

16 Δεκεμβρίου 2010
Αριθμ. Πρωτ.: 124255/52572/2010

Πληροφορίες:

Γιάννης Κωστής
Παυλίνα Κοντογεωργοπούλου

Κύριο Γιώργο Κουτρουμάνη
Αναπληρωτή Υπουργό Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης
Πειραιώς 40
101 82 Αθήνα

Θέμα: «Αναγνώριση ασφαλιστικά και συνταξιοδοτικά του χρόνου προϋπηρεσίας των σχολικών φυλάκων του Π.Δ. 164/2004»

Αξιότιμε κύριε Υπουργέ,

Ο Συνήγορος του Πολίτη, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του, κατά το άρθρο 103 παρ. 9 του Συντάγματος και τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 4 παρ. 6 του Ν. 3094/2003 και 4 παρ.4 του Π. Δ. 273/1999, εξετάζει το θέμα της ασφαλιστικής κάλυψης του προσωπικού που είχε απασχοληθεί, για μεγάλο χρονικό διάστημα, με διαδοχικές συμβάσεις, στη φύλαξη σχολικών κτηρίων, στο πλαίσιο υλοποίησης προγραμμάτων απόκτησης εργασιακής εμπειρίας.

Συγκεκριμένα, η Αρχή παρέλαβε και εξετάζει αναφορές τόσο από τον Σύλλογο ***** (Φ.Υ.:129515), όσο και από μεμονωμένους ασφαλισμένους (Φ.Υ.12606), οι οποίοι ζητούν αναγνώριση των ασφαλιστικών και συνταξιοδοτικών τους δικαιωμάτων για το χρονικό διάστημα, από την ένταξή τους στο πρόγραμμα και μέχρι την κατάταξή τους σε θέσεις ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου, σύμφωνα με τις διατάξεις του Π.Δ. 164/2004.

Από την εξέταση των πραγματικών δεδομένων της υπόθεσης αυτής σε συνδυασμό με το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο, οδηγηθήκαμε σε ορισμένες σκέψεις και προτάσεις τις οποίες θέτουμε υπόψη σας.

1. Ιστορικό του προβλήματος

Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 20, παράγραφος 15, του ν. 2639/1998 και με την κατ' εξουσιοδότηση αυτών, υπ' αριθμ. 34100/24.11.1999 Απόφαση του Υπουργού Εργασίας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων με θέμα «Πρόγραμμα για την απόκτηση εργασιακής εμπειρίας 2.700 ανέργων αποφοίτων Λυκείου, ηλικίας 25 – 64 ετών στη φύλαξη κτιρίων», καταρτίστηκε σχετικό πρόγραμμα συνολικής διάρκειας 24 μηνών διαιρούμενο σε δύο φάσεις, της πρώτης διάρκειας 11 μηνών από τους οποίους ο ένας μπορούσε να αφορά θεωρητική και πρακτική ενημέρωση και οι υπόλοιποι αφορούσαν την τοποθέτηση σε θέσεις για την απόκτηση εργασιακής εμπειρίας.

Σε εκτέλεση των ανωτέρω διατάξεων καταρτίστηκε, αρχικά, από 9.1.1999 προγραμματική σύμβαση μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου, του ΟΑΕΔ, της ΚΕΔΚΕ και της ΕΕΤΑΑ για την πρόσληψη 2700 ανέργων αποφοίτων λυκείου, αντικείμενο της οποίας ήταν η απόκτηση εργασιακής εμπειρίας ανέργων.

Για την ασφάλιση των συμμετεχόντων στα προγράμματα αυτά, όπως οριζόταν στην παρ. 15 του άρθρου 20 του ν. 2639/1998, εφαρμόζονταν οι διατάξεις του άρθρου 18 του ν. 2548/1997¹, σύμφωνα με τις οποίες οι συμμετέχοντες καταρτιζόμενοι, εφόσον δεν ήταν ασφαλισμένοι σε οποιοδήποτε άλλο δημόσιο ασφαλιστικό οργανισμό, υπάγονταν στην ασφάλιση του ΙΚΑ – ΕΤΑΜ, μόνο για τον

¹ Συγκεκριμένα το άρθρο 18 του ν. 2458/1997, όπως ισχύει σήμερα, έχει ως εξής:

«Άρθρο 18

Η παράγραφος 4 του άρθρου 2 του ν 2335/1995 (ΦΕΚ 185 Α') αντικαθίσταται από τότε που ίσχυσε ως εξής:

4. "Στην ασφάλιση του Ι.Κ.Α. και για τον κλάδο παροχών ασθένειας σε είδος, υπάγονται οι άνεργοι που δεν είναι Ασφαλισμένοι σε οποιονδήποτε άλλο δημόσιο ασφαλιστικό οργανισμό και παρακολουθούν συγχρηματοδοτούμενα ή μη από το Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Ταμείο Προγράμματα Επαγγελματικής Κατάρτισης και για όλη τη διάρκεια των προγραμμάτων αυτών."

Οι ασφαλιστικές εισφορές ασφαλισμένου και εργοδότη για την ανωτέρω ασφάλιση υπαλογίζονται με βάση το ποσό του εκπαιδευτικού επιδόματος που καταβάλλεται για τις ώρες του προγράμματος, βαρύνουν το φορέα υλοποίησης του προγράμματος και αποδίδονται στο Ι.Κ.Α. μέχρι το τέλος του επόμενου μήνα από αυτόν που καταβλήθηκε το εκπαιδευτικό επίδομα. Θέση εργοδότη έναντι του Ι.Κ.Α., με όλες τις απορρέουσες από τη νομοθεσία του ιδρύματος υποχρεώσεις, έχει ο φορέας υλοποίησης του προγράμματος.

Οι παροχές του κλάδου ασθένειας σε είδος του Ι.Κ.Α. αφορούν ατομικά τον ασφαλισμένο και χορηγούνται από την πρώτη ημέρα παρακολούθησης του προγράμματος και μέχρι το πέρας αυτού. Η ασφάλιση αυτή δεν αναιρεί ούτε αναστέλλει την καταβολή των επιδομάτων που χορηγούνται από το Υπουργείο Υγείας και Πρόνοιας στα άτομα με ειδικές ανάγκες, κατά τη διάρκεια της κατάρτισης τους στα επιδοτούμενα από το Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Ταμείο προγράμματα.

Εξαιρούνται από τις παραπάνω διατάξεις όλοι όσοι παρακολούθησαν προγράμματα επαγγελματικής κατάρτισης που εγκρίθηκαν μέχρι τη δημοσίευση της παρούσας και ασφαλίστηκαν σε ιδιωτικό ασφαλιστικό φορέα, σύμφωνα με την παρ. 2.2.3 του άρθρου 7 της απόφασης 115373/11.11.94 ΦΕΚ 854 Β') του Υπουργού Εργασίας."

*** **ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΗ:** Με το άρθρο 18 Ν.2874/2000 ορίζεται ότι:

" 1. Οι συμμετέχοντες στα προγράμματα απόκτησης εργασιακής εμπειρίας ανέργων, που προβλέπονται από τη διάταξη της παραγράφου 15 του άρθρου 20 του ν. 2639/1998 (ΦΕΚ 205 Α') και υπάγονται στην ασφάλιση του κλάδου παροχών ασθένειας σε είδος του Ι.Κ.Α., σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 18 του ν. 2458/1997 (ΦΕΚ 15 Α'), υπάγονται από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου στην ασφάλιση του Ι.Κ.Α. και κατά του κινδύνου ατυχήματος. Ο υπολογισμός των καταβλητέων εισφορών γίνεται σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 18 του ν. 2458/1997 (ΦΕΚ 15 Α')."»

κλάδο παροχών ασθένειας σε είδος, και αργότερα, με το άρθρο 18 του Ν. 2874/2000 και κατά του κινδύνου ατυχήματος.

Επακολούθησαν και άλλες προγραμματικές συμβάσεις (16.7.2003, 24.2.2004, 30.7.2004, 3.2.2005) μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου της ΚΕΔΚΕ και της ΕΕΤΑΑ, με όμοιο περιεχόμενο με εκείνο της αρχικής συμβάσεως, με τις οποίες καθορίστηκαν νέες χρονολογίες λήξης.

Ως εκ τούτου οι, «καταρτιζόμενοι» απασχολούμενοι παρέμειναν αδιαλείπτως στις θέσεις τους, μέχρι το 2006, οπότε, όλο το ανωτέρω προσωπικό (που είχε απασχοληθεί στη φύλαξη σχολικών κτιρίων, στο πλαίσιο υλοποίησης προγραμμάτων απόκτησης εργασιακής εμπειρίας του ΟΑΕΔ) κατατάχθηκε σε θέσεις ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου των οικείων ΟΤΑ, με βάση το Π.Δ. 164/2004, μετά και την αριθμ. 6/2005 γνωμοδότηση της ολομέλειας του ΑΣΕΠ.

2. Η αληθής φύση της σχέσης εργασίας των σχολικών φυλάκων πριν από την κατάταξή τους σε θέσεις Ι.δ.α.χ.

2.α. Νομικός χαρακτηρισμός των εν λόγω συμβάσεων από την Ολομέλεια του ΑΣΕΠ, (γνωμοδότηση υπ' αρ. 6/2005 για την υπαγωγή στις διατάξεις του Π.Δ, 164/2004) και από την νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων.

Σύμφωνα με το άρθρο 1 του Π.Δ. 164/2004, σκοπός του είναι, «η προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας, όσον αφορά το προσωπικό του Δημοσίου και του ευρύτερου δημόσιου τομέα προς τις διατάξεις της οδηγίας 1999/70/ΕΚ του Συμβουλίου της 28.6.1999, σχετικά με τη συμφωνία πλαίσιο για την εργασία ορισμένου χρόνου, που έχει συναφθεί μεταξύ των διεπαγγελματικών οργανώσεων γενικού χαρακτήρα CES, UNICE και CEEP (E.E.L. 175/10.7.1999), με την οποία επιδιώκεται αφενός μεν η βελτίωση της ποιότητας της εργασίας ορισμένου χρόνου με την εφαρμογή της αρχής της μη διάκρισης σε σχέση με την εργασία αορίστου χρόνου και αφετέρου η καθιέρωση ενός πλαισίου για να αποτραπεί τυχόν κατάχρηση που προκαλείται από τη χρησιμοποίηση διαδοχικών συμβάσεων ή σχέσεων εργασίας ορισμένου χρόνου»

Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 2 του παραπάνω Π.Δ., στις διατάξεις του υπάγεται το προσωπικό του δημοσίου, καθώς και το «προσωπικό των δημοτικών και κοινοτικών επιχειρήσεων το οποίο εργάζεται με σύμβαση ή σχέση εξαρτημένης εργασίας ορισμένου χρόνου, ή σύμβαση έργου ή άλλη σύμβαση ή σχέση που υποκρύπτει σχέση εξαρτημένης εργασίας»

Ρητά δε αναφέρεται στη δεύτερη παράγραφο του ίδιου άρθρου ότι το διάταγμα αυτό **δεν εφαρμόζεται**, α) στις σχέσεις επαγγελματικής κατάρτισης και στη σύμβαση ή σχέση μαθητείας, β) στις συμβάσεις ή στις σχέσεις εργασίας που έχουν συναφθεί στο πλαίσιο ενός ειδικού προγράμματος κατάρτισης, ένταξης και επαγγελματικής επανεκπαίδευσης υποστηριζόμενο από τον ΟΑΕΔ και, γ) στις συμβάσεις προσωρινής απασχόλησης των άρθρων 20,21,22,23,24,25,26 του Ν. 2596/2001

Τέλος στο άρθρο 11 παράγραφος 1, προβλέπεται ότι διαδοχικές συμβάσεις κατά την παράγραφο 1 του άρθρου 5 του ίδιου Π.Δ., οι οποίες έχουν συναφθεί πριν την έναρξη ισχύος του και είναι ενεργές έως την έναρξη ισχύος αυτού, συνιστούν εφεξής σύμβαση εργασίας αορίστου χρόνου εφόσον, έχουν συνολική διάρκεια τουλάχιστον 24 μηνών, ο χρόνος υπηρεσίας έχει διανυθεί στον ίδιο φορέα με την ίδια παρεμφερή ειδικότητα, το αντικείμενο της σύμβασης αφορά δραστηριότητες σχετιζόμενες με πάγιες και διαρκείς ανάγκες του φορέα και ο συνολικό χρόνος υπηρεσίας έχει

παρασχεθεί κατά πλήρες ή μειωμένο ωράριο εργασίας σε καθήκοντα ίδια ή παρεμφερή με αυτά που αναγράφονται στην αρχική σύμβαση.

Έχοντας τα ανωτέρω υπόψη το ΑΣΕΠ γνωμοδότησε ότι,

«Υπό τα δεδομένα αυτά καθίσταται σαφές ότι οι προσληφθέντες από τους ΟΤΑ, βάσει προγραμματικών συμβάσεων στις οποίες μετείχε η ΕΕΤΑΑ και απασχοληθέντες στο προαναφερόμενο αντικείμενο, εφόσον παρείχαν πράγματι εξηρημένη εργασία έναντι συγκεκριμένης αμοιβής, εκάλυπταν πάγιες και διαρκείς ανάγκες των ανωτέρω φορέων και συνέτρεχαν στο πρόσωπό των και οι καθοριζόμενες λοιπές προϋποθέσεις, εμπίπτουν στις διατάξεις του άρθρ. 11 παρ. δ/τος 164/2004.

Εν ουδεμία δε περιπτώσει είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι η μακροχρόνια απασχόλησή των είχε σκοπόν μόνον την επαγγελματική των κατάρτιση, την μαθητεία, την ένταξη ή την επανεκπαίδευσή των επί ενός αντικειμένου ώστε να εφαρμοστεί επ' αυτών η απαγορευτική διάταξη του άρθρο. 2 παρ. 2»²

Με την γνωμοδότησή της αυτή, ενόψει της παρ. 2 του άρθρου 2 του Π.Δ. 164/2004 που εξαιρεί τις συμβάσεις κατάρτισης και μαθητείας από την δυνατότητα μετατροπής τους σε συμβάσεις αορίστου χρόνου, η Ολομέλεια του ΑΣΕΠ, διαπιστώνοντας ότι στην προκειμένη περίπτωση οι ενδιαφερόμενοι απασχολούνταν στην πραγματικότητα ως εξαρτημένοι εργαζόμενοι και όχι ως καταρτιζόμενοι ή μαθητευόμενοι, απέδωσε στις συμβάσεις που τους συνέδεαν με τους ΟΤΑ τον ακριβή νομικό χαρακτηρισμό τους, αυτόν της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας. Δεδομένου πλέον του ορθού νομικού χαρακτηρισμού των συμβατικών σχέσεων, θεώρησε, ορθά, ότι πληρούνται όλες οι προϋποθέσεις για την μετατροπή των συμβάσεων από ορισμένου σε αορίστου χρόνου και έτσι, όπως προαναφέρθηκε, με βάση την ανωτέρω γνωμοδότηση, το προσωπικό που είχε απασχοληθεί στους ΟΤΑ για τη φύλαξη σχολικών κτιρίων, στο πλαίσιο υλοποίησης προγραμμάτων απόκτησης εργασιακής εμπειρίας του ΟΑΕΔ, κατατάχθηκε σε θέσεις ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου των οικείων ΟΤΑ.

Ας σημειωθεί ότι, με αφορμή τον χαρακτηρισμό των συμβάσεων ορισμένου χρόνου έχει υποστηριχθεί από τη θεωρία του εργατικού δικαίου, ότι ο χαρακτηρισμός των εννόμων σχέσεων από τον νομοθέτη δεν επιτρέπεται να στερεί από το δικαστή την αντίστοιχη εξουσία, η οποία και του ανήκει εκ του Συντάγματος (Α. Καζάκος, Έκτακτο προσωπικό του δημόσιου τομέα, στο Α. Καζάκος, *Το εργατικό δίκαιο στην πράξη. Μελέτες συλλογικού και ατομικού εργατικού δικαίου*, Αθήνα, 1998, σσ. 365 επ.). Κατά συνέπεια, όχι μόνο οι χαρακτηρισμοί που προσδίδουν τα μέρη στη σύμβαση, αλλά ούτε και οι χαρακτηρισμοί που προσδίδει ο νομοθέτης, όπως π.χ. ο χαρακτηρισμός μιας σύμβασης ως σύμβασης μαθητείας ή κατάρτισης, δεν είναι δεσμευτικοί για τον δικαστή, ο οποίος εκτιμώντας τα πραγματικά στοιχεία της κάθε υπόθεσης τα υπάγει σε κανόνες δικαίου, μη δεσμευόμενος από την αυθαίρετη υπαγωγή τους σε άλλο κανόνα από το νομοθέτη. Η Ολομέλεια του ΑΣΕΠ άσκησε την εξουσία ορθού χαρακτηρισμού των εννόμων σχέσεων, οδηγούμενη στο συμπέρασμα ότι οι επίμαχες συμβάσεις, υποκρύπτουσες συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας, έπρεπε να υπαχθούν στο καθεστώς του Π.Δ. 164/2004.

Στην ίδια κατεύθυνση κινείται και η νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων, επ' αφορμή αγωγών που υπέβαλαν ορισμένοι από τους ενδιαφερομένους. Στο πλαίσιο των διαφορών αυτών έχει κριθεί ότι οι τελευταίοι συνδέονταν με τους αντίστοιχους ΟΤΑ με ενιαία σύμβαση αορίστου χρόνου από την αρχική τους πρόσληψη. Ενδεικτικά στην υπ' αριθμ. 13435/2007 Απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης αναφέρεται ότι *«οι ενάγοντες μετά τη διήμερη κατάρτισή τους παρείχαν ανελλιπώς την εργασία τους, με το ίδιο ωράριο, στο ίδιο αντικείμενο και υπό τις ίδιες*

² Οι υπογραμμίσεις δικές μας.

συνθήκες, τελώντας υπό τις οδηγίες των οργάνων του πρώτου εναγόμενου μέχρι την άσκηση της αγωγής, φυλάσσοντας τα σχολικά κτίρια με τον ίδιο τρόπο όπως θα έπρατταν και οι μόνιμοι υπάλληλοι του Δήμου. Οι ενάγοντες τυπικώς συμμετείχαν σε πρόγραμμα αποκτήσεως εργασιακής εμπειρίας, αφού η συγκεκριμένη εργασία φυλάξεως των σχολικών κτιρίων δεν απαιτούσε ιδιαίτερη κατάρτιση, εξειδίκευση και εμπειρία εκ μέρους τους, σκοπός δε του νομοθέτη, όπως αναφέρεται στην προαναφερόμενη υπουργική απόφαση ήταν η πιθανότητα μόνιμης απασχολήσεώς τους στο αντικείμενο αυτό. Η ανάγκη φυλάξεως των σχολικών κτιρίων είναι μόνιμη και όχι πρόσκαιρη, προκειμένου να επιτευχθεί η ασφαλής λειτουργία τους, να διαφυλαχθεί ο εξοπλισμός τους και ο περιβάλλον χώρος και να προστατευθούν οι μαθητές από εξωτερικούς κινδύνους. Συνεπώς οι ενάγοντες με την εργασία τους κάλυπταν πάγιες και διαρκείς ανάγκες φυλάξεως των σχολείων και όχι πρόσκαιρες και εποχικές, τις οποίες διαφορετικά θα έπρεπε να καλύψει ο πρώτος εναγόμενος με μόνιμους υπαλλήλους. **Ενόψει των ανωτέρω δεν δικαιολογείται η σύναψη διαδοχικών συμβάσεων ορισμένου χρόνου και οι έγγραφες συμβάσεις τους από την πρόσληψή τους μέχρι την άσκηση της αγωγής συνιστούν ενιαία σύμβαση αορίστου χρόνου».**

Ομοίως στην υπ' αριθμ 87/2009 Απόφαση του Εφετείου Θεσσαλονίκης γίνεται παραδεκτό ότι, «οι ενάγοντες τυπικώς συμμετείχαν σε πρόγραμμα αποκτήσεως εργασιακής εμπειρίας, ενώ ουσιαστικά παρείχαν εργασία αμειβόμενοι γι' αυτήν αφού η συγκεκριμένη εργασία φυλάξεως των σχολικών κτιρίων δεν απαιτούσε ιδιαίτερη κατάρτιση, εξειδίκευση και εμπειρία εκ μέρους τους. Σύμφωνα μάλιστα με την 6/2005 απόφαση της Ολομέλειας του ΑΣΕΠ, η μακροχρόνια απασχόληση των σχολικών φυλάκων δεν είναι δυνατόν να έχει σκοπό την επαγγελματική τους κατάρτιση, τη μαθητεία ή την ένταξη ή την επανεκπαίδευση τους σε ένα αντικείμενο ευκόλως κατανοητό».

2.β. Το ζήτημα της ασφαλιστικής κάλυψης των σχολικών φυλάκων για την προϋπηρεσία τους.

Έτσι, όπως προαναφέρθηκε, με βάση την ανωτέρω, υπ' αριθμ. 6/2005 γνωμοδότηση της ολομέλειας του ΑΣΕΠ, και στο πλαίσιο των διατάξεων του Π.Δ. 164/2004, το προσωπικό που είχε απασχοληθεί στους ΟΤΑ για τη φύλαξη σχολικών κτιρίων, στο πλαίσιο υλοποίησης προγραμμάτων απόκτησης εργασιακής εμπειρίας του ΟΑΕΔ, κατατάχθηκε σε θέσεις ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου των οικείων ΟΤΑ.

Εξάλλου, στη βάση των διατάξεων του άρθρου 1 παρ. 4 του ν. 3320/2005, ολόκληρος ο χρόνος προϋπηρεσίας των ανωτέρω αναγνωρίστηκε, «για όλες τις συνέπειες», ότι έχει διανυθεί με σχέση εργασίας ιδιωτικού έργου. Σύμφωνα δε με το υπ' αριθμ. πρωτ. 34063/06/25.5.2007 έγγραφο του Υπουργείου Εσωτερικών, (όπως αναφέρεται και στο με αριθμ. πρωτ. Φ.90022/ 29848/2343/7.1.2010, έγγραφο της Γ.Γ.Κ.Α. με θέμα «απάντηση σε Ερώτηση της Βουλής»), ο εν λόγω χρόνος αναγνωρίζεται ως χρόνος πραγματικής υπηρεσίας για μισθολογική εξέλιξη, χορήγηση αδειών κλπ. Στα ίδια έγγραφα, όμως, σημειώνεται, ότι η αναγνώριση αυτή δεν αφορά **«σε καμία περίπτωση την κατοχύρωση ασφαλιστικών ή συνταξιοδοτικών δικαιωμάτων».**

Επίσης, σύμφωνα με προγενέστερο, με αριθμ. πρωτ. Φ.90022/10411/858/23.4.2008, έγγραφο της ΓΓΚΑ, (με θέμα «Απάντηση επί Ερώτησης Βουλής»), η μη πλήρης ασφάλιση στο ΙΚΑ – ΕΤΑΜ των προσώπων της κατηγορίας αυτής και η κάλυψή τους μόνο για τους κλάδους παροχών ασθένειας σε είδος και κινδύνου ατυχήματος δικαιολογείται, **«από το γεγονός ότι δεν προσφέρουν εργασία υπό την έννοια που απαντάται στο εργατικό δίκαιο (π.χ. προσφορά υπηρεσιών προς όφελος συγκεκριμένου εργοδότη και με**

αποκλειστικό σκοπό τη λήψη του συμφωνημένου μισθού), αλλά εξασκούνται σε συγκεκριμένο γνωστικό αντικείμενο, με σκοπό την απόκτηση απαιτούμενης εμπειρίας για την είσοδό τους στην αγορά εργασίας».

Όμως η παραπάνω άποψη σύμφωνα, τόσο με την προαναφερθείσα Απόφαση του ΑΣΕΠ όσο και από σχετικές δικαστικές αποφάσεις, δεν ευσταθεί.

Ειδικότερα όπως ήδη προαναφέρθηκε στην υπ' αριθμ. 6/2005 Απόφαση της Ολομέλειας του ΑΣΕΠ, αναφέρεται, απερίφραστα ότι η μακροχρόνια απασχόληση των ανωτέρω σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι είχε μοναδικό σκοπό την εκπαίδευσή τους, αλλά παρείχαν πράγματι εξαρτημένη εργασία έναντι συγκεκριμένης αμοιβής.

Άλλωστε για αυτό ακριβώς το λόγο, κρίθηκε από την Πολιτεία ότι η περίπτωση τους αποτελούσε σχέση ή σύμβαση που υποκρύπτει σχέση εξαρτημένης εργασίας, μη υπαγόμενη στην περίπτωση σχέσεων επαγγελματικής κατάρτισης ή συμβάσεων που έχουν συναφθεί στο πλαίσιο ενός ειδικού προγράμματος κατάρτισης, ένταξης και επαγγελματικής επανεκπαίδευσης υποστηριζόμενο από τον ΟΑΕΔ, και ως εκ τούτου εφαρμόστηκαν, εν προκειμένω, οι διατάξεις του Π.Δ. 164/2004 και κατατάγηκαν, σύμφωνα με τις τελευταίες, σε θέση ι.δ.α.χ.

3. Η άποψη του Συνηγόρου του Πολίτη

Συνεπώς, από το σύνολο των ανωτέρω καθίσταται προφανές ότι η σχέση εργασίας των φυλάκων σχολικών κτιρίων που εξετάζουμε στην συγκεκριμένη περίπτωση ήταν **σχέση εργασίας αορίστου χρόνου έναντι συγκεκριμένης αμοιβής, υπό τις οδηγίες συγκεκριμένου εργοδότη**, και σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι είχε μοναδικό σκοπό την εκπαίδευσή τους. Άλλωστε για την εκπαίδευση στο συγκεκριμένο έργο, αρκούσε, όπως προαναφέρθηκε χρόνος δύο ημερών, όπως έγινε άλλωστε και στην πράξη, εκπαίδευση που παρέχεται, λίγο ως πολύ, σε όλους τους εργαζόμενους.

Σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 2 του Α.Ν. 1846/1951 «Θεσμικός περί ΙΚΑ Νόμος», στην ασφάλιση του Ιδρύματος υπάγονται υποχρεωτικά και αυτοδίκαια, μεταξύ άλλων και **«τα πρόσωπα τα οποία εντός των ορίων της χώρας παρέχουν κατά κύριον επάγγελμα εξηρητημένην εργασία έναντι αμοιβής, ως τοιαύτης νοούμενης και της παρεχόμενης δια λογαριασμόν Νομικών Προσώπων Δημοσίου Δικαίου αδιαφόρως νομικής φύσεως της σχέσεως εργασίας (δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου)».**

Περαιτέρω, όπως είναι γνωστό, τα αρμόδια ασφαλιστικά όργανα δεν δεσμεύονται από τον χαρακτηρισμό που έχουν δώσει τα μέρη στη σύμβαση. Όπως έχει επανειλημμένα νομολογηθεί σχετικά με τον χαρακτηρισμό της σύμβασης ως σύμβασης εξαρτημένης εργασίας ή μη, ενόψει της εφαρμογής της προαναφερόμενης διάταξης του άρθρου 2 παρ. 1 του Α.Ν. 1846/1951 και της υπαγωγής στην ασφάλιση του ΙΚΑ, τα ασφαλιστικά όργανα κρίνουν **«ενόψει των συγκεκριμένων συνθηκών που υπάρχουν στην κάθε περίπτωση, από το αν αυτός που προσφέρει την εργασία, ανεξάρτητα από τον τρόπο της αμοιβής του, βρίσκεται κατά την εκτέλεση αυτής κάτω από την καθοδήγηση και επιτήρηση του εργοδότη, οπότε η εργασία θεωρείται εξαρτημένη και συνεπάγεται την υπαγωγή αυτού που την προσφέρει στην ασφάλισή του Ι.Κ.Α., ή αν αντίθετα, διατηρεί ελευθερία ενεργειών, οπότε η εργασία δεν είναι εξαρτημένη και αυτός που την προσφέρει δεν υπάγεται, στην ασφάλιση του Ι.Κ.Α [..]»** (Σ.τ.Ε. 1605/2009, 1753/90, 4021, 509/89 κ.ά.).

Και αν ακόμα ήθελε θεωρηθεί ότι η εξουσία αυτή ορθού χαρακτηρισμού των εννόμων σχέσεων δεν μπορεί να ασκηθεί στην περίπτωση που στον χαρακτηρισμό έχει προβεί ο ίδιος ο νομοθέτης, ενδεχομένως σε διάσταση με την πραγματική φύση της εκάστοτε έννομης σχέσης, στην προκειμένη περίπτωση, η προαναφερόμενη γνωμοδότηση της Ολομέλειας του ΑΣΕΠ ως προς την πραγματική φύση των εννόμων σχέσεων που συνδέαν εξ αρχής τους ενδιαφερόμενους σχολικούς φύλακες με τους ΟΤΑ που τους απασχολούν δημιουργεί «δεδικασμένο» για το σύνολο των εργαζομένων που κατατάχθηκαν σε θέσεις ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου των οικείων ΟΤΑ. Εκτός του γεγονότος ότι, όπως προαναφέρθηκε, ο χαρακτηρισμός αυτός ακολουθήθηκε από τα πολιτικά δικαστήρια στις σχετικές διαφορές που υπήχθησαν στην κρίση τους, είναι, μάλλον, βέβαιο ότι θα υιοθετηθεί και από τα διοικητικά δικαστήρια, σε τυχόν διαφορές σχετικά με την πλήρη ασφάλιση των ενδιαφερομένων.

Ενόψει όλων των παραπάνω, **οι φύλακες σχολικών κτιρίων, καλύπτοντας πλήρως τα κριτήρια του νόμου, είναι αυτοδίκαια ασφαλιστέοι στο ΙΚΑ – ΕΤΑΜ ως εξαρτημένα εργαζόμενοι**, είναι δε νομικά εσφαλμένη η θέση περί ασφάλισής τους σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 18 του ν. 2458/1997, ο οποίος εφαρμόζεται σε όσους παρακολουθούν προγράμματα επαγγελματικής κατάρτισης. Πράγματι, στην προκειμένη περίπτωση αποδεικνύεται ότι δεν ήταν η επαγγελματική κατάρτιση που χαρακτήριζε την σχέση εργασίας των σχολικών φυλάκων της εξεταζόμενης περίπτωσης, αλλά εξηρημένη εργασία έναντι αμοιβής η οποία αυτοδικαίως ασφαλιζεται πλήρως, σε όλους τους κλάδους, στο ΙΚΑ – ΕΤΑΜ, σύμφωνα με τις διατάξεις του Α.Ν. 1846/1951.

Ως εκ τούτου ο Συνήγορος του Πολίτη θεωρεί, ότι στην προκειμένη περίπτωση εφαρμοστέες είναι οι γενικές διατάξεις του Α.Ν. 1846/1951, και ότι οι ανωτέρω ασφαλισμένοι θα πρέπει νομίμως να ασφαλιστούν σύμφωνα με τις διατάξεις αυτές.

Όμως σε όσες περιπτώσεις οι ανωτέρω κατέθεσαν Δήλωση διαφωνίας επί των ασφαλιστικών σχέσεων – Καταγγελία, στα αρμόδια Υποκαταστήματα του ΙΚΑ - ΕΤΑΜ, το αίτημά τους απορρίφθηκε ως μη νόμιμο, ή παραμένει σε εκκρεμότητα. Χαρακτηριστική είναι η περίπτωση του αναφερόμενου στον Συνήγορο του Πολίτη κυρίου ***** ο οποίος έχει ασκήσει την με αριθμ. πρωτ. 5425/8.7.2008 αίτησή θεραπείας εναντίον της αριθμ. Ε/Ν/227/07/3.6.2008 Απόφασης Δ/ντή του Τοπικού Υποκαταστήματος Καλλιθέας, με την οποία είχε απορριφθεί η σχετική του καταγγελία. Η ένσταση αυτή του κυρίου ***** εκκρεμεί ακόμη στην ΤΔΕ του Υποκαταστήματος.

Μάλιστα στο με αριθμ. πρωτ. Α20/251/27/9.5.2008 Γενικό Έγγραφο της Διεύθυνσης Ασφάλισης Εσόδων της Διοίκησης του ΙΚΑ αναφέρεται ότι η ικανοποίηση των σχετικών αιτημάτων δεν είναι δυνατή με την ισχύουσα νομοθεσία.

Τέλος, στο πλαίσιο του Κοινοβουλευτικού ελέγχου έχουν κατατεθεί στην Βουλή των Ελλήνων δύο φορές ερωτήσεις βουλευτών για το θέμα αυτό. Όσον αφορά τις εξέλιξη των ερωτήσεων αυτών, η μεν πρώτη, από 23.4.2008 (με αριθμ. πρωτ. Φ.90022/1041/858) απάντηση που δόθηκε από τη Γ.Γ.Κ.Α, καταλήγει ότι, «σε κάθε περίπτωση, σημειώνουμε ότι η αναγνώριση ως συντάξιμου του χρόνου προϋπηρεσίας των σχολικών φυλάκων, ο οποίος έχει πραγματοποιηθεί στο πλαίσιο υλοποίησης των προγραμμάτων απόκτησης εργασιακής εμπειρίας του ΟΑΕΔ απαιτεί θέσπιση σχετικής νομοθετικής ρύθμισης, η υλοποίηση ή μη της οποίας, επί του παρόντος μελετάται από το Υπουργείο μας», η δε δεύτερη από 7.1.2010 (με αριθμ. πρωτ. Φ.90022/29848/2343), καταλήγει και πάλι ότι απαιτείται «ειδική νομοθετική ρύθμιση, για την υλοποίηση της οποίας κρίνεται απαραίτητη η σύμφωνη γνώμη του συναρμόδιου Υπουργείου.»

4. Συμπεράσματα και προτάσεις του Συνηγόρου του Πολίτη

Συνοψίζοντας το σύνολο των ανωτέρω επιθυμούμε να σημειώσουμε επιγραμματικά τα εξής:

1. Οι φύλακες σχολικών κτιρίων της παραπάνω κατηγορίας προσλήφθηκαν, από τους ΟΤΑ, τυπικά, για την απόκτηση εργασιακής εμπειρίας, στο πλαίσιο σχετικού προγράμματος του ΟΑΕΔ, στην ουσία όμως, όπως αποδείχτηκε, παρείχαν εξηρητημένη εργασία με την έννοια που απαντάται στο εργατικό δίκαιο.

2. Ως εκ τούτου, σύμφωνα με τον νόμο, η συγκεκριμένη εργασία θα έπρεπε, αυτοδικαίως να ασφαρίζεται, σύμφωνα με τον Α.Ν. 1846/1951, στο ΙΚΑ – ΕΤΑΜ για όλους τους κλάδους.

3. Επειδή όμως, παρά ταύτα, η εργασία αυτή παραμένει ανασφάλιστη και δεδομένου ότι δεν έχει ακόμη παρέλθει δεκαετία, οι εργαζόμενοι διεκδικούν, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα, (Δήλωση διαφωνίας επί των ασφαλιστικών στοιχείων - Καταγγελία), από τις αρμόδιες Υπηρεσίες του ΙΚΑ – ΕΤΑΜ την ασφαλιστική τους τακτοποίηση.

4. Το νομικό οπλοστάσιο των εν λόγω διεκδικήσεων, όπως διεξοδικά αναφέρεται στην επιστολή αυτή, αλλά και του οποίου η βασιμότητα επιβεβαιώνεται από σχετικές αποφάσεις θεσμικών οργάνων (αποφάσεις πολιτικών δικαστηρίων, απόφαση Ολομέλειας του ΑΣΕΠ, κατάταξη των εργαζομένων σε θέσεις ι.δ.α.χ.), είναι ιδιαίτερα ισχυρό, καθιστά δε την ευδοκίμηση ενδεχόμενων προσφυγών και στα διοικητικά δικαστήρια σφόδρα πιθανή.

5. Όμως η εκκρεμότητα του προβλήματος δεν θα πρέπει να παρατείνεται επ' αόριστον και βεβαίως θα πρέπει, με πρωτοβουλία του Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης, να αποφευχθούν μακροχρόνιες δικαστικές διαμάχες.

Ας σημειωθεί ότι οι εργαζόμενοι της κατηγορίας αυτής καλύπτουν μεγάλο ηλικιακό φάσμα, (25 – 64 ετών κατά την ημερομηνία πρόσληψης), γεγονός που σημαίνει ότι αρκετοί από αυτούς βρίσκονται πολύ κοντά στον ασφαλιστικό κίνδυνο του γήρατος, χωρίς παράλληλα να λείπουν και περιπτώσεις άνω των 65 ετών, οι οποίοι έχουν ανάγκη την προσμέτρηση της, έως τώρα, ανασφάλιστης εργασίας τους, προκειμένου να καταστεί δυνατή η συνταξιοδότησή τους.

6. Στην παραπάνω περίπτωση, είναι φανερό, ότι οι δικαστικές αποφάσεις, ακόμη και εάν αποβούν θετικές, θα εκδοθούν πολύ μετά από την υπέρβαση του ηλικιακού ορίου συνταξιοδότησης, γεγονός που πιθανόν να οδηγήσει σε νέες δικαστικές διαμάχες με απρόβλεπτο χρονικό ορίζοντα κατάληξης, κάτι που έχει αρνητικές συνέπειες τόσο για τους ίδιους αλλά και γενικότερα για την συνολική εικόνα του κοινωνικοασφαλιστικού συστήματος της χώρας.

7. Τέλος, θεωρούμε ότι είναι ιδιαίτερα σημαντικό, ακόμη και για συμβολικούς λόγους, ιδιαίτερα την τρέχουσα περίοδο, να τερματιστεί η ταλαιπωρία των εργαζομένων αυτών, με άμεση πρωτοβουλία του Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης, **καθιστώντας έτσι σαφή, προς κάθε κατεύθυνση, την βούληση της Πολιτείας** να μην ανέχεται και να μην νομιμοποιεί ανασφάλιστη εργασία ούτε να επιτρέπει να παραμένει συγκεκριμένη ομάδα εργαζομένων ανασφάλιστη για προσχηματικούς, όπως αποδείχτηκε, λόγους, για λόγους δηλαδή που δεν βρίσκουν ανταπόκριση στο υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο που διέπει τις ασφαλιστικές σχέσεις ούτε στην πραγματική φύση των υποκειμένων εννόμων σχέσεων.

Τούτων δοθέντων ο Συνήγορος του Πολίτη προτείνει την συντομότερη δυνατή ρύθμιση του προβλήματος με πρωτοβουλία, σε νομοθετικό ή άλλο επίπεδο, του Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης, προκειμένου να αναγνωρισθεί πλήρως, ασφαλιστικά και συνταξιοδοτικά, ο χρόνος προϋπηρεσίας των σχολικών φυλάκων, οι οποίοι προσλήφθηκαν στην εργασία τους, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 20 του ν. 2639/1998 και της υπ' αριθμ. 34100/24.11.99 Υ.Α., στο πλαίσιο υλοποίησης προγραμμάτων εργασιακής εμπειρίας του ΟΑΕΔ, και οι οποίοι, στη συνέχεια κατατάχθηκαν σε θέσεις εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου βάσει των ρυθμίσεων του Π.Δ. 164/2004.

Αξιότιμε κύριε Υπουργέ,

Με την πεποίθηση ότι θα εξετάσετε το ζήτημα αυτό λαμβάνοντας υπόψη το ανά χείρας πόρισμα του Συνηγόρου του Πολίτη, σας ευχαριστώ εκ των προτέρων για τη συνεργασία και παραμένουμε στη διάθεσή σας για οποιαδήποτε πληροφορία ή διευκρίνιση θελήσετε.

Με τιμή

Ιωάννης Σακέλλης
Βοηθός Συνήγορος του Πολίτη

Κοινοποίηση: