

31 Οκτωβρίου 2014
Αριθμ. Πρωτ.: 193779/54502/2014
Ειδ. Επιστήμονας: Π. Κοντογεωργοπούλου

Γενική Γραμματεία Κοινωνικών Ασφαλίσεων
Γενική Διεύθυνση Κοινωνικής Ασφάλισης
Σταδίου 29
101 10 Αθήνα

Ο.Α.Ε.Ε.
Γενική Διεύθυνση Ασφαλιστικών Υπηρεσιών
Διεύθυνση Ασφάλισης
Σατωβριάνδου 18
104 32 ΑΘΗΝΑ

Θέμα: Συνυπολογισμός των ημερών απεργίας για την συμπλήρωση των 25 ημερών εργασίας ανά μήνα, ως προϋπόθεση για την επιλογή ασφαλιστικού φορέα σύμφωνα με το άρθρο 39 παρ. 2 του ν. 2084/1992, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4254/2014.

Ο Συνήγορος του Πολίτη διερευνά αναφορά που υπέβαλε ο ασφαλισμένος κύριος *****, σχετικά με την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 39 παρ. 2 του ν. 2084/1992, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 2 της Υποπαραγράφου ΙΑ.1 του άρθρου πρώτου του ν. 4254/2014.

I. Ιστορικό

Ο κύριος ***** είναι νέος ασφαλισμένος, ο οποίος εργάζεται ως μισθωτός πλήρους απασχόλησης και ασφαρίζεται στο ΙΚΑ για 25 ημέρες το μήνα και παράλληλα ασκεί δραστηριότητα ως ελεύθερος επαγγελματίας. Ο ενδιαφερόμενος ασκώντας το δικαίωμα επιλογής ασφαλιστικού φορέα, επέλεξε να υπαχθεί στην ασφάλιση του ΙΚΑ. Ωστόσο, κατά τον εκ των υστέρων έλεγχο της ασφαλιστικής του κατάστασης, διαπιστώθηκε ότι δεν συμπλήρωνε κατά το προηγούμενο εξάμηνο 150 ημέρες ασφάλισης στο ΙΚΑ, γεγονός το οποίο οφειλόταν στην άσκηση εκ μέρους του του δικαιώματος της απεργίας. Ο κύριος ***** υπέβαλε έγγραφο ερώτημα προς τον Ο.Α.Ε.Ε. (αρ. πρωτ. 984.871/15.07.2014) σχετικά με την αντιμετώπιση του ζητήματος εκ μέρους του φορέα. Σε απάντηση του ερωτήματος αυτού, το Τμήμα Ασφάλισης του Ο.Α.Ε.Ε. με το υπ' αρ. ΔΙΑΣΦ/Φ14/14/1198229/8.9.2014 έγγραφό του, αναφερόμενο στη διάταξη της παρ. 2 της Υποπαραγράφου ΙΑ.1 του άρθρου πρώτου του ν. 4254/2014 και στην εγκύκλιο 16/2014 του Ο.Α.Ε.Ε., απάντησε στον ενδιαφερόμενο ότι εφόσον από τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά προκύπτει ότι ο χρόνος ασφάλισης υπολείπεται των 25 ημερών εργασίας ανά μήνα, μόνο στοιχείο το οποίο λαμβάνεται υπ' όψιν, δεν μπορεί να χορηγηθεί εξαίρεση. Από το έγγραφο αφήνεται να εννοηθεί ότι ο λόγος της μη πλήρωσης της προϋπόθεσης των 25ΗΕ είναι εν προκειμένω αδιάφορος και ότι διαφορετική αντιμετώπιση προϋποθέτει τροποποίηση του νομικού πλαισίου, μεταβολή η οποία, όπως αναφέρεται, δεν άπτεται της αρμοδιότητας του Ο.Α.Ε.Ε.



Στη συνέχεια, ο κύριος ***** υπέβαλε αναφορά στο Συνήγορο του Πολίτη, σημειώνοντας ότι, στις περιπτώσεις που οι 25 ημέρες ασφάλισης ανά μήνα δεν συμπληρώνονται λόγω απεργίας, η απώλεια του δικαιώματος επιλογής, η υποχρέωση αναδρομικής ασφάλισης στον Ο.Α.Ε.Ε. για το προηγούμενο εξάμηνο και ο αποκλεισμός της παράτασης της επιλογής για το επόμενο εξάμηνο αντίκεινται στο δικαίωμα της απεργίας, το οποίο κατοχυρώνεται από το Σύνταγμα. Ζήτησε δε τη διαμεσολάβηση της Αρχής, προκειμένου να μην αναιρείται το δικαίωμα επιλογής ασφαλιστικού φορέα κατά την ανωτέρω διάταξη, όταν ο λόγος της μη πλήρωσης της προϋπόθεσης των 25 ημερών ασφάλισης είναι η συμμετοχή σε απεργία.

Ο Συνήγορος του Πολίτη θα ήθελε να επισημάνει τα εξής, παρακαλώντας για τις δικές σας ενέργειες:

II. Νομικό πλαίσιο και επισημάνσεις

Όπως είναι γνωστό, με την παρ. 2 της Υποπαραγράφου ΙΑ.1 του άρθρου πρώτου του ν. 4254/2014, τροποποιήθηκε το άρθρο 39 παρ. 2 του ν. 2084/1992 και προσετέθησαν τα εξής εδάφια:

«Σε περίπτωση που προκύπτει υποχρεωτική ασφάλιση στο Ι.Κ.Α.-Ε.Τ.Α.Μ. και στον Ο.Α.Ε.Ε., ο ασφαλισμένος υπάγεται υποχρεωτικά στον Ο.Α.Ε.Ε., για το σύνολο του χρόνου της παράλληλης απασχόλησης, χωρίς δικαίωμα επιλογής ασφαλιστικού οργανισμού, εφόσον ο χρόνος ασφάλισης στο Ι.Κ.Α.-Ε.Τ.Α.Μ. υπολείπεται των εικοσιπέντε (25) ημερών ασφάλισης ανά μήνα.

Πρόσωπα που εξαιρέθηκαν από την υποχρεωτική ασφάλιση του Ι.Κ.Α.-Ε.Τ.Α.Μ. ή του Ο.Α.Ε.Ε. με τις διατάξεις του άρθρου 39 του ν. 2084/1992, όπως αυτές ίσχυσαν μέχρι τη συμπλήρωσή τους από τις διατάξεις του παρόντος, επανεξετάζονται με τις διατάξεις του νόμου αυτού μετά τη λήξη της χορηγηθείσας εξαίρεσής τους.

Εκκρεμείς αιτήσεις – ενστάσεις ενώπιον των αρμόδιων διοικητικών οργάνων που κρίνονται μετά τη δημοσίευση του παρόντος νόμου αντιμετωπίζονται σύμφωνα με τις διατάξεις του πρώτου εδαφίου της παραγράφου αυτής.

Με Απόφαση του Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Πρόνοιας, ύστερα από γνώμη των ΔΣ των Ο.Α.Ε.Ε. και ΙΚΑ-ΕΤΑΜ που εκδίδεται εντός τριμήνου από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, καθορίζονται θέματα αναγκαία για την υλοποίηση του παρόντος.»

Εξ όσων γνωρίζουμε, η προβλεπόμενη στο εδ. γ υπουργική απόφαση δεν έχει εκδοθεί μέχρι σήμερα. Με την εγκύκλιο 16/2014 του Ο.Α.Ε.Ε. δόθηκαν οδηγίες για την εφαρμογή των νέων διατάξεων από τις αρμόδιες υπηρεσίες. Στην παρ. 2.3 της εγκυκλίου αναφέρεται ότι ο πολυαπασχολούμενος, ο οποίος θα επιλέξει ως υποχρεωτικό φορέα ασφάλισης το ΙΚΑ συνεχίζει να εξαιρείται από την ασφάλιση του Ο.Α.Ε.Ε. και για το χρονικό διάστημα της μη παροχής εργασίας που απουσιάζει από τη μισθωτή εργασία του με επιδότηση λόγω ασθενείας, λόγω άδειας κηρύσεως, λοχείας ή γονικής άδειας ανατροφής τέκνων ή λόγω εκπαιδευτικής άδειας άνευ αποδοχών, εφόσον συμπληρώνει 25 ΗΑ ανά μήνα καθ' όλη τη διάρκεια των περιόδων αυτών. Επίσης, αναφέρεται ότι το ίδιο ισχύει και για την περίοδο της επίσκεψης εργασίας, εφόσον συμπληρώνονται 25 ημέρες ασφάλισης ανά μήνα. Οι οδηγίες αυτές είναι ορθές, ενόψει των διατάξεων των άρθρων 2 και 8 του α.ν. 1846/1951.

Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 1 α του α.ν. 1846/1951, «*Εις την ασφάλισιν του παρόντος νόμου υπάγονται υποχρεωτικώς και αυτοδικαίως, υπό τους εν άρθρω 7 οριζόμενους όρους και προϋποθέσεις: α) Τα πρόσωπα τα οποία εντός των ορίων της χώρας παρέχουν κατά κύριον επάγγελμα εξηρητημένην εργασίαν έναντι αμοιβής, ως τοιαύτης νοουμένης και της παρεχομένης δια λογαριασμόν Νομικών Προσώπων Δημοσίου Δικαίου αδιαφόρως νομικής φύσεως της σχέσεως (δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου) [...]*». Περαιτέρω,



σύμφωνα με το άρθρο 8, ως ημέρες εργασίας (και ασφάλισης), ορίζονται οι ημέρες «*καθ' ός οι ησφαλισμένοι από της υπαγωγής των εις την ασφάλισιν του Ι.Κ.Α. δικαιούνται αμοιβής εις χρήμα ή εις είδος δι' εργασία παρεχομένην κατά τους ορισμούς του άρθρου 2 του παρόντος ή καθ' ός δικαιούνται αμοιβής κατά την κειμένην Νομοθεσίαν άνευ πραγματικής παροχής των υπηρεσιών των (στράτευσις, άδειαι), ή προκειμένου περί αυτοτελώς εργαζομένων αι ημέραι δι' ός καταβάλλονται αι κεκανονισμένοι εισφοραί*».

Από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει η στενή σύνδεση μεταξύ υποχρέωσης καταβολής του μισθού και καταβολής εισφορών: ο νομοθέτης διατηρεί την υποχρέωση καταβολής των εισφορών όσο διατηρείται η υποχρέωση καταβολής μισθού, ακόμα και κατά τα διαστήματα που δεν παρέχεται εργασία λόγω άσκησης νομίμου δικαιώματος (άδεια) ή εκπλήρωσης υποχρέωσης (στράτευση). Η νομική αντιμετώπιση του χρονικού διαστήματος κατά το οποίο ο μισθωτός νομίμως δεν παρέχει εργασία επειδή ασκεί το δικαίωμα της απεργίας, διαφοροποιείται από τις προαναφερθείσες περιπτώσεις διατήρησης της υποχρέωσης καταβολής εισφορών παρά την μη παροχή εργασίας, επειδή κατά το διάστημα της απεργίας δεν υπάρχει υποχρέωση καταβολής του μισθού. Κατά τη διάρκεια της απεργίας αναστέλλονται οι αμοιβαίες υποχρεώσεις παροχής εργασίας και καταβολής του μισθού και, κατά συνέπεια, λόγω της στενής εξάρτησης μεταξύ της υποχρέωσης καταβολής εισφορών και του μισθού, δεν οφείλονται και ασφαλιστικές εισφορές.

Ωστόσο, η απουσία υποχρέωσης καταβολής μισθού και, κατά συνέπεια και εισφορών, δεν συνεπάγεται ούτε την διακοπή της εργασιακής σχέσης ούτε την διάρρηξη του ασφαλιστικού δεσμού. Το ζήτημα αυτό έχει επιλυθεί προ πολλού και από την Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας, η οποία, με αφορμή τον χαρακτηρισμό ατυχήματος που συνέβη κατά τη διάρκεια απεργίας ως εργατικού, επιβεβαίωσε όχι μόνο την συνέχιση της εργασιακής σχέσης κατά τη διάρκεια της απεργίας, **αλλά και του ασφαλιστικού δεσμού**: το ατύχημα χαρακτηρίσθηκε ως εργατικό ενόψει των διατάξεων του άρθρου 8 του α.ν. 1846/1951: «*Κατά τη διάρκεια δε της κατ' αυτό τον τρόπο ασκουμένης απεργίας πρέπει, κατά την έννοια των ως άνω ασφαλιστικών διατάξεων, να θεωρηθεί ότι εξακολουθεί υφισταμένη η εργασιακή σχέση μεταξύ του απεργούντος μισθωτού και του εργοδότη του, αφού με την απεργία επιδιώκεται η βελτίωση και όχι η λύση της σχέσεως αυτής. Και τούτο διότι άλλως το ανωτέρω δικαίωμα δεν θα μπορούσε να ασκηθεί ευχερώς*» (Ολ. ΣτΕ, 3280/92, ΣτΕ, Τμ. Α'/7μελές 3216/90).

Ανάλογη ήταν και η λογική που πρυτάνευσε κατά την υιοθέτηση της διάταξης του άρθρου 10 παρ. 18 του ν. 3863/2010, με την οποία τροποποιήθηκε το άρθρο 40 του ν. 2084/1992 ως προς την δυνατότητα εξαγοράς πλασματικών χρόνων ασφάλισης, στους οποίους συμπεριελήφθη και ο χρόνος απεργίας και μάλιστα χωρίς ειδικό χρονικό περιορισμό. Με την διάταξη αυτή ο νομοθέτης αμβλύνει τις ανασχετικές συνέπειες της μη καταβολής των εισφορών επί του δικαιώματος της απεργίας, χωρίς να τροποποιεί την συνάρτηση καταβολή μισθού/καταβολή εισφορών¹. Με τον τρόπο αυτό, το κοινωνικοασφαλιστικό δίκαιο διατηρεί ίσες αποστάσεις έναντι των μερών της συλλογικής διαφοράς (αναστολή και της υποχρέωσης καταβολής εισφορών) κάμπτοντας ταυτοχρόνως και τις παρενέργειες που επιφέρει η μη καταβολή εισφορών και η -λόγω αυτής- απομείωση των ασφαλιστικών δικαιωμάτων, στο συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα της απεργίας (αρ. 23 παρ. 2 Σ).

Από τα παραπάνω προκύπτει με σαφήνεια ότι η απεργία ούτε αναιρεί την ιδιότητα του μισθωτού εργαζομένου ούτε διακόπτει τον ασφαλιστικό δεσμό με το ΙΚΑ, ασφαλιστικό δεσμό ο οποίος στηρίζεται στην ιδιότητα του μισθωτού, αλλά αναστέλλει, μαζί με την υποχρέωση καταβολής του μισθού και την υποχρέωση καταβολής των εισφορών. Όμως, κρίσιμο στοιχείο για την επιλογή ασφαλιστικού φορέα δεν είναι η ίδια η καταβολή των εισφορών, αλλά η ασφαλιστική σχέση μεταξύ του εργαζομένου και του ΙΚΑ, η οποία δεν διακόπτεται ούτε

¹ Βλ. σχετικά Γ. Ψηλός, ΔΕΝ, 2010, σσ. 1153 επ.



αλλοιώνεται από την απεργία. Η συμμετοχή ενός μισθωτού σε απεργία δεν αναιρεί την ιδιότητά του ως πλήρως απασχολούμενου μισθωτού (και, βάσει αυτής της ιδιότητας, ασφαλισμένου του ΙΚΑ) στοιχείο το οποίο έχει τεθεί ως προϋπόθεση για την εξαίρεσή του από την ασφάλιση του Ο.Α.Ε.Ε. Συνεπώς, αποκλεισμός του δικαιώματος επιλογής ασφαλιστικού φορέα που ερείδεται επί της αιτιολογίας ότι ο ασφαλισμένος δεν συμπληρώνει 25 ημέρες ασφάλισης ανά μήνα, είναι εσφαλμένος, αφού ο νομοθέτης, για το κρίσιμο ζήτημα της επιλογής ασφαλιστικού φορέα, απέβλεπε στην πλήρη μισθωτή απασχόληση του ενδιαφερομένου και όχι στην καταβολή των εισφορών αυτήν καθεαυτήν, ασχέτως εάν κατά κανόνα τα δύο στοιχεία συμβαδίζουν στην ασφαλιστική σχέση. Ο νομοθέτης του ν. 4254/2014 δεν προέβλεπε ρητά την περίπτωση της απεργίας, αυτό όμως δεν σημαίνει ότι το κενό αυτό δεν μπορεί να πληρωθεί ερμηνευτικά, με βάση τους προαναφερθέντες κανόνες δικαίου (άρθρα 2 και 8 του α.ν. 1846/1951, όπως έχουν ερμηνευθεί από τη νομολογία, σε συνδυασμό με το άρθρο 23 παρ. 2 Σ και το άρθρο 19 του ν. 1264/1982) και ότι απαιτείται νομοθετική ρύθμιση.

A fortiori, αντίθετη από την παραπάνω ερμηνεία της διάταξης της παρ. 2 της Υποπαραγράφου ΙΑ.1 του άρθρου πρώτου του ν. 4254/2014 ως προς τους ασφαλισμένους που δεν συμπληρώνουν 25 ημέρες ασφάλισης ανά μήνα λόγω συμμετοχής τους σε απεργία θα ήταν αντισυνταγματική τόσο ως προς την συνταγματική κατοχύρωση του δικαιώματος απεργίας, όσο και ως προς την αρχή της αναλογικότητας. Πράγματι, εάν η ως άνω εφαρμογή της διάταξης οδηγεί στον αποκλεισμό του δικαιώματος επιλογής του ΙΚΑ ως ασφαλιστικού φορέα και κατά συνέπεια υποχρεώνει τον ασφαλισμένο να ασφαλιστεί στον Ο.Α.Ε.Ε. και να καταβάλει σε αυτόν τις προβλεπόμενες εισφορές, αναιρείται πλήρως στην πράξη το δικαίωμα απεργίας: ο απεργός δεν στερείται μόνον του μισθού και των ημερών ασφάλισης για τις ημέρες απεργίας (κατανομή των βαρών που δέχεται το ισχύον δίκαιο), αλλά επιβαρύνεται, ενδεχομένως ακόμα και για μία μόνον ημέρα απεργίας, με τις ασφαλιστικές εισφορές ενός ολόκληρου έτους στον Ο.Α.Ε.Ε., αφού, αφενός, θα πρέπει να καταβάλει τις εισφορές ενός εξαμήνου αναδρομικά, αφετέρου, δεν θα μπορεί να ζητήσει παράταση της εξαίρεσής του για το επόμενο εξάμηνο. Η επιβάρυνση αυτή δεν δικαιολογείται ενόψει της ratio της σχετικής διάταξης, αλλά και υπερβαίνει υπέρμετρα την κατανομή των βαρών του απεργιακού αγώνα κατά του απεργού, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και προσβάλλοντας στον πυρήνα του το δικαίωμα της απεργίας.

Ενόψει όλων των παραπάνω, ο Συνήγορος του Πολίτη θεωρεί ότι η μη συμπλήρωση των 25 ημερών ασφάλισης ανά μήνα λόγω συμμετοχής σε απεργία, δεν θα πρέπει να αναιρεί το δικαίωμα επιλογής του ΙΚΑ ως ασφαλιστικού φορέα του απεργήσαντος μισθωτού ούτε το δικαίωμα εξαίρεσής του από την ασφάλιση του Ο.Α.Ε.Ε. Η θέση αυτή υπαγορεύεται από την σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία και εφαρμογή της διάταξης της παρ. 2 της Υποπαραγράφου ΙΑ.1 του άρθρου πρώτου του ν. 4254/2014 και, συνεπώς, δεν απαιτείται νομοθετική ρύθμιση του θέματος, το οποίο μπορεί να επιλυθεί με εγκύκλιο της Γ.Γ.Κ.Α. και του Ο.Α.Ε.Ε. Στην κατεύθυνση αυτή παρακαλούμε για τις απόψεις και ενέργειές σας.

Εν αναμονή της απάντησής σας, ευχαριστούμε για τη συνεργασία σας και είμαστε στη διάθεσή σας, για οποιαδήποτε διευκρίνιση ή πληροφορία.

Με εκτίμηση

Χρήστος Α. Ιωάννου
Βοηθός Συνήγορος του Πολίτη

Κοινοποίηση
Κύριο *****