

ΠΑΝΟΣ ΖΥΓΟΥΡΗΣ - ΔΙΚΗΓΟΡΟΣ ΑΘΗΝΩΝ

ΝΟΜΙΚΟΣ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ ΚΕΔΕ

ΜΠΟΥΜΠΟΥΛΙΝΑΣ 9-11 (2^{ος} όροφος) ΑΘΗΝΑ

ΤΗΛ:210-8259140-1-FAX: 210-8259235

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ

Επί του υποβληθέντος από την Ε.Δ.Ε.Υ.Α. ερωτήματος προς τη Δ.Ε.Υ.Α. με αρ.πρωτ. εις: 2389/26-9-2017 ερωτήματος:

«1. Πώς πρέπει να ενεργήσει η Δ.Ε.Υ.Α. μετά την παραλαβή του εγγράφου από το ενιαίο ταμείο Επικουρικής Ασφάλισης;

2. Είμαστε υποχρεωμένοι να πληρώσουμε την ετήσια υποχρεωτική εισφορά;»

κατά τη γνώμη μου προσήκει η εξής απάντηση:

1. Κατά τη διατύπωση του άρθρου μόνου, παράγραφος 1 του α.ν. 261/1968: «Ατομικαί διοικητικαί πράξεις, εκδοθείσαι **κατά παράβασιν νόμου**, ανακαλούνται υπό της Διοικήσεως ελευθέρως και άνευ οιασδήποτε δια το Δημόσιον συνεπείας, εντός ευλόγου από της εκδόσεως αυτών χρόνου. Παράνομες είναι οι διοικητικές πράξεις, που κατά την παραγωγή τους εμφιλοχώρησε πλημμέλεια, η οποία θεμελιώνει λόγο ακύρωσής τους εφόσον προσβληθούν, ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, με αίτηση ακύρωσης ή προσφυγή. Βάσει του άρθρ. 48 του π.δ. 18/1989, τέτοιος λόγος ακύρωσης,

και άρα τέτοια μορφή παρανομίας της πράξης, υπάρχει α) όταν η πράξη έχει εκδοθεί από αναρμόδιο όργανο, καθ' ύλη ή κατά τόπο, β) όταν η πράξη έχει εκδοθεί κατά παράβαση ουσιώδους τύπου, γ) **όταν η πράξη έχει εκδοθεί κατά παράβαση ουσιαστικής διάταξης νόμου** ή δ) όταν η πράξη έχει εκδοθεί κατά κατάχρηση εξουσίας. Στην παράβαση ουσιαστικής διάταξης νόμου εντάσσεται και η **πλάνη περί τα πράγματα, δηλαδή η εσφαλμένη αντίληψη του διοικητικού οργάνου ότι συντρέχουν οι εκ του νόμου προβλεπόμενες πραγματικές προϋποθέσεις έκδοσης της πράξης**. Πιο συνοπτικά, παράνομη διοικητική πράξη είναι αυτή που η έκδοση ή το περιεχόμενό της παραβαίνει κανόνες δικαίου ή που εκδίδεται κατόπιν πλάνης περί τα πράγματα.

Η Δ.Ε.Υ.Α. μετά την παραλαβή του εγγράφου από το ενιαίο Ταμείο Επικουρικής Ασφάλισης, θα πρέπει να ζητήσει την ανάκληση του εν λόγω διοικητικού εγγράφου για τους κάτωθι λόγους (πλάνη περί τα πράγματα) οι οποίοι αποτελούν την απάντηση επί του δεύτερου τεθέντος σε εμένα ερωτήματος:

2. Σύμφωνα με το ά. 3 παρ. 1 του ν.1726/1944 περί ΤΑΔΚΥ «Πόροι του Ταμείου είναι: α) Εισφορά των ησφαλισμένων, οριζόμενη εκάστοτε δι' αποφάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου του Ταμείου, εγκρινόμενης υπό του Υπουργού των Εσωτερικών. Η εισφορά αυτή ορίζεται εις ποσοστόν επί του μισθού. Ως μισθός εφ' ου υπολογίζεται η εισφορά νοείται ο εκάστοτε βασικός μισθός ενεργείας του ησφαλισμένου μετά του επιδόματος λόγω ευδοκίμου παραμονής εν των αυτώ βαθμώ ή της εξαντλήσεως ιεραρχίας και της προσαυξήσεως λόγω πολυετούς υπηρεσίας. Η εισφορά αυτή ορίζεται εις ποσοστόν επί του μισθού. Ως μισθός νοείται ο εκάστοτε βασικός μισθός ενεργείας του ησφαλισμένου μετά του επιδόματος λόγω παραμονής εν τω αυτώ βαθμώ της προσαυξήσεως λόγω παραμονής υπηρεσίας και του επιδόματος ακριβείας βίου. Β) Κράτησις 2% επί της αξίας των δι' εργολαβίας υπό των Δήμων και Δημοτικών Αγαθοεργών Ιδρυμάτων εκτελούμενων πάσης

φύσεως έργων και των δια δημοπρασίας προμηθευομένων υπ' αυτών παντός είδους υλικών. Γ) Κράτησις 2% επί των υπό των Δήμων και των Δημοτικών Ιδρυμάτων καταβαλλομένων ενοικίων. Δ) Ετήσια υποχρεωτική εισφορά (1%) επί των υπό των Δήμων και των μετεχόντων της ασφαλίσεως του Ταμείου Ιδρυμάτων πραγματοποιούμενων κατά την προηγούμενην χρήσιν τακτικών εσόδων, πλην της εις τα ιδρύματα παρεχομένης εκ του Δημοτικού προϋπολογισμού επιχορηγήσεως. Αι υπό των ανωτέρω β,γ και δ περιπτώσεων προβλεπόμεναι κρατήσεις και εισφοραί αφορούν εις πάντας τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως, το προσωπικόν των οποίων υπάγεται εις την υποχρεωτική ασφάλισιν του Ταμείου».

Τα ιδρύματα που αναφέρονται στο ά. 3 του ν.1726/1944 απαριθμούνται ενδεικτικά στο ά.226 του ν.3463/2006 .Συγκεκριμένα σύμφωνα με την εν λόγω διάταξη «**Δημοτικά ή κοινοτικά ιδρύματα όπως βρεφοκομεία, ορφανοτροφεία, γηροκομεία, μουσεία ή άλλα επιστημονικά ιδρύματα, συνιστώνται, ως νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, ύστερα από απόφαση του δημοτικού ή κοινοτικού συμβουλίου, με προεδρικό διάταγμα που ορίζει το σκοπό, τα όργανα της Διοίκησης, τους πόρους, την περιουσία, που αφιερώνεται σε αυτό και το όνομα του ιδρύματος (...)**».

Όπως μνημονεύεται στην υπ' αριθ. **217/2006** Ατομική Γνωμοδότηση του Παρέδου του Ν.Σ.Κ., Παναγιώτη Αθανασούλη η οποία έγινε αποδεκτή από τον Υπουργό Απασχόλησης και Κοινωνικής Προστασίας « *Εξάλλου, όπως διαπιστώνεται και ορθά, από το ίδιο το ΤΑΔΚΥ (ΑΠ 44476/29-3-2004) έγγραφό του προς το Υπουργείο Εσωτερικών, η εξαίρεση της παρ. δ' του άρθρου 3 του ν.1726/44 ("... πλην της εις τα ιδρύματα παρεχόμενης εκ του Δημοτικού προϋπολογισμού επιχορηγήσεως"), δεν μπορεί κατά την άποψή μας να έχει εφαρμογή στην περίπτωση των Συνδέσμων, αφού στο άρθρο 190 του π.δ. 410/1995 περιγράφονται ενδεικτικά τα ιδρύματα*».

Ακόμη, στην υπ' αριθ. 256/2010 Γνωμοδότηση του ΝΣΚ η οποία θεωρήθηκε, αναφέρεται ότι «*Με την υπ'αριθ. 27/2006 απόφαση του Αρείου Πάγου, κρίθηκε ότι οι Σύνδεσμοι Δήμων και Κοινοτήτων δεν έχουν χαρακτήρα κοινοπραξίας των δήμων και*

κοινοτήτων από τους οποίους αποτελούνται, αλλά είναι ιδιαίτερα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, υποκείμενα δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, που διακρίνονται σαφώς από τα μέλη (δήμους και κοινότητες) που τους συγκροτούν και τα οποία λόγω της συμμετοχής τους στον Σύνδεσμο δεν αποβάλλουν τη δική τους αυτοτελή νομική προσωπικότητα».

Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι, στο πεδίο εφαρμογής της διάταξης του ά. 3 του ν.1726/44 εμπίπτουν μόνο οι Δήμοι και τα ιδρύματα και όχι και οι Δ.Ε.Υ.Α. οι οποίες αποτελούν αυτοτελή νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου και επομένως, απαλλάσσονται οι Δ.Ε.Υ.Α. από την υποχρέωση καταβολής της ετήσιας υποχρεωτικής εισφοράς (1%) επί των προηγούμενων κατά την προηγούμενη χρήση τακτικών εσόδων τους.

Η πλήρης διοικητική, νομική και οικονομική αυτοτέλεια των Δ.Ε.Υ.Α έναντι και αυτού του αντίστοιχου Δήμου προκύπτει από τα κάτωθι: α) η Δ.Ε.Υ.Α. διοικείται από ίδιο Διοικητικό Συμβούλιο (ά. 3 παρ.1), β) με Οργανισμό Εσωτερικής Υπηρεσίας που συντάσσεται με απόφαση του Δ.Σ. της επιχείρησης, που εγκρίνεται από τον Γ.Γραμματέα Αποκεντρωμένης Διοίκησης καθορίζεται η οργάνωση, η σύνθεση και η αρμοδιότητα των υπηρεσιών, ο αριθμός των θέσεων του πάσης φύσεως προσωπικού αναλόγως προς τας ανάγκες της επιχειρήσεως, ή κατά μισθολογικά κλιμάκια κατανομή των θέσεων του προσωπικού καθ' ομάδας ειδικοτήτων και αναλόγως της βαθμίδος εκπαίδευσως, αι αποδοχαί, ως και ο τρόπος προσλήψεως και απολύσεως και το αρμόδιον προς τούτο όργανον (άρθ. 7 παρ. 1 και 2), γ) η επιχείρηση έχει ίδια περιουσία και δικούς της πόρους (άρθ. 9 και 10), δ) η οικονομική διαχείριση της επιχείρησης διενεργείται βάσει δικού της προϋπολογισμού εσόδων και εξόδων, έχει δε δική της αυτοτελή ταμειακή υπηρεσία και διατάκτης αυτής είναι ο Γενικός Διευθυντής σε σύμπραξη με τον Προϊστάμενο των Οικονομικών Υπηρεσιών (ά. 17 παρ. 1) και ε) τα σχετικά με τη λειτουργία και τη διαχείριση της επιχείρησης σύμφωνα με τις γενικής παραδοχής λογιστικές και οργανωτικές αρχές ρυθμίζονται κάθε

φορά με κανονισμούς που συντάσσονται και ψηφίζονται από το Δ.Σ. της επιχείρησης και ελέγχονται από το οικείο δημοτικό συμβούλιο (ΑΠ 690/2012, ΑΠ 1584/2010, ΑΠ 1675/2010 δημοσίευση Ισοκράτης, ΟλΣΤΕ 2170/2012 δημ. ΝΟΜΟΣ).

Επομένως, συνιστούν αυτοτελείς, έναντι των ΟΤΑ επιχειρήσεις ειδικού σκοπού, που λειτουργούν υπό τη μορφή νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου, με βάση ιδιωτικοοικονομικά κριτήρια, τα διάφορα όργανά τους δεν θεωρούνται διοικητικά όργανα, οι δε πράξεις τους δεν θεωρούνται πράξεις διοικητικές ώστε ο δικαστικός έλεγχος αυτών να υπάγεται στα διοικητικά δικαστήρια ή το Συμβούλιο της Επικρατείας (ΟλΣΤΕ 2170/2002, ΑΠ 1014/2008 δημ. ΝΟΜΟΣ).

Περαιτέρω, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της υπ' αριθ. 217/2006 Ατομικής Γνωμοδότησης του Παρέδου του ΝΣΚ Παναγιώτη Αθανασούλη «*Ο μόνος λοιπόν λόγος για να μην υποχρεωθεί ο σύνδεσμος να καταβάλει εκ νέου εισφορές για τους εργαζόμενους στο ΤΑΔΚΥ, είναι οι εργαζόμενοι του να ήταν εργαζόμενοι του δήμου Λαχανά και ο δήμος να είχε καταβάλει γι' αυτούς την ασφαλιστική εισφορά της κρίσιμης περιόδου. Εάν ο δήμος δεν έχει καταβάλει ασφαλιστική εισφορά προς το ΤΑΔΚΥ έστω και για έναν ασφαλισμένο και αυτός εργάζεται ως υπάλληλος του συνδέσμου, ο τελευταίος υποχρεούται να καταβάλει την αναλογούσα σε αυτόν εισφορά στο ΤΑΔΚΥ, σύμφωνα με την περ. δ' της παρ.1 του άρθρου 3 του ν.1726/1944, οποιαδήποτε δε άλλη διάταξη δεν έχει καμία νομική σημασία για το υπό εξέταση θέμα*». Με άλλες λέξεις, **εφόσον ο Δήμος έχει αποδεδειγμένα καταβάλει την ασφαλιστική εισφορά που αντιστοιχεί στο διάστημα κατά το οποίο συντελέστηκε η απόσπαση (1-1-2012 έως 31-1-2015) του υπαλλήλου του Δήμου ..., κ. προς τη Δ.Ε.Υ.Α. και επομένως, δεν είναι δυνατόν να επανακαταβληθεί αυτή από τη Δ.Ε.Υ.Α.**

Συμπερασματικά, η Δ.Ε.Υ.Α. δεν είναι υποχρεωμένη να καταβάλλει την ετήσια υποχρεωτική εισφορά ως προκύπτει εκ των ανωτέρω.

Αθήνα, 20/11/2017

Ο γνωμοδοτών δικηγόρος

Πάνος Ζυγούρης