

EL CONTRATO DE INSERCIÓN Y EL DESPIDO OBJETIVO EN LA LEY 12/2001

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

*Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

En este trabajo se trata el contrato de inserción y la nueva causa de despido objetivo. El elemento de unión es que ambos mecanismos pueden ser utilizados por las Administraciones públicas y las entidades sin ánimo de lucro. El estudio pone de manifiesto los posibles problemas interpretativos que genera la delimitación de ambos sujetos. La principal conclusión a que puede llegarse es la necesidad de que el desarrollo reglamentario especifique en concreto cuáles pueden ser estos sujetos.

En cuanto al contrato de inserción, tras analizar que no se trata realmente de un contrato temporal de carácter estructural, se pasa a señalar los posibles antecedentes y figuras relacionadas con la finalidad de inserción que persigue este contrato. Se detecta cómo no es precisamente un objetivo nuevo, y como existen otros mecanismos paralelos de similar finalidad. El contrato analizado destaca por configurarse como un mecanismo con evidentes similitudes al contrato de obra o servicio, optando sin embargo el autor por pretender una distinción nítida entre ambos, pues el elemento esencial es facilitar una mejora de la ocupabilidad. El análisis se finaliza con el estudio del régimen jurídico, destacando como existen más elementos normativos de los que en un principio parecería de la propia regulación, del art. 15.1 d) ET.

En cuanto a la nueva causa de despido objetivo, el art. 52 e) ET establece una regulación en la que para aplicar dicha causa es necesario que se produzca una concreta situación de hecho, cuya delimitación gira en torno a tres elementos que han sido debidamente analizados: en primer lugar, el tipo de empresario que puede utilizar esta causa de despido, el tipo de trabajador que puede verse afectado por esta causa, y la existencia de un hecho desencadenante: la inestabilidad presupuestaria que puede repercutir sobre la financiación del programa. Cuando tal situación se produce, es posible que se genere una insuficiencia presupuestaria que repercuta sobre el mantenimiento de la relación laboral; en definitiva, se configura una causa de carácter económica.

ÍNDICE

1. La intervención de la Administración pública como elemento conector
2. El contrato de inserción. 2.1 Generalidades. 2.2 Antecedentes. 2.3 Elementos subjetivos. 2.4 Objeto del contrato. 2.5 Régimen jurídico
3. La nueva causa de despido objetivo. 3.1 Delimitación del supuesto de hecho. 3.2 La causa de despido
4. Anexo

1. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ELEMENTO CONECTOR

Nos enfrentamos ante dos de las novedades más interesantes que aporta la Ley 12/2001, de un lado el contrato de inserción, y de otro la nueva causa de despido objetivo. Es evidente que se trata de innovaciones que afectan a dos instituciones que nada tienen que ver entre sí, al menos aparentemente. Sin embargo, es posible detectar un nexo de unión interesante: ambas son medidas destinadas a las Administraciones públicas y a entidades sin ánimo de lucro. De un lado, el contrato de inserción se realizará entre los desempleados y Administraciones públicas o entidades sin ánimo de lucro; por otra parte, la nueva causa de despido objetivo afectará a los trabajadores con contratos indefinidos que desarrollan servicios para Administraciones públicas o entidades sin ánimo de lucro.

El hecho de que se trate de mecanismos dirigidos a las Administraciones es algo buscado expresamente por el propio legislador, pues la redacción establecida en el RD-Ley 5/2001, antecedente inmediato de la Ley 12/2001, presentaba algunas diferencias. Así, si bien en el RD-Ley 5/2001 se aludía expresamente a la "Administración pública" en el contrato de inserción; sin embargo, en la redacción del art. 52 e) se establecía una fórmula mucho más general en el que no se señalaba expresamente a las Administraciones públicas. Por contra, cuando se aprueba la Ley 12/2001, en la redacción del art. 52 e) si se configura a esta causa como un mecanismo destinado a las Administraciones públicas. En definitiva, cabe resaltar que el legislador ha querido establecer dos mecanismos diferentes caracterizados por el hecho de que van a ser utilizados por tales sujetos.

Otra cuestión de gran interés, es resaltar que con la redacción de los arts. 15.1 d) y 52 e) ET realizada por la Ley 12/2001 se establece una diferencia notable respecto del RD-Ley, pues la regulación final introduce a un nuevo sujeto que puede utilizar el contrato de inserción y la causa de despido objetivo: las entidades sin ánimo de lucro. Es evidente que estamos ante una modificación con la que se pretende ampliar el ámbito de los sujetos que pueden utilizar estos mecanismos. Desde nuestro punto de vista esto supone una alteración de carácter flexibilizador¹.

¹ SEMPERE NAVARRO, A.V., estima que este tipo de contrato en sí mismo supone ya un mecanismo de signo flexibilizador. "Una reforma vigésimosecular (A propósito del Real Decreto-ley 5/2001)", *Aranzadi Social* n° 1 de 2001, página 11.

La limitación de estos mecanismos a concretos sujetos va a plantear, a buen seguro, importantes problemas de delimitación, pues aunque parezca fácil concretar a que sujetos se refiere el legislador con los términos "Administración pública" y "entidades sin ánimo de lucro", la cuestión no es precisamente fácil. En principio podemos afirmar desde una perspectiva negativa (es decir, a qué sujetos se está rechazando con tales expresiones), que quedan fuera aquellas entidades sujetas al derecho privado, que tengan una finalidad empresarial en sentido lucrativo.

Sin embargo, cuando vemos la cuestión en positivo (que sujetos quedan incluidos), es cuando empiezan los problemas. En cuanto al concepto de Administración pública, parece inofensivo a simple vista; pero es una impresión errónea. De entrada está enunciado en singular, cuando debería hacerlo en plural, pues hay diversas Administraciones públicas, cada una de ellas con personalidad jurídica.

Cuando se quiere conocer el significado de Administración pública, hemos de recordar necesariamente lo dispuesto por el art. 2º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Su primer apartado considera que ha de entenderse como Administración pública a los efectos de esta Ley a las Administraciones territoriales (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y las Administraciones locales). Además, su apartado segundo añade que "Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administraciones públicas...".

Es decir, en principio es claro que forman parte del ámbito propio de las Administraciones públicas, las llamadas Administraciones territoriales. Este es el núcleo duro del concepto de Administración; de hecho, la interpretación más reductiva sería aquella que entiende que sólo las territoriales entran bajo el concepto de Administración pública².

Pero junto a las Administraciones territoriales tenemos la Administración Institucional, a la que se refiere el segundo apartado del art. 2 LRJAP y PAC. Se trata de organismo muy variados que están vinculadas o dependen de otra Administración pública. La Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) establece la regulación de estas Administraciones, distinguiendo entre dos categorías: los Organismos autónomos y las Entidades públicas empresariales. En cuanto a los primeros (Organismos autónomos), parece difícil evitar que tengan la consideración de Administraciones públicas a los efectos del contrato de inserción y de la nueva causa de despido objetivo: son entes regidos por Derecho

² En este sentido SEMPERE NAVARRO, A.V.: Op. cit., página 20.

Administrativo, a los que se les encomienda la descentralización funcional de las Administraciones públicas, ejecutando programas específicos de la actividad propia de un Ministerio (art. 45.1 LOFAGE)³.

Más complejo es el supuesto de las Entidades públicas empresariales. Las Entidades públicas empresariales son organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, gestión de servicios o producción de bienes de interés público, si bien susceptibles de contraprestación. Se encuentran en una posición intermedia entre un organismo autónomo y una sociedad mercantil. En sentido estricto forman parte de la Administración pública; pero ¿son Administración pública en el sentido de los arts. 15 y 52 ET? La cuestión es dudosa, y a resolverla podría venir el necesario desarrollo reglamentario.

En cuanto a las sociedades mercantiles de titularidad pública (en todo o en parte), que están regidas por Derecho privado (aunque con peculiaridades en materia de presupuestaria y contable según la DA 12ª de la LOFAGE), se trata de empresas normales y como tales no forman de ninguna manera parte de la Administración pública. En el mismo sentido hemos de entender que no forman parte de la Administración pública aquellas entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, que han de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado⁴; es decir, las sociedades estatales previstas en el art. 6.1 a) de la Ley General Presupuestaria.

Tampoco han de ser consideradas Administraciones públicas las fundaciones que éstas puedan crear; si bien parece conveniente señalar una importante excepción: las fundaciones sanitarias del art. 111 de la Ley 50/1998, encargadas de la gestión de centros públicos sanitarios que forman parte de las entidades gestoras de dicha prestación, pues realmente cumplen con los requisitos del art. 2.2 LRJAP y PAC⁵.

Tampoco parece conveniente incluir bajo el término Administración pública, a determinadas organizaciones, configuradas como Corporaciones de Derecho público que agrupan a diferentes colectivos en defensa de intereses

³ Sobre la consideración como administración de la Autoridad Portuaria, vid. las STSJ de Cataluña de 10 de febrero de 1999, Ar 888 y 15 de octubre de 1998, Ar 4202.

⁴ En este sentido podemos recordar las STS de 17 de mayo de 1999, Ar 6001 (sobre la RTV de Andalucía); de 17 de julio de 1996, Ar 6111 (sobre Euskal Telebista). También las STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de marzo de 2000, Ar 1612 (sobre RENFE); Galicia de 7 de abril de 1999, Ar 848 (sobre la Empresa Nacional Bazán); Andalucía de 26 de marzo de 1997, Ar 1197 (sobre el antiguo INI); Castilla y León de 30 de enero de 1996, Ar 59 (sobre RTVE)

⁵ En este sentido, AA.VV., "Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo", Aranzadi, Pamplona 2000, página 37. Recordemos al respecto que con anterioridad a la aparición de la regulación de estos mecanismos de gestión sanitaria, era posible encontrar fundaciones públicas dedicadas a la gestión de centros hospitalarios, sobre todo de ámbito local o provincial. En este sentido vid. la STS de 10 de junio de 1987, Ar 4324. También la STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 1995, Ar 695, sobre un consorcio sanitario creado por un ayuntamiento.

profesionales; y ello aunque se hayan creado a iniciativa del poder público y se les haya atribuido concretas funciones públicas; me refiero a Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación; Cámaras Agrarias, Cámaras Oficiales de la Propiedad, Cofradías de Pescadores⁶, Federaciones deportivas, etc. Entiendo que al tener una clara base asociativa (si bien forzosa) no deben ser consideradas como Administraciones públicas⁷.

El esquema Administraciones territoriales y Administraciones institucionales es el básico en esta materia. Pero hemos de tener en cuenta que junto a estas podemos encontrar otros entes, que a diferencia de las Administraciones institucionales, gozan de un importante grado de autonomía (Administraciones independientes), de modo que no están sujetas jerárquicamente a una concreta Administración pública de la que dependan: por ejemplo, las Universidades, pero junto a ellas hay diferentes entes que mantienen cierta independencia, como el Banco de España, Consejo de Seguridad Nuclear, Consejo Nacional del Mercado de Valores. Es evidente el carácter de Administraciones públicas de algunos, como las Universidades; pero podrían plantearse dudas respecto de otros.

La solución a esta cuestión no pasa por que el legislador laboral establezca un concepto de Administración pública. No es esta su misión. Desde mi punto de vista es más simple: basta con establecer con claridad qué ha de entenderse por Administración pública a los solos efectos del art. 15.1 d y 52 e) ET.

De otro lado, junto a la Administración pública, la Ley 12/2001 introduce un segundo sujeto: las entidades sin ánimo de lucro. En este caso el campo de sujetos que pueden utilizar los mecanismos que vamos a estudiar se amplía, pues no se limita ya tan sólo a los sujetos jurídico-públicos, sino a estas entidades que pueden ser perfectamente sujetos privados.

Tradicionalmente cuando hablamos de este tipo de entidad, nos viene inmediatamente a la cabeza la tradicional distinción del Código Civil (art. 35) entre las asociaciones y fundaciones (personas jurídicas de Derecho privado e interés general —lo cual ha sido interpretado en el sentido de no existencia de ánimo de lucro—), y la sociedad (persona jurídica de Derecho privado e interés particular —lo cual ha sido interpretado en el sentido de que persigue el fin de lucro⁸—).

Ciertamente los sujetos encuadrables dentro del ámbito de asociaciones y fundaciones es tremendamente diverso: así, junto a las clásicas asociaciones o fundaciones de carácter cultural, deportivo, o con fines sociales (v.g. las fundaciones laborales, en materia de protección complementaria) podemos

⁶ Concretamente sobre estas, vid. la STSJ de Galicia de 26 de febrero de 1992, Ar 731.

⁷ De igual manera, AA.VV., "Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo", op. cit., página 37.

⁸ En este sentido vid. AA.VV., coordinados por Angel López y Vicente Montés, "Derecho Civil. Parte General", Tirant lo Blanch, Valencia 1998, páginas 647 y 648.

encontrar a sindicatos, asociaciones de empresarios, partidos políticos; más recientemente a organizaciones no gubernamentales de muy diferente objetivo, que encauzan el voluntariado y la ayuda humanitaria. En definitiva, la fauna es muy variopinta.

Ahora bien, si el concepto de Administración pública puede dar lugar a problemas interpretativos, la delimitación de estas entidades caracterizadas por no tener ánimo de lucro puede ser tanto o más complejo. El problema se plantea sobre todo en la interpretación de que ha de entenderse por la carencia de ánimo de lucro.

Los problemas aquí van a girar sobre todo en el significado de la inexistencia del ánimo de lucro, y la evolución que han sufrido estas figuras. A título de ejemplo: las cooperativas, que según la Ley General de Cooperativas se configuran como sociedades, no necesariamente persiguen una finalidad económica consistente en el reparto de una ganancia entre sus socios⁹. También podemos hablar de las Cajas de Ahorro¹⁰, tradicionalmente definidas como fundaciones sin ánimo de lucro que realizan actividades propias de las entidades de crédito; y ciertamente, su finalidad no es la de obtener y distribuir beneficios a los integrantes de la fundación; pues el destino de éstos está fijado por la propia regulación. Desde este punto de vista, ¿sería conveniente distinguir entre la obtención de los beneficios y su destino, a fin de considerar entes sin ánimo de lucro a aquellos que realizan actividades económicas, pero que no destinan lo ganado a los integrantes de la persona jurídica¹¹? Dicho de otra manera, debemos estimar equivalente la falta de lucro a la no obtención de beneficios, o debe identificarse con la falta de distribución o reparto de los obtenidos entre los integrantes de la persona jurídica. Otro supuesto muy similar e interesante, y más cercano al ámbito del Derecho del Trabajo, sería el de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, que también carecen de ánimo de lucro y cuyos beneficios tienen un destino prefijado por el legislador; en la misma dirección los Montepíos o Mutualidades de Previsión Social.

Para terminar, nos podemos plantear otra cuestión de interés: las entidades sin ánimo de lucro pueden ser tanto privadas como públicas. Si nos centramos en las públicas, ¿podemos considerar como entidades sin ánimo de lucro a aquellos sujetos de carácter público que excluimos de la consideración de

⁹ Vid. AA.VV., coordinados por Ángel López y V.L. Montés, "Derecho Civil. Parte General", Tirant lo Blanch, Valencia 1998, página 648.

¹⁰ Sobre ellas y su consideración como entidades sin ánimo de lucro, vid. PRIETO ALVAREZ, T.: "Cajas de Ahorro: defensa de su *status* jurídico y de su autonomía organizativa"; en AA.VV., "Las entidades sin fin de lucro: estudios y problemas", Universidad de Burgos, Burgos 1999, páginas 156 y ss.

¹¹ Sobre esta cuestión, vid. SANCHEZ CALERO, F.: "La identidad de la Cajas de Ahorro: pasado, presente y futuro", Revista de Derecho Bancario y Bursátil nº 43 (1991), página 571.

Administración? La respuesta es negativa en el caso de empresas de titularidad pública, pues hay ánimo de lucro manifiesto (sería evidente si en tales empresas hay porcentajes de participación privada); ahora bien, la cuestión es mucho más dudosa en el caso de los Colegios profesionales u otras entidades corporativas; pues difícilmente podrá sostenerse que el objetivo de las mismas es obtener beneficios económicos.

En definitiva, vemos como pueden plantearse importantes problemas interpretativos. Nuestro objetivo no es, evidentemente, el de localizarlos y resolverlos; simplemente el de advertir las posibles interferencias de los mismos. Parece conveniente, por tanto, que la regulación reglamentaria que debe desarrollar estas normas (especialmente el contrato de inserción) aclare de manera nítida qué hemos de entender por Administración pública y cuáles son los entes sin ánimo de lucro; así podrían evitarse conflictos interpretativos.

2. EL CONTRATO DE INSERCIÓN

2.1 Generalidades

La principal de las reformas introducidas por la Ley 12/2001 en materia de contratación temporal ha sido la creación de una nueva modalidad de contrato de duración determinada, el contrato de inserción¹². A través de éste las Administraciones públicas o las entidades sin ánimo de lucro, podrán contratar trabajadores desempleados. El objeto inmediato de este tipo de contrato es el desarrollo de una obra o servicios de interés general o social; pero el fin último que se persigue es facilitar la adquisición de experiencia laboral para mejorar la ocupabilidad del trabajador.

Es necesario subrayar con SEMPERE NAVARRO¹³, lo paradójico de que siendo la intención del legislador profundizar y reforzar la estabilidad en el empleo, sin embargo una de las principales novedades que aporta es la introducción de un nuevo contrato temporal ubicado en el art. 15 ET, destinado sobre todo a ser usado por la Administración pública. La paradoja puede ser aún mayor si se tiene en cuenta que las Administraciones públicas han hecho uso de los contratos temporales de una manera que no puede considerarse precisamente como muy ejemplar.

La inclusión del contrato de inserción en el precepto reservado por el legislador para regular los contratos temporales "estructurales", nos plantea un problema interpretativo que estimo interesante: ¿estamos realmente ante un

¹² En este sentido CAVAS MARTINEZ, F. y CARDENAL CARRO, M.: "Contratación y modalidades contractuales", en AA.VV., "La reforma laboral de 2001. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo", Aranzadi, Pamplona 2001, página 65.

¹³ Op. cit., página 25.

contrato temporal de carácter estructural? Como bien sabemos, en materia de contratación temporal, la regla general ha sido siempre la de restringir la libertad de las partes; de modo que sólo cuando el empresario tiene una necesidad de carácter temporal (es decir, una causa por la que se requiere mano de obra de carácter estrictamente temporal), podrá acudir a este tipo de contrato. Más aún, el legislador ha delimitado con carácter cerrado, aquellos supuestos en los que se estima la existencia de una causa suficiente para poder contratar con carácter temporal. Es el principio de causalidad en la contratación temporal. Con el se defiende la estabilidad en el empleo, y al mismo tiempo se permite evitar las distorsiones que provocaría en la gestión de personal una contratación indefinida cuando las necesidades productivas son estrictamente temporales¹⁴.

En definitiva, la idea es que cuando el empresario acude al art. 15 ET, se debe a que hay una causa productiva; es decir, para el correcto desarrollo de su actividad productiva requiere de mano de obra temporal pues hay una necesidad configurada como temporal. Ciertamente, las causas de contratación temporal son muy diferentes entre sí, pero todas ellas manifiestan que el empresario tiene una necesidad productiva de carácter temporal: hay que realizar una concreta obra o servicio que por su naturaleza es de duración temporal; hay una acumulación de pedidos que tiene carácter puntual, de manera que tras resolverse se volverá a una actividad productiva normal; o ante la existencia de un puesto vacante se requiere su cobertura hasta que el trabajador que ocupaba dicho puesto, o que lo ocupará en el futuro tras superar un proceso de selección, se incorpore al trabajo.

¿Se cumple en el contrato de inserción este principio de causalidad? Es obvio que el legislador al configurar el contrato de inserción e incluirlo en el art. 15 ET intenta configurarlo con una estructura de causalidad. Ahora bien, desde mi punto de vista, aunque se trate de un contrato para la realización de "una obra o servicio de interés general", no encaja con el resto de causas de contratación temporal, pues éstas se basan en una necesidad del proceso productivo: el empresario tiene una necesidad productiva temporal y el legislador la permite contratar temporalmente. Lo anterior no se produce en el contrato de inserción, la Administración no tiene una necesidad productiva temporal que le conduzca a una contratación de esa naturaleza; sino que su intención es contratar temporalmente para poner en marcha una cierta política de empleo dirigida a facilitar a los trabajadores una experiencia laboral y mejorar así su ocupabilidad.

¹⁴ Todo lo cual lo decimos con abstracción de los problemas que origina la estricta causalidad que en principio parece deducirse del art. 15 ET y de las necesidades de interpretación flexible de dichas causas. Últimamente sobre esta cuestión puede verse CARDENAL CARRO, M.: "Una propuesta programática ante el interminable debate sobre la contratación temporal", AS nº 4 (febrero 2001), página 11 y ss.

No ha sido muy afortunada la inclusión del contrato de inserción en el art. 15. Probablemente su ubicación más adecuada hubiese sido en la sección 4ª del Capítulo primero del ET (arts. 10 a 13); es decir, la dedicada a las modalidades del contrato de trabajo, pues estamos ante un contrato de trabajo caracterizado por el hecho de que junto al objeto usual (desarrollar la prestación de trabajo a cambio de salario), se añade una finalidad u objetivo que da naturaleza a esta modalidad (utilizarse como mecanismo de inserción profesional) y de donde derivan determinadas especialidades respecto del contrato ordinario de trabajo.

Para terminar hemos de señalar que la regulación existente del contrato de inserción es excesivamente escueta, de modo que no se resuelven por el legislador cuestiones esenciales tales como la duración del contrato, el tipo de actividad que puede encuadrarse dentro de las obras o servicios "de interés general", el tipo de desempleado al que va dirigido en concreto este contrato, etc. Más aún, hemos de tener en cuenta que la aplicación de la normativa referente al contrato de inserción va a depender, de que se especifiquen cuales son las obras o servicios de interés general objeto del contrato; lo cual se realizará "dentro del ámbito de los programas públicos que se determinen reglamentariamente".

Parece, por tanto, conveniente reiterar que este precepto no es autosuficiente¹⁵, requiriendo, por tanto, de desarrollo reglamentario¹⁶. De hecho, parece difícil la puesta en marcha de este tipo de contrato sin que exista una normativa reglamentaria que regule de manera adecuada todo un conjunto de elementos.

Sin embargo, hemos de reparar en una concreta alusión que el art. 15.1 d) ET hace a la necesidad de desarrollar obras o servicios dentro del ámbito de programas públicos determinados reglamentariamente. En realidad ya existe una regulación reglamentaria de esta cuestión: la DA 5ª de la Ley 12/2001 establece que tales programas son los que se regulan por la OM de 19 de diciembre de 1997 por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas por el INEM, en el ámbito de colaboración con órganos de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, CC.AA. Universidades e instituciones sin ánimo de lucro; y la OM de 26 de octubre de 1998 por la que se establecen las bases para la concesión de subvenciones por el INEM, en el ámbito de la colaboración con las corporaciones locales para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y servi-

¹⁵ Utiliza esta expresión GOERLICH PESET, J.M.: "El Real Decreto-Ley 5/2001, de reforma del mercado de trabajo: análisis y balance de urgencia", *Justicia Laboral* nº 6, página 24. En el mismo sentido CAVAS MARTINEZ, F. y CARDENAL CARRO, M.: *Op. cit.*, página 66.

¹⁶ Recordemos que con carácter general la Disposición final primera de la Ley 12/2001 autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias de aplicación y desarrollo de esta Ley. Más aún, al estar integrado el contrato de inserción en el art. 15 ET, ha de recordarse como con carácter general el apartado 9º de dicho precepto establece la autorización al Gobierno "para desarrollar reglamentariamente lo previsto en este artículo".

cios de interés general y social. Si bien se prevé en dicha DA 5ª la posibilidad de establecer nuevos programas públicos o modificar los ya previstos, lo cierto es que al menos esa referencia al desarrollo reglamentario ya está cubierta. El problema se va a plantear desde el punto de vista de si la remisión lo es tan sólo al programa en sí, o también a la regulación contenida en las citadas Ordenes Ministeriales. La cuestión es bastante importante, pues la normativa contenida en dichas Ordenes solventarían algunas cuestiones que parece deben ser desarrolladas reglamentariamente: los criterios de selección de los desempleados afectados por este tipo de contrato, o los criterios por los que se fijan cuales son las obras o servicios de interés general o social. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no todas las normas serían de aplicación, pues establecen regulación distinta y contraria a la recogida en el art. 15.1 d) ET (v.g., en materia de subvención del salario de los trabajadores contratados); y pese a esta regulación habría aspectos que siguen sin regular. La cuestión, como vemos, es dudosa. Al no existir una clara remisión a la normativa reglamentaria, sino sólo al programa, parece conveniente señalar que dichas OO.MM. no se configuran como el necesario desarrollo reglamentario del art. 15.1 d) ET; aunque al utilizar uno de los dos programas, también sería de aplicación la normativa que los establece, siempre que no sea contraria al art. 15.1 d) ET.

2.2 Antecedentes

Cuando nos referimos a los antecedentes del contrato de inserción, pretendemos aludir a diferentes cuestiones. En primer lugar, al hecho de que realmente la figura de la "inserción" no es precisamente algo nuevo en el marco de las relaciones laborales. Al respecto, hemos de recordar como la huelga general de 1988, se convocó, entre otros motivos, como mecanismo de repulsa de la intención del Gobierno de introducir en nuestro ordenamiento un contrato de inserción. Desde entonces esta denominación contractual ha sido prácticamente considerada como sinónimo de contrato basura, lo que ha limitado bastante la inclusión de este tipo de contrato en el ordenamiento nacional. En este sentido, podemos recordar como se desacreditó la figura del contrato de aprendizaje introducido por la reforma de 1994. Por cierto, que en referencia a los contratos formativos, hay que señalar como en líneas generales también persiguen entre sus objetivos los de facilitar la mejora de la empleabilidad del trabajador; es decir, están pensados en última instancia para servir de instrumento que facilite la inserción laboral de los jóvenes¹⁷, y, por lo tanto, tienen un objetivo coincidente con el contrato de inserción¹⁸.

¹⁷ En este sentido es especialmente interesante recordar lo dicho por MARTÍN PUEBLA, E.: "Formación profesional y contrato de trabajo", *La Ley-Actualidad*, Madrid 1998, página 217 y ss.

¹⁸ En este mismo sentido CAVAS MARTÍNEZ, F. y CARDENAL CARRO, M.: *Op. cit.*, página 67.

Estamos ante un mecanismo que ha sido profusamente utilizado por algunos ordenamientos europeos, siendo al respecto bastante interesante remitirnos a la experiencia francesa, donde incluso existe toda una tipología de contratos de inserción, fundamentalmente dirigidos a los jóvenes (de 16 a 25 años): así los contratos de inserción en alternancia (de orientación, de cualificación o de adaptación), que intentan la inserción sobre todo desde la perspectiva de facilitar una formación adecuada a los jóvenes; o los contratos de inserción social y profesional, que son mecanismos de lucha contra la exclusión laboral de determinados grupos con especiales dificultades de acceso al empleo (sobre todo el contrato de empleo-solidaridad). Junto a estos mecanismos podemos encontrar también las medidas de reinserción (los contratos de iniciativa-empleo especialmente destinados a los parados de larga duración, las estancias de formación en empresas de los demandantes de empleo con dificultades de acceso a un puesto de trabajo¹⁹).

De otro lado, también hemos de resaltar como en nuestro ordenamiento existe una figura cercana al contrato de inserción, me refiero, como no, al trabajo temporal de colaboración social. Este se regula por el art. 6 de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo y por los arts. 38 y 39 del RD 1445/1982, de 25 de junio, sobre medidas de fomento del empleo. En esta normativa se establece la posibilidad de que las Administraciones públicas puedan utilizar trabajadores "perceptores de las prestaciones por desempleo", en trabajos de colaboración temporal siempre que dichos trabajos sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad. Los perceptores de la prestación de desempleo estarán obligados a realizar dichos trabajos, de modo que la renuncia no motivada dará lugar a la suspensión de la prestación de desempleo durante seis meses. Los desempleados percibirán con cargo al INEM la prestación de desempleo, y las Administraciones públicas completarán dicha prestación hasta el importe total de la base reguladora que sirvió para el cálculo de prestación contributiva, garantizándose en todo caso el 100% del SMI.

Ciertamente tanto en el trabajo de colaboración social como en el contrato de inserción estamos ante una Administración que utiliza a desempleados para el desarrollo de actividades de interés o utilidad general o social; pero hay importantes diferencias. De entrada la distinta naturaleza jurídica: el contrato de inserción es un auténtico contrato de trabajo; sin embargo, cuando hablamos de trabajo de colaboración social estamos ante una relación extralaboral²⁰. De otro lado, podrán utilizar el contrato de inserción no sólo las

¹⁹ Sobre esta cuestión, vid. DOMERGUE, J.P.: "Contrats d'insertion", y "Mesures de réinsertion", en AA.VV. "Droit de l'emploi", Dalloz, París 1998, páginas 32 a 65.

²⁰ De un lado, el apartado 2º del art. 5 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre Medidas Urgentes del Fomento de la Ocupación, establecía que los trabajos de colaboración social no implicaban "la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad con la que se concierten ...". De otro lado, el art. 213.3 de la LGSS señala que los trabajos de colaboración social "no implicarán la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en que se presten dichos trabajos".

Administraciones públicas, sino también las entidades sin ánimo de lucro (aunque en la última evolución del trabajo de colaboración social se permite también a tales entidades actuar a través de este mecanismo). Otra diferencia subjetiva es que mientras que el contrato de inserción se destina al desempleado inscrito en la oficina de empleo; por contra el trabajo de colaboración social se destina al perceptor de la prestación de desempleo. También hay diferencias importantes en materia retributiva: la retribución del perceptor de la prestación de desempleo que desarrolla trabajo de colaboración social se calcula de modo muy diferente al del contratado en inserción²¹. Para terminar, el trabajo de colaboración social no tiene como objetivo la mejora de la ocupabilidad del trabajador, facilitándole una experiencia práctica de trabajo; sino que tiene por objeto el desarrollo por desempleados que perciben una prestación de desempleo, de actividades necesarias para la administración, siendo una expresión del deber de trabajar constitucionalmente consagrado en el art. 35 de la Constitución.

La doctrina laboral ha destacado que si bien el contrato de inserción no coincide con el trabajo de colaboración social, podría considerarse que es una evolución de este último. El trabajo de colaboración social, que no implica relación de trabajo y que se impone de manera obligatoria al desempleado que percibe la prestación de desempleo, ha sufrido una fuerte degradación en el sentido que ha sido ampliamente criticado, reduciéndose su utilización. En la práctica la finalidad perseguida por este mecanismo de política de empleo ha sido sustituido por los convenios entre la entidad gestora del desempleo y las Administraciones o entidades sin ánimo de lucro (obsérvese la coincidencia subjetiva con el contrato de inserción), a los que se refiere el art. 213.3 LGSS. Desde este punto de vista se estima que el contrato de inserción viene normalizar, a dar cobertura legal, a las relaciones jurídicas de trabajo, derivadas de este tipo de convenios. Esta impresión se confirma absolutamente si se tiene en cuenta lo previsto por la DA 5ª de la Ley 12/2001, que aclara que los "programas" a que se refiere el art. 15.1 d) ET son los regulados por las Ordenes Ministeriales de 19 de diciembre de 1997 y 26 de octubre de 1998 que son los que regulan las subvenciones relativas a los convenios de colaboración entre INEM y la Administración General del Estado, organismos autónomos, CC.AA., Universidades, instituciones sin ánimo de lucro y corporaciones locales, y que tienen por objeto la contratación de desempleados con el objetivo de realizar obras y servicios de interés general y social.

Para terminar con los mecanismos que pretenden facilitar la inserción laboral, hemos de recordar como los diferentes programas de fomento del

²¹ CAVAS MARTINEZ, F. y CARDENAL CARRO, M. estiman que la retribución de estos perceptores de la prestación de desempleo pretende equipararse a la retribución de un trabajador que desarrolle las mismas funciones. Op. cit., página 69.

empleo que vienen sucediéndose con carácter anual han regulado medidas de fomento de la contratación de trabajadores en situación de exclusión (para 2001 la propia Ley 12/2001, art. 4.1.3 y DA 9ª, o para el año 2000, la Ley 55/1999, art. 28.1.3). Es evidente que con ello se está persiguiendo la inserción profesional de los colectivos, especialmente desfavorecidos, a los que está dirigida esta regulación. Se trata de un mecanismo de inserción social a través de la inserción laboral de tales sujetos.

2.3 Elementos subjetivos

En cuanto a los elementos subjetivos hay que resaltar que los contratantes están limitados. De un lado, el sujeto que actúa como empleador sólo puede ser una Administración pública, o bien las entidades sin ánimo de lucro. Ya nos hemos referido a estos sujetos, por lo que nos remitimos a lo señalado en el primer epígrafe de este trabajo; simplemente hemos de plantearnos ahora una cuestión que afecta a la delimitación de la Administración como contratante: puesto que este tipo de contrato ha de realizarse dentro del ámbito de los programas públicos que se determinen reglamentariamente, van a ser estos los que señalen que se entiende por Administración a los efectos del art. 15.1 d) ET, por lo que habría que remitirse a la regulación reglamentaria de tales programas (OM de 26 de octubre de 1998 y 19 de diciembre de 1997), que señalan a la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, CC.AA., Universidades, Corporaciones Locales o entidades dependientes o vinculadas a una Administración local. Naturalmente los sucesivos programas podrán establecer correcciones al ámbito de los mismos, ampliando o reduciendo el ámbito de sujetos que pueden contratar a trabajadores en inserción.

Pero no sólo está limitado subjetivamente este contrato respecto de la figura del empleador: también lo está en relación con el trabajador a contratar. Recordemos que se podrá contratar a un "trabajador desempleado, inscrito en la oficina de empleo". Reiteramos que no se trata de un desempleado que percibe la prestación de desempleo, tal como ocurría en el trabajo de colaboración social. El hecho de que se limite a los desempleados este tipo de contrato es lógico, sobre todo teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el legislador: incrementar la ocupabilidad de los desempleados²².

Al término desempleado se añade la exigencia de que ha de estar inscrito en la oficina de empleo; es decir, no sólo ha de ser un parado, sino que ha de estar registrado como tal. Recordemos que el art. 42.2 LBE establece la obligación de los trabajadores para inscribirse en las oficinas de empleo (INEM) cuando hayan de solicitar ocupación. Ahora bien, el art. 10 del RD 735/1995,

²² CAVAS MARTINEZ, F. y CARDENAL CARRO, M.: Op. cit., página 65.

sobre Agencias de Colocación sin Fines Lucrativos, estima cumplida tal obligación si los trabajadores se inscriben en las agencias de colocación autorizadas. ¿Cuando el art. 15.1 d) habla de desempleado inscrito en la "oficina de empleo" se refiere sólo a la pública (INEM), o incluye también a las agencias de colocación?

Ciertamente, la expresión "oficina de empleo" nos conduce a estimar que sólo se trata de la oficina pública (vid. art. 42.2 LBE). Sin embargo, parecería discriminatorio no permitir el acceso a este tipo de contrato a aquellos trabajadores que opten por la agencia de colocación y no figuren en el INEM, sobre todo teniendo en cuenta que es la propia regulación laboral la que entiende validada la obligación de inscripción en el INEM por la inscripción en la agencia de colocación. Más aún, recordemos como el art. 7 del RD 735/1995 establece como obligación de las agencias de colocación en relación con el INEM, la de "remitir al INEM los datos de los solicitantes de empleo que hayan requerido sus servicios, a efectos del cumplimiento, por parte de los mismos, de la obligación de inscripción en dicho Instituto". Es evidente, por tanto, que el INEM tendrá perfecto conocimiento de los inscritos por esta vía. En conclusión, el desempleado inscrito en las agencias de colocación también son sujetos de este tipo de contrato.

Ahora bien, ¿cualquier desempleado inscrito en la oficina correspondiente puede ser objeto de este tipo de contrato? En principio sí, pues así se establece en la regulación legal. Ahora bien, no olvidemos que el propio art. 15.1 d) in fine establece que "La incorporación de desempleados a esta modalidad contractual estará de acuerdo con las prioridades del Estado para cumplir las directrices de la estrategia europea por el empleo". Es decir, que el Gobierno (a través de norma reglamentaria) puede especificar tipos o grupos de desempleados que sean objeto preferente de este tipo de contrato, en función de las directrices europeas en materia de empleo; o dicho de otra manera: es perfectamente posible que este tipo de contrato se destine tan sólo a determinado tipo de trabajador desempleado (parados de larga duración, jóvenes sin experiencia laboral, etc). A este respecto hay que tener en cuenta como los programas regulados por las OO.MM. de 26 de octubre de 1998 y 12 de diciembre de 1997 (que son aplicables a este tipo de contrato tal como ya hemos señalado) establecen diversos criterios para la selección de los trabajadores, de modo que se dan ciertos mecanismos de preferencia (mayor adecuación al puesto de trabajo ofertado, mayores responsabilidades familiares, parados de larga duración, edad y condición de mujer²³).

La redacción de la Ley 12/2001 supone una diferencia respecto del antecedente inmediato, el Real Decreto-Ley 5/2001, en el que se establecía la posibilidad de contratar a un "demandante de empleo". Estimo que no hay

²³ Vid. los arts. 5 y 6 respectivamente de las citadas OM.

diferencias sustanciales entre una y otra expresión, pues tal como hemos señalado, el art. 42.2 LBE establece la obligación de inscribirse en las oficinas de empleo "cuando haya de solicitarse ocupación". Es decir, un demandante de empleo en sentido técnico es justamente el desempleado que al buscar empleo se inscribe en la correspondiente oficina (pública o privada ex art. 10 RD 735/1995).

Para terminar, hay que señalar una cuestión interesante, que en principio no parece vinculada al tema del trabajador como sujeto del contrato de inserción, pero que tiene repercusión sobre esta cuestión: el contrato de inserción es, a tenor del art. 15.1 d) ET, un contrato entre un desempleado y una Administración o entidad sin ánimo de lucro, para que desarrollen prestación de servicios "dentro de los programas públicos que se determinen reglamentariamente". Es necesario una norma reglamentaria que establezca los programas públicos que determine las actividades a desarrollar. Pues bien, hemos de recordar, que al utilizarse el mecanismo de los programas públicos, entramos en el ámbito del art. 231 c) LGSS, que al regular las obligaciones de los trabajadores perceptores de la prestación de desempleo, señala la de participar en los trabajos de colaboración social, o en los "programas de empleo", o acciones de promoción, formación o reconversión profesionales. Es decir, que el contrato de inserción será obligatorio para estos sujetos, no pudiendo eludirlos; más aún, el art. 213.1 b) al regular la extinción del derecho a la percepción de la prestación por desempleo, señala como causa de extinción, el rechazo a una oferta adecuada de empleo, o la "negativa a participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación y reconversión profesionales, salvo causa justificada". Es importante esta última afirmación: se trata de un contrato obligatorio para el parado que además sea perceptor de la prestación de desempleo, salvo causa justificada; es decir, salvo que el contrato ofrecido no cumpla con el objeto diseñado por el legislador en el art. 15.1 d), o bien no se cumplan alguno de los requisitos señalados por dicha regulación.

2.4 Objeto del contrato

Tal como literalmente señala el art. 15.1 d) ET, el objeto del contrato de inserción es "el de realizar una obra o servicio de interés general o social, como medio de adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad del desempleado participante".

A tenor de lo señalado podemos distinguir dos cuestiones diferentes. En primer lugar, se nos habla de una obra o servicio de interés general o social. Al respecto hay que volver a subrayar la similitud de la expresión "obra o servicio" con el contrato regulado por el art. 15.1 a) ET. ¿Estamos ante una variación del contrato de obra o servicio determinado, si bien con la peculiaridad que suponen los sujetos contratantes? Responder afirmativamente significaría

aplicar al contrato de inserción los elementos característicos o definidores de la "obra o servicio determinado, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa". Realmente esta respuesta no sería extraña, pues la jurisprudencia laboral estimaba aplicable esta exigencia a los contratos de colaboración social²⁴. Esta respuesta afirmativa supondría fortalecer el carácter de contrato temporal estructural que nosotros hemos negado. Pero no estimo que con tal expresión estemos ante una asimilación del objeto del contrato para obra o servicio determinado.

Recordemos que en el contrato de obra o servicio determinado, nos vamos a encontrar a un empresario que requiere que se desarrolle una determinada actividad laboral, con autonomía y sustantividad propia dentro del proceso productivo, que tiene carácter temporal en si misma; es decir, es una necesidad temporal; de ahí que se permita al empresario acudir a este contrato. Por contra, y desde mi punto de vista, en este contrato nos vamos a encontrar que la Administración laboral, en el marco de determinados programas públicos, establecerá un conjunto de actividades (obras o servicios) que podrán desarrollarse por este tipo de contrato. Es decir, la Administración o la entidad sin ánimo de lucro no tiene una necesidad temporal originaria que le impela acudir a la contratación temporal; sino que en cumplimiento de la política de empleo trazada, pretende ofrecer a determinados desempleados una colocación para que estos adquieran una experiencia de trabajo e incrementen las posibilidades de acceder a un puesto de trabajo (mejorar la empleabilidad u ocupabilidad).

Desde este punto de vista hay que afirmar que el verdadero objeto del contrato de inserción no es la necesidad de cubrir una necesidad de carácter temporal, sino mejorar las futuras perspectivas de empleo de los trabajadores contratados; se trata de que a través de una contratación escapen de la situación de desempleo, mejorando así sus expectativas futuras, pues una de las constantes del mercado de trabajo es que mientras más tiempo se está en situación de desempleo, es más difícil para el trabajador encontrar una ocupación (es lo que se ha denominado como "agujero negro de la permanencia en desempleo"²⁵). Esto concuerda con el hecho de que a diferencia de lo establecido en el art. 15.1 a) ET, las obras o servicios no son "determinados", ni han de contar con "autonomía y sustantividad propia" dentro del marco de las actividades de las Administraciones o entes sin ánimo de lucro.

En realidad el art. 15.1 d) ET no exige que las obras o servicios objeto del contrato de inserción sean en si mismas temporales; la ejecución de estas no ha de ser "aunque limitada en el tiempo, de duración incierta"; sino que el

²⁴ En este sentido la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 1999, Ar 2237.

²⁵ MERCADER UGUINA, J.R.: "El paro de larga duración en España: un análisis multifactorial", RL Tomo II de 1998, página 382.

legislador laboral temporaliza el contrato de inserción, pero no la actividad: "Cuando se contrate a un trabajador desempleado (...), y el objeto de dicho contrato temporal...". Entiendo que el art. 15.1 d) se desvincula del carácter temporal de la obra o servicio, lo cual permitirá al reglamento establecer la regulación de la duración de este contrato de manera diferente al contrato de obra o servicio determinado (hasta que se termine la obra o servicio). Pensemos simplemente en la ventaja que esto supone cuando dicha obra o servicio sea de larga duración: ¿es admisible tener a un trabajador contratado como mecanismo de inserción tres, cuatro, cinco o más años? Desde este punto de vista, incluso sería posible que las obras o servicios de interés general o social fuesen permanentes y no temporales²⁶.

En definitiva, estima que de evitarse la asimilación entre el art. 15.1 a) y 15.1 d) ET, entre el contrato de obra o servicio de terminado y el contrato de inserción²⁷. Si el objetivo del legislador hubiese sido ése, habría bastado con añadir un nuevo apartado al art. 15.1 a). Sin embargo, ha querido crear un nuevo tipo contractual, separado del contrato de obra o servicio determinado; y en el que lo esencial no es el desarrollo de la prestación de trabajo a cambio de la retribución, sino que se facilite la inserción del trabajador a través de la adquisición de una experiencia que lo capacite profesionalmente²⁸. En todo caso, insisto en que hubiese sido preferible ubicarlo fuera del art. 15 ET.

Por lo tanto, al interpretar el contrato de inserción y hablar de obra o servicio, hemos de entenderlo de modo genérico, de manera que el conjunto de actividades que puede desarrollar el trabajador sea más amplia. Ahora bien, no toda actividad propia de una Administración o de una entidad sin ánimo de lucro puede ser desarrollada por el trabajador con contrato de inserción, sino que ha de ser una actividad "de interés general o social". Esto supone reducir el ámbito de actividades a desarrollar, pues no toda actividad pública, por el hecho de prestarla una Administración, es de interés general o social. Dicho de otra manera, parece exigible que la obra o servicio que desarrolle el contratado tenga una utilidad social directa e inmediata, de manera que redunde en beneficio de la comunidad²⁹; de modo que la actividad burocrática ordinaria de la Administración no pueda configurarse como objeto de este tipo de contrato de trabajo³⁰. Habrá que estar, por tanto, a cada situación concreta para

²⁶ De esta opinión se ha mostrado también GOERLICH PESET, J.M.: "La reforma laboral ...", op. cit., página 45.

²⁷ Por contra, se muestra favorable SEMPERE NAVARRO, A.V.: Op. cit., página 27.

²⁸ CAVAS MARTINEZ, F. y CARDENAL CARRO, M.: Op. cit., página 68.

²⁹ Vid. las SS.TSJ de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 1999, Ar 2237 y de 13 de mayo de 1999, Ar 2262. Hay que tener en cuenta que ambas sentencias se refieren a los trabajos de colaboración social, si bien son perfectamente aplicables a este caso.

³⁰ CAVAS MARTINEZ, F. y CARDENAL CARRO, M.: Op. cit., páginas 70 y 71.

juzgar si se cumple o no con este requisito contractual, teniendo en cuenta que si este no se acata, el contrato será fraudulento.

Sin embargo, en la concepción de cuales son esas actividades de interés general o social hay que tener en cuenta la jurisprudencia que mayoritariamente se ha producido al delimitar el carácter social de los trabajos temporales de colaboración, que se mostró favorable a una interpretación tremendamente amplia, en la que se asimila este tipo de trabajos a las funciones propias de gestión de la Administración, pues éstas, por definición, satisfacen las necesidades públicas. En definitiva, se configuran los trabajos de utilidad social como aquellos que suponen la intervención en funciones o actividades públicas³¹.

El objetivo último del contrato de inserción es permitir que los trabajadores adquieran experiencia laboral y mejoren su ocupabilidad. Es decir, se trata de un contrato destinado a sujetos que o bien carecen de experiencia laboral (lo cual es evidente que se configura como un impedimento para acceder a un puesto de trabajo), o bien teniendo o no experiencia laboral pertenecen a un colectivo laboral en los que por las razones que sean su contratación es difícil, requiriendo la mejora de su empleabilidad para tener más posibilidades de encontrar un puesto de trabajo. Mejorar la empleabilidad u ocupabilidad de los trabajadores y la adquisición de experiencia es algo que facilita en la práctica cualquier contrato de trabajo³²; por lo que hay que plantearse si al contratar por esta vía el empresario se compromete a realizar algún tipo de actuación que favorezca la ocupabilidad del trabajador, más allá de la que aporte el simple desarrollo de la prestación de trabajo. Es decir, ¿tiene alguna obligación formativa o similar? Evidentemente el art. 15.1 d) ET no establece nada al respecto, pero si la finalidad del contrato es justamente la de facilitar experiencia y mejorar la ocupabilidad, parecería que sobre el empresario deberían recaer algún tipo de obligación en esta materia. En todo caso, el desarrollo reglamentario de este contrato podría apuntar en esta dirección, y perfilar mejor el carácter de inserción profesional de este contrato, pues hay que señalar como al configurar este contrato de una manera tan genérica, su finalidad se ve relativizada³³.

La pretensión de mejorar la ocupabilidad supone un paso adelante en el establecimiento de verdaderas políticas activas de empleo (es decir, aquellas que inciden en la mejora de oportunidades para que aquellos que carecen de empleo puedan acceder a uno, mejorando sus posibilidades de inserción). En

³¹ En este sentido la STS de 16 de mayo de 1988, Ar 3631; o las SS.TSJ de Extremadura de 3 de julio de 2000, Ar 4184; Extremadura de 13 de marzo de 2000; Andalucía de 22 de enero de 1999, Ar 2316; Andalucía de 22 de diciembre de 1998, Ar 7797; Andalucía de 30 de octubre de 1998, Ar 7718; Andalucía de 29 de mayo de 1998, Ar 2860; Cataluña de 2 de julio de 1997, Ar 2806.

³² En este sentido SEMPERE NAVARRO, A.V.: Op. cit., página 26.

³³ En este sentido podemos constatar como CAVAS MARTINEZ, F. y CARDENAL CARRO, M., estiman que a tenor de la regulación legal estamos ante un contrato de inserción "light". Op. cit., páginas 68 y 69.

un análisis de las políticas de empleo nacionales resalta como tradicionalmente han ocupado un lugar de privilegio las políticas pasivas (orientadas a facilitar una renta económica a los que pierden empleo); siendo necesario invertir la relación entre políticas activas y pasivas.

La necesidad de impulsar las medidas activas de empleo que favorezcan la ocupabilidad del trabajador, se establece ya en el Libro Blanco de J. Delors, que al proponer la reforma en profundidad las estructuras de los mercados de trabajo, se centraba en la necesidad de apostar por la educación y la formación en todos sus aspectos, incluso a favor de los desempleados que carezcan de la cualificación suficiente, facilitándose la recualificación profesional de los parados para incrementar sus posibilidades de encontrar empleo³⁴.

Hemos de tener en cuenta la vertiente comunitaria de esta cuestión. Recordemos como la Cumbre Extraordinaria de Luxemburgo de noviembre de 1997, siguiendo las líneas fijadas por el nuevo Título de empleo del Tratado Constitutivo, plantea un sistema de coordinación de las políticas activas de empleo de los Estados miembros, a través de una análisis realizado con método común para cada uno de los países miembros. Esta actuación común en materia de empleo se refuerza por la vía de aplicar a los diferentes mercados nacionales de empleo un mecanismo de coordinación de la política de empleo, consistente en definir una serie de pilares básicos que actúan como ejes de la política, integrados por un conjunto de directrices comunes de empleo. Pues bien, desde el inicio de este sistema (1998) se establece como uno de los pilares prioritarios de actuación, el de la mejora de la empleabilidad o capacidad de empleo de los ocupados y desempleados (empleabilidad); pilar que cuenta con las siguientes directrices: 1) combatir el desempleo juvenil y prevenir el desempleo de larga duración³⁵, 2) sustituir las políticas pasivas por políticas activas³⁶, 3) fomentar la cooperación y participación³⁷, 4) facilitar la transición de la escuela a la vida laboral³⁸.

³⁴ "Libro Blanco", op. cit., página 17.

³⁵ Esta primera directriz persigue ofrecer una oportunidad a todos los jóvenes demandantes de empleo antes de que hayan pasado 6 meses de paro.

³⁶ Con esta directriz se pretende que se revisen y adapten los sistemas de prestaciones y de formación, de modo que fomenten activamente la capacidad de inserción profesional e inciten realmente a los desempleados a buscar un puesto de trabajo; para ello los estados deberán marcarse un objetivo de aproximación progresiva al número de desempleados a los que se ofrece formación, concretamente será la media de los tres Estados que mejores resultados hayan obtenido en este ámbito.

³⁷ Se debe instar a los interlocutores sociales para lograr acuerdos que aumenten las posibilidades de formación, experiencia profesional, períodos de prácticas u otras medidas que faciliten la capacidad de inserción laboral.

³⁸ Los Estados miembros han de mejorar la eficacia de sus sistemas escolares, a fin de reducir el número de jóvenes que abandonan prematuramente la escuela; además hay que dotar a los jóvenes de una mayor capacidad de adaptación a las transformaciones tecnológicas y económicas y de las cualificaciones que correspondan a las necesidades del mercado, creando y desarrollando sistemas de aprendizaje.

La conexión con las políticas comunitarias se manifiesta en el propio art. 15.1 d) ET. No olvidemos que en su último párrafo pone de manifiesto expresamente que la contratación por esta vía "estará de acuerdo con las prioridades del Estado para cumplir las directrices de la estrategia europea por el empleo".

2.5 Régimen jurídico

A pesar de la parquedad del art. 15.1 d), que de nuevo plantea la necesidad de una regulación reglamentaria, es posible detectar diferentes reglas a través de las cuales podemos deducir una regulación mínima:

- En primer lugar, la Ley 12/2001, al regular el art. 8.2 ET sobre forma del contrato, estableció expresamente la necesidad de que los contratos de inserción consten por escrito. Se exige, por tanto, forma escrita para este tipo de contrato.

- Se establece un límite temporal para volver a contratar al trabajador una vez que este ya ha disfrutado de un contrato de inserción: en concreto, no podrá volver a contratarse si no han transcurrido tres años desde que finalizó el anterior contrato de inserción. Este límite tan sólo se aplica si el anterior o anteriores contratos de inserción duraron más de nueve meses en los últimos tres años. Es decir, el trabajador puede ser objeto de más de un contrato de inserción a lo largo del tiempo. Si el contrato de inserción tiene una duración inferior a nueve meses se le podrá realizar otro nuevo contrato de inserción sin necesidad de que transcurra el período de espera de tres años. Ahora bien, si el contrato de inserción dura más de nueve meses (o si ha realizado varios contratos de inserción en los últimos tres años cuyos períodos de duración superen los nueve meses), no podrá volver a ser contratado para inserción hasta que hayan transcurrido tres años desde el último contrato de esta naturaleza.

Parece que esta norma puede explicarse desde dos puntos de vista. En primer lugar, como expresión de la necesidad de poder ofrecer al mayor número posible de desempleados el acceso al contrato de inserción para mejorar su ocupabilidad y sus posibilidades de ser contratados. De otro lado, se explica también como mecanismo de seguridad contra la Administración pública o la entidad sin ánimo de lucro; es decir, para que no utilicen este tipo de contrato de manera abusiva, encadenando contratos con un mismo sujeto.

Ahora bien, ¿qué ocurre si la Administración o la entidad sin ánimo de lucro contratan a trabajadores que no cumplen este requisito? ¿Se considera contrato fraudulento, y por tanto indefinido? CAVAS MARTINEZ y CARDENAL CARRO estiman que en estos supuestos de contratación, debido a que la Administración difícilmente se beneficia, habría que excluir la idea de fraude³⁹. Ciertamente es difícil admitir que la Administración "gane" con la

³⁹ Op. cit., página 70.

contratación de un sujeto que no cumple con la regla de los tres años, pues teniendo en cuenta el objeto del contrato, le ha de dar igual que dicha prestación la desarrolle uno u otro desempleado.

- El art. 15.1 d) ET se refiere de manera expresa a la retribución de los trabajadores. Concretamente, en su tercer párrafo se señala que la retribución "será la que se acuerde entre las partes, sin que pueda ser inferior a la establecida, en su caso, para estos contratos de inserción en el convenio colectivo aplicable". Hay que subrayar como la retribución es una cuestión que se deja a la autonomía individual, pues se acordará "entre las partes". Si tenemos en cuenta que este tipo de contrato es obligatorio para el desempleado ex art. 231 c) LGSS, parece que va a tener muy poca posibilidad de negociación. En la práctica, esto supondrá que el desempleado tendrá que aceptar la oferta realizada por la Administración o la entidad sin ánimo de lucro, en la que se fijará el salario a percibir.

Es evidente que esta situación puede dar lugar a abusos, aunque el legislador ha establecido una medida de seguridad: el salario del trabajador contratado por inserción no puede ser inferior al establecido en el convenio aplicable para este tipo de trabajadores. Ciertamente no hacía falta esta puntualización, pues la autonomía individual no puede establecer condiciones inferiores a las reguladas por convenio, tal como establece con carácter general el art. 3.1 c) ET. De cualquier modo, la posible tendencia al abuso puede producirse en tanto y en cuanto los convenios aplicables no regulen esta cuestión de modo expreso.

De otro lado, el hecho de que expresamente el art. 15.1 d) ET se refiere a la posibilidad de que por convenio se establezca una regulación específica a este tipo de contrato (recordemos que literalmente se habla de la retribución "establecida, en su caso, para estos contratos de inserción en el convenio colectivo aplicable"), deja la puerta abierta para que el convenio establezca una retribución inferior a la que tengan los trabajadores ordinarios de la Administración o de la entidad sin ánimo de lucro que desarrollen funciones idénticas al contratado por inserción, lo cual, a nuestro juicio, sería discriminatorio.

También hemos de plantearnos si al menos dicha retribución ha de ser igual a las cantidades subvencionadas por los servicios públicos de empleo. Pero esta es una cuestión que nos vamos a plantear a continuación, aunque ya adelanto que estimo que la respuesta ha de ser afirmativa, de modo que, en todo caso, el límite mínimo del salario coincida con la cuantía de la subvención.

- Intimamente relacionado con el tema de la retribución del trabajador hay que señalar que el art. 15.1 d) ET establece un mecanismo de financiación de estos contratos; es decir, una subvención o reducción de los costes salariales y de seguridad social de los trabajadores contratados para inserción, coste que es asumido por los servicios públicos de empleo.

A efectos salariales, los servicios públicos de empleo subvencionan este tipo de contrato con una cuantía equivalente a la base mínima del grupo de

cotización al que corresponde la categoría profesional desempeñada por el trabajador. Es decir, que de la cuantía salarial que va a percibir el trabajador, una porción es aportada por la entidad que gestiona los servicios de empleo. Dicha porción será igual a la base mínima del grupo de cotización del puesto desempeñado por el trabajador (para el año 2001, están regulados en el art. 3 de la OM de 29 de enero de 2001, BOE de 31 de enero); no del puesto que podría ocupar en función de su titulación, sino del que realmente ocupe en la Administración o en la entidad sin ánimo de lucro.

En cuanto a las cotizaciones de Seguridad Social, se subvencionarán las cuotas "derivadas de dichos salarios"; expresión con la que el legislador parece aludir a que los servicios públicos de empleo deben hacerse cargo de la parte proporcional de cotizaciones que proceden del salario subvencionado por ellas mismas. Ha de resaltarse que la subvención de tales cantidades aparece por primera vez en la Ley 12/2001, sin que el Real Decreto-Ley se refiriese a esta cuestión.

Para terminar hemos de cuestionarnos si estas cuantías que subvencionan los servicios públicos de empleo se configuran además como cuantía mínima del salario de los trabajadores contratados por inserción. En principio, el legislador parece prever una situación en la que los trabajadores cobren una cuantía superior a la subvencionada; tal como se deduce del hecho de que una vez establecida por el legislador dicha subvención, se añade esto se regula "con independencia de la retribución que finalmente perciba el trabajador" (sería ilógico que se subvencionara estos contratos con una cuantía superior al salario que realmente percibe el trabajador, lo que generaría una ganancia para el empresario). Desde este punto de vista podría argumentarse que la cuantía subvencionada actúa como tope mínimo a la retribución del trabajador. En esta dirección apunta también el hecho de que el art. 15.1 d) ET no establece una cuantía de subvención "hasta" una cifra como máximo; sino que se establece con claridad una única cuantía según la categoría profesional. Esta interpretación se refuerza si tenemos en cuenta que hay una importante diferencia de redacción entre el art. 15.1 d) según la Ley 12/2001 y la redacción de dicho precepto por el Real Decreto-Ley 5/2001. Mientras el primero dice hoy que la entidad competente subvencionará "la cuantía equivalente a la base mínima..."; por contra el RD-Ley señalaba que tal entidad financiaría tales contratos "tomando como referencia la base mínima...". Es decir, no se preveía que la cuantía fuese en concreto la base mínima, sino que esta se tomaba como referencia, pudiendo reducirse en función de la concreta retribución.

Sin embargo, la cuestión es dudosa, pues el art. 15.1 d) ET hace alusión expresa al límite mínimo de la retribución, remitiéndose al convenio colectivo y no a la cuantía de la subvención. Mi postura personal pasa por entender que el límite salarial mínimo debe ser al menos equivalente a la subvención, pero admito que es una posición cuestionable. En todo caso, si se admite la posibilidad de cobrar salarios inferiores, habrá que entender paralelamente

que en estos casos la subvención no podrá ser equivalente a la base mínima de cotización de su grupo profesional; sino que deberá reducirse a una cifra idéntica a la retribución del trabajador.

- Otra cuestión expresamente constatable en el ordenamiento hace referencia al incremento del coste de la contratación temporal por la vía de establecer una indemnización a abonar al trabajador cuando se extingue el contrato. Pues bien, el art. 49.1 c) ET en su nueva redacción señala que dicha indemnización no se abonará en caso de contrato de inserción. Parece lógico esta regla, pues se trata de un contrato cuya finalidad no es cubrir una necesidad temporal originada en el propio proceso productivo de la empresa, sino que tiene como objetivo facilitar experiencia laboral al trabajador e incrementar su ocupabilidad. Ha de advertirse que este es otro elemento que separa y diferencia al contrato de inserción del contrato de obra o servicio determinado: mientras que en éste hay que abonar la indemnización, no ocurre lo mismo en el contrato de inserción.

- Aunque no se haga referencia expresa al contrato de inserción, hay que tener en cuenta un conjunto de reglas generales que aparecen en art. 15 ET, y que están destinadas a los diferentes contratos temporales allí regulados: el art. 15.2 ET señala la conversión en indefinido, "cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación" de los contratos en los que el trabajador no haya sido dado de alta una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijarse para el período de prueba. Ahora bien, pasará a ser indefinido salvo prueba de la propia naturaleza temporal del contrato, lo cual puede deducirse perfectamente al realizarse por escrito este tipo de contratos. También se presumirán indefinidos (ex art. 15.3 ET) los contratos temporales realizados en fraude de ley (por ejemplo un contrato de inserción para realizar una obra o servicio que no sea de interés general o social). En todo caso, si el empresario es una Administración, hay que advertir la presencia de la jurisprudencia que distingue entre trabajadores fijos de plantilla e indefinidos, lo que relativiza estas reglas.

A tenor del art. 15.4 ET, el empresario deberá notificar a la representación de los trabajadores la realización de cualquier contrato temporal regulado en el art. 15 ET. A su vez el art. 15.7 establece la obligación del empresario de notificar a los trabajadores con contrato temporal la existencia de puestos de trabajo vacantes de carácter indefinido. Además, por convenio colectivo podrán establecerse criterios para la conversión de los contratos temporales en indefinido (posibilidad que se relativiza en el caso de las Administraciones públicas debido a la exigencia de procedimientos de selección), así como las medidas para facilitar el acceso de los trabajadores temporales a la formación continua que mejore su cualificación (lo cual es el objeto del contrato de inserción). Por último, el art. 15.6 ET establece el criterio de igualdad de derechos entre trabajadores temporales e indefinidos, sin perjuicio, de las peculiaridades de los contratados para inserción; lo cual no deja una puerta abierta a la introducción

de tratamientos diferenciados que afecten a este tipo de contratos, pues tal como prevé el propio art. 15.6 ET, tales especialidades o particularidades han de estar expresamente previstas en la Ley.

También hay que tener en cuenta las reglas generales que el art. 49.1 c) ET establece para los diferentes contratos temporales en relación a la extinción. Por ejemplo, en caso de expiración del tiempo máximo convenido o finalización de la obra o servicio, si el trabajador continúa con la prestación se considerará prorrogado con carácter indefinido (recordemos de nuevo la relativización de esta conversión en indefinido si el empresario es una Administración). De otro lado, parece que es aplicable a este tipo de contrato el preaviso de 15 días si tiene una duración superior a un año.

En cuanto al resto de derechos y obligaciones propias de la relación laboral, no hay normas que se refieran al contrato de inserción, por lo que hay que entender de aplicación la regulación laboral ordinaria⁴⁰; si bien podemos mencionar algunas dudas de interés. En primer lugar, la duración del contrato: si entendemos que el contrato de inserción se asimila al de obra o servicio determinado, la duración sería indeterminada, pues habría de durar el mismo tiempo que la obra o servicio⁴¹. Ya hemos señalado con anterioridad que nuestra posición no pasa por asimilar estos contratos, por lo que estimamos que en esta materia habrá que estar a la regulación reglamentaria de esta modalidad contractual, o bien a la regulación reglamentaria de los programas públicos necesarios para poder acudir a este tipo de contrato.

Otras cuestiones dudosas de interés pueden ser las relativas al período de prueba ¿es admisible el período de prueba en este tipo de contrato? A tenor de la finalidad última del contrato (facilitar experiencia laboral y mejorar la ocupabilidad), parecería que la respuesta ha de ser negativa. También ocasiona algunas dudas la posibilidad de establecer contratos de inserción profesional a tiempo parcial. En principio, teniendo en cuenta la finalidad de este tipo de contrato podría pensarse que no serían compatibles ambas modalidades. Ahora bien, si al configurar estos contratos a través de los programas públicos se prevé la posibilidad de contratos de inserción de desempleados que desarrollan actividades formativas al mismo tiempo, no habría problemas para compatibilizar ambas situaciones: al mismo tiempo que se recibe formación ocupacional se está trabajando para aplicar de manera práctica la formación percibida. Más aún, con la actual definición amplia de contrato a tiempo parcial (una reducción mínima ya convierte a la relación de trabajo en contrato a tiempo parcial), no parece que esta compatibilidad genere especiales problemas.

⁴⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO, M., VALDES DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.: Op. cit., página 13.

⁴¹ En este sentido, RODRIGUEZ-PIÑERO, M., VALDES DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.: Op. cit., página 13.

3. LA NUEVA CAUSA DE DESPIDO OBJETIVO

3.1 Delimitación del supuesto de hecho

El primer, y quizás el principal, problema interpretativo que aporta la nueva letra e) del art. 52 ET es justamente el consistente en delimitar en qué situación se aplica este precepto, pues la descripción que realiza el propio art. 52 e) ET es bastante compleja.

A) El empresario que puede utilizar esta causa de despido

Hay una primera cuestión de interés: ¿que empresarios pueden utilizar esta causa de despido? Si comparamos la redacción de dicho precepto otorgada por el RD-Ley 5/2001, con la redacción final dada por la Ley 12/2001, podemos encontrar importantes diferencias.

El RD-Ley establecía la posibilidad de acudir al despido objetivo para extinguir los contratos indefinidos "concertados para la ejecución de planes y programas públicos". Desde este punto de vista surgía la duda de si tales contratos debían haberse concertado con la Administración pública o, si por contra, terceras empresas que contratan con la Administración la ejecución de los planes y programas, podrían acudir también a esta causa de despido objetivo. A tenor de la redacción, realizada de modo muy general, parecía que la respuesta adecuada era la segunda, pudiendo acogerse a esta causa de despido objetivo, tanto las Administraciones que ejecutaban directamente dichos planes y programas públicos, como aquellas empresas que eran contratadas por la Administración para ejecutar dichos planes o programas⁴².

Sin embargo, la Ley 12/2001 no respetó dicha redacción alterándola sustancialmente, de modo que en la actualidad el texto normativo establece la posibilidad de acudir a esta causa de despido objetivo para extinguir los contratos indefinidos "concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro".

A tenor de la nueva redacción queda claro que se podrá despedir a aquellos trabajadores que ostentan un contrato de trabajo directamente concertado con una Administración pública o por una entidad sin ánimo de lucro. Si el contrato ha de ser concertado directamente por la Administración o por la entidad sin ánimo de lucro, eso significa que han de ser parte del propio contrato de trabajo; es decir, que son estos los sujetos que contratan al trabaja-

⁴² En este sentido se pronuncian diversos autores al analizar el Real Decreto-Ley 5/2001; así, RODRIGUEZ-PINERO, M., VALDES DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Op. cit.*, páginas 20 y 21. También ALBIOL MONTESINOS, I.: "Modificaciones en materia de extinción contractual", en AA.VV., "La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001", Tirant lo Blanch, Valencia 2001, página 73. De igual modo GOERLICH PESET, J.M.: "El Real Decreto-Ley 5/2001, de reforma del mercado de trabajo: análisis y balance de urgencia", *op. cit.*, páginas 35 y 36.

dor. En definitiva, con la actual redacción tanto las Administraciones públicas (cuando desarrollen ellas mismas la ejecución de los programas públicos, contratando a los trabajadores) y las entidades sin ánimo de lucro (cuando sean ellas las que previo contrato con la Administración, desarrollen los programas públicos y procedan a contratar a los trabajadores) podrán despedir a los trabajadores cuando se cumpla la causa configurada por este nuevo precepto.

De otro lado, hay que subrayar que el objeto del contrato de trabajo que puede verse afectado por esta causa de extinción, es aquél que se haya realizado precisamente para la ejecución de concretos planes y programas públicos ("contratos por tiempo indefinido concertado... para la ejecución de planes y programas públicos determinados"). A contrario sensu esto significa que no puede utilizarse esta causa de despido para la extinción de trabajadores cuya prestación de trabajo no tenga nada que ver con el desarrollo de tales programas. Las dudas pueden surgir cuando se haya contratado a trabajadores que no sólo realizan su prestación de trabajo ejecutando los citados planes y programas, sino que también pueden desarrollar otras funciones totalmente diferentes y no relacionadas con tales programas. Desde mi punto de vista, parece que debería interpretarse restrictivamente, de manera que cuando el trabajador desarrolle prestación de trabajo tanto dentro del programa como fuera, no pueda verse afectado por esta causa de despido.

B) Tipo de trabajador que puede ser despedido

Una segunda cuestión a tener en cuenta es que al igual que existe una delimitación de esta causa de despido respecto del tipo de empresario que puede utilizarla, también existe una limitación respecto del tipo de trabajador que puede verse afectado por esta extinción. Como literalmente menciona el art. 52 e) ET, podrá acudir a esta causa de despido objetivo "En el caso de contratos por tiempo indefinido...". No cabe, por tanto, la posibilidad de despedir a un trabajador con contrato temporal por esta nueva causa de despido.

¿Cuál es la razón de esta delimitación al contrato indefinido? La cuestión es realmente interesante, pues no se comprende muy bien esta limitación. En principio puede resultar paradójico que se establezca una causa de despido dirigida a facilitar la extinción de los contratos indefinidos a través de los que se desarrollan programas sin dotación económica estable, pues lo lógico es que cuando se ejecuta una actividad que presupuestariamente no tiene dotación permanente (de modo que cada presupuesto ha de prever específicamente la dotación), se acuda a la contratación temporal, al contrato de obra o servicio determinado, y ello aunque la actividad se reitere a lo largo del tiempo en años sucesivos. De hecho, no es necesario citar ejemplos de como la jurisprudencia en contrataciones realizadas por las Administraciones públicas respecto de actividades sujetas a financiación anual a través de los presupuestos, estima que a tenor de tales circunstancias la contratación temporal es absolutamente lícita existiendo una causa encuadrable en el art. 15.1 a) ET,

pues la dependencia de la renovación de los presupuestos y la posibilidad de que no se establezcan las cantidades destinadas a un determinado programa convierte a la actividad en temporal.

Si esto es así, poco lugar o ningún espacio hay para la contratación indefinida. Desde el anterior punto de vista podría pensarse que la intención del legislador es justamente la de fomentar la contratación indefinida en aquellos supuestos en los que si bien la ejecución del programa depende de la renovación anual de fondos por parte de los presupuestos, la perspectiva de desarrollo de los mismos es a largo plazo.

Pero probablemente el sentido de esta novedad normativa tiene más que ver con el hecho de que se barrunte un posible cambio de orientación jurisprudencial, que puede suponer una revisión de la anterior doctrina al respecto; admitiendo la contratación indefinida, aunque por razones presupuestarias el futuro de las prestación sea incierto. Se procedería así la conversión en indefinida de relaciones inicialmente temporales, que se han venido reiterando en el tiempo⁴³. El nuevo art. 52 e) ET vendría a facilitar a las Administraciones y a las entidades sin ánimo de lucro un mecanismo para resolver las conversiones en contratos indefinidos de una buena parte de las contrataciones temporales realizadas para la ejecución de actividades que carecen de una dotación económica presupuestaria estable⁴⁴.

Desde esta perspectiva hemos de plantearnos si esta causa de despido puede hacerse valer en aquellos casos en los que los contratos son inicialmente temporales, pero por considerarse en fraude de ley han pasado a convertirse en indefinidos. La cuestión es compleja, pues esta causa de despido objetivo sólo puede utilizarse contra los contratos de trabajadores fijos, contratados como tales para el desarrollo de un concreto programa. Es decir, el contrato temporal inicial, para obra o servicio determinado, ¿se convierte por obra del fraude no sólo en un contrato indefinido, sino también para la ejecución de un plan o programa público determinado? La cuestión es compleja, aunque podemos encontrar manifestaciones en contra de la aplicación de esta causa de despido objetivo en estos casos⁴⁵.

Desde mi punto de vista, para resolver a esta cuestión hay que tener en cuenta la incidencia de esa doctrina jurisprudencial (a mi juicio poco afortunada) que en casos de contratación temporal irregular por parte de las Administraciones públicas, señala que tales casos el trabajador no adquiere la

⁴³ A este respecto puede verse la STS de 2 de junio de 2000, Ar 6890.

⁴⁴ En esta misma dirección de interpretar el art. 52 e) ET como vía de escape a una posible alteración de la doctrina jurisprudencial: CAVAS MARTINEZ, F. y CARDENAL CARRO, M.: *Op. cit.*, páginas 94 y 95; GOERLICH PESET, J.M.: "El Real Decreto-Ley 5/2001 ...", *op. cit.*, página 35; y ALBIOL MONTESINOS, I.: "Modificaciones en materia ...", *op. cit.*, páginas 76 y 77.

⁴⁵ Así, CAVAS MARTINEZ, F. y CARDENAL CARRO, M.: *Op. cit.*, páginas 95 y 96.

condición de fijo de plantilla, aunque el contrato pasa a configurarse como indefinido. ¿Cuando el art. 52 e) ET habla de trabajador "indefinido" parece referirse a aquél que es contratado con un contrato indefinido directamente por la Administración; no debemos confundirlo con ese "indefinido" que ha creado la jurisprudencia, pues con dicho apelativo se quiere hacer referencia a que no tiene plaza o puesto de trabajo efectivo. Entiendo, por tanto, que en estos casos de conversión del original contrato temporal no podría aplicarse esta causa de despido objetivo en virtud de la incidencia que tiene esta jurisprudencia.

C) La inestabilidad presupuestaria

Una tercera cuestión que debemos tener en cuenta al delimitar esta posibilidad extintiva es que se podrán extinguir por esta causa los contratos de trabajadores indefinidos, que han sido contratados por los sujetos antes mencionados para que desarrollen su prestación de servicios en el marco de la ejecución de "planes y programas públicos determinados" cuyo desarrollo no sea estable. En que consiste esta falta de estabilidad: que carezcan de "dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencias de ingresos externos de carácter finalista".

A tenor de esta dicción hay que afirmar, que no podrá acudir a la extinción objetiva del contrato por esta causa cuando la Administración haya contratado trabajadores para el desarrollo de las actividades normales, pues sólo puede actuar en el marco de planes y programas públicos.

De otro lado, para que funcione esta causa de despido ha de tratarse de programas o planes sin financiación estable, renovados por mecanismos presupuestarios o extrapresupuestarios anuales. Es decir, que si se establece un programa con una dotación presupuestaria superior a la anual, los trabajadores contratados para su desarrollo no se verán afectados por este mecanismo extintivo. Ciertamente la regla de anualidad presupuestaria (recogida expresamente en la propia Constitución, art. 134.2) no impide la posibilidad de gastos plurianuales; es decir, que haya programa aprobados por unos presupuestos que se extiendan a lo largo de varios años. No se aplicaría a estos casos el art. 52 e) ET. Ahora bien, el art. 61 de la Ley General Presupuestaria establece determinadas cautelas al gasto plurianual, y sobre todo establece una importante limitación: el desarrollo efectivo de estos programas de duración superior al año presupuestario se subordinan a la existencia de crédito que para cada ejercicio autoricen los pertinentes presupuestos. Dicho de otra manera, aunque el programa sea plurianual, el gasto de cada año no se puede realizar sino hasta el límite de lo previsto por el presupuesto correspondiente⁴⁶. Esto significa que en la prácti-

⁴⁶ PEREZ ROYO, F.: "Derecho Financiero y Tributario. Parte General", Civitas, Madrid 1997, página 360.

ca volvemos a la situación inicial: los programas plurianuales también tienen una financiación inestable, por lo que parece que es aplicable el art. 52 d) ET. En todo caso, hay que señalar como algunos autores han entendido preferible una interpretación literal del precepto, rechazando que en los programas sujetos a dotación presupuestaria plurianual sea aplicable esta causa de despido⁴⁷.

De otro lado, también en relación a esta cuestión hemos de señalar como se plantea una importante diferencia entre la redacción del Real Decreto-Ley 5/2001 y la Ley 12/2001. Mientras que al configurar la dotación económica no estable, el primero alude a programas financiados "mediante consignaciones presupuestarias anuales"; el segundo alude a programas financiados "mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales...". Es decir, con la redacción definitiva se ha producido una ampliación al ámbito de aplicación de esta causa de despido, pues la financiación de estos programas puede proceder tanto de ingresos presupuestarios como ingresos no previstos en el presupuesto, y por tanto extrapresupuestarios.

Al respecto hay que señalar que las cantidades contenidas en el presupuesto están destinadas a los fines recogidos en los propios presupuestos, de modo que no se prevé, en principio, la existencia de unos ingresos que los presupuestariamente previstos; existiendo una correspondencia entre ingresos y gastos, de modo que lo previsto para gastar en cada programa se realice. Sin embargo, cabe la posibilidad de que la Administración tenga ingresos diferentes de los previstos y no computados en el presupuesto⁴⁸. Esta posibilidad puede producirse por dos vías, a través de los créditos ampliables y por la generación de créditos. Los créditos ampliables se recogen como tales en el presupuesto, de modo que la cuantía allí señalada sólo lo sea como simple previsión, pudiendo ampliarse. Esta ampliación podrá producirse, bien por la necesidad de atender obligaciones inaplazables cuya cuantía puede modificarse a lo largo de la vigencia presupuestaria, bien por el hecho de que un programa se financie con recursos afectados a una finalidad concreta, y suceda que los ingresos por dichos recursos sean finalmente superiores a los previstos en el presupuesto.

En cuanto a la generación de créditos, se trata de supuestos en los que se generan nuevos ingresos, ya sea por aportaciones entre el Estado y los Organismos autónomos, o que procedan de otras personas y estén dedicados a proyectos de financiación conjunta; ingresos por enajenación de bienes públicos; ingresos por prestación de servicios; reembolso de préstamos; y créditos del exterior para inversiones públicas.

En definitiva, se produzca o no la financiación a través de los presupuestos o externamente a los mismos, podrá acudir a esta causa de despido objetivo.

⁴⁷ CAVAS MARTINEZ, F. y CARDENAL CARRO, M.: Op. cit., página 96.

⁴⁸ PEREZ ROYO, F.: Op. cit., páginas 365 y 366.

3.2 La causa de despido

En cuanto a la configuración de esta causa de despido, el art. 52 e) establece que las Administraciones públicas y entes sin ánimo de lucro podrán despedir a través de esta vía a sus trabajadores con contrato indefinido que hayan sido contratados para la ejecución de planes y programas sin financiación estable, cuando se produzca "la insuficiencia de al correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo".

¿Qué significa tal expresión? A tenor de la nueva regulación, podrá acudirse a esta causa de despido objetivo, simplemente cuando haya una insuficiencia presupuestaria. Es decir, está claro que con tal expresión no es necesario que el programa desaparezca del presupuesto. Es perfectamente posible que este se mantenga en el presupuesto, pero haya una reducción de la consignación presupuestaria. Ahora bien, no parece adecuado tampoco que cualquier reducción pueda generar este despido objetivo; pensemos simplemente en una reducción mínima o muy pequeña, que aunque suponga una reducción no puede justificar la extinción. Justamente por ello el legislador habla de insuficiencia y no de reducción; es decir, la reducción ha de tener una entidad tal que implique como consecuencia lógica la imposibilidad de mantener el o los contratos de trabajo. En todo caso la "insuficiencia" presupuestaria es una causa tan compleja y general que puede dar lugar a importantes conflictos interpretativos, pues una insuficiencia del presupuesto anual no tiene que saldarse necesariamente con la extinción de contratos, pudiendo dar lugar a una reorganización productiva que no implique la supresión de puestos de trabajo. Sin embargo, teniendo en cuenta que la jurisprudencia en materia de despidos por causas colectivas u objetivas plurales ha reconocido una amplia libertad de organización al empresario, de modo que la jurisdicción no pueda controlar su capacidad de organización productiva, no sería extraño que esta cuestión derivase también hacia un reconocimiento de que cualquier reducción presupuestaria de cierta entidad pueda dar lugar a la extinción de los contratos de trabajo por esta causa. En definitiva, tal como afirman CAVAS MARTINEZ y CARDENAL CARRO⁴⁹, si la consignación presupuestaria de la que dependa la ejecución del programa no distingue con claridad que parte de la misma se dedica a costes de personal, se van a producir importantes problemas interpretativos.

Para terminar hay que subrayar que la insuficiencia ha de referirse a la consignación presupuestaria específicamente destinada al desarrollo del concreto programa para cuya ejecución fue contratado el o los trabajadores afectados. No se trata, por tanto, de una insuficiencia presupuestaria general, sino concreta.

⁴⁹ Op. cit., página 96

A tenor de lo expuesto, hay que resaltar que esta causa de despido tiene realmente poco que ver con las causas de despido objetivo individual (ineptitud sobrevenida, falta de adaptación a las novedades técnicas, o excesiva morbilidad). No se trata, por tanto, de una situación en la que la decisión extintiva reposa en una causa que recae sobre el trabajador, aunque no sobre su voluntad. Muy al contrario, esta causa supone una circunstancia externa a la relación laboral, pero de enorme incidencia en su supervivencia. En realidad, tiene una íntima relación con la causa económica⁵⁰: el empresario podrá acudir a la extinción de los contratos cuando carezca de la capacidad económica suficiente como para mantener los puestos de trabajo.

Desde este punto de vista hay que plantearse realmente si era necesario una nueva causa de despido. En líneas generales habría que responder negativamente, pues no aporta en realidad una nueva capacidad extintiva al empresario. Esto se confirma si se repara en el hecho de que en la redacción del art. 52 e) ET dada por la Ley 12/2001 se añade un nuevo párrafo que no aparecía en el Real Decreto-Ley 5/2001. Este nuevo párrafo establece que cuando la extinción por esta causa afecte a un número de trabajadores igual o superior para que se considere despido colectivo, deberá seguirse el procedimiento de extinción del art. 51 ET. Es decir, se reconoce a las claras que estamos ante una causa encuadrable perfectamente en dicho precepto. Pero más aún, con la última redacción se elimina (afortunadamente) el principal aliciente o interés que para el empresario tendría esta causa de despido, que no era otro sino la posibilidad de obviar el expediente de regulación de empleo⁵¹.

¿Tiene alguna virtualidad esta causa de despido? A tenor de lo que acabamos de señalar habría que decir que muy poca. En algún caso se ha entendido que puede tener interés al entender que facilita una mayor comodidad en la prueba de la causa de despido⁵²; aunque desde mi punto de vista estimo que su principal virtualidad se plantea en la perspectiva de aislar a los trabajadores contratados para el desarrollo de concretos programas, del resto de la plantilla de la Administración o entidad sin ánimo de lucro, de modo que no puede sostenerse que si bien hay una insuficiencia de la concreta consignación presupuestaria, tales Administraciones o entes tengan ingresos por otras vías que permitan el mantenimiento de los puestos de trabajo.

Para terminar, hemos de tener en cuenta que algunos autores han puesto de manifiesto que este tipo de despido puede plantear problemas en cuanto a la

⁵⁰ En este sentido SEMPERE NAVARRO, A.V.: Op. cit., página 32. De igual manera GOERLICH PESET, J.M.: "El Real Decreto-Ley ...", op. cit., página 36.

⁵¹ Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V.: Op. cit., página 32. De igual modo RODRIGUEZ PIÑERO, M., VALDES DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.: Op. cit., página 21.

⁵² SEMPERE NAVARRO, A.V.: Op. cit., página 32.

selección de los trabajadores afectados por la extinción (por qué unos y no otros)⁵³. Entiendo que estos problemas han de resolverse siguiendo las líneas jurisprudenciales ya establecidas en materia de selección de trabajadores afectados por despido colectivo. A este respecto, aunque la regulación del art. 52 e) ET nada ha establecido en relación a si los representantes de personal tienen o no derecho preferente a la permanencia en estos casos, entiendo que dicho derecho ha de reconocérselo en virtud de la analogía con el art. 52 c) ET: si en realidad estamos ante una causa económica no parece que tenga sentido que el olvido del legislador establezca dos regímenes jurídicos diferentes en esta materia⁵⁴.

⁵³ CAVAS MARTINEZ, F. y CARDENAL CARRO, M.: *Op. cit.*, páginas 96 y 97; también ALBIOL MONTESINOS, I.: *Op. cit.*, páginas 80 y 81.

⁵⁴ En contra y a favor de entender que los representantes no tienen el derecho de prioridad de permanencia, ALBIOL MONTESINOS, I.: *Op. cit.*, página 81.