

Título: TRANSMISSÃO DE ESTABELECIMENTO DE IPSS PARA MUNICÍPIO - CONTRATOS DE TRABALHO

Data: 26-09-2024

Parecer N.º: DAJ-Proc. N.º 72/2024

Informação N.º: I12810-2024-USJAAL/DAJ

Através de correio eletrónico, datado de 29/05/2024, o Município de ... submeteu à apreciação desta Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional um pedido de parecer jurídico que incide sobre a possibilidade de transmissão dos contratos de trabalho celebrados por uma IPSS para o Município relativamente a um estabelecimento de educação pré-escolar.

De salientar que o pedido de parecer jurídico em questão é prestado ao abrigo das competências em matéria de apoio técnico às autarquias locais integradas na circunscrição territorial desta Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional, nos termos da alínea p) do n.º 1 do artigo 4.º do anexo ao Decreto-Lei n.º 36/2023, de 26 de maio, na sua atual redação, pelo que a sua elaboração consiste apenas no enquadramento e interpretação da legislação aplicável ao caso concreto.

Atendendo às questões que se pretendem ver esclarecidas, transcreve-se o correio eletrónico remetido pela respetiva Autarquia para melhor compreensão:

«No concelho de ... há uma creche cujo funcionamento tem sido assegurado por uma IPSS, pretendendo o Município passar a assumir aquela resposta a partir do próximo dia 1 de Setembro.

O edifício onde a creche funciona pertence à Segurança Social que há uns anos celebrou um protocolo com uma IPSS que tem assumido desde então a gestão do estabelecimento (pessoal, alimentação, instalações e contratação com os utentes), mediante uma comparticipação financeira do município (assegurada também por protocolo).

Sucede que o município pretende passar a assumir a gestão do estabelecimento (espaço físico, trabalhadores e clientes do mesmo). A segurança social protocolará com o município a cedência do espaço e o município passará a assegurar a resposta que até aí vinha sendo assegurada pela IPSS.

Trata-se na nossa ótica de uma transferência de estabelecimento regulada nos termos do Artigo 285.º do Código do Trabalho, segundo o qual "em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou ainda de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, transmitem-se para o adquirente a posição do empregador nos contratos de trabalho dos respetivos trabalhadores, bem como a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contraordenação laboral." Acrescenta o número 3 que "com a transmissão os trabalhadores transmitidos ao adquirente mantêm todos os direitos contratuais e adquiridos, nomeadamente retribuição, antiguidade, categoria profissional e conteúdo funcional e benefícios sociais adquiridos."

De acordo com a citada norma em caso de transmissão de uma empresa ou de parte de uma empresa, os contratos de trabalho transmitem-se para o adquirente ou cessionário da respetiva exploração, independentemente, da vontade das partes.

O regime previsto no Artigo 285.º do Código do Trabalho é aplicável quando a transmissão opere para empregador público.

A questão que se nos coloca é como devemos proceder em termos práticos para assegurar a integração destes trabalhadores, acautelando o que acima se transcreve e respeitando as normas em matéria de contratação a que a LTFP nos obriga.

Podem, por favor, emitir parecer sobre esta questão, com indicação de como devemos proceder nesta situação.»

Em ordem ao exposto, cumpre informar:

De forma sucinta e de acordo com os elementos fornecidos, verificamos que a entidade consulente pretende assumir a gestão de um estabelecimento pré-escolar, que tem vindo a ser assegurada por uma IPSS, através de protocolo, e, por essa razão, pretende que os trabalhadores afetos à respetiva entidade transitem agora para o Município em apreço, nos termos do artigo 285º do Código do Trabalho (doravante CT) (1).

I. EDUCAÇÃO PRÉ-ESCOLAR - COMPETÊNCIAS MUNICIPAIS

De acordo com o artigo 2º da Lei-Quadro de Educação Pré-Escolar (2), a educação pré-escolar consiste na primeira etapa da educação básica no processo de educação ao longo da vida, sendo complementar da ação educativa da família, com a qual deve estabelecer estreita cooperação, favorecendo a formação e o desenvolvimento equilibrado da criança, tendo em vista a sua plena inserção na sociedade como ser autónomo, livre e solidário.

Determina o artigo 9º do mesmo diploma que "as redes de educação pré-escolar são constituídas por uma rede pública e uma rede privada, complementares entre si, visando a oferta universal e a boa gestão dos recursos públicos", sendo que, por força do artigo 13º, estão integrados na rede pública "(...) os estabelecimentos de educação pré-escolar a funcionar na direta dependência da administração central, das Regiões Autónomas e das autarquias locais."

Por sua vez, constituem atribuições as autarquias locais a promoção e salvaguarda dos interesses próprios das respetivas populações, dispondo o Município de atribuições específicas nos domínios da educação, ensino e ação social, por força das alíneas h) e d) do nº 2 e do nº 1 do artigo 23º do Regime Jurídico das Autarquias Locais (3), doravante RJAL.

Assim sendo, tendo em conta as competências próprias nos domínios da educação e ação social, os municípios podem assegurar a resposta que se verifica necessária nos estabelecimentos de educação pré-escolar na área do respetivo concelho, por força dos preceitos legais anteriormente referidos e do princípio da prossecução do interesse público.

II. TRANSFERÊNCIA DE ESTABELECIMENTO - Artigo 285º do Código do Trabalho

De facto, e de acordo com o exposto no ponto anterior, verificamos que a entidade consulente tem a devida competência para assumir a gestão do estabelecimento em causa e, por essa razão, pretende agora assegurar a transmissão dos trabalhadores da IPSS para o Município, por força do nº 1 e nº 3 do artigo 285º do Código do Trabalho.

Porém, esta transmissão levanta diversas questões práticas, primordialmente pelo facto de vigorarem determinadas regras específicas na Administração Pública, tais como a constituição dos vínculos de emprego público. Mas antes de abordarmos essas regras, importa, para analisarmos o caso sub judice, trazer à colação o artigo 285º do Código do Trabalho, que determina o seguinte:

"Efeitos de transmissão de empresa ou estabelecimento

1 - Em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou ainda de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, transmitem-se para o adquirente a posição do empregador nos contratos de trabalho dos respectivos trabalhadores, bem como a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contraordenação laboral.

2 O disposto no número anterior é igualmente aplicável à transmissão, cessão ou reversão da exploração de empresa, estabelecimento ou unidade económica, sendo solidariamente responsável, em caso de cessão ou reversão, quem imediatamente antes tenha exercido a exploração.

3 - Com a transmissão constante dos n.ºs 1 ou 2, os trabalhadores transmitidos ao adquirente mantêm todos os direitos contratuais e adquiridos, nomeadamente retribuição, antiguidade, categoria profissional e conteúdo funcional e benefícios sociais adquiridos.

4 - O disposto nos números anteriores não é aplicável em caso de trabalhador que o transmitente, antes da transmissão, transfira para outro estabelecimento ou unidade económica, nos termos do disposto no artigo 194.º, mantendo-o ao seu serviço, exceto no que respeita à responsabilidade do adquirente pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contraordenação laboral.

5 - Considera-se unidade económica o conjunto de meios organizados que constitua uma unidade produtiva dotada de autonomia técnico organizativa e que mantenha identidade própria, com o objetivo de exercer uma atividade económica, principal ou acessória.

6 - O transmitente responde solidariamente pelos créditos do trabalhador emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, bem como pelos encargos sociais correspondentes, vencidos até à data da transmissão, cessão ou reversão, durante os dois anos subsequentes a esta.

7 - A transmissão só pode ter lugar decorridos sete dias úteis após o termo do prazo para a designação da comissão representativa, referido no n.º 6 do artigo seguinte, se esta não tiver sido constituída, ou após o acordo ou o termo da consulta a que se refere o n.º 4 do mesmo artigo.

8 - O transmitente deve informar o serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral:

a) Do conteúdo do contrato entre transmitente e adquirente, sem prejuízo do disposto nos artigos 412.º e 413.º, com as necessárias adaptações;

b) Havendo transmissão de uma unidade económica, de todos os elementos que a constituam, nos termos do n.º 5.

9 - O disposto no número anterior aplica-se no caso de média ou grande empresa e, a pedido do serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral, no caso de micro ou pequena empresa.

10 - O disposto no presente artigo é aplicável a todas as situações de transmissão de empresa ou estabelecimento por adjudicação de contratação de serviços que se concretize por concurso público ou por outro meio de seleção, no setor público e privado, nomeadamente à adjudicação de fornecimento de serviços de vigilância, alimentação, limpeza ou transportes, produzindo efeitos no momento da adjudicação.

11 - Constitui contraordenação muito grave:

a) A conduta do empregador com base em alegada transmissão da sua posição nos contratos de trabalho com fundamento em transmissão da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, ou em transmissão, cessão ou reversão da sua exploração, quando a mesma não tenha ocorrido;

b) A conduta do transmitente ou do adquirente que não reconheça ter havido transmissão da posição daquele nos contratos de trabalho dos respetivos trabalhadores quando se verifique a transmissão da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, ou a transmissão, cessão ou reversão da sua exploração.

12 - A decisão condenatória pela prática de contraordenação referida na alínea a) ou na alínea b) do número anterior deve declarar, respetivamente, que a posição do empregador nos contratos de trabalho dos trabalhadores não se transmitiu, ou que a mesma se transmitiu.

13 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n.ºs 1, 2, 3, 7, 8 ou 9.

14 - Aos trabalhadores das empresas ou estabelecimentos transmitidos ao abrigo do presente artigo aplica-se o disposto na alínea m) do nº 1 do artigo 3º e no artigo 498º. Assim, salvo melhor entendimento, é este o nosso parecer que se coloca à consideração superior."

De acordo com o preceito transcrito, verificamos que, ao abrigo do disposto no artigo 285º do CT(4), para que se possa concluir pela transmissão da posição do empregador nos contratos de trabalho dos respetivos trabalhadores, terá previamente de se concluir pela eventual existência transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou ainda de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica.

Contudo, entendemos que não se deverá aplicar ao caso em análise o artigo 285º do CT pelas razões que iremos expor de seguida. Ora vejamos:

O Tribunal da Relação de Coimbra, através do Acórdão de 10/07/2020, processo nº 3071/18.0T8CBR.C1 (5), refere que "(...) numa interpretação conforme à jurisprudência comunitária, é considerada transmissão a transferência de uma unidade económica que mantém a sua identidade, entendida esta como um conjunto de meios organizado, com objetivo de prosseguir uma atividade económica, seja ela essencial ou acessória."

Mais considera o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), através do Acórdão de 26/09/2012 (processo nº 889/03.1TTLSB.L1.S1) , que é "(...)essencial que a transferência tenha por objeto uma entidade económica organizada de modo estável, ou seja, deve haver um conjunto de elementos que permitam a prossecução, de modo estável, de todas ou de parte das atividades da empresa cedente e deve ser possível identificar essa unidade económica na esfera do transmissário".

Também o STJ, através do Acórdão de 24/03/2011, processo nº 1493/07.0TTLSB.L1.S (6), conclui que "(...) A mera transmissão de uma atividade não é suficiente para configurar uma transmissão de unidade económica, como, aliás o Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou no Acórdão de 11 de março de 1997, Processo C-13/95, em cujo ponto 15 se refere que «uma entidade não pode ser reduzida à atividade de que está encarregada. A sua identidade resulta também de outros elementos, como o pessoal que a compõe, o seu enquadramento, a organização do seu trabalho, os seus métodos de exploração ou, ainda, (...) os meios de exploração à sua disposição".

De salientar que se entende por unidade económica, nos termos do nº 5 do artigo 285º do CT, "o conjunto de meios organizados que constitua uma unidade produtiva dotada de autonomia técnico-organizativa e que mantenha identidade própria, com o objetivo de exercer uma atividade económica, principal ou acessória."

Neste contexto, não nos parece, no caso específico, que haja a transferência de uma unidade económica, uma vez que verificamos que é necessário a existência de um conjunto de meio organizados com o propósito de realizar uma atividade económica e o que ocorre, na realidade, é apenas a transmissão da atividade executada num estabelecimento de educação pré-escolar em cumprimento de competências próprias atribuídas por lei aos Municípios e em prossecução do princípio de interesse público (7).

Ademais, o STJ, sobre o caso concreto da transmissão para a pessoa coletiva de direito público dos contratos de trabalhos de quem desempenhava funções numa cantina universitária, considerou, através do Acórdão de 11/09/2019, processo nº 2743/15.5T8LSB.L1.S1, que "[s]endo a concedente uma pessoa coletiva de direito público, dotada de personalidade jurídica e de autonomia financeira e administrativa, tal circunstância, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, não permite excluir a existência de uma transferência abrangida pela referida Diretiva, pelo que é aplicável o disposto no seu artigo 1º, nº 1, alínea c), por a atividade por ela exercida ser uma atividade económica que não se enquadra no exercício das prerrogativas do poder público." (negrito nosso)(8)

Contudo, no caso sub judice, a atividade a ser exercida pelo Município de ..., inevitavelmente, enquadra-se no exercício das prerrogativas do poder público, visto que, tal como já foi referido, a atividade em questão provém de competências próprias nos domínios da educação e ação social.

Dessa forma, não podemos considerar que ocorre, neste caso, a transmissão de estabelecimento, dado que apenas sucede a mera transmissão para a entidade consulente da atividade levada a cabo no estabelecimento de educação pré-escolar, que é, indubitavelmente, uma atividade de interesse público, enquadrada no exercício de prerrogativas de poder público, pelo que não nos parece ser possível a transmissão dos respetivos contratos de trabalho, nos termos do artigo 285º do Código do Trabalho.

III. AS REGRAS ESPECÍFICAS EM MATÉRIA DE PREENCHIMENTO DE POSTOS DE TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Além do exposto anteriormente, não podemos deixar de referir que tal transmissão suscita questões que se predem com a esfera constitucional, mais concretamente com o previsto no nº 2 do artigo 47º da Constituição da República Portuguesa que determina: "Todos têm direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso."

Sobre este preceito constitucional, o Acórdão nº 53/88 (Acórdãos do Tribunal Constitucional, 11º vol., págs. 303 e segs.), refere que: "Como decorre do seu próprio enunciado, este preceito compreende três elementos: a) o direito à função pública, (...) b) a regra da igualdade e da liberdade, não podendo haver discriminação nem diferenciações de tratamento baseadas em fatores irrelevantes, nem, por outro lado, regimes de constrição atentatórios da liberdade; c) regra do concurso como forma normal de provimento de lugares, desde logo de ingresso, devendo ser devidamente justificados os casos de provimento de lugares sem concurso."

Dessa forma, o adequado enquadramento jurídico em matéria de preenchimento de postos de trabalho na Administração Pública está previsto nos artigos 30º e seguintes da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (9) (LTFP).

Neste contexto, determina 30º da LTFP, com a epígrafe "Preenchimento dos postos de trabalho", o seguinte:

"1 - O órgão ou serviço pode promover o recrutamento dos trabalhadores necessários ao preenchimento dos postos de trabalho previstos no mapa de pessoal, nos termos do presente artigo.

2 - O recrutamento deve ser feito por tempo indeterminado ou a termo, consoante a natureza permanente ou transitória da atividade, tal como consta do mapa de pessoal.

3 - O recrutamento é feito por procedimento concursal restrito aos trabalhadores detentores de um vínculo de emprego público por tempo indeterminado.

4 - O órgão ou serviço pode ainda recrutar trabalhadores com vínculo de emprego público a termo ou sem vínculo de emprego público, mediante procedimento concursal a que possam concorrer os trabalhadores com e sem vínculo de emprego público, aberto ao abrigo e nos limites constantes do mapa anual global aprovado pelo despacho a que se refere o nº 6. (...)"

Em anotação a esta norma e no âmbito da ocupação dos postos de trabalho na Administração Pública, PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR (10) defendem que "[p]or imperativos constitucionais, o preenchimento de tais postos de trabalho será feito através da realização de concurso público, uma vez que do nº 2 do art. 47º da Constituição resulta serem princípios estruturantes do emprego público os princípios do mérito e da igualdade (...), dos quais decorre o direito a um procedimento justo de recrutamento (...), onde as "regras do jogo" estejam previamente definidas (...) e que assegure uma efetiva igualdade de oportunidades no acesso a empregos públicos, o que pressupõe que o concurso seja a regra normal de preenchimento dos postos de trabalho públicos, devendo haver uma justificação razoável para o provimento dos lugares sem concurso (v., entre outros, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 53/88, in Diário da República, I Série, de 28/03/88)."

Assim sendo, entendemos que, no caso em análise, inevitavelmente, a possibilidade de concretização dessa transmissão levanta diversas questões que se predem com o facto de na Administração Pública vigorarem regras específicas em matéria de preenchimento de postos de trabalho.

IV. CONCLUSÃO

Face ao exposto, e salvo melhor entendimento, somos a concluir que, no caso em apreço, não poderá ser aplicável a transmissão da posição de empregador nos contratos de trabalho dos respetivos trabalhadores, a que alude o artigo 285º do Código do Trabalho, devendo, caso assim entenda a entidade consulente, efetuar a abertura dos respetivos procedimentos concursais para preenchimento dos respetivos postos de trabalho necessários.

(1) Aprovado em anexo pela Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro, na sua atual redação.

(2) Aprovada pela Lei nº 5/97, de 10 de fevereiro.

(3) Aprovado pelo anexo I da Lei nº 75/2013, de 12 de setembro, na sua atual redação.

(4) A Diretiva 77/187/CEE, do Conselho, de 14/02, regulou pela primeira vez o instituto da transmissão da empresa ou estabelecimento, tendo sido alterada pela Diretiva 98/50/CE, do Conselho, de 29/06, e mais tarde revogada pela Diretiva 2001/23/CE, do Conselho, de 12/03. Esta última Diretiva (2001/23/CE) foi transposta pelo Código do Trabalho (CT) de 2003, e posteriormente pelo de CT 2009.

(5) Para consulta em:

<https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/05946aa23dbd3af5802585d6004ca4a0?OpenDocument>

(6) Para consulta em:

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cf3a258f88ca29e48025785e0038ee65?OpenDocument&Highlight=0%2Chor%C3%A1rio%2Cde%2Ctrabalho>

(7) As autarquias são pessoas coletivas que manifestam a sua vontade através dos seus órgãos, que só podem agir de acordo com as competências que, por lei, lhes são atribuídas. De acordo com o princípio da legalidade (cfr. artigo 3º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado em anexo pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro, na sua atual redação), "Os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins". Este princípio impede claramente os órgãos representativos de praticar atividades que não estejam incluídas no âmbito das suas atribuições.

(8) Sobre o presente assunto, vide Parecer da CCDR Norte, nº INF_DSAJAL_LIR_7845/2020, de 15-09-2020, consultável em:

https://www.ccdr-n.pt/storage/app/media/files/ficheiros_ccdrn/administracaolocal/fornecimento_de_refeicoes_escolares._atribuicao._competencia._prerrogati.pdf

(9) Aprovada pela Lei nº 35/2014, de 20 de junho, na sua atual redação.

(10) in "Comentários à Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas", 1º Vol., Coimbra Editora.

Relator: Rita Barata