesso (doc. IX).

considerato

in diritto

in ordine

2.1. Secondo quanto disposto dall'art. 1a cpv. 1 LAMal, l'assicurazione sociale contro le malattie comprende l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie e l'assicurazione d'indennità giornaliera facoltativa.

La LAMal si applica soltanto all'assicurazione malattia sociale. Le assicurazioni complementari offerte dalle casse malati sono rette dal diritto privato ed in particolare, in applicazione dell'art. 12 cpv. 3 LAMal, dalla Legge federale sul contratto d'assicurazione (LCA).

Giusta l'art. 85 cpv. 2 della legge federale sulla sorveglianza delle imprese d'assicurazione del 17 dicembre 2004 (LSA), nella versione in vigore fino al 31 dicembre 2010 applicabile alla fattispecie siccome trattasi di una causa introdotta prima della modifica, il 1° gennaio 2011, di questa norma, per le controversie relative alle assicurazioni complementari all'assicurazione sociale malattie, i Cantoni prevedono una procedura semplice e spedita, nella quale il giudice accerta d'ufficio i fatti e valuta liberamente le prove.

In ambito cantonale, la LCAMal all'art. 75 cpv. 1 prevede che le contestazioni relative alle assicurazioni complementari all'assicurazione sociale contro le malattie praticate da assicuratori autorizzati all'esercizio ai sensi della LAMal sono decise dal TCA, che applicherà, per analogia, la Legge di procedura per le cause davanti al TCA (art. 75 cpv. 2 LCAMal anch'esso in essere solo fino al 31 dicembre 2010).

In concreto, la causa concerne una vertenza relativa ad indennità giornaliere derivanti da un contratto d'assicurazione complementare retto dalla LCA e praticato da un assicuratore sociale autorizzato all'esercizio ai sensi della LAMal.

Il 1° gennaio 2011 è entrato in vigore l'art. 7 CPC (Codice di procedura civile), secondo cui i Cantoni possono designare un tribunale competente a decidere, in istanza cantonale unica, le controversie derivanti da assicurazioni complementari all'assicurazione sociale contro le malattie secondo la LAMal.

Giusta l'art. 1 cpv. 2 LPTCA, il TCA giudica le altre contestazioni fondate sul diritto federale e sul diritto cantonale che gli sono attribuite dalle singole leggi, quindi anche le contestazioni in ambito d'assicurazione complementare all'assicurazione sociale.

Questo Tribunale è pertanto competente a decidere nel merito della petizione.

nel merito

2.2. Il TCA è chiamato a stabilire se l'assicuratore è tenuto oppure no a versare all'attrice delle indennità giornaliera a dipendenza della malattia sorta il 13 agosto 2009, prestazioni che l'interessata pretende riconosciute al 50% dal 1° gennaio 2010 al 5 febbraio 2010

ed al 100% dal 6 febbraio 2010 al 5 aprile 2010, chiedendo così una somma totale di Fr. 9'825,90 oltre interessi del 5% dal 5 aprile 2010.

- 2.3. 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: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zurigo 2007, pagg. 109-131, in particolare pagg. 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, pagg. 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).

- 2.4. Nella fattispecie, come ha ben rilevato l'assicuratore convenuto,

fanno stato le Condizioni generali d'assicurazione (CGA) per l'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera per malattia secondo la LCA (doc. 5b) valide dal 2005 prodotte da CV 1, e non le CGA valide dal 2006 allegate dall'attrice (doc. H). La stessa polizza assicurativa del 20 ottobre 2008 (doc. 4) stipulata con _____ prevede a pagina 6 che le CGA 2005 sono parte integrante al contratto assicurativo.

Giusta l'art. 16 di tali 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. Le complicazioni dovute alla gravidanza ed i disturbi della salute conseguenti al parto sono equiparati ad una malattia coperta dall'assicurazione, a condizione che l'assicurata abbia aderito a questo contratto fin dall'inizio della gravidanza.

Secondo l'art. 18 CGA, è considerata incapacità al lavoro qualsiasi incapacità, totale o parziale, derivante da un danno alla salute fisica o psichica, di compiere un lavoro ragionevolmente esigibile nella professione o nel campo d'attività abituale. In caso d'incapacità al lavoro di lunga durata possono essere prese in considerazione anche le mansioni esigibili in un'altra professione o campo d'attività.

Per l'art. 23 lett. a CGA, la CV 1 corrisponde l'indennità giornaliera convenuta per la durata dell'incapacità lavorativa attestata dal medico o dal chiropratico, al più presto comunque a partire dalla decorrenza del periodo di differimento stabilito dal contratto. Per la durata delle prestazioni corrisposte dall'assicurazione obbligatoria per la maternità, l'obbligo di prestazione dell'assicurazione d'indennità giornaliera per malattia, rispettivamente per infortunio, è sospeso. Fanno eccezione le malattie e gli infortuni per i quali è medicalmente dimostrato che non sono in relazione con la gravidanza o con il parto. Se sussiste contemporaneamente il diritto alle prestazioni dell'assicurazione per maternità ed alle prestazioni dell'assicurazione d'indennità giornaliera, la CV 1 completa le prestazioni dell'assicurazione per la maternità fino all'ammontare dell'indennità giornaliera assicurata.

In virtù dell'art. 23 lett. b CGA, il periodo di differimento inizia il primo giorno dell'incapacità lavorativa attestata medicalmente, al più presto comunque cinque giorni civili prima del primo trattamento medico. In caso di ricadute entro 365 giorni il periodo di differimento decade per la nuova incapacità lavorativa.

L'art. 23 lett. c CGA concerne la durata delle prestazioni. Esso prevede che la CV 1 corrisponde l'indennità giornaliera al massimo durante 730 giorni per caso, previa deduzione del periodo di differimento. Per quanto riguarda la durata delle prestazioni, l'insorgere ripetuto di una malattia o delle conseguenze di un infortunio (ricaduta) è considerato quale caso nuovo se per sua causa l'assicurato non è stato inabile al lavoro per 365 giorni consecutivi dall'ultimo insorgere della stessa malattia o delle stesse conseguenze d'infortunio.

Giusta l'art. 23 lett. f CGA concernente l'uscita dalla cerchia degli assicurati, dopo l'estinzione della copertura assicurativa, la CV 1 paga l'indennità giornaliera per malattie che sono sorte durante il periodo d'assicurazione, fino ad esaurimento della durata di fruizione concordata, al massimo però fino all'inizio del diritto a una rendita LPP. Questo obbligo di prestazione viene a cadere se l'assicurato può far valere il diritto al libero passaggio o se rivendica il diritto al passaggio nell'assicurazione individuale.

Infine, l'art. 28 CGA tratta del calcolo delle prestazioni dipendenti dai salari. Per l'art. 28 cpv. 1 CGA, se il contratto non prevede altrimenti, come base per il calcolo dell'indennità giornaliera vale l'ultimo salario soggetto all'AVS percepito prima dell'incapacità lavorativa fino all'importo massimo stabilito dal contratto. Per gli assicurati remunerati in base alla cifra d'affari o su provvigione, come pure per gli ausiliari impiegati irregolarmente, quale salario determinante AVS vale quello corrispondente agli ultimi 365 giorni immediatamente precedenti l'incapacità lavorativa (comprese le gratifiche e la 13a mensilità).

Le norme AVS valgono anche per gli assicurati non assoggettati all'AVS. Gli eventuali aumenti salariali nel corso della durata dell'incapacità lavorativa non sono considerati.

Se nel contratto è convenuto quale base il salario LAINF, vale quale importo massimo del guadagno assicurato (art. 22 cpv. 1 OAINF) sempre l'ammontare fissato dal Consiglio federale.

A norma dell'art. 28 cpv. 2 CGA, in caso di disoccupazione quale salario vale l'indennità giornaliera mancante dell'assicurazione svizzera contro la disoccupazione.

In caso di lavoro a orario ridotto le prestazioni si basano sul salario ridotto più l'indennizzo mancante dell'assicurazione contro la disoccupazione.

Le disposizioni particolari concordate dall'assicuratore con il datore di lavoro, che prevalgono sulle CGA 2005, nel testo in lingua tedesca (doc. 5a pag. 10) prevedono delle modifiche alle CGA. Per esempio, disciplinano che il termine d'attesa dell'art. 23 CGA è conteggiato solo una volta all'anno indipendentemente dalla diagnosi e dal grado di incapacità lavorativa ("*Wartefrist*"). Inoltre, a differenza del tenore dell'art. 28 CGA, gli aumenti salariali, che avvengono con il pagamento dello stipendio da parte di _____, sono tenuti in considerazione per calcolare le prestazioni d'indennità giornaliera. Alla scadenza del termine di attesa non vengono (invece) più considerati gli aumenti salariali ("*Ermittlung der lohnabhängigen Leistungen*", doc. 5a pag. 11).

- 2.5. Va ancora evidenziato 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 (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

giornaliere 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 (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).

Nel caso concreto, le parti concordano di avere concluso un'assicurazione contro i danni. Del resto, l'art. 28 CGA stabilisce che la base per il calcolo dell'indennità giornaliera è l'ultimo salario soggetto a contribuzione AVS.

- 2.6. Nella fattispecie, la divergenza consiste nella determinazione dell'ammontare dell'indennità giornaliera da versare all'attrice.

Quest'ultima ritiene di potere rivendicare il diritto alle indennità previste dal contratto assicurativo calcolate sulla base di un salario a tempo pieno anche a decorrere dal 1° gennaio 2010, fatta eccezione per il periodo dal 1° gennaio 2010 al 5 febbraio 2010 in cui, visto che il suo datore di lavoro le ha regolarmente versato lo stipendio intero, ma riferito al grado di occupazione del 50%, all'assicuratore malattia non resta che riconoscerle l'altro 50% del salario sotto forma di indennità giornaliera.

Il convenuto sostiene invece che dal 6 febbraio 2010 l'attrice ha subito soltanto un danno (perdita di guadagno) sulla base del suo grado di occupazione, ossia del 50%, mentre dal 1° gennaio 2010 la stessa non ha subito alcuna perdita di guadagno visto che fino al 5 febbraio 2010 stava scontando il termine d'attesa.

In questo lasso di tempo, l'assicuratore ha versato al datore di lavoro dell'attrice le prestazioni corrispondenti ed a sua volta _____ ha corrisposto ad AT 1 il salario nella misura contrattualmente prevista (50%).

Il TCA rileva che l'attrice è dipendente di _____ dal 2001 (doc. B), quindi le è applicabile la parte del contratto assicurativo in essere dal 1° gennaio 2009 e la cui cerchia degli assicurati comprende i dipendenti dal 5° al 10° anno di lavoro, per i quali il termine d'attesa viene calcolato una sola volta nell'anno civile e la durata delle prestazioni è di 730 giorni, dedotto il termine d'attesa di 180 giorni. La copertura della perdita di guadagno è del 90% ed è esclusa per gli infortuni. Il premio, sia per gli uomini sia per le donne, è pari allo 0,22% del salario (doc. 4 pag. 3).

Come risulta da una tabella riassuntiva allestita dal datore di lavoro

dell'attrice indirizzata all'assicuratore malattia (doc. 1), nel corso del 2009 l'interessata è stata inabile al lavoro dal 5 al 7 maggio e poi dal 13 agosto 2009 ininterrottamente fino al 5 aprile 2010, ovvero fino al giorno prima della nascita della figlia.

Sulla scorta di questi periodi di incapacità lavorativa, il termine d'attesa di 180 giorni va dunque calcolato dal 5 al 7 maggio 2009 e poi ancora dal 13 agosto 2009, venendo a decadere il 5 febbraio 2010.

Durante questi sei mesi d'attesa, l'assicuratore malattia *non* ha corrisposto prestazioni direttamente all'attrice (doc. G), bensì è stato il datore di lavoro di quest'ultima, in virtù dell'art. 69a lett. a del Regolamento per il personale (doc. D), a continuare a versarle lo stipendio per 180 giorni, dato che era impedita al lavoro ed era dipendente da meno di 10 anni.

Trascorso il termine d'attesa previsto contrattualmente, quindi dal 6 febbraio 2010 (doc. 1), la perdita di guadagno subita da AT 1 a causa dell'incapacità lavorativa dovuta alla gravidanza è stata regolarmente assunta dall'assicuratore.

Il convenuto non contesta di doversi assumere il caso di malattia dell'attrice, ma ritiene che le modalità con cui si deve fare carico delle prestazioni spettanti all'interessata, ossia nella misura del 50% dal 1° gennaio 2010 al 5 febbraio 2010 e del 100% dal 6 febbraio 2010 al 5 aprile 2010, non siano corrette.

- 2.7. In primo luogo, va osservato che il contratto di lavoro a tempo pieno stipulato dall'attrice il 24 ottobre 2003 (doc. C) è stato sostituito da un altro il 4 maggio 2009 (doc. E), in cui le parti hanno concordato, per ciò che qui interessa, che dal 1° gennaio 2010 il grado di occupazione dell'assicurata era del 50%.

Sulla scorta di questi due contratti, entrambi toccati dalla malattia sorta il 13 agosto 2009 e protrattasi fino al 5 aprile 2010, in virtù dell'art. 69a del Regolamento del personale il datore di lavoro dell'attrice ha giustamente continuato a versarle lo stipendio concordato, calcolato sull'importo lordo di Fr. 6'791,65 per i mesi di agosto-dicembre 2009 per un lavoro svolto al 100% (doc. P). Il salario del mese di gennaio 2010 le è stato corrisposto nella misura di Fr. 3'021,20 netti partendo da un salario lordo di Fr. 3'395,85 (doc. P), equivalente alla metà di quello del mese precedente.

Per febbraio 2010, sempre partendo da uno stipendio mensile lordo di Fr. 3'395,85, _____ ha versato all'attrice "soltanto" Fr. 416,85, vista la riduzione di Fr. 2'789,45 per malattia (doc. P), dato che dal 6 febbraio 2010 è contrattualmente decaduto il suo obbligo di continuare a versare il salario all'interessata malgrado quest'ultima fosse inabile al lavoro (doc. 1).

In effetti, da quel momento è subentrato l'assicuratore malattia, che ha riconosciuto e versato all'attrice l'importo di Fr. 2'311,05 per gli altri 23 giorni di malattia di febbraio 2010 (doc. G).

Questa soluzione è corretta.

In altre parole, l'assicuratore *non* poteva intervenire erogando prestazioni all'attrice *prima* che il termine di attesa convenuto contrattualmente fosse esaurito. Pertanto, l'attrice *non* può ora

pretendere che CV 1 le riconosca delle indennità giornaliere già a decorrere dal 1° gennaio 2010.

In effetti, il convenuto era legittimato a versare le sue prestazioni alla persona inabile al lavoro - subentrando al datore di lavoro che, fino al giorno prima ha continuato a versare regolarmente il salario *dal 6 febbraio 2010*, ossia trascorsi 180 giorni dall'inizio dell'incapacità lavorativa dovuta a malattia.

La pretesa dell'attrice di riconoscerle Fr. 3'056,25 di indennità per il mese di gennaio 2010 e Fr. 545,75 per i primi cinque giorni di febbraio 2010 deve dunque essere respinta (doc. I pag. 8).

- 2.8. Resta da esaminare il diritto dell'interessata a percepire indennità giornaliera dal 6 febbraio 2010 al 5 aprile 2010.

Come visto, trascorso il periodo d'attesa di 180 giorni, la malattia dell'attrice deve essere presa a carico dall'assicuratore malattia per quanto concerne l'erogazione di indennità giornaliera per perdita di guadagno.

Occorre dunque verificare proprio questa perdita di guadagno, che l'assicuratore convenuto ha riconosciuto nella misura del 50%, pari al grado di occupazione dell'interessata.

In effetti, se non fosse stata malata, dal 1° gennaio 2010 l'attrice avrebbe lavorato al 50% ed avrebbe conseguito uno stipendio lordo di Fr. 3'395,85.

Rimane pertanto da stabilire se anche per l'altro 50% di tempo in cui l'attrice non lavorava l'assicuratore sia tenuto al versamento di indennità giornaliera.

A questo proposito, va evidenziato che a norma del citato art. 28 cpv. 1 CGA, se il contratto non prevede altrimenti, come base per il calcolo dell'indennità giornaliera vale l'ultimo salario soggetto all'AVS percepito *prima dell'incapacità lavorativa* fino all'importo massimo stabilito dal contratto.

In sostanza, quindi, d'avviso del Tribunale ci si deve porre al giorno precedente la malattia e quindi l'incapacità lavorativa che ne è derivata, ossia al 12 agosto 2009. A quel momento, l'attrice aveva un contratto di lavoro con un grado di occupazione al 100% e come tale, non essendo malata, lavorava a tempo pieno. Per questa attività, ella era remunerata con un salario soggetto all'AVS pari a Fr. 6'791,65.

Di conseguenza, sulla scorta del summenzionato art. 28 cpv. 1 CGA, l'assicuratore convenuto è tenuto a riconoscere all'attrice delle indennità giornaliere del 90% sullo stipendio del 100%.

Poco importa, visto che le CGA non prevedono tale ipotesi, che la persona assicurata, già ammalata, abbia nel frattempo ridotto il proprio tempo di lavoro non a causa della malattia, ma per altri motivi, con la sottoscrizione di un nuovo contratto di lavoro al 50% e quindi con conseguente riduzione dello stipendio.

Le CGA standard applicabili in concreto, come visto, sono state

modificate concordemente dalle parti (doc. 5a: "*I Besondere Bestimmungen (gehen den Allgemeinen Vertragsbedingungen [AVB] vor)*", le quali hanno previsto che un aumento di salario intervenuto successivamente deve essere considerato per il calcolo delle indennità giornaliere (doc. 5a pag. 11: il capitoletto "*Ermittlung der lohnabhängigen Leistungen*" recita così:
In Abänderung von Ziffer 28 der Allgemeinen Vertragsbedingungen, werden Lohnerhöhungen, welche in der Lohnfortzahlung der _____ erfolgen, für die Berechnung der Taggelderleistungen berücksichtigt. Nach Ablauf der Wartefrist werden keine Lohnerhöhungen mehr berücksichtigt.").

Non è dunque contemplato il caso di una diminuzione del salario e per questo motivo il TCA non si può scostare dall'applicazione del principio secondo cui vale l'ultimo salario soggetto all'AVS percepito *prima dell'incapacità lavorativa*.

In queste circostanze, l'assicuratore malattia deve versare delle indennità giornaliere calcolate su una perdita di guadagno del 100%. Pertanto, dal 6 febbraio 2010 al 5 aprile 2010 le indennità giornaliere devono essere stabilite sullo stipendio di Fr. 6'791,65.

- 2.9. A questa stessa soluzione si giunge anche considerando che dal 1° gennaio 2010 l'attrice era dipendente di _____ sulla base di un contratto di lavoro con un grado di occupazione del 50%.

Al riguardo, il TCA evidenzia che con sentenza 4A_344/2007 dell'11 marzo 2008 il Tribunale federale ha stabilito che la giurisprudenza sviluppata nel quadro dell'applicazione dell'art. 73 LAMal, concernente il coordinamento dell'assicurazione d'indennità giornaliera con l'assicurazione contro la disoccupazione, trova applicazione anche nell'ambito delle assicurazioni private rette dalla LCA, in virtù dell'art. 100 cpv. 2 LCA che rinvia esplicitamente a questa norma per gli assicurati considerati disoccupati ai sensi dell'art. 10 LADI. Mediante il rinvio contenuto nell'art. 100 cpv. 2 LCA vengono coordinate le norme del diritto delle assicurazioni private e quelle del diritto delle assicurazioni sociali e viene istituita una regolamentazione unica per il caso in cui una persona assicurata esca dall'assicurazione collettiva (DTF 127 III 235 consid. 2c pag. 238).

Sotto il suo titolo marginale "Coordinamento con l'assicurazione contro la disoccupazione", l'art. 73 cpv. 1 LAMal dispone che ai disoccupati, in caso d'incapacità lavorativa (art. 6 LPGa) superiore al 50 per cento, è pagata l'intera indennità giornaliera e, in caso d'incapacità lavorativa superiore al 25 per cento ma al massimo del 50 per cento, è pagata la mezza indennità giornaliera, se gli assicuratori, in virtù delle proprie condizioni d'assicurazione o di accordi contrattuali, pagano di massima prestazioni per un corrispettivo grado d'incapacità lavorativa.

Stando a tale titolo marginale e alla regolamentazione di coordinamento corrispondente prevista dall'art. 28 LADI, il diritto a una 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 (o anche solo di diritto cantonale; SVR 1998 KV no. 4 pag. 10). 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 con i riferimenti).

Nondimeno, una persona disoccupata può subire una perdita di guadagno conferente il diritto a un'indennità giornaliera dell'assicurazione malattia anche se non può pretendere un'indennità di disoccupazione ai sensi della LADI (oppure di una indennità di disoccupazione di diritto cantonale). Ciò si verifica tuttavia soltanto se si può ritenere, con un grado di verosimiglianza preponderante, che, senza malattia, l'assicurato eserciterebbe un'attività lucrativa.

Conformemente alla massima inquisitoria (la cui portata è limitata dall'obbligo dell'assicurato di collaborare all'istruzione della causa; LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3a ed., pagg. 445 e 489), compete all'amministrazione e, in caso di ricorso, al giudice esaminare tale eventualità. Secondo giurisprudenza l'amministrazione e il giudice devono a tal proposito distinguere due ipotesi. Se una persona assicurata perde il proprio posto in seguito a disdetta in un momento in cui risulta già essere incapace al lavoro a causa di malattia, vale la presunzione che l'interessato - come durante il periodo precedente la sopravvenienza del danno alla salute - eserciterebbe un'attività lucrativa se non fosse malato. 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 l'assicurato non eserciterebbe attività lucrativa nemmeno senza il danno alla salute (DTF 102 V 83; RAMI 1998 no. KV 43 pag. 422 consid. 3b, 1994 no. K 932 pag. 65 consid. 3). Per contro, nell'evenienza in cui l'assicurato si ammala dopo essere divenuto disoccupato, vale la presunzione contraria, ossia che l'interessato anche senza malattia avrebbe continuato a non esercitare una simile attività. Tale presunzione può tuttavia essere rovesciata se si può ammettere, secondo un grado di verosimiglianza preponderante, che l'assicurato, senza la malattia, avrebbe iniziato a lavorare in un posto ben definito (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 423 consid. 3b; SVR 1998 KV no. 4 pag. 9 consid. 3b). A tal proposito, il Tribunale federale delle assicurazioni ha avuto modo di rilevare che l'esistenza di un intervallo di tempo non indifferente (in concreto: 1 anno e 10 mesi) tra il momento in cui l'interessato avrebbe potuto intraprendere o riprendere un'attività adeguata e la comparsa del danno alla salute è piuttosto di natura tale da rafforzare la presunzione contraria all'esercizio di un'attività ben definita in assenza di malattia (sentenza dell'8 gennaio 2004, K 16/03, consid. 3.2.3). Con sentenza K 146/03 del 4 maggio 2004, l'allora TFA ha ribadito la propria giurisprudenza.

2.10. Pendente causa il TCA, che già si era pronunciato con sentenza del

3 settembre 2010 sulla causa fra la stessa attrice e la Cassa di compensazione _____ in ambito di indennità in caso di maternità (40.2010.1) annullando la decisione su opposizione e rinviando gli atti alla Cassa per esperire un accertamento atto a sapere se la riduzione del tempo di lavoro al 50% fosse stata decisa autonomamente dall'interessata oppure se questa soluzione le fosse stata imposta dal suo datore di lavoro, il 27 ottobre 2010 (doc. VIII) ha chiesto alla predetta Cassa se era giunta nel frattempo ad una soluzione.

Il 23 novembre 2010 (doc. IX) la Cassa di compensazione _____ ha prodotto al Tribunale una decisione formale di pari data (doc. IX/1) con cui, in esito agli accertamenti intrapresi presso _____ (docc. IX/2, IX/3, IX/4 e IX/5) e tenuto conto delle considerazioni espresse dall'assicurata medesima (doc. IX/8), ha concluso che le indennità di maternità dal 6 aprile al 12 luglio 2010 devono essere calcolate sulla base del salario percepito al momento in cui era attiva *a tempo pieno*. Ha così deciso di riconoscerle un'indennità giornaliera di Fr. 188,80 e, considerato come un'indennità di Fr. 95,20 era stata versata ad _____ per l'attività al 50%, Fr. 93,60 andavano a suo favore.

In concreto l'attrice, precedentemente attiva al 100% presso _____, come noto dal 1° gennaio 2010 ha ridotto il proprio grado di occupazione al 50%, mentre per l'altro 50%, se non si fosse ammalata, avrebbe continuato a lavorare se il suo datore di lavoro non le avesse proposto di ridurre l'orario di lavoro e di cambiare attività vista la fase di riorganizzazione messa in atto nella primavera 2009. In sostanza, dunque, si può considerare che per il restante 50% l'attrice era disoccupata.

In tali circostanze, si può quindi affermare che ella ha subito una perdita di guadagno a carico dell'assicurazione d'indennità giornaliera, poiché di principio avrebbe avuto diritto a indennità di disoccupazione dal 1° gennaio 2010 nella misura del 50% ma, a seguito della malattia, era temporaneamente inidonea al collocamento e non poteva di conseguenza percepire una simile indennità. Va infatti ricordato che una persona disoccupata può subire una perdita di guadagno conferente il diritto a un'indennità giornaliera dell'assicurazione malattia anche se non può pretendere un'indennità di disoccupazione ai sensi della LADI.

Visto che l'attrice ha perso metà del grado d'occupazione del proprio posto di lavoro per disdetta quando era già incapace al lavoro a causa di malattia, secondo la succitata giurisprudenza vale la presunzione che ella, come prima dell'insorgenza del danno alla salute, avrebbe esercitato un'attività lucrativa anche per l'altro 50% del tempo se non fosse stata malata. In questa evenienza, l'assicuratore malattia deve assumersi l'incapacità lavorativa dell'interessata per questo 50% di tempo durante il quale non esercitava un'attività lucrativa essendo stata in parte licenziata visto che, se non fosse stata malata, avrebbe potuto iscriversi all'assicurazione disoccupazione e beneficiare delle relative indennità.

In conclusione, appurata la volontà e l'intenzione dell'attrice di continuare a lavorare al 100% anche dopo il 1° gennaio 2010,

l'assicuratore malattia è quindi tenuto a versarle le indennità giornaliera per perdita di guadagno non solo per il tempo di lavoro contrattualmente previsto con _____, ma anche per il resto del tempo in cui aveva uno statuto identico a quello di una persona disoccupata, senza però potere essere iscritta come tale essendo inabile al lavoro per malattia.

Ne discende, dunque, che oltre alle indennità giornaliere già riconosciute all'attrice sulla base del contratto lavorativo del 50% (doc. G), CV 1 deve riconoscerle le indennità giornaliera anche sull'altro 50% del tempo in cui era disoccupata. In totale, quindi, nel periodo dal 6 febbraio al 5 aprile 2010 le indennità per perdita di guadagno devono essere calcolate sullo stipendio conseguito dall'attrice (come se lavorasse) a tempo pieno.

Più precisamente, l'interessata ha diritto al versamento di indennità giornaliera calcolate su uno stipendio di Fr. 81'500.-, pari al doppio di Fr. 40'750.- concordato fra le parti per un grado di occupazione del 50% (doc. E).

Dal 6 febbraio al 28 febbraio 2010 l'attrice riceverà dunque una somma di Fr. 4'622,05 ([Fr. 81'500.- : 365 giorni x 90 : 100] x 23 giorni), dal 1° al 31 marzo 2010 l'indennità giornaliera per perdita di guadagno ammonterà a Fr. 6'229,70 (Fr. 81'500.- : 365 giorni x 90 : 100] x 31 giorni) e dal 1° al 5 aprile 2010 essa sarà pari a Fr. 1'004,80 (Fr. 81'500.- : 365 giorni x 90 : 100] x 5 giorni), per un totale a suo favore di Fr. 11'856,55.

Da quanto precede discende che AT 1 otterrà più di quanto ha postulato con la propria petizione (Fr. 9'825,90 oltre interessi di mora). Ciò è permesso in virtù dell'art. 20 cpv. 1 LPTCA, secondo cui questo Tribunale non è vincolato dalle conclusioni dell'attrice e può concederle più di quanto ella abbia chiesto (STCA dell'8 settembre 2009, 36.2009.29, consid. 10).

- 2.11. Oltre alla richiesta di condannare l'assicuratore al pagamento del capitale di Fr. 9'825,90, l'attrice ha chiesto il riconoscimento di interessi di mora del 5% dal 5 aprile 2010.

Per l'art. 102 cpv. 1 CO, se l'obbligazione è scaduta, il debitore è costituito in mora mediante interpellazione del creditore. A norma dell'art. 102 cpv. 2 CO, quando il giorno dell'adempimento sia stato stabilito o risulti determinato da una disdetta preventivamente convenuta e debitamente fatta il debitore è costituito in mora pel solo decorso di detto giorno.

L'art. 104 cpv. 1 CO prevede che il debitore in mora al pagamento di una somma di danaro deve pagare gli interessi moratori del cinque per cento all'anno, quand'anche gli interessi convenzionali fossero pattuiti in misura minore.

Pertanto, gli interessi di ritardo del 5% sono dovuti dal giorno dell'interpellazione del creditore, che mette in mora il debitore.

Come osservato dal Tribunale federale (4A_468/2008 del 20

febbraio 2009, consid. 3.2), le summenzionate norme si applicano anche al contratto d'assicurazione:

" 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 (JÜRIG 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, l'attrice ha semplicemente chiesto all'assicuratore il riconoscimento delle indennità giornaliere di sua spettanza. Parte attrice non ha però mai fissato all'assicuratore un termine entro il quale dare seguito al pagamento della somma richiesta.

Ne discende, quindi, che interessi moratori sulla cifra dovuta dall'assicuratore possono essere pretesi soltanto dalla data della petizione qui esaminata (citata STCA dell'8 settembre 2009, 36.2009.29, consid. 11).

- 2.12. Stante quanto precede, la petizione va accolta ai sensi delle considerazioni esposte e l'assicuratore convenuto è pertanto condannato al pagamento di Fr. 11'856,55, oltre interessi di mora al 5% dal 2 luglio 2010.

Vincente in causa, siccome è patrocinata da un legale, l'attrice ha diritto al riconoscimento di ripetibili.

- 2.13. Il valore di causa è rappresentato dalla somma riconosciuta con il presente giudizio.

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.

Per questi motivi

dichiara e pronuncia

1. La petizione è **accolta ai sensi dei considerandi**.
§ L'assicuratore malattia è condannato al versamento di indennità giornaliera del 100% dal 6 febbraio 2010 al 5 aprile 2010 per un

importo totale di Fr. 11'856,55, oltre interessi di mora del 5% dal 2 luglio 2010.

2. Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato.

L'assicuratore malattia è tenuto a versare all'attrice Fr. 1'800.- a titolo di ripetibili (IVA inclusa).

3. Comunicazione alle parti ed alla FINMA, Berna.

Contro la presente sentenza è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione (art. 100 cpv. 1 LTF).

L'atto di ricorso, in 3 esemplari, deve indicare quale decisione è chiesta invece di quella impugnata, contenere una breve motivazione e recare la firma del ricorrente o del suo rappresentante. Al ricorso dovrà essere allegata la decisione impugnata e la busta in cui il ricorrente l'ha ricevuta.

Nelle cause a carattere pecuniario il ricorso è ammissibile se il valore litigioso ammonta a Fr. 15'000.- nelle vertenze in materia di diritto del lavoro e di locazione ed a Fr. 30'000.- negli altri casi. Per valori inferiori il ricorso è ammissibile se la controversia concerne una questione di diritto di importanza fondamentale o se una legge federale prescrive un'istanza cantonale unica (art. 74 cpv. 2 LTF).

Qualora non sia ammissibile il ricorso in materia civile è dato, entro lo stesso termine, ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113 e 117 LTF).

Per il Tribunale cantonale delle assicurazioni

Il presidente

Il segretario

Daniele Cattaneo

Gianluca Menghetti