

LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR INSUFICIENCIA DE CONSIGNACIONES PRESUPUESTARIAS O EXTRAPRESUPUESTARIAS

XAVIER BOLTAINA BOSCH

*Profesor Asociado de Derecho del Trabajo
Universidad Autónoma de Barcelona**

EXTRACTO

El presente trabajo tiene por objeto exponer y analizar la abundante doctrina judicial existente sobre las irregularidades de la contratación laboral en el seno de las Administraciones Públicas y su incardinación con la nueva redacción dada al art. 52 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de julio de 2001.

Irregularidades que, a modo de sanción, han dado lugar a la singular y no poco conflictiva figura del trabajador indefinido no fijo. Es decir, un trabajador que no se integra plenamente en la plantilla, en cuanto a garantías de estabilidad se refiere, al no ser seleccionado a través de un proceso informado por las notas constitucionales de mérito, capacidad, igualdad y publicidad. Reconocida en esos términos la relación laboral, sin duda, es la solución al problema del contenido concreto de derechos y deberes de las partes la que mayor integración necesita. En particular, el modo y las consecuencias de una decisión extintiva, si procede una compensación económica a favor del trabajador en todo caso o si han de seguirse las reglas del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a la identificación de una causa y un procedimiento.

Cuestiones de interés todas a las que ahora se une, tema principal del estudio, la nueva letra e) del art. 52 del ET, que emerge como nueva causa de extinción de los contratos de trabajo y que no se presenta exenta de dudas jurídicas y de dificultades en su aplicación. Significa, en todo caso, un paso más en esa tímida corriente iniciada ya hace algún tiempo que pretende dar un tratamiento singularizado, en las normas laborales, al contrato de trabajo en la Administración Pública y que permite, una vez más, plantear si este contrato debe formar parte de las relaciones laborales de carácter especial, criterio que compartimos.

* Jefe del Servicio de Personal del área tributaria de la Diputación de Barcelona. El presente trabajo tiene su origen en la comunicación presentada a las XX Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebradas en Jerez de la Frontera en Octubre de 2001.

ÍNDICE

1. Planteamiento

2. La extinción de los contratos de trabajo en la Administración Pública al amparo del art. 52.e del Estatuto de los Trabajadores; 2.1. Justificación de la reforma del art. 52 del ET; 2.2. El contrato de obra o servicio determinado como modalidad de incorporación de trabajadores a planes y programas sin dotación económica estable

3. La nueva causa de extinción: particularidades en su aplicación; 3.1. Modalidad de contrato afectado por el art. 52.e del ET; 3.2. Trabajadores contratados; 3.3. Administración o entidad sin ánimo de lucro; 3.4. Causa de la extinción; 3.5. Procedimiento y efectos del despido

4. A modo de conclusión

1. PLANTEAMIENTO

La reforma laboral del año 2001 supuso, primero a través del Real Decreto Ley 5/2001 de 2 de marzo y posteriormente con la Ley 12/2001 de 9 de julio, la introducción de una nueva causa de extinción de los contratos de trabajo que afecta exclusivamente a las Administraciones Públicas y a las entidades sin ánimo de lucro. Tal posibilidad se prevé en el art.52 del ET, lo que supone una nueva causa de extinción por causas objetivas¹.

La cuestión plantea, *ab initio*, una reflexión en torno a la presencia del personal laboral en el seno de las Administraciones Públicas, presencia que fue clarificada por la STC 99/1987 de 11 de junio y de nuevo tratada en la STC 37/2002 de 14 de febrero. De una y otra se desprende que el régimen ordinario de prestación de servicios en la Administración pública es el funcionarial, en tanto que sólo a través de Ley, como excepción, podrán determinarse los supuestos en que será posible la contratación laboral.

Para el ámbito estatal, tal previsión aparece recogida, para la Administración General y las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en el art. 15.1.c de la Ley 30/1984 de 2 de agosto de medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), según redactado dado por las leyes 23/1988 de 28 de julio y 42/1994 de 30 de diciembre. Según este precepto, la generalidad de los puestos deben ser cubiertos por personal funcionario, exceptuándose todo un conjunto de puestos en los que será posible el recurso al contrato de trabajo. Esta posibilidad, potestativa, afecta a una

¹ Aunque la nueva causa de despido incluye también a las entidades sin ánimo de lucro, nos centraremos fundamentalmente a lo largo del texto en las dudas y discusiones que el precepto ocasiona a las Administraciones públicas, sin perjuicio de algunas referencias específicas que también efectuaremos a las citadas entidades.

larga y desconexa relación, fruto más de una realidad fáctica que de una lógica jurídica, y que ha sido asumida por una mayoría de normas autonómicas²; entre estos puestos destacan los de naturaleza no permanente, los de carácter periódico y discontinuo, puestos propios de oficios, puestos de carácter instrumental de todo un conjunto variopinto de áreas (mantenimiento y conservación de edificios, artes gráficas, encuestas, protección civil, expresión artística, etc.), puestos de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos de funcionarios a tal efecto y puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo.

En el ámbito local, el esquema se articula en torno al art.92.2 de la Ley 7/1985 de 2 de abril de Bases del Régimen Local. La norma, promulgada un año después de la LMRFP, no fue adaptada a la lógica del nuevo art. 15.1.c de esta última, según dicción de 1988, por lo que ha dado pie a dudas sobre su constitucionalidad, que fueron planteadas abiertamente por el TSJ de Cataluña mediante Auto de 26 de noviembre de 1993, resuelto finalmente por la STC 37/2002 de 14 de febrero, que declara al precepto plenamente constitucional. En concreto, el art.92.2 de la LBRL establece que las funciones públicas ejercidas en las Corporaciones Locales deben quedar exclusivamente reservadas al personal funcionario, englobando entre aquéllas funciones las que impliquen ejercicio de autoridad, las atribuidas a los Cuerpos de habilitación de carácter nacional y, en general, todas aquellas que en desarrollo de la LBRL se reserven a los funcionarios *“para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”*.

Planteadas en estos términos la presencia del personal laboral en las Administraciones Públicas, no debe de extrañar que exista ya, en el tiempo presente, una abundantísima recopilación de jurisprudencia y de tratados y comentarios doctrinales que no sólo debaten los límites de esa presencia (de ello son buena prueba las citadas SSTC 99/1987 y 37/2002) sino también las modulaciones y singularidades que caracterizan al citado personal.

Ello es así a pesar de que la normativa no parece atribuir, aparentemente, al personal laboral de las Administraciones ninguna especificidad, a tenor del art.7.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 que establece que *“son trabajadores al servicio de la Administración civil los contratados por ésta con dicho carácter, de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable”* o el art. 177.2 *in fine* del R.D. Legislativo 781/1986 de 18 de abril que prevé que el régimen de las relaciones del personal laboral de los entes locales *“será, en su integridad, el establecido en las normas de*

² Vid., al respecto, art.12.2 de la Ley 6/1985 de función pública de Andalucía, art.30 del Decreto Legislativo 1/1997 de función pública de Cataluña o art.19 de la Ley 6/1989 de función pública del País Vasco.

Derecho Laboral". Sin embargo, tal posición legal no es correcta, sino que jurídicamente las mencionadas singularidades existen, y con gran fuerza, fruto de una triple influencia: del ámbito normativo legal y reglamentario, de la negociación colectiva y de la jurisprudencia.

La última de ellas, la jurisprudencia, ha supuesto una fuente permanente de estudio a propósito de estas especificidades. Baste decir, al respecto, que de ella emana la extraña pero ya consolidada figura del "*trabajador indefinido no fijo*", frente a la figura tradicional del trabajador fijo, construcción que vio la luz en las SSTs 20-1-1998 y 21-1-1998, aunque con antecedentes desde 1996, o la excedencia voluntaria por incompatibilidad. En cuanto a la negociación colectiva, numerosos textos han intentado aproximar el régimen laboral al funcional en aquello que puede ser más favorable y así no es extraño que normas disciplinarias de los funcionarios, sistema retributivo o licencias y permisos hayan sido trasplantadas del ámbito estatutario al laboral.

Sin embargo, es en el ámbito legal y reglamentario donde con mayor claridad se ha modulado esa aplicación general de la norma laboral, con gran intensidad a partir de la promulgación de la LMRFP. Así, numerosos preceptos de normas de función pública son aplicables a los trabajadores, estableciendo un régimen singular (p.ej., régimen selectivo, régimen de incrementos retributivos, ordenación de los puestos de trabajo, etc.) cuando no toda la norma o gran parte de ella (así, la Ley 53/1984 de 26 de diciembre de incompatibilidades); igualmente, determinadas leyes de función pública autonómicas se han hecho eco de tales singularidades y en una actitud más certera —a diferencia de la LFCE o el TRRL, antes mencionados— se refieren a la aplicación del derecho laboral con carácter general, pero apreciando las especificidades propias en un empleado público. Así, el art. 16.3 de la Ley 6/1985 de la Función Pública andaluza prevé que el personal laboral está sometido al Derecho del Trabajo, pero igualmente subordinado al principio de primacía del interés público y al deber de desarrollar la actividad profesional con sujeción al interés del servicio y actuando "*siempre*" con objetividad, diligencia, profesionalidad, imparcialidad, sometimiento pleno a la ley y al derecho y atención a los administrados (art.2.3, por remisión expresa del art. 16.3), previsiones todas aplicables a trabajadores y funcionarios públicos, señalándose también que el contenido y efectos de la relación de empleo será la del derecho laboral, en tanto que los actos preparatorios a su constitución se registrarán por el derecho administrativo e insistiéndose en que la Administración conservará en todo caso su potestad organizativa en razón del interés del servicio (art.32.2).

Debe destacarse que tales singularidades no aparecían por lo común en el Estatuto de los Trabajadores y normas laborales, sino que como hemos podido señalar se desprenden de normas promulgadas en el ámbito de la función pública. Sin embargo, en los últimos años precisiones de este tipo han surgido, discretamente, también en normas estrictamente laborales. Ejemplo de ello es

el contrato de interinidad para un proceso selectivo o de promoción, con sus precisiones *ad hoc* para la Administración Pública (art. 4 del R.D. 2720/1998), las exclusiones de bonificaciones o reducciones de cuotas a la Seguridad Social (art. 2.b del R.D. Ley 11/1998 y art.14 del R.D. ley 16/2001, entre otros), el régimen de los procesos electorales (DA 3ª del R.D. 1844/1994) o las particularidades de los contratos para la formación de las Escuelas-Taller y Casas de Oficios (art.11 del ET y DA 1ª del R.D.488/1998). En este grupo debe añadirse la reciente reforma del art.52 del ET, acaecida durante el año 2001, que con la incorporación de la letra e) ha establecido una nueva causa de despido objetivo dirigido fundamentalmente a la Administración Pública, aunque también a las entidades sin ánimo de lucro.

2. LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL AMPARO DEL ART.52.E DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Por lo que se refiere al objeto del presente comentario, debe recordarse que de conformidad con el redactado finalmente dado al art.52 del ET a través de la Ley 12/2001, será posible la extinción *“en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”*. Así mismo, el ET prevé que cuando tal extinción *“afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de la Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo”*.

El nuevo precepto, que se configura como una nueva causa de despido objetivo, plantea problemas diversos, a los que no es ajeno el elemento subjetivo de esta modalidad de despido, por cuanto afectará fundamentalmente a los trabajadores de las Administraciones Públicas, si bien también será de aplicación a las entidades sin ánimo de lucro (en lo sucesivo, ESAL). En las siguientes líneas procederemos a plantear algunos de esos problemas y las posibles consideraciones e interpretaciones jurídicas que se derivan.

2.1. Justificación de la reforma del art. 52 del ET

Ninguna alusión a los motivos de esta inclusión podía localizarse en la Exposición de Motivos del R.D. Ley 5/2001. Sistemáticamente aparecía en el art.3 –incluido en el Capítulo I del R.D. Ley– sin ningún avance en la referida EM sobre las razones que llevaron al Gobierno a su inclusión, por vía de urgencia, como una nueva causa de extinción del contrato de trabajo, hasta el

punto de haber sido calificada como uno de los aspectos más confusos de todo el proyecto de ley tramitado en el Parlamento³. De nuevo, la EM de la Ley 12/2001 de 9 de julio vuelve a ignorar cualquier referencia justificativa, por lo que únicamente puede buscarse en las reflexiones formuladas por la doctrina científica y, muy especialmente por cuanto es revelador del parecer de los grupos políticos, en el trámite parlamentario.

En concreto, se ha afirmado que la inclusión de esta nueva causa de extinción radica en un cierto temor a que en el futuro pueda darse un cambio en la jurisprudencia, hasta el momento habilitadora del recurso al contrato temporal como fórmula para cubrir esta contingencia⁴: la contratación de trabajadores vinculados a partidas presupuestarias o extrapresupuestarias dependientes de entes diferentes a la entidad contratante⁵; también se ha apuntado⁶ como

³ Así se expresaba la enmienda núm.85 presentada por el grupo federal de Izquierda Unida (BOCG núm. 37-6 de 27-4-2001, págs.80-81).

⁴ La doctrina señala las dudas planteadas por algunos pronunciamientos judiciales en torno a la causa del contrato de obra o servicio basada en subvenciones o ayudas externas. Aunque entendemos que la jurisprudencia actual es clara, es cierto que pueden localizarse pronunciamientos ambivalentes o con matizaciones que introducen ciertas dudas jurídicas. Vid., al respecto, STSJ de Galicia de 10-5-2001, FD 4º (AS.1161). La STSJ de Canarias de 28-2-2001 (AS.3134) efectúa un interesante estudio de lo que denomina “concepto amplio” y “concepto estricto” de subvención, para concluir que no toda subvención externa habilita al contrato de obra o servicio: “...la Comunidad Autónoma se vale del Ayuntamiento para la realización de unos gastos que le son propios y que, por razones de técnica organizativa, aparecen encomendadas a órganos e instituciones más próximas al usuario. En este estado de cosas, erigir la subvención en catalizador de la naturaleza de las relaciones laborales (...) resulta solución totalmente desmesurada...” (FD 5º). También la STSJ de la Comunidad Valenciana de 6-5-1997 (AS.1601) adopta un criterio restrictivo al afirmar que “...nunca la existencia de una subvención justifica por sí misma una contratación temporal de un trabajador, pues para ello lo que hace falta es que éste se encuentre en alguna de las situaciones causales del art.15.a) que nada tienen que ver con el dinero, ni tampoco puede fundarse en su falta la extinción de la relación”.

⁵ En este sentido ya se manifestó desde un primer momento Miguel CARDENAL CARRO en AA.VV: “La reforma laboral de 2001. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2001 de 2 de marzo”. Aranzadi Editorial. Pamplona, 2001, pág.94. y, posteriormente, en “Análisis de la Ley 12/2001 de 9 de julio. La reforma laboral de 2001”. Aranzadi Editorial. Pamplona, 2001, págs.135-136.

⁶ Así lo plantea María José MATEU CARUANA: “La quinta causa de despido objetivo”. Tribuna Social, núm.127/2001, págs. 47-48, que por lo demás califica de demagógica la Ley 12/2001 por pretender al mismo tiempo potenciar la estabilidad en el empleo y crear una nueva causa de despido (pág.48), causa ésta que considera basada en una “decisión de fácil manipulación y premeditación que permite acabar sin más trámite con las relaciones laborales...” (pág.46). En este sentido, si la razón fuera tal necesidad hubiera tenido lógica la propuesta del grupo socialista de que la causa de extinción se regulara en una Disposición Transitoria o en una Disposición Adicional, pero no incorporarla estructuralmente al ET (intervención del diputado Ramón JÁUREGUI ATONDO, BOCG núm.229 de 8-5-2001, págs.3285-6). Sin embargo, creemos –como tendremos ocasión de plantear a lo largo de este estudio–, que el despido regulado en el art.52.e del ET trasciende al supuesto planteado por la Profsa. MATEU CARUANA y de las consideraciones formuladas por el grupo parlamentario socialista, por lo que su inclusión, sistemáticamente, en el art.52, con independencia de las valoraciones jurídicas y políticas que puedan hacerse, es adecuada.

causa justificadora el poder gestionar la extinción de los contratos de trabajo de los algo más de mil empleados de los Fondos de Promoción de Empleo nacidos por Real Decreto 335/1984 (utilizados como fórmula para solventar la situación de desempleo de los excedentes laborales de los Planes de reconversión industrial de la década de los ochenta) razón que a nuestro juicio nos parece operativa y justificadora de una reforma del texto legal del ET.

A estos factores también se pueden sumar dos razones a nuestro juicio más acentuadas, la primera de las cuales creemos que es la ciertamente clave en este proceso de reforma de la norma estatutaria.

En primer lugar, la nueva causa simplifica los requisitos exigidos para extinguir el contrato de trabajo en las Administraciones Públicas por las razones expuestas en el art.52.e del ET, ya que hasta el momento tal causa debía subsumirse en las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción del art.52.c del ET, de tratamiento bastante restrictivo por parte de la jurisprudencia⁷.

Es cierto que en cuanto a la extinción vinculada a las subvenciones, ayudas e ingresos de carácter externo, el Tribunal Supremo ha estimado, en unificación de doctrina, que la reducción o pérdida de aquéllas que tengan el citado carácter externo es causa justificadora de la aplicación del art.52.c, pues contribuye a la mejoría económica de la empresa, superando una situación deficitaria⁸, pero ello se justificará más en pequeñas entidades públicas que en medianas o grandes Administraciones. Éstas últimas, en aplicación del art.52.c o 51 del ET tendrán dificultades para proceder a tal extinción, habida cuenta que en el primer caso la decisión extintiva basada en causas económicas deberá contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, en tanto que en el resto de causas la finalidad deberá ser superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la Administración, circunstancias de

⁷ Un estudio detallado puede consultarse en José Ma. GOERLICH PESET y Luis Enrique NORES TORRES: *“Reestructuración de plantillas en los entes locales: un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en la Administración Pública”*. Justicia Laboral, núm.4/2000. También en Manuel LUQUE PARRA: *“El despido por causas empresariales en el ámbito de las Administraciones Públicas”*, en AA.VV: *“Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”*, volumen I. MTAS. Madrid, 2001, págs.913-933.

⁸ En este sentido, la STS 28-1-1998 (Ar.1148), si bien el pronunciamiento se refiere a una organización no gubernamental. El Tribunal unifica la doctrina contradictoria entre las SSTSJ del País Vasco de 28-2-1997 y 31-5-1996. También la STSJ de Asturias de 27-7-2001 (AS.1916), relativo a un centro educativo cuya financiación derivaba por completo del concierto educativo firmado con la Comunidad Autónoma.

por sí de difícil incardinación en un ente público⁹, máxime cuando algunos pronunciamientos judiciales, en base a criterios “rigurosamente restrictivos” requieren la concurrencia de “*circunstancias verdaderamente especiales y extraordinarias que justifiquen y permitan entender razonable esta medida en un ámbito tan singular como es el de la actividad desarrollada...*” (STSJ de Cataluña de 9-3-1999 AS.384), aunque ello no impida que se reconozca con claridad que es posible su aplicación a las entidades públicas sin ningún tipo de dudas, pero siempre “*teniendo en cuenta la naturaleza pública de la entidad empleadora, con distinto alcance que en el ámbito de la empresa mercantil*” (STSJ de Cataluña de 11-12-2001, AS.391); el mismo razonamiento en cuanto a las finalidades previstas en el art.51 de la norma laboral.

Por consiguiente, con la nueva causa del art.52.e) el despido no dará lugar a dudas, pues podrá ser aplicado sin mayor dificultad por todo tipo de entidades, independientemente de su tamaño y del volumen de sus ingresos y gastos y con independencia también de sus posibilidades presupuestarias o de su mayor facilidad para la recolocación de los trabajadores: simplemente deberán acreditar la insuficiencia de la consignación económica, sin que tal circunstancia afecte al funcionamiento o estabilidad de la entidad pública, aunque sin duda coadyuvará a favorecer una mejor gestión de la organización, sus recursos humanos y especialmente los intereses generales, por cuanto los trabajadores adscritos a los referidos Planes y Programas ya no serán necesarios al desaparecer parcial o totalmente los mismos.

La misma anterior reflexión debe aplicarse a las ESAL, un sector emergente de gran importancia en la última década. El “*Libro blanco de la economía social en Cataluña*” acredita el crecimiento de este sector emergente,

⁹ Las SSTSJ de Cataluña de 9-3-1999 (AS.384) y 13-7-1999 (AS.2880) literalmente señalan “*la dificultad que entraña admitir la posibilidad de que un organismo de la Administración Pública pueda acudir a esta modalidad de extinción del contrato de trabajo, pues que duda cabe que una norma de este tipo se ha dictado pensando exclusivamente en las empresas que actúan en el mercado teniendo como finalidad exclusiva la obtención de beneficios con el desarrollo de su actividad mercantil. No es ésta la finalidad de un Ayuntamiento, sino la de prestar servicios a los ciudadanos, gestionando aquellas actividades e intereses de carácter público de la comunidad que tengan atribuidas por Ley o que estimen adecuado asumir en función de sus propias competencias y libertad de decisión al respecto, sin que en ningún caso la finalidad de obtener un beneficio patrimonial sea la causa que justifique su prestación...*”. En este sentido, Manuel LUQUE PARRA (“*El despido...*”, ob. cit., págs. 914 y 922) recuerda que la noción de competitividad no es, por sí misma, un valor de actuación pública permitido constitucionalmente, en tanto que la Administración igualmente está obligada a prestar determinados servicios aunque sean deficitarios; en cambio, criterios como la viabilidad futura del ente público y la necesidad de controlar el déficit público, a pesar de la asunción de actividades deficitarias, han sido valoradas como necesarias por la propia doctrina judicial en supuestos de reconocimiento de la aplicación del art.52.c del ET (STSJ de Cataluña de 12-2-2001, AS.1567).

protagonizado por la sociedad civil y cuya finalidad es servir al interés general de las comunidades donde se ha desarrollado¹⁰; según los estudios de la Comisión Europea se prevé un mayor crecimiento en el futuro, hasta el punto que se valora que en el ámbito de la Unión hay un potencial de creación de nuevos empleos cifrado en diez millones de puestos de trabajo únicamente en el sector de servicios a las personas (servicios sociales, recreativos, educativos, sanitarios y de asistencia personal), reconociéndose que en el caso de España tal crecimiento se explica (en el presente actual y en el futuro) porque todas estas entidades asumen las funciones de Administraciones públicas, especialmente locales y autonómicas, en régimen de externalización¹¹. En este estudio se destaca que todo el potencial de crecimiento del sector y del empleo vinculado al mismo puede verse limitado por un conjunto de obstáculos, algunos institucionales y de financiación, pero también legislativos y, en esta línea, creemos que la inclusión de las ESAL en el art.52.e del ET y la flexibilización del despido en los supuestos que aquí estudiaremos, se configura como una opción del legislador que, conjuntamente a lo antes señalado para el ámbito de las Administraciones públicas, son las razones destacadas que justifican la reforma del ET.

Una segunda justificación creemos que es posible buscarla en la voluntad del legislador de fomentar *“un empleo más estable y de mayor calidad (...) introduciendo nuevas regulaciones en los muy diversos aspectos de la contratación laboral y del desarrollo de las relaciones laborales que puedan incidir positivamente en el crecimiento del empleo y la mejora de su calidad”* (EM de la Ley 12/2001). Si bien tal principio no aparece referido a la nueva causa de despido, su resultado sí puede subsumirse, habida cuenta que con ésta las Administraciones Públicas y las ESAL parecen invitadas a formalizar contratos fijos –en lugar de los habituales temporales, sobre todo de obra o servicio determinado- y a extinguirlos con indemnización si desaparece o se

¹⁰ Las cifras referidas en este caso a lo que ha venido a denominarse *“economía social”*, *“tercer sector”* o *“tercer sistema”* suponen reconocer que en el ámbito de la Unión europea la *“economía social”* representa el 6,45% del empleo total y el 7,78 del empleo remunerado. Según el mismo estudio, si se contabiliza el trabajo voluntario en el seno de las organizaciones sin ánimo de lucro, asimilando cada 8 horas de tarea voluntaria a un puesto de trabajo a tiempo completo, se alcanzaría un 10 por 100 del empleo total. En cuanto a España, los estudios del año 1999 cifraban en más de cuatrocientos mil los puestos de trabajo en el ámbito de cooperativas, sociedades laborales y mutualidades de previsión social, a los que debían añadirse casi quinientos mil puestos remunerados a tiempo completo en fundaciones y asociaciones (cifras del año 1995), concluyéndose que en los últimos años más del 50 por 100 de los puestos de trabajo de la economía social en España han sido creados en el seno de las ESAL.

¹¹ *“Llibre blanc de l'economia social a Catalunya”*. Coordinado por la Dra. Isabel VIDAL MARTÍNEZ, de la Universidad de Barcelona. Departamento de Trabajo de la Generalitat de Catalunya. Barcelona, 2001. El contenido completo del informe puede encontrarse en www.gencat.es/treball.

reduce la dotación económica¹² pero también es evidente que se trata de una opinión más orientativa o de tendencia que un criterio con soporte legal, pues de haberse querido limitar tal contratación temporal se hubiera así establecido en el art.15 del ET restringiendo el contrato de obra o servicio vinculado a subvenciones o ayudas externas¹³; por ello, nos sumamos a quienes han valorado la posible fuerza estabilizadora en la contratación que otorga el nuevo art.52.e del ET, invitando al recurso del contrato fijo, pero a su vez de introducción de flexibilidad empresarial cara a la extinción, por lo que bien puede afirmarse que con el precepto se asume una “*función híbrida*” entre uno y otro objetivo¹⁴.

Una tercera justificación ha perdido virtualidad por el camino, entre la promulgación del R.D. Ley 5/2001 y la Ley 12/2001. Se razonó que el inicial art.52.e del ET permitía también extinguir el contrato fijo cuando hubiera sido formalizado para llevar a cabo una contrata por parte de un empresario contratista con la Administración; se calificaba al nuevo precepto como un mecanismo que ayudaba a perder el temor de los contratistas para vincularse con contratos fijos así como incentivar la contratación fija en un sector con tanta precariedad como es el de los contratistas públicos¹⁵. Sin embargo, tal posibilidad a nuestro juicio ha desaparecido en el art.52.e según la Ley 12/2001, que sólo permite la extinción cuando es la Administración o una ESAL la que contrate directamente, como tendremos ocasión de plantear en su momento.

Todo lo expuesto nos permite una consideración final, que afecta al art.52.e y a la reforma llevada a cabo por la Ley 12/2001, según la cual todo este proceso legislativo ha supuesto más ventajas para la gestión de las Administraciones Públicas que lo que ha significado para el sector privado¹⁶.

¹² En este sentido se pronuncia José Ma. GOERLICHT PESET: “*El Real Decreto-ley 5/2001 de reforma del mercado de trabajo: análisis y balance de urgencia*”. Justicia Laboral, núm.6/2001, págs.35, que por otro lado considera la licitud del recurso al contrato de obra o servicio determinado como una incorrecta interpretación, dudas que extiende a los contratos de tal índole en base a una contrata o concesión administrativa. En el mismo sentido, Carlos L. ALFONSO MELLADO: “*La primera reforma laboral del milenio. Comentarios al R.D.L. 5/2001 de 2 de marzo*”. Instituto Valenciano de Estudios Sociales. Valencia, 2000, págs. 46-47.

¹³ Así se manifiesta Ignacio ALBIOL MONTESINOS en AA.VV: “*La reforma laboral en el real decret-ley 5/2001.*”, ob. cit., págs.76-77.

¹⁴ En estos términos, Ricardo ESCUDERO RODRÍGUEZ: “*Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001*”. Relaciones Laborales, núm.10/2001, pág.138.

¹⁵ Ignacio ALBIOL MONTESINOS en AA.VV: “*La reforma laboral...*”, ob. cit., pág.79.

¹⁶ José M. CAÑAL RUIZ y M.D. RUBIO DE MEDINA: “*El Estado como mayor beneficiario de la reforma laboral (RD Ley 5/2001 de 2 de marzo)*”. TSJ y AP. Revista quincenal. Aranzadi Editorial, núm.6, julio 2001, págs.16-17.

A nuestro juicio, más que una reforma con ese resultado lo que si entendemos es que el gobierno primero y el legislador después ha tenido en cuenta con mayor intensidad que en otras ocasiones el papel de las Administraciones como empleadoras o sujetos integrantes del marco de relaciones laborales español, pero tal consideración no nos parece ni incorrecta ni perjudicial sino, al contrario, un factor de adaptación y modernización de aquéllas a la nueva realidad económica y social.

2.2. El contrato de obra o servicio determinado como modalidad de incorporación de trabajadores a planes y programas sin dotación económica estable

La generosa utilización por parte de las Administraciones Públicas de los contratos temporales ha dado pie a dos parámetros que califican este recurso sistemático¹⁷: de un lado, el elevado grado de “comprensión” que la jurisprudencia ha mantenido y mantiene hacia las entidades públicas ante las irregularidades y disfunciones que tal uso comporta, pero también en cuanto a la idiosincrasia propia de los entes públicos y de las consecuencias de tales prácticas incorrectas, de lo que es buena prueba la antes citada doctrina judicial sobre los “*trabajadores indefinidos no fijos*” y, por otro lado, la consideración de auténtico abuso, cualitativa y cuantitativamente hablando, de esta utilización¹⁸.

En este sentido, y sin ánimo de exhaustividad, debe señalarse que la jurisprudencia viene manteniendo en los últimos tiempos una clara aceptación del contrato de obra o servicio vinculado a subvenciones o fondos externos a la entidad contratante, en lo que ha venido a denominarse proceso de “flexibilización del soporte de la temporalidad”¹⁹. Así, se ha afirmado que vincular la

¹⁷ Miguel CARDENAL CARRO: “*La reforma...*”, ob. cit., pág.94.

¹⁸ Aunque es difícil facilitar datos objetivos, habida cuenta la pluralidad de entidades públicas existentes en España (sólo los Ayuntamientos superan los 8000 en toda España) de base territorial y no territorial así como la existencia de diferentes regímenes jurídicos que tienen como punto en común la precariedad en el vínculo (contratos laborales, interinidades funcionariales, trabajos de colaboración social, personal eventual de confianza o asesoramiento especial, etc..) el incremento de tal precariedad es significativa. En 1966 se cifraban en 11.399 los efectivos humanos en esta situación en la Administración del Estado, alcanzado ya los 77.616 empleados en 1984. El profesor Fernando SAINZ MORENO cifraba en el 2 por 100 de las plantillas la precariedad en 1988. En la actualidad, tras la consolidación del estado autonómico y la eclosión de servicios que prestan las corporaciones locales, la cifra es mucho más elevada. A falta de datos exactos, base citar que las organizaciones sindicales barajan una media del 22 por 100 de tasa de empleo temporal, sobrepasándose en muchos entes el 30% (datos ofrecidos en la conferencia del coordinador del área pública de CCOO pronunciada en Barcelona el 17-5-2001). El proceso de consolidación del empleo temporal de los servicios públicos de la salud iniciado en 2001, incluso mediante la promulgación de una ley específica, acredita también esta problemática.

¹⁹ Aureliano DESDENTADO BONETE y Ana DE LA PUEBLA PINILLA: “*La contratación temporal en la unificación de doctrina*”. Justicia Laboral, núm.1/2000., págs.50-51.

duración del contrato de obra o servicio a “*la persistencia de la subvención necesaria para su funcionamiento, cuando esta subvención procede de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria del propio empleador, no es acto que pueda estimarse abusivo, en fraude de ley o contrario a Derecho y sí, por el contrario, susceptible de ser encuadrado en el contrato por servicio determinado...*”, pues se dan las circunstancias que lo incardinan en tal modalidad contractual: la actividad adquiere autonomía y sustantividad propia dentro de las tareas o funciones ordinarias de la entidad pública y la duración es incierta por cuanto depende de un acuerdo, convenio o concierto con una tercera entidad (por lo general pública, de ámbito territorial superior a la contratante) y a la concesión de la correspondiente subvención, ayuda o fondos (STS 28-12-1998, FJ 6º, Ar.387/1999). Este criterio jurisprudencial parece lo suficientemente consolidado como para poder afirmar que hasta la aparición de la nueva cláusula de extinción, la fórmula más habitual de hacer frente a las necesidades de personal por los entes públicos en el supuesto referido era el contrato de obra o servicio determinado²⁰ y en menor medida el contrato eventual y estableciéndose que en estos supuestos, el contrato se extingue por la completa realización del programa sujeto a ayuda o subvención o por la finalización del mismo a causa de la falta de la subvención, que impediría su continuidad, razones todas ellas a las que se añadirían las fórmulas ordinarias y extraordinarias de finalización de los contratos temporales o fijos (STSJ de la Comunidad Valenciana de 10-11-2001, AS.1384).

3. LA NUEVA CAUSA DE EXTINCIÓN: PARTICULARIDADES EN SU APLICACIÓN

El art.52 del ET establece lo que ha venido a denominarse despido por causas objetivas. Todas las situaciones allí previstas tienen la característica común de que no hay un incumplimiento contractual del trabajador, aunque pueden distinguirse dos grupos: las vinculadas a la capacidad del trabajador para desarrollar el trabajo asignado y las que tienen su justificación en razones de funcionamiento de la empresa.

²⁰ Entre los más recientes pronunciamientos judiciales en igual sentido pueden citarse las SSTS 11-11-1998 (Ar.9623) y 18-12-1998 (Ar.307/1999) y las SSTSJ de Andalucía de 11-2-2000 (AS.559), La Rioja de 20-6-2000 (AS.2719), Extremadura de 11-7-2001 (AS.3402) y Asturias de 11-1-2002 (AS.414). Sobre la posibilidad de que la contratante no sea una Administración, sino una entidad o asociación que recibe subvenciones o ayudas de un ente público, vid. SSTSJ de Aragón de 30-1-2001 (AS.69), 26-2-2001 (AS.151) y 17-4-2001 (AS.1204). Un análisis detallado de la cuestión puede encontrarse en Luis Miguel CAMPS RUIZ: “*La contratación laboral temporal*”, 2ª edición, 1998. Tirant lo blanch, colección laboral nr.22. Valencia, 1998, págs.50-56; también en Jesús R. MERCADER UGUINA: “*La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Tirant lo blanch, colección laboral nr.76. Valencia, 1999, págs.35-37.

Entre las primeras se incluirían la ineptitud del trabajador y la falta de adaptación de este a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo (art.52, letras a) y b). En cuanto a las segundas, sin duda el despido por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción del art.52.c y, con las matizaciones necesarias, la del art.52.d (faltas de asistencia al trabajo en un clima concreto de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo). Tras la reforma del art.52, con la nueva causa introducida por la letra e), ésta también se ubicaría en el segundo grupo.

Diversas son las cuestiones en torno a las cuales creemos conveniente reflexionar, por cuanto del texto legal se derivan dudas y problemas significativos.

3.1. Modalidad de contrato afectado por el art. 52.e del ET

El nuevo art. 52.e del ET plantea una redacción que hace dudar de la modalidad contractual a emplear o, cuanto menos, sobre la naturaleza inicial de ésta. Así, indica que en el supuesto de “*contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados...*” será posible su extinción por insuficiencia de la consignación presupuestaria o extrapresupuestaria. Esta dicción es ciertamente ambivalente y merece un análisis en detalle.

En primer lugar, creemos que el uso del término “*contratos por tiempo indefinido*” puede dar origen a una confusión terminológica, en vista de la doctrina del Tribunal Supremo que distingue entre trabajadores fijos y trabajadores vinculados por un contrato indefinido, en el ámbito de las Administraciones Públicas. Tal distinción parte de considerar fijo a aquel trabajador que ha adquirido esta condición habiendo superado un proceso selectivo público en el que se hayan respetado los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, en tanto que se califica como indefinido no fijo a aquel empleado laboral que no ha superado un proceso con los referidos requisitos pero que por aplicación de la normativa laboral debería adquirir la condición de fijo (contrato temporal en fraude de ley, irregularidades en la contratación temporal, subrogación desde una empresa privada, cesión ilegal), por lo que de conformidad con la citada doctrina, el trabajador pasa a un estatus singular como “*indefinido no fijo*” que comporta la permanencia en la plaza hasta su cobertura reglamentaria²¹.

²¹ Un estudio del régimen jurídico del personal indefinido no fijo puede encontrarse en nuestro trabajo “*Treballadors fixos i treballadors amb contracte indefinit no fix: la resposta judicial a les irregularitats en la contractació temporal a l'Administració Pública*”. *Quarderns de Dret Local*, núm.23/1999, págs.72-80.

No creemos que el art. 52.e del ET deba ser analizado desde esa óptica, sino que el término “*indefinido*” es empleado por el legislador con idéntico alcance que fijo²² y la duda surgirá, como tendremos a continuación la oportunidad de estudiar, sobre si también los indefinidos no fijos pueden ser afectados por el despido objetivo aquí previsto.

En segundo término se hace también preciso analizar las diferentes posibilidades ante las cuales puede encontrarse una Administración pública o una ESAL, en base a la dicción literal de que será posible la extinción si el contrato indefinido fue concertado directamente para la ejecución de planes y programas públicos determinados.

Creemos que será un supuesto altamente extraño que una Administración –no así una ESAL, aunque la problemática será otra, como luego tendremos ocasión de plantear– proceda a contratar *ab initio* a un trabajador fijo para llevar a cabo un plan o programa público determinado vinculado a una subvención, ayuda o fuente de financiación externas. Lo común y más general es que opte por el contrato temporal y se plantee posteriormente su conversión en indefinido; incluso si optara por un contrato fijo, la realidad administrativa lo haría altamente difícil, por cuanto es casi imposible cumplir los plazos temporales que la ley impone.

La anterior reflexión se deriva del hecho de que la cobertura de una plaza fija como personal laboral requerirá su inclusión en la relación de puestos de trabajo y plantilla, la aprobación de la Oferta de Empleo Público (y su publicación en los diarios oficiales correspondientes), la aprobación de las bases de la convocatoria y su publicación y la celebración de un proceso selectivo formal. Todo ello puede suponer un período mínimo de seis meses a un año, plazo escasamente operativo en relación a un puesto de trabajo que depende de la concesión de una subvención o fuente de financiación externa: la Administración no aprobará y convocará la plaza hasta tener plena seguridad de la concesión de la subvención o ingreso, y a partir de ese momento el procedimiento de cobertura debería ponerse en marcha. Por ello, lo más procedente será la cobertura de la plaza mediante contrato de interinidad, la convocatoria para su provisión por personal fijo y la consolidación de la situación del interino o mediante una tercera persona si aquél primero no supera el proceso.

Un segundo argumento, también ciertamente importante, que mediatiza la procedencia de un contrato fijo para este tipo de supuestos, es el que enlaza

²² El voto particular a las SSTs 20-1-1998 (Ar.1000) y 21-1-1998 (Ar.1138) así ya lo reconocía, al señalar que en la legislación laboral los términos fijo e indefinido son empleados de forma indistinta. A los ejemplos allí mencionados cabría añadir, según nuestro parecer, el nuevo art.52.e del ET.

esta relación laboral con las previsiones de función pública. Hemos tenido ocasión de exponer al inicio que el art.15.1.c de la LMRFP permite la contratación laboral para los puestos de naturaleza no permanente, que según la doctrina son en gran medida los vinculados a subvenciones y ayudas externas al ente público²³; tal posibilidad se ha articulado en iguales o muy parecidos términos en las leyes de función pública autonómicas²⁴.

Sin embargo la legislación no establece la obligatoriedad de que los puestos no permanentes estén incluidos en las relaciones de puestos de trabajo y en las plantillas de las Administraciones. Al contrario, el art.15 de la LMRFP prevé que no será requisito necesario “cuando se trate de realizar tareas de carácter no permanente mediante contratos de trabajo de duración determinada y con cargo a créditos correspondientes a personal laboral eventual o al capítulo de inversiones” (art. 15. 1. f *in fine*) en tanto que en el ámbito autonómico se sigue parecido esquema: así, la ley permite que la Junta de Andalucía establezca dotaciones presupuestarias globales para retribuir trabajos ocasionales o urgentes que no correspondan a puestos incluidos en las Relaciones de Puestos de Trabajo, en razón a su carácter no permanente o imprevisible (art. 13. 2 de la Ley 6/1985). La coherencia de ambos preceptos ha supuesto que desde un principio se defendiera que estos contratos fijos afectados por subvenciones se incluyeran en el apartado de contratos vinculados al capítulo de inversiones citado²⁵ y en ese sentido tanto la ley de presupuestos estatal como las de las respectivas Comunidades Autónomas estipulan que los contratos deberán formalizarse de conformidad con los arts. 15 y 17 del ET. Precisamente la lectura del art. 36 de la Ley 23/2001 de 27 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2002 abona esta posición, al optar fundamentalmente por el contrato de obra o servicio determinado. Por ello, no es extraño que en el trámite parlamentario se reclamara la vuelta a la temporalidad por considerarse que la figura del contrato fijo era inadecuada a la finalidad perseguida²⁶.

Sin embargo, a pesar de esta reflexión, no creemos que sea una razón concluyente; en primer lugar, y centrándonos en el ámbito estatal, el art.15 de la LMRFP posibilita que estos puestos de trabajo no se incluyan en las Relaciones y plantillas, pero tampoco lo impide; por otro lado, el precepto de

²³ Así, Luis CAMPS RUIZ en “*La contratación...*”, ob. cit., pág. 50.

²⁴ Vid., art.30.a de la Ley de función pública catalana o art.12.2 de la norma andaluza, entre otras.

²⁵ Ignacio ALBIOL MONTESINOS en AA.VV: “*La reforma laboral...*” ob. cit., Tirant lo blanch, colección laboral nr.118. Valencia, 2000, pág.74.

²⁶ En esta línea la enmienda núm.190 del grupo de Coalición Canaria abogaba porque “*las contrataciones de la Administración para planes y programas públicos, no deben en ningún caso generar contratos por tiempo indefinido sin la consiguiente dotación presupuestaria de las plantillas sobre las que se sustenta dicha contratación*” (BOCG núm.37-6 de 27-4-2001, pág.123).

la ley de presupuestos se articula en una lógica de contratos de obra o servicio con cargo fundamentalmente a créditos de inversiones de los Presupuestos de la propia Administración, pero no tanto en base a inversiones externas, aunque no lo excluya²⁷. Es cierto, por tanto, que la lógica no es la del contrato fijo pero tampoco en la normativa de función pública puede extraerse un criterio concluyente en sentido contrario e idéntica opinión nos merece la legislación presupuestaria pues ella misma señala que la opción por el contrato temporal será factible siempre que tales obras o servicios “no puedan ser ejecutados con el personal fijo de plantilla..” (art. 36. 1. c de la Ley 23/2001 de 27 de diciembre); en ese sentido, creemos que es más determinante la dificultad de articular un proceso selectivo para contratar trabajadores fijos cumpliendo los requisitos legales, pues supone la razón que con más peso dificultará esta opción. En todo caso, sin embargo, debe señalarse que aquella Administración Pública que logre o tenga voluntad de superar ambos inconvenientes podrá formalizar el contrato fijo.

Por ello, entendemos que diversas son las situaciones ante las cuales puede encontrarse la Administración: trabajador fijo *ab initio*, trabajador con contrato temporal inicial –obra o servicio, eventual o interinidad– que posteriormente se transforma en fijo de forma reglamentaria, trabajador con contrato temporal irregular que según la nueva jurisprudencia pasa a ser considerado indefinido no fijo y, finalmente, trabajador fijo que presta servicios en otra actividad o función y que, en ejercicio de las facultades de movilidad geográfica y funcional que permite el Estatuto de los Trabajadores, es adscrito al mencionado plan o programa público. La respuesta a cada supuesto no puede ser idéntica.

No mantenemos ninguna duda sobre la aplicación del art.52.e del ET a los contratos fijos *ab initio*, pues teóricamente es el supuesto en el que parece pensar el legislador, a pesar de la terminología usada. Sin embargo, será también el caso más inusual, por las razones señaladas.

Idéntico criterio mantenemos en el supuesto del contrato temporal que posteriormente se convierte en fijo tras la superación de un proceso selectivo convocado a tal efecto. En este caso, el titular del contrato de obra o servicio, eventual o interinidad que pasa a ser trabajador fijo podrá ser despedido si se dan las circunstancias del art.52.e del ET. Es cierto que parece deducirse del

²⁷ Para el año 2002, el art.36 de la Ley presupuestaria señala como requisito para formalizar contratos temporales con cargo a créditos de inversiones el que, entre otros factores, las obras o servicios señalados correspondan a inversiones previstas y aprobadas en los Presupuestos Generales del Estado (art.36.1.b).

tenor literal del precepto que el contrato fijo deba ser concertado con tal naturaleza desde el mismo inicio de la relación laboral, pero de adoptarse tal interpretación estricta el art.52.e del ET se convertirá, en la práctica, en un supuesto inoperante por las razones ya formuladas. El precepto, a nuestro juicio, debe conjugarse con las dificultades que una Administración Pública tiene de cubrir un puesto de trabajo de manera permanente y su obligada sumisión a las reglas y principios que regulan un proceso selectivo público, por lo que una interpretación integradora del art.52.e del ET y del citado procedimiento nos llevan a la referida conclusión.

Mayor dificultad nos supone el supuesto de contrato temporal que se convierte en permanente por circunstancias distintas a la superación de un proceso selectivo. Nos referimos, pues, a los supuestos de fraude de ley (art.15.3 del ET), irregularidades en la contratación temporal (art.11 ó 15 del ET, entre otros diversos), no dar de alta al trabajador en la Seguridad Social en un plazo superior al fijado para el período de prueba (art.15.2 del ET), entre otros. Propiamente en estos casos el trabajador temporal pasaría a ser “*indefinido no fijo*”, al menos en el caso de una Administración pública, en tanto que en una ESAL sin tal consideración pública sí pasaría a ser fijo, lisa y llanamente.

La doctrina ha mantenido al respecto una posición más dudosa y matizadora de la aplicación del art.52.e del ET. En concreto, ha distinguido entre contrato temporal que pasa a indefinido por su inicial falta de ajuste a los requisitos legalmente inherentes al contrato (de obra, eventual o incluso de interinidad) y contrato temporal que también deviene indefinido por circunstancias posteriores a su formalización. La distinción radicaría, pues, en el incumplimiento o irregularidad inicial o posterior a tal contratación²⁸.

Según esta tesis, en el primer caso, pese a la apariencia de temporalidad el contrato era permanente desde un primer momento, por lo que sería plenamente aplicable el art.52.e del ET; por el contrario, si la fijeza se deriva por otras razones –así, se menciona la realización tareas distintas de las propias del programa o plan– no sería posible aplicar el art.52.e, “*porque la transformación del contrato en permanente afecta a su propia naturaleza, y ya no se podría considerar como concertado con la finalidad que se exige para acudir a esta causa de finalización de la relación laboral*”²⁹, criterio que compartimos por cuanto el trabajador ya no estaría adscrito a la ejecución de los planes y programas.

²⁸ Miguel CARDENAL CARRO: “*Análisis de la ley...*”, ob. cit., pág.137.

²⁹ Miguel CARDENAL CARRO: “*Análisis de la Ley...*”, ob. cit., pág.137.

Por ello, nuestro parecer es que los contratos temporales que se convierten en indefinidos por circunstancias distintas a la superación de un proceso de selección regular sí podrán verse afectados por el art.52.e del ET, siempre y cuando ciertamente el trabajador titular esté adscrito a la ejecución de un plan o programa público; por el contrario, si pese a la apariencia de tal adscripción ello no es así, la irregularidad impedirá la aplicación del precepto por cuanto no se dará el supuesto de hecho que prevé el artículo 52.e.

Por último, no creemos que el art.52.e sea de aplicación a los supuestos de contratos de trabajo fijos no inicialmente vinculados a un Plan o Programa y que por ejercicio de las facultades de movilidad que la Administración ostenta como empresario el trabajador sea adscrito a ellos. Tal imposibilidad, del tenor literal del precepto, impide la utilización de esta causa de despido como subterfugio para prescindir de determinados trabajadores³⁰ y, si así sucediera –por razones justificadas–, el trámite debería ser, en todo caso, el del art.52.c o 51 del ET, según el número de empleados afectados.

Aunque el objeto central de este trabajo es analizar la aplicación del art.52.e del ET a las Administraciones, sí creemos necesario efectuar una breve reflexión en torno a las ESAL, en relación a la misma problemática que hemos estudiado para los entes públicos. Muchas de estas entidades operan a través de fórmulas de prestación de servicios no laborales, fundamentalmente basadas en el voluntariado; de ahí que las leyes que regulan esta modalidad no dudan en afirmar que son normas “*para el voluntariado organizado, esto es, que se desarrolla a través de entidades sin ánimo de lucro*” (EM de la Ley 7/2001 de 12 de julio del voluntariado de Andalucía). Será necesario, en el futuro, analizar si la nueva causa de extinción del ET supone una reformulación de los recursos humanos de las ESAL, en paralelo al crecimiento que los estudios antes mencionados auguran para este sector. En todo caso, el grado de complejidad de la aplicación del art.52.e del ET, en función del elemento subjetivo, parece menor que en el caso de las Administraciones Públicas.

Se hace preciso también efectuar una última consideración en torno al cambio de dicción del R.D. Ley y de la Ley en cuanto a los sujetos afectados. El Real Decreto Ley se refirió a la insuficiencia de la consignación presupuestaria para mantener el “*puesto de trabajo*”, en tanto que el nuevo art.52.e

³⁰ Temor ya manifestado, desde un primer momento, por las organizaciones sindicales refractarias a la reforma laboral del 2001. Así, el “*Dossier sobre la reforma laboral de la UGT de Cataluña*” de marzo de 2001 incidía en las hipotéticas maniobras de las entidades públicas para lograr “*despidos automáticos*” cuando las asignaciones presupuestarias se vieran mermaidas o suprimidas.

se refiere a la insuficiencia para el mantenimiento del “*contrato de trabajo de que se trate*”. No creemos que tal cambio tenga mayor trascendencia, en el sentido de que se trata de una distinción irrelevante a los efectos del precepto³¹, aunque sí creemos que la actual redacción es más ajustada a la normativa de función pública, por cuanto propiamente “*la creación, modificación, refundición y supresión de puestos de trabajo se realizará a través de las relaciones de puestos de trabajo*” (art.15.1.d de la LMRFP), esto es, a través de este instrumento técnico de gestión previsto en el art.15.1 de la citada norma, con el cual se lleva a cabo la ordenación de los recursos humanos de la Administración. Por consiguiente, el despido podrá ser posible por la imposibilidad de mantenimiento del contrato de trabajo, pero ello no supondrá la automática supresión del puesto, ya que de hacerse, se deberá articular formalmente a través de una modificación de la referida Relación de Puestos, que no es necesariamente rápida, y así mismo, modificando la plantilla de personal, actos uno y otro que por lo común serán llevados a cabo transcurridos unos meses después del despido³².

3.2. Trabajadores contratados

A diferencia de otros supuestos previstos en la legislación laboral, en donde se incluyen medidas de fomento del empleo de trabajadores desempleados, colectivos con dificultades de inserción profesional, jóvenes o personas que han finalizado determinados niveles de estudio, etc., el art.52.e del ET no prevé ninguna especificidad en cuanto a los trabajadores incluidos en los planes y programas.

En el trámite parlamentario fueron diversas las enmiendas presentadas orientadas a acotar los sujetos afectados, de forma indirecta; esto es, estableciendo previamente qué personas podrían ser contratadas con carácter fijo para ser adscritas a planes y programas que reunieran las características señaladas. Así, el grupo de Izquierda Unida, aunque crítico con el art.52.e del ET, propuso circunscribir el ámbito a favor de programas de fomento del empleo de desempleados con especiales dificultades de inserción social y los programas de acción social, en un criterio seguido en parecidos términos por el grupo catalán de Convergència i Unió³³.

³¹ Cristóbal MOLINA NAVARRETE: “*El último capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la ley 12/2001 de 9 de julio.*” Revista de Trabajo y Seguridad Social, núms. 221-222 (2001), pág.114.

³² La doctrina ha aceptado que la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo no tiene porque ser anterior a la extinción, sino que es perfectamente posible se materialice tras el despido. Vid., al respecto, a José Manuel LÓPEZ GÓMEZ: “*El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*”. Civitas. Madrid, 1995, pág.384.

³³ Enmienda del grupo de Izquierda Unida núm.85 y enmienda núm.118 del grupo de Convergència i Unió. BOCG núm.37-6 de 27-4-2001.

Tales previsiones, de haberse acogido, hubieran supuesto una excepción a la regla general de acceso al empleo público de conformidad con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Circunstancia que, por otro lado, no hubiera sido necesariamente inadecuado, por cuanto el Tribunal Constitucional ha aceptado como acorde con nuestro ordenamiento que los procesos selectivos de la Administración tengan en cuenta la inserción laboral de personas o colectivos con dificultades de integración laboral, como es el caso de los minusválidos³⁴. Así, todas las normas de función pública han recogido tal circunstancia y, en algún caso, se ha ampliado a supuestos más específicos si bien no para puestos fijos sino temporales, como es el caso de la legislación de función pública catalana que prevé la promoción de una política de reinserción social a través de programas “*experimentales*” de acceso a puestos de trabajo de carácter no permanente, con condiciones especiales que permitan el acceso de personas necesitadas de reinserción social (art.57 del D. leg.1/1997). Ello no obvia que, de haberse aceptado tal circunstancia previa en torno al art.52.e del ET hubiera sido preciso el adecuado tratamiento en el ámbito de la normativa de función pública y su ajuste y valoración estricta a fin de que se cumplieran los requisitos que la doctrina constitucional ha establecido al respecto.

No habiendo sido así el resultado final, no parece que pueda deducirse del art.52.e del ET preferencia alguna a favor de que los trabajadores fijos contratados para llevar a cabo planes y programas de este tipo pertenezcan a colectivos de desempleados o con necesidad de inserción social, si bien tampoco impide que las Administraciones públicas, cuando convoquen las plazas respectivas a través del proceso selectivo reglamentario, establezcan preferencias o prioridades de conformidad con lo dispuesto en la legislación de función pública.

3.3. Administración o entidad sin ánimo de lucro

En el aspecto de la “*empresa*” que puede ejercer el derecho de extinción del contrato de trabajo, se ha producido un cambio entre el redactado inicial del R.D. Ley 5/2001 y la previsión de la Ley 12/2001. Aquél primero no incorporaba ninguna mención específica a la Administración Pública, sino que únicamente exigía que los contratos de trabajo hubieran sido concertados

³⁴ “...es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo, aplicada por la Comunidad Autónoma de Canarias, no vulnera el art.14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art.9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art.1.1 CE)”. STC 269/1994.

para ejecutar planes y programas “públicos”. En concreto, el inicial art.52.e del ET permitía la extinción del vínculo laboral “*en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados para la ejecución de planes y programas públicos sin dotación económica estable...*”. Por ello, la doctrina que tuvo ocasión de analizar en el breve interregno de aplicación el nuevo precepto no dudó en afirmar que tal “*ejecución*” podía recaer tanto en una Administración Pública como en una persona o entidad que no lo fuera: el dato relevante era el objeto de la contratación y el aspecto subjetivo de la parte empresarial que formalizara el contrato. Así, era perfectamente posible que tal causa fuera alegada por una entidad privada que mediante contrato público se encargara de ejecutar una obra o servicio incluido en un plan de programa público³⁵.

Sin embargo, el art.52.e del ET fruto de la Ley 12/2001 exige expresamente que tal contrato indefinido formalizado para la ejecución de planes y programas públicos determinados lo sea por parte de una Administración Pública o una ESAL, aspecto este último que fue criticado en el trámite parlamentario³⁶. Añade además el precepto que la contratación lo sea con carácter directo por parte de la Administración o la ESAL, por lo que la nota se acentúa en la norma vigente³⁷.

Para delimitar el concepto de Administración Pública –tarea imprescindible pues en el “*mercado*” público operan entidades que son públicas o semi-públicas pero que no ostentan tal carácter de Administración– debemos acudir al art.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común; así, incluiremos en tal concepto a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, las Corporaciones que integran la Administración Local y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquier Administración (esto es, los llamados

³⁵ Vid. José M^a. GOERLICH PESET: “*El Real Decreto-ley...*”, ob. cit., págs.34-35. También a Carlos L. ALFONSO MELLADO: “*La primera...*”, ob. cit., pág.44. Manifestándose en sentido contrario Cristóbal MOLINA NAVARRETE: “*El último capítulo...*”, ob. cit., pág. 112 y Ricardo ESCUDERO RODRÍGUEZ: “*Propósitos...*”, ob. cit., pág.137.

³⁶ Los criterios aportados por el grupo de Izquierda Unida para mejorar el precepto se orientaron, entre otros aspectos, a “*acotar el tipo de entidades que se verían afectadas, que serían sólo las Administraciones Públicas.*” (enmienda núm.85, DOGC núm.37-6 de 27-4-2001, págs.80-81), finalmente rechazados en la tramitación parlamentaria.

³⁷ Se ha planteado al respecto que la ley obliga a la Administración a aprobar planes y programas pero no a su ejecución, que podrá llevarse a la práctica por “*entidades de derecho público o privado*” (así, María José MATEU CARRUANA: “*La quinta...*”, ob. cit., pág. 46). Tal afirmación no creemos que pueda comportar que entidades diferentes a una Administración pública o una ESAL puedan recurrir al art.52.e del ET.

entes instrumentales con personalidad jurídico pública, “*organismos públicos*” según la terminología de la Ley 6/1997 de 14 de abril –LOFAGE–). Sin embargo, a pesar de que el precepto no lo recoja expresamente, entendemos también incluidas a las Universidades Públicas así como otros entes públicos, entre los cuales se encuentran la Seguridad Social y sus entidades gestoras. Finalmente, aunque strictu sensu no son Administración Pública, entendemos también que deben incluirse todo un conjunto de entidades instituidas por la Constitución o los Estatutos de Autonomía como son los Parlamentos estatal y autonómicos, tribunal constitucional, defensores del pueblo, CGPJ u otras entidades y órganos con relevancia constitucional o estatutaria.

En cuanto a las ESAL, no existe desde el punto de vista jurídico una clasificación precisa. El elemento clave será la ausencia de “*ánimo de lucro*”, concepto que debe entenderse siempre en referencia a los socios o personas que constituyen la ESAL y no a la ESAL en sí misma, de tal forma que “*jurídicamente hablando, la ausencia de lucro significa que los beneficios que produzca la entidad no se pueden repartir entre los socios*”³⁸. Por ello no puede establecerse en el momento presente una equivalencia entre una determinada forma jurídica y las ESAL, por cuanto si bien algunas si cumplen automáticamente tal equivalencia (así, las asociaciones y fundaciones son siempre ESAL, por cuanto la legislación vigente prohíbe repartir entre sus socios, fundadores y patronos, según el caso, los beneficios que pudieran predicarse) no sucede lo mismo con las cooperativas de trabajo asociado y las sociedades laborales, pues en este caso la calificación de ESAL dependerá de sus estatutos respectivos y de su gestión empresarial, por cuanto es posible que en estos dos supuestos sí haya reparto del lucro entre los socios. En consecuencia, el operador jurídico no podrá deducir de manera automática si está ante una ESAL o no en función de determinadas formas jurídicas, pues en estos supuestos deberá llevar a cabo un estudio de sus Estatutos y de la forma de gestión empresarial de las mismas, lo cual ciertamente no siempre será fácil y supondrá un plus de inseguridad jurídica a la hora de aplicar el art.52.e del ET.

3.4. Causa de la extinción

La causa, a nuestro juicio, se aplicará a todos los contratos, fijos e indefinidos, con independencia de su celebración con anterioridad o posterioridad a la promulgación del R.D. Ley 5/2001 y la Ley 12/2001, pues la norma

³⁸ Carmen CHACÓN CASTRO: “*Formas jurídicas de las entidades sin ánimo de lucro*”. Unidad didáctica del Master en Economía Social y dirección de ESAL de la Universidad de Barcelona. Módulo 2, Tema 1. UB-grupcies., Barcelona, 2002, pág.10.

ninguna salvedad introduce al respecto³⁹, si bien algún autor se ha pronunciado en sentido contrario, postulando su única aplicación a los contratos formalizados con posterioridad⁴⁰.

Según el art.52.e del ET, no cualquier contrato fijo puede ser afectado por la extinción regulada en el precepto, sino únicamente aquél que lo fue para la ejecución de planes y programas públicos sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales: estos y no otros. Esta previsión supera la dificultad de evaluar las razones que dan pie al contrato de obra o servicio o al contrato eventual; ahora, la exigencia de control recaerá sobre parámetros formales.

En cuanto a los elementos que componen la nueva causa de extinción, dos son los que se dan específicamente:

- 1º. Estar ante un supuesto de planes y programas públicos sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista;
- 2º. Que se produzca una insuficiencia parcial o total de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

El análisis de ambos parámetros nos permitirá enmarcar el alcance y contenido de la causa⁴¹. Nos centraremos en primer término en el alcance de los referidos planes y programas sin dotación estable.

³⁹ En el mismo sentido, Carlos L. ALFONSO MELLADO: "*La primera...*", ob. cit., pág. 46. También el "*Dossier...*" ya citado, de la UGT de Cataluña, destacaba esta circunstancia y llamaba la atención sobre la hipotética gran magnitud, en cuanto al número de trabajadores que podrían verse afectados, cifrada en miles de empleados públicos ocupados en programas y actuaciones dependientes de consignaciones presupuestarias no estables.

⁴⁰ Así se manifiesta María José MATEU CARUANA: "*La quinta...*", ob. cit., pág.48. La autora justifica la razón del art.52.e del ET en poder extinguir los contratos fijos de los trabajadores de los Fondos de Promoción de Empleo, pero considera que no será posible utilizarlo con tal fin pues supondría aplicar efectos retroactivos sobre situaciones anteriores a la promulgación de la nueva causa.

⁴¹ Expresamos nuestro agradecimiento a la ayuda y a las reflexiones que nos ha aportado la Tesorera de la Diputación de Barcelona, Sra. Teresa RAURICH MONTASELL, en cuanto a la comprensión de la técnica presupuestaria. En su opinión, el art.52.e del ET puede entenderse que enlaza con la posibilidad, abierta, que ofrecen las normas presupuestarias en el sentido de que las ayudas, subvenciones e ingresos externos de carácter finalista pueden quedar integradas, a libre criterio de la Administración receptora, en una partida presupuestaria o bien figurar como una consignación extrapresupuestaria. Tal posibilidad confirma, a nuestro juicio, la opción que defendemos a lo largo del texto principal de este estudio según el cual el despido del art.52.e del ET siempre derivará de una insuficiencia de origen externo y finalista, con independencia del tratamiento presupuestario que se de a la consignación.

La nota fundamental es que falte la dotación económica estable y que su financiación lo sea a través de dotación presupuestaria o extrapresupuestaria anual, consecuencia de ingresos externos de carácter finalista.

Es cierto que muchos planes y programas públicos no tienen un plazo temporal anual, sino que se prolongan a lo largo del tiempo. Es perfectamente posible, en consecuencia, que sean de duración superior a un año. A nuestro juicio, esta expresión no puede tomarse en un sentido estrictamente literal: una consignación superior a un año o sucesivas prórrogas no deberían obstar a la posibilidad de extinción del contrato. Sin embargo, la primera doctrina que estudió la cuestión apostó por una interpretación estricta –aunque reconociendo su falta de lógica– reduciendo la posibilidad únicamente a los programas de ejecución anual y excluyendo a los plurianuales⁴², pero al respecto creemos que puede aplicarse la misma lógica que la ley de presupuestos establece para los contratos de obras o servicio con cargo a créditos de inversiones previstos y aprobados en los Presupuestos Generales, en donde se opta preferentemente por los contratos temporales a desarrollar durante el ejercicio presupuestario respectivo pero se permite que la contratación exceda del referido ejercicio “*cuando se trate de obras o servicios que hayan de exceder de dicho ejercicio y correspondan a proyectos de inversión de carácter plurianual...*” (art. 36.3 de la Ley 23/2001).

Por otro lado, podría plantearse dudas en torno al alcance exacto de la expresión “*financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista*”, pues es difícil de establecer si tales ingresos externos finalistas se refieren únicamente a las consignaciones extrapresupuestarias o también abarca a las presupuestarias.

Si la respuesta es restrictiva –referidos únicamente a las extrapresupuestarias– se estaría habilitando el posible despido en base a la insuficiencia en el presupuesto por un acto político de decisión tomado por la propia Administración pública. Ella y sólo ella es la competente para decidir como reparte sus partidas presupuestarias, por lo que habiendo decidido en un determinado ejercicio dedicar determinados fondos a un Plan o programa determinado, bastaría calificarlo como de dotación económica no estable y tomar posteriormente, en otro ejercicio, la decisión de no aprobar la citada partida, para permitir el juego del art.52.e.

Esta interpretación, planteada por la doctrina⁴³, nos parece excesivamente generosa con la Administración pública; más bien creemos que la expresión incluye a las consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias, pero

⁴² Miguel CARDENAL CARRO: “*La reforma laboral...*”, ob. cit., pág.96.

⁴³ Cristóbal MOLINA NAVARRETE: “*El último capítulo...*”, ob. cit., pág.113.

siempre fruto de ingresos externos de carácter finalista. No se daría en este caso posible decisión política o arbitraria de la Administración que despiden⁴⁴, sino que tal criterio sería tomado en todo caso por una tercera persona o entidad, esto es, aquélla que tiene la facultad de cambiar el destino de una subvención, ayuda o ingreso de carácter finalista. Por ello, si es la propia Administración la que decide unas determinadas partidas presupuestarias y luego políticamente toma una decisión de eliminarlas o restringirlas, la extinción de los contratos deberá canalizarla a través del art.52.c o, en su caso, del art.51, en base a razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. En resumen, entendemos que el art.52.e del ET, que introduce una mayor flexibilidad en el despido que el previsto en el art.52.c y 51 del ET, debe interpretarse y aplicarse a la luz de factores o decisiones externas ajenas a la voluntad de la Administración o ESAL que despiden y nunca por decisiones propias de éstas.

Debe destacarse que, en todo caso, la interpretación que proponemos es una de las posibles, pues el redactado final del precepto es ambiguo. En el trámite parlamentario ya se planteó y aunque con dificultades, creemos que en el ánimo del legislador estaba tal acotación. Las razones vienen del *iter* de la tramitación parlamentaria; así el grupo parlamentario de Izquierda Unida, crítico con el art.52.e del ET, propuso con toda claridad que el precepto se circunscribiera a partidas extrapresupuestarias que se recibieran desde otras terceras entidades⁴⁵, en tanto que para el grupo de Convergència i Unió, aunque aceptando que fueran consignaciones presupuestarias, éstas debían tener el carácter de “*transferidas con carácter finalista*” (enmienda núm. 118). Igualmente, se llamó la atención de lo anteriormente manifestado sobre el riesgo de que decisiones políticas adoptadas por la propia Administración afectada, modificando los presupuestos, incidieran a la continuidad de los contratos de trabajo (enmienda núm.149 del grupo mixto⁴⁶). Finalmente, el

⁴⁴ En el análisis del antecedente R.D. Ley 5/2001, ESCUDERO RODRÍGUEZ ya llamó la atención sobre el peligro de “*la posibilidad de programación, incluso artificial, de los gastos de las Administraciones públicas en supuestos períodos anuales con el resultado de propiciar la extinción*” (“*Propósitos...*”, ob. cit., pág.137).

⁴⁵ En concreto, la enmienda núm.85 cita los ejemplos de los programas subvencionados por el servicio público de empleo, por el Fondo Social Europeo o los programas desarrollados en el marco de la cooperación y voluntariado social con la asignación tributaria del IRPF por parte de Asuntos Sociales, planteándose en la enmienda núm.86 la redacción siguiente “*...planes y programas públicos (...) sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones extrapresupuestarias anuales...*” (BOCG 37-6 de 27-4-2001, pág.81).

⁴⁶ En concreto, el diputado Ignacio AYMERICH CANO consideraba que “*el simple agotamiento de un crédito presupuestario no puede servir de excusa para despedir a trabajadores de forma automática (...) facilitando un despido automático derivado de decisiones políticas que valoran la continuidad de planes o programas...*” (BOCG 37-6 de 27-4-2001, pág.102).

grupo parlamentario popular presentó una enmienda (núm.168), que da pie al redactado final en donde por criterios de mejora técnica, literalmente expresa que se trata de programas públicos de carácter determinado y coyuntural, cuya financiación sea “*mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias específicas y de carácter finalista*” (justificación enmienda) razonándose que ello no puede aplicarse, con carácter extensivo e injustificado, a “*los empleos relacionados con el funcionamiento ordinario en las Administraciones Públicas*”⁴⁷. Al respecto, debe destacarse que las enmiendas 118 de Convergencia i Unió y 168 del Partido Popular fueron aceptadas y que en el Informe de la ponencia de 4 de mayo de 2001, artículo tercero, se concreta con mayor claridad la tesis que defendemos por cuanto allí expresamente se hace mención a los contratos de trabajo fijo que puedan extinguirse, que estuvieran vinculados a la ejecución de planes y programas públicos “*carentes de dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales, resultantes de ingresos externos y de naturaleza finalista...*”⁴⁸, redactado que creemos confirma nuestra tesis de que en todo caso, siempre los ingresos deberán tener un origen externo y finalista⁴⁹.

La segunda cuestión a analizar es el alcance de la referida insuficiencia económica. La insuficiencia presupuestaria o extrapresupuestaria a que se refiere el art.52.e del ET puede plantearse en una doble vertiente: la finalización del plan o programa (esto es, la desaparición completa de la asignación) o la disminución cuantitativa de la asignación presupuestaria, pero sin alcanzar a todo el plan o programa.

En ambos supuestos entendemos que es posible acogerse a la extinción contractual. Sin embargo, el anterior se configura como un requisito necesario, pero no suficiente. Será preciso, además, que la referida insuficiencia comporte la imposibilidad de mantenimiento del contrato de trabajo.

⁴⁷ Enmienda núm.168 y justificación de la misma en BOCG núm.37-6 de 27-4-2001, pág. 111.

⁴⁸ BOCG núm.37-8 de 8-5-2001, pág.158.

⁴⁹ A pesar de que en la defensa efectuada en el debate parlamentario, el portavoz del Partido Popular AZPIROZ VILLAR no hace referencia alguna al carácter externo y finalista y se limite a plantear como justificación del art.52.e del ET y el recurso al contrato fijo en los siguientes términos: “*lo que se pretende es que porque haya una dotación presupuestaria en las administraciones públicas de carácter anual, si hay una previsible y razonable confianza en que va a atener una continuidad posterior...*” (BOCG núm.37-8 de 8-5-2001, pág.3295).

Es evidente que tal conexión supondrá uno de los supuestos más conflictivos del nuevo precepto, pues se deberá demostrar tal vinculación y, además, justificar porque se amortiza uno y no otro contrato, o un grupo de ellos en relación al resto. En este sentido, se han planteado dos tipos de problemas:

- Asignaciones presupuestarias que no distinguen con claridad qué parte de ellas corresponde a gastos de personal y cuáles a otras finalidades. No hay una respuesta precisa, lo que obliga a plantear que la Administración deberá hacer un esfuerzo previo a la elaboración del presupuesto a los efectos de que en este se concreten con claridad el destino individualizado de las partidas.
- La selección de trabajadores afectados especialmente a la hora de determinar cuáles de ellos son los perjudicados, porque a ellos –y no otros– los consideraremos afectados por la insuficiencia: la variedad de criterios a utilizar por el responsable de la decisión –económicos según nivel salarial, antigüedad, carácter más esencial de las diferentes prestaciones de los trabajadores, prioridades políticas sobre las tareas a llevar a cabo, etc.– complicará de forma importante que se justifique la ausencia de arbitrariedad en la decisión⁵⁰; a ello dedicaremos una específica reflexión al tratar del procedimiento y efectos de este despido.

3.5. Procedimiento y efectos del despido

El procedimiento de extinción de los contratos fijos al amparo del art. 52.e del ET se articula en torno a las reglas que regulan los despidos por causas objetivas previstas en el art. 53 de la norma laboral. Sin embargo, el trámite parlamentario incluyó una matización, no prevista en la redacción inicial del artículo. En concreto, si la extinción afecta a un número de trabajadores fijos igual o superior al previsto en el art. 51.1 del ET, la Administración o ESAL deberá seguir el procedimiento del referido precepto.

Sobre el procedimiento del art.52.e y sus efectos podemos destacar las siguientes notas:

- Con carácter general, deberá seguirse el procedimiento del art. 53 del ET, que regula la forma y efectos de la extinción por causas objetivas. Por tanto, la Administración o la ESAL deberá comunicar por escrito al trabajador la extinción del contrato, expresando la causa –esto es, la insuficiencia de la consignación presupuestaria o extrapresupuestaria–,

⁵⁰ Miguel CARDENAL CARRO: “Análisis de ...”, ob. cit., pág. 138.

poner simultáneamente a disposición del empleado⁵¹ la indemnización de veinte días por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades y la concesión de un plazo de preaviso de treinta días entre la fecha de entrega de la comunicación hasta la extinción del contrato fijo (sustituible por el abono de los salarios correspondientes a dicho período), dando derecho en este caso a una licencia de seis horas semanales a fin de buscar un nuevo empleo, si bien el incumplimiento por parte del empresario de esta licencia no conllevará la nulidad del despido. En todo caso, en aplicación del art.121.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, la percepción por el trabajador de la indemnización y/o el uso de la licencia de seis horas semanales no implican su conformidad con la decisión de la Administración o ESAL ni impiden el ejercicio de las acciones judiciales correspondientes.

- Sin embargo, las garantías que el art. 52.c del ET establece no han sido reproducidas en el art. 52.e. Ello supone que si en aquél los representantes de los trabajadores tienen prioridad de permanencia en la empresa, no sucede así en la letra e) del artículo: tal derecho sólo aparece previsto en los arts. 40, 51 y 52.c del ET y ninguna razón nos permite aducir que sea extensible al art. 52.e. Tampoco la Administración o la ESAL podrá ejercer la facultad del art. 53.1.b ET de no poner a disposición del trabajador la correspondiente indemnización haciéndolo constar en la comunicación escrita de despido, pero por el contrario tampoco deberá dar copia del preaviso de extinción del contrato a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento (art. 53.1.c).
- Ninguna regla establece el art. 52.e del ET sobre los trabajadores afectados. Es evidente que si la subvención desaparece, ninguna duda existirá; al respecto, la jurisprudencia aboga por una especial pulcritud en esta vinculación, de tal manera que la primer opción ha de ser, en todo caso, la determinación clara de este vínculo (STS 19-1-1998 Ar.996). Mayor dificultad se dará cuando la subvención se reduce parcialmente y no todos los trabajadores deban ser despedidos; en este sentido creemos necesario exponer la doctrina general aplicable en el ámbito privado y las modulaciones que a nuestro juicio afectan cuando la entidad que despide es una Administración Pública.

⁵¹ Al respecto, la STSJ de Castilla y León/Burgos de 21-3-2000 (AS.1029) entendió que la puesta a disposición de la indemnización se valoraba cumplida, aunque no se hubiera efectuado al mismo tiempo que la entrega de la carta de despido, si se materializaba en un plazo razonable y siempre en todo caso antes de que se presentara la correspondiente demanda judicial, razonándose al respecto que *“al ser la empleadora una Administración Pública es menos ágil que una empresa privada para disponer de fondos no previamente asignados a un determinado gasto o partida presupuestaria...”*.

A este respecto, siguiendo la doctrina mantenida por los tribunales en torno al art. 52.c) una primera aproximación al problema permitiría afirmar que con carácter general corresponderá al empresario la elección de aquel o aquellos trabajadores afectados, pues se trata una manifestación del poder de dirección y control de la actividad empresarial que el art.20 del ET reconoce a su favor (entre otras muchas, STS 19-1-1998 y STSJ de Cataluña de 13-9-1994, AS.3493), sin que la carta de despido deba justificar esa elección, habiéndose aceptado incluso como circunstancia legítima que en tal elección haya un componente subjetivo como es la mayor calidad de la prestación de un empleado en relación a otro. (STSJ de Cataluña de 3-10-1995 AS.3950).

En cuanto a la posible existencia de factores o cargas familiares, antigüedad o categoría profesional (tal posibilidad es lo que ha venido a denominarse aplicación del “*principio de adecuación social*” en la elección de los despedidos⁵²), entre otros, no parece que la doctrina judicial lo tenga en mayor consideración para desvirtuar la elección empresarial (STSJ de Galicia de 10-10-1997 AS.2937) aunque ocasionalmente se mencionan algunas de dudosa vigencia en estos momentos⁵³.

A pesar de que en la facultad empresarial haya un margen de discrecionalidad significativo y que los factores de oportunidad y conveniencia juegan un papel importante (STSJ de Galicia de 10-10-1997 AS.2937), tal elección no será omnímoda y sin control, pues no podrá incurrirse en discriminación, fraude de ley, abuso de derecho, discriminación o causa torpe que, en el caso de los entes públicos, son principios que deben ser reforzados: destacaría en este caso el quebrantamiento de los principios recogidos en el art.14 de la

⁵² Ignacio ALBIOL MONTESINOS, en AA.VV: “*Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*”. 2ª edición. Tirant lo blanch. Valencia, 2000, pág.752.

⁵³ La STS 19-1-1998 se refiere a una determinada preferencia derivada del art.9 de la Ley 25/1971 de familias numerosas, pero en términos difusos. La STSJ de Cataluña de 20-5-1996 también incluye a los trabajadores minusválidos, según el art.38.1 de la Ley 13/1982 de 7 de abril de integración social del minusválido, si bien tal precepto en realidad únicamente establece una obligación de las empresas públicas y privadas de emplear un número mínimo de minusválidos no inferior al 2 por 100, por lo que su aplicación sí sería factible si con los despidos la Administración afectada redujera ese porcentaje. Para la función pública, tanto laboral como funcional, creemos que es una referencia más directa la previsión de la DA 19ª de la LMRFP según la cual la Administración del Estado debe progresivamente alcanzar un 2 por 100 de sus efectivos totales con personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100: nótese que, en todo caso, se refiere la norma a “*efectivos totales*” y no a personal laboral o al personal de un determinado centro de trabajo, departamento ministerial u organismo, por lo que su concreción como medida de garantía se hará difícilmente acreditable. Por otro lado, el art.38.1 de la Ley 13/1982 ha sido modificado a través de la DA 17ª de la Ley 24/2001 (de Acompañamiento), incluyendo la posibilidad de que de manera excepcional la obligación de reserva (para las empresas públicas y privadas) ya sea parcial o totalmente pueda no darse.

Constitución y del art.17 del ET, no siendo posible por tanto que en la elección jueguen factores como el sexo, el origen, el estado civil, la raza, la condición social, las ideas religiosas, políticas y sindicales o los vínculos de parentesco con otros empleados; tampoco es aceptable que se quebranten derechos fundamentales y libertades públicas (STSJ de Cantabria de 20-5-1996, AS.1619). Los Tribunales han establecido que si existiera un determinado derecho de preferencia del trabajador despedido sobre cualquier otro deberá ser probado por el que demande (STSJ Cataluña 13-9-1994).

Sin embargo, como ya hemos apuntado, nuestro parecer es que en el ámbito de las entidades públicas no puede asumirse incondicionalmente lo descrito para el ámbito privado. Creemos que, partiendo de lo que ha venido a denominarse prevalencia de determinados criterios objetivos fundados en razones profesionales⁵⁴ es posible postular un cierto esquema de preferencia en la selección, en base a la singularidad que a nuestro juicio asume la Administración Pública cuando actúa como empresario al no ser ajena a los principios y reglas que rigen la función pública. Nos parece razonable este equilibrio habida cuenta que como ha señalado la jurisprudencia constitucional⁵⁵ la Administración, cuando actúe en las relaciones laborales como empresario “...no se rige precisamente por el principio del autonomía de la voluntad sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art.103.1 CE) con una interdicción expresa de la arbitrariedad (art.9.3 CE), (...) como poder público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la ley que, como hemos declarado, constitucionalmente concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato idéntico para supuestos iguales...” (SSTC 161/1991 y 2/1998). En resumen, si el empresario privado tiene como límite en su actuación extintiva el principio de no discriminación, la Administración, aunque actúe como tal, estará constreñida por el principio de igualdad y el de interdicción de la arbitrariedad⁵⁶.

Nuestro criterio lo fundamentamos, además, como elemento necesario en la actuación administrativa previa al despido. Si bien es cierto que el despido, como acto que llevará a cabo la Administración, se inserta en el ámbito del derecho laboral, concretándose en una carta de despido, por aplicación de la normativa administrativa tal decisión deberá ser tomada por un órgano administrativo –el que tenga atribuida tal facultad según la legislación; así, en el supuesto de las corporaciones locales, el Alcalde o Presidente–, mediante

⁵⁴ Carlos RIERA VAYREDA: “La selección de los trabajadores en supuestos de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”. Tribuna Social núm.106/1999.

⁵⁵ Haciéndose eco de esta jurisprudencia también puede consultarse la del Tribunal Supremo y la doctrina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia. Vid., en este sentido, STS 6-7-2000 Ar.6294 y SSTSJ de Andalucía/Sevilla 20-2-2001 (AS.2784), Galicia 13-3-2000 (AS.5056) y 7-5-2001 (AS.943) y Cataluña 27-4-1998 (AS.5948).

⁵⁶ Manuel LUQUE PARRA: “El despido...”, ob. cit., pág.927.

resolución o decreto. A nuestro juicio, en esta actuación la Administración deberá justificar la elección de uno u otro trabajador, en una motivación que aunque sea mínima debe ser concreta y específica, por cuanto uno de los principios de la actuación administrativa es precisamente el razonamiento de las decisiones que se toman, que no podrán ser arbitrarias⁵⁷. Formularemos en este sentido cuáles son esos mínimos necesarios para no incurrir en arbitrariedad.

En primer lugar, entendemos que dada la distinción efectuada por el Tribunal Supremo entre trabajadores fijos y trabajadores indefinidos no fijos, la Administración deberá optar por el despido preferentemente de estos últimos, que han lucrado la estabilidad sin haber superado un proceso selectivo público, y sólo en su defecto recurrir al despido de los trabajadores propiamente fijos. Parece razonable que si aquellos primeros ostentan un carácter permanente en tanto que los segundos se sitúan en un régimen “*transitorio*” de permanencia en el puesto hasta su cobertura o amortización, sean éstos últimos los que con preferencia vean extinguidos sus contratos de trabajo.

Igualmente creemos que la Administración Pública debe optar por la extinción o no renovación de los contratos temporales vinculados a esta consignación presupuestaria o extrapresupuestaria de origen externo (esto es, los contratos de obra o servicio determinado, fundamentalmente) con prioridad a los contratos fijos, pues tal criterio ha sido valorado como razonable y equitativo por los tribunales (STSJ de Cantabria de 20-5-1996 AS.1619), por cuanto supone también un menor coste económico y una menor lesión de derechos laborales (STSJ de Baleares de 11-5-1995 AS.1783). En este sentido, los tribunales han rechazado por reprobables actuaciones orientadas a prescindir de trabajadores fijos, o reducir su volumen, aumentando el número de temporales o no afectando el vínculo de estos y sí el de aquellos primeros (STSJ de Cantabria de 16-3-1992 AS.1320).

También parece razonable aducir que entre los que ostenten esta última condición –fijeza– se gradúe la salida dando prioridad de permanencia a los que ostenten mayor antigüedad⁵⁸ ya sea en el Administración correspondiente o en función de los servicios reconocidos en cualquier entidad pública⁵⁹.

⁵⁷ Compartimos plenamente en este sentido lo expresado por Manuel LUQUE PARRA al referirse a los despidos por causas empresariales del art.51 y 52.c del ET, pero que entendemos plenamente aplicables también al art.52.e: la Administración no sólo deberá acreditar la existencia y suficiencia de la causa de extinción (en nuestro supuesto, la insuficiencia de consignación) sino también motivar la selección de los trabajadores que despida, cuando tal causa se base en una insuficiencia parcial. Si no lo hiciera incurriría en una actuación arbitraria contraria al art.9.3 de la CE.

⁵⁸ Así lo plantean, refiriéndose a los contratos irregulares, José María GOERLICH PESET y Luis E. NORES TORRES en “*Reestructuración...*”, ob. cit, pág.18. Vid. también en este sentido, como criterio orientativo, la STSJ de Cantabria de 16-3-1992 (AS.1320).

⁵⁹ No es extraño que muchos convenios colectivos de entidades públicas, siguiendo la lógica impuesta legal y reglamentariamente para los funcionarios de carrera, reconozcan a efectos de antigüedad los servicios prestados no sólo en la Administración contratante sino en cualquier otra entidad que tenga tal carácter.

Nos parece importante, al respecto, que la Administración Pública tenga en cuenta un cierto análisis del coste social, de tal forma que la extinción de los contratos se lleve a cabo con el menor sacrificio para los intereses de los trabajadores, pues sería ciertamente ilógico que la ejecución de estos planes y programas, que tienen en muchos casos una finalidad social o pública –basta analizar en este sentido los objetivos de aquellos que la jurisprudencia ha recogido para aceptar el contrato de obra o servicio determinado para comprender que la mayoría van dirigidos a funciones sociales, educativas, de integración de minorías o personas con dificultades o discapacidades, o tareas de soporte y defensa de la colectividad, como extinción de incendios y similares– obvie el referido coste social a la hora de extinguir los contratos de quienes estuvieron adscritos a tal ejecución.

En todo caso, creemos loable que ante una situación de este tipo la negociación colectiva de cada Administración haya previsto las reglas de extinción, como fórmula de evitar una gestión complicada de esos despidos, pues es muy posible que se trate de empleados fijos con bastante antigüedad, máxime en casos de subvenciones o ayudas de largo alcance temporal o reiteradas o renovadas en el tiempo de forma casi indefinida. La inclusión de estos criterios en el convenio colectivo permitirá clarificar el proceso y será un elemento de moderación de las facultades atribuidas al empresario-Administración en este sentido (STS 19-1-1998). También parece razonable que en Administraciones medianas o grandes se prevean, por vía convencional o como política de racionalización de sus recursos humanos (p.ej., a través de los Planes de Empleo previstos en el art.18 de la LMRFP o en otros sistemas de racionalización de los recursos humanos establecidos en la DA 21ª de la LMRFP) la recolocación de todos o parte de ellos, en la medida de la posible, máxime cuando se trate de trabajadores que han superado un proceso selectivo, incluido en la Oferta de Empleo Público; en todo caso, tanto la existencia de cláusulas de adecuación social como de recolocación no tienen porque ser permanentes en el tiempo, sino que pueden ser de duración temporal limitada (p.ej., a determinado ejercicio presupuestario o un mandato del equipo de gobierno) pues no debe olvidarse que los intereses públicos presentes y futuros deben ser tenidos en cuenta y prevalecer ante hipotéticas aplicaciones de las referidas garantías. En este sentido, creemos igualmente importante establecer que los derechos de preferencia o recolocación sólo deberían aplicarse cuando la viabilidad o estabilidad de la Administración pública concretamente afectada esté garantizada y cuando el interés público que aquélla representa no se viera perjudicado, circunstancias todas ellas de difícil apreciación en grandes entidades, pero mucho más relevantes y de fácil determinación en corporaciones pequeñas o medianas, con presupuestos deficitarios o muy ajustados.

- La indemnización por este despido es la correspondiente a los despidos por causas objetivas, como ya hemos tenido ocasión de señalar, tanto en

lo que corresponde al despido declarado conforme a la ley (20 días por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades) como al improcedente (45 días de salario por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades). Sin embargo también es cierto que se da la aplicación de la DA 1ª.4 de la Ley 12/2001 –que sustituye en esta cuestión a la DA 1ª de la Ley 63/1997 de 26 de diciembre– a la Administración o ESAL que se haya vinculado con trabajadores mediante contratos para el fomento de la contratación indefinida, ya sea inicialmente ya por conversión de contratos temporales⁶⁰. En este supuesto sería de aplicación la previsión del punto cuarto de la referida DA 1ª y, consecuentemente, la declaración de improcedencia de tal despido objetivo supondrá una indemnización de treinta y tres días de salario por año de servicio, con un máximo de veinticuatro mensualidades.

- El párrafo final del art.52.e) del ET establece una salvedad en cuanto a la extinción por esta causa en el supuesto de afectar a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el art. 51: el procedimiento a seguir para el despido será el previsto en el apartado primero del referido art. 51.

El redactado inicial del R.D.L. 5/2001 no establecía esta salvedad. Ello supuso que mayoritariamente se postulara en su momento –en algunos casos, de forma crítica–, que fuera cual fuese el número de trabajadores afectados, el despido se debía articular siempre según el procedimiento previsto para los despidos por causas objetivas, siendo el argumento para esta simplificación el que la realidad de la causa era fácilmente constatable⁶¹, aunque también hubo posicionamientos que cuestionaban la adaptación de tal previsión a las directivas europeas e, incluso, refiriéndose a una cierta hipotética “*competencia desleal*” entre el art. 51 y el 52. e del ET⁶², razones que en el primer caso (normativa europea) y por criterios de mejora técnica fueron incluso valorados en el trámite parlamentario y que dieron pie a su modificación final⁶³. No obstante, el carácter del art. 51. e del ET introdujo también algunos problemas interpretativos del que destacaremos si los despedidos al amparo de este precepto debían ser incluidos o no en el cómputo del número de extinciones en un período de 90 días a los efectos del art. 51. 1 del ET, habiéndose dado al respecto una respuesta positiva⁶⁴.

⁶⁰ A este respecto debe señalarse que es posible que trabajadores temporales o con contrato de duración determinada celebrados con anterioridad al 31 de diciembre de 2003 en la Administración o la ESAL respectiva, sean contratados bajo esta nueva modalidad de contratación indefinida (DA 1ª.2.b Ley 12/2001).

⁶¹ Así, entre otros, Carlos L. ALFONSO MELLADO: “*La primera...*”, ob. cit., pág.45.

⁶² Ricardo RODRÍGUEZ ESCANCIANO: “*Propósitos...*”, ob. cit., pág.138.

⁶³ Así lo planteó la senadora DO CAMPO PIÑEIRO amparándose en un criterio de mejora técnica y de respeto a la directiva europea sobre despidos colectivos (BOCG, Diario de Sesiones del Senado, núm.149, de 13-6-2001, pág.12).

⁶⁴ Carlos L. ALFONSO MELLADO: “*La primera...*”, ob. cit., pág.46.

El nuevo precepto despeja las dudas que pudieran existir y es claro, pues, que si se superan los umbrales previstos en el art.51 la Administración pública o la ESAL deberá acudir al procedimiento allí regulado. Sin embargo, se hace preciso reflexionar sobre el alcance del citado último párrafo del art.52.e.

El art.52.c del ET aparece claramente vinculado, en cuanto a contenido y procedimiento al art.51. Si el numero de trabajadores afectados se sitúa por debajo del citado umbral, se seguirá la vía del art.52. c, si se supera, pero existiendo idénticas causas, se seguirá la del art. 51. Sin embargo, el art.52.e del ET ante el supuesto que supere el umbral de trabajadores afectados no difiere en bloque al art. 51. 1, sino que únicamente lo hace en cuanto al “*procedimiento previsto*”. Ello, según nuestro parecer, es una dato muy significativo, en base a que la causa continuará siendo la del art.52.e, aunque el procedimiento sea el del art. 51. 1.

Así, no jugará la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas y de producción, sino que continuará siendo válida la insuficiencia de la correspondiente consignación presupuestaria o extrapresupuestaria. Evidentemente, el procedimiento a seguir coartará la libertad que el art.52 da a la Administración o ESAL para actuar, pero ello no deberá suponer, como resultado final, una situación distinta a la del art.52.e, pues la constatación de tal insuficiencia económica será la razón habilitadora para la extinción de los contratos, si bien no puede obviarse que este procedimiento, pensado bajo una lógica muy concreta, casa en ocasiones con dificultad con las razones que fundamentan el art.52.e.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La nueva causa de extinción de los contratos de trabajo prevista en el art.52.e del ET no está exenta, como hemos tenido ocasión de plantear a lo largo de este trabajo, de dudas jurídicas y de dificultades en su aplicación. Significa, en todo caso, un paso más en esa tímida corriente iniciada ya hace algún tiempo que pretende dar un tratamiento singularizado, en las normas laborales, al contrato de trabajo en la Administración Pública y que permite, una vez más, plantear si este contrato debe formar parte de las relaciones laborales de carácter especial, criterio que compartimos.

En todo caso, no quisiéramos finalizar el presente estudio sin recapitular algunos planteamientos efectuados a lo largo del mismo y plantear también algunas reflexiones.

Nos parece, en primer término, que el art.52.e del ET supone la aceptación plena de que más allá del despido disciplinario, son aplicables también al personal laboral de la Administración Pública otras causas de extinción del

contrato de trabajo, opción que por otro lado no es pacífica jurídica ni políticamente, como así lo acredita el trámite parlamentario seguido en la Ley 12/2001⁶⁵.

Es bien cierto que las posibilidades de “despedir” a un funcionario son limitadísimas y que la inexistencia de un equivalente al despido improcedente indemnizado comporta que el vínculo funcional, en nuestro ordenamiento jurídico, está especial y singularmente muy protegido; frente a ello, el contrato de trabajo puede darse por finalizado en numerosos supuestos, incluido cuando los tribunales han decretado la improcedencia. Plantear si ello es posible en el ámbito público o, más allá del supuesto, si es factible el despido por causas empresariales o el despido objetivo ha sido un elemento de discusión al que ni la doctrina teórica ni la jurisprudencia han sido ajenas. Creemos que a los trabajadores de la Administración les es aplicable todo el elenco de causas de extinción, sin perjuicio de singularidades que la ley o la jurisprudencia hayan podido establecer, y del que es buena prueba el tratamiento específico dado a la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o la no aplicación a los trabajadores temporales irregulares de los derechos de opción atribuidos a los trabajadores fijos a través de convenios colectivos de la Administración. En este sentido, el art.52.e del ET configura una nueva causa de extinción de aplicación a la Administración y a las ESAL y, además, tras la dicción final introducida por la Ley 12/2001, también queda clara la aplicación del art.51, por remisión de aquél, a los entes públicos. Nos parece, por ello, que el nuevo precepto disipa las dudas que se habían planteado desde la doctrina teórica.

También creemos que el art.52.e del ET resuelve algunas dudas formuladas sobre la extinción de contratos de trabajo y su coherencia con las normas de empleo público que regulan los instrumentos de gestión en la Administración. En concreto, la ley deja claro que el procedimiento para la extinción es el que marca la norma laboral y que la existencia de preceptos,

⁶⁵ Acreditan tal dificultad las diferentes enmiendas presentadas por diversos grupos políticos contrarias a la inclusión de esta causa de extinción. Así, en relación al trámite de enmiendas en su pase por el Congreso (BOCG, serie A, núm.37-6, de 27-4-2001) mencionaremos que tanto el grupo mixto (enm. núm.24, pág.24 diputado José Antonio LABORDETA SUBÍAS; enm. núm.50, pág.70, diputado Joan SAURA LAPORTA; enm. núm.149, pág.102, diputado Carlos Ignacio AYMERICH CANO) como el grupo de coalición canaria (enm. núm.150, pág.102) y el grupo socialista (enm.212, págs.80-81) abogaron por su supresión, en unos casos sin exponer una razón específica, en otros por su colisión con las garantías de los arts.51 y 52 del ET (grupo socialista). También el grupo federal de izquierda unida propuso su supresión, pero planteando un redactado alternativo (enms.85 y 86, págs.80-81). En cuanto a las dificultades jurídicas, nos remitimos a lo dicho en su momento en cuanto a las dificultades que los Tribunales están apreciando para validar el despido por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (art.51 y 52.c) cuando el sujeto afectado es una entidad pública.

tal como el art.15.1.d de la LMRFP antes ya citado –“la creación, modificación, refundición y supresión de puestos de trabajo se realizará a través de las relaciones de puestos de trabajo”– no autorizan a la Administración a extinguir el contrato sin más trámite, sino que en todo caso deberá someterse siempre a los procedimientos fijados en la legislación laboral.

Nos hacemos eco también de que a pesar de las numerosas críticas cosechadas desde diversos ámbitos, incluido el parlamentario, el art.52.e del ET, aún teniendo un carácter “*híbrido*” a la vez estabilizador y flexibilizador, nos parece un precepto con una buena finalidad y que debería ayudar, al menos en teoría, a disminuir el grado de precariedad en la Administración y en las ESAL. El recurso al contrato de obra o servicio determinado y, en menor medida, al contrato eventual u a otras fórmulas de prestación de servicios –contrato de fomento del empleo, aunque ya muy residual, contratos formativos, trabajos temporales de colaboración social, etc.– debería verse limitado, ante la posibilidad de una extinción certera y sin mayores dificultades y con una indemnización final equilibrada que poco se aparta del monto previsto en el ET para los contratos de obra o servicio o contratos eventuales según las previsiones del art.49.1.c (ocho días de salario por año de servicio) o de los ya clásicos doce días por año que preveía el contrato de fomento del empleo, ahora únicamente aplicable para trabajadores con minusvalía.

Específicamente no debería haber duda de la bondad del precepto, pues nada impide que una ESAL contrate con carácter fijo cuando deba llevar a cabo una tarea o trabajo en base a subvenciones o ingresos externos. Más complejo es en el caso de las Administraciones Públicas y ello nos permite aventurar que éstas se resistirán, cuando no ignorarán abiertamente, la posibilidad de contratar con carácter fijo para hacer frente a estas necesidades, recurriendo como se ha hecho hasta el momento presente, a la contratación temporal. Tal opinión la podremos constatar en el futuro en torno a los procedimientos judiciales que se tramiten. Quizá, “*de lege ferenda*” hubiera sido adecuado completar la aprobación del art.52.e del ET con una reforma ad hoc de los procesos selectivos de personal fijo vinculado a consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias; una reforma que agilizara el procedimiento, que no obligara a la inclusión de las plazas en la Oferta de Empleo Público o que cuanto menos flexibilizara las fórmulas de selección, pues si bien la jurisprudencia ha establecido que, aun siendo personal laboral, el acceso debe ser preferentemente por oposición y sólo recurrir al concurso-oposición y excepcionalmente al concurso en supuestos muy específicos⁶⁶, es poco razonable entender que candidatos idóneos lleven a cabo un esfuerzo de estudio

⁶⁶ Es el criterio que con carácter general ha adoptado la legislación de empleo público, tanto para el ámbito estatal como local, y en la mayoría de las Comunidades Autónomas. Para la Administración General del Estado así lo disponen el art.29 y, por remisión, el art.4.1 del

(con lo que ello comporta de gasto económico, horas de dedicación y competitividad) y compromiso personal y profesional para optar a plazas que a pesar de su carácter fijo pueden dar lugar a la extinción del contrato ganado con esfuerzo a los pocos meses o años o, en todo caso, con la perspectiva de su extinción si la decisión política correspondiente decida suprimir o minorar la consignación presupuestaria o extrapresupuestaria.

Nos parece igualmente importante destacar que el redactado final del art.52.e del ET, a pesar de la interpretación restrictiva que hemos dado a lo largo del presente trabajo, es ambiguo en cuanto al alcance de la expresión “*planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista*”. Hemos defendido, y nos reiteramos, que tanto una como otras consignaciones deben tener su origen en ingresos externos de carácter finalista, pues atribuir tal carácter únicamente a las extrapresupuestarias puede comportar que el art.52.e del ET suponga una carta blanca a las Administraciones para extinguir un contrato fijo por la simple modificación de sus Presupuestos. Insistimos en ello, pues a nuestro juicio, el factor que califica esta nueva causa de despido es la incertidumbre de la Administración o la ESAL ante unos recursos económicos externos sobre los cuáles no va a tener certeza de su aprobación año tras año, por depender de criterios políticos ajenos a su control, pero tal alcance no puede darse a los propios Presupuestos. En este supuesto, la vía debería ser el art.52.c o el art.51 del ET y, por tanto, que el trabajador se vea protegido o tutelado por la necesidad de que la Administración pruebe la existencia de tales causas empresariales y que, además, también acredite las finalidades que la norma laboral prevé (contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, etc.) lo cual no será siempre fácil en el caso de grandes corporaciones.

Una última consideración, ya planteada a lo largo del texto y que consideramos oportuno reiterar: la necesidad de objetivizar al máximo la extinción de estos contratos de trabajo, tanto cuando la consignación económica desaparece parcialmente como cuando lo es en su totalidad, enlazando todo el

R.D. 364/1995 de 10 de marzo de Reglamento General de Ingreso; para el ámbito local, aunque el R.D.896/1991 prevé esta regla en la selección de funcionarios, la jurisprudencia ha interpretado también su aplicación a la selección del personal laboral, pese a la inconcreción de la DA 2ª.2 de la norma. Vid., al respecto, la STS de 29-2-2000 (Ar. 3167). Ejemplos de idéntico tratamiento en el ámbito autonómico son el art.27 de la Ley 6/1989 de la función pública vasca o art.50 del D.leg.1/1997 de la función pública catalana. Andalucía es un ejemplo de lo contrario; así prevé como sistema ordinario de selección de personal laboral el concurso y excepcionalmente la oposición o el concurso-oposición (art.39.3 de la Ley 6/1985 de función pública de la Junta andaluza).

proceso con una política integral de recursos humanos de la Administración afectada. Es absurdo, desde el punto de vista de una gestión racional de esos recursos en el ámbito del empleo público, que trabajadores que han debido superar procesos selectivos para conseguir la condición de fijeza vean extinguidos sus contratos de trabajo prácticamente *ex lege*, sin apenas casi trámite formal, y que por otro lado, las Ofertas de empleo público de la misma Administración continúen proveyendo de personal laboral fijo o de funcionarios las plantillas o se lleven a cabo procesos para incorporar personal temporal e interino. La lógica –no siempre imperante en las relaciones laborales de la Administración– nos obliga a defender que cada una de ellas debe articular, a través de los Planes de Empleo, sistemas de racionalización de recursos humanos, negociación colectiva o decisión de los órganos políticos competentes, fórmulas de optimización de esos recursos humanos, recurriendo únicamente al despido como supuesto último y excepcional, casando así los intereses de los trabajadores con los intereses y finalidades públicas que la Administración constitucional y legalmente debe defender⁶⁷.

Y como punto final, una reflexión en torno al otro grupo de entidades afectadas por el art.52.e del ET: las ESAL. No han sido objeto principal de este estudio, pero es cierto que no puede obviarse su importancia en el panorama español. La mayoría de ellas funcionan en base a subvenciones y ayudas externas, en muchos casos son estas su única fuente de financiación y tampoco son pocas las que además esa fuente tiene como origen un único foco, generalmente otra Administración Pública (la del municipio o Comunidad Autónoma donde actúan). La mayor importancia que han ido adquiriendo en los últimos años –nos remitimos a los datos facilitados al inicio– se ha visto reflejada en el art.52.e y, en ese sentido, creemos que la reforma de 2001 ha coadyuvado a una mejor gestión de sus recursos económicos y humanos, por lo que no será nada extraño que dadas las dificultades planteadas a lo largo del presente estudio para una correcta aplicación del precepto en el ámbito de las Administraciones públicas, sean precisamente las ESAL las que recurran a esta causa de extinción. Pero en esto, como en otros aspectos ya comentados, deberemos esperar aún un cierto tiempo para comprobar la aplicación práctica del art.52.e del ET y su consideración por parte de la jurisprudencia y doctrina judicial.

⁶⁷ En parecido sentido lo planteó el diputado C. Ignacio AYMERICH CANO, del grupo mixto, en la enmienda núm.149 (BOCG de 27-4-2001, pág.102), defendiendo la estabilidad de los contratos de trabajo “y en primera instancia imponer la exigencia de acudir a su recolocación” (pág.102).