

La relación laboral de los trabajadores en situación de exclusión social en las empresas de inserción

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO*

1. LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN: UN NUEVO MODELO DE ACTUACIÓN EN LA LUCHA CONTRA LA EXCLUSIÓN SOCIAL

No hay duda de que el principal factor de riesgo de situaciones de marginación y exclusión social gira en torno al empleo, ya sea por las dificultades de acceso al mismo, por su pérdida o por la precariedad del trabajo. Aunque el término exclusión social es un término amplio que engloba no sólo a las personas que quedan al margen de la sociedad por tener unos ingresos insuficientes, sino también por falta de formación o por motivos de discriminación, una de las medidas más claras de lucha contra la exclusión social es la integración de las personas excluidas en el mercado laboral. El empleo es un factor clave de la inclusión social, no sólo porque genera ingresos, sino también porque promueve la participación social y el desarrollo personal y contribuye a

mantener buenos niveles de vida en la vejez gracias a la obtención del derecho a la pensión correspondiente. Así, podríamos considerar a la integración de las personas excluidas del mercado laboral como un instrumento de lucha contra la exclusión social. Es lo que se ha venido en denominar por la Comisión Europea un planteamiento de «inclusión activa». Téngase en cuenta que desde hace más de diez años la Estrategia Europea de Lisboa señala como uno de sus objetivos consolidar la inclusión social, prevenir la exclusión del mercado de trabajo y apoyar la integración en el empleo de las personas desfavorecidas.

En este contexto surgen las empresas de inserción como un nuevo modelo de actuación en la lucha contra la exclusión social. Las empresas de inserción son «empresas creadas para la inserción sociolaboral de personas con grandes dificultades de empleabilidad»¹. Estas empresas dedican una gran parte de sus puestos de trabajo a personas con riesgo

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense.

¹ L. M^ª LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS: *Las empresas de inserción en España. Un marco de aprendizaje para la inserción laboral*, CES, Madrid, 2002, pág. 157.

de exclusión, cuya situación hace difícil su empleabilidad. Su objetivo es que estas personas adquieran unos hábitos laborales, sociales y personales que les permitan incorporarse al mercado de trabajo ordinario. Es indiscutible que el empleo representa la mejor protección contra la exclusión social. La falta de trabajo provoca una carencia de ingresos y de relaciones sociales que impiden al individuo participar en la vida económica y social del país, derivando, en definitiva, en situaciones de marginación. Por ello, el empleo es un elemento indispensable para la prevención de situaciones de exclusión y para la rehabilitación e inserción de aquellas personas que desconocen o han abandonado unos mínimos hábitos laborales y sociales. En este contexto las empresas de inserción constituyen un nuevo modelo de actuación que trata de alejarse de las medidas que desde el punto de vista de la Seguridad Social o de la asistencia social pueden adoptar los Estados para proteger a todas aquellas personas que se encuentran en dicha situación de exclusión. Frente a la atención que podríamos denominar pasiva que ofrecen los sistemas de protección social de los Estados, las empresas de inserción abordan el problema de la exclusión social desde un enfoque activo tratando de lograr la inserción socio-laboral de aquellos colectivos especialmente sensibles a quedar fuera del tejido social. Sin perjuicio de la importancia que en este ámbito tiene el contar con sistemas de protección social eficaces, no hay duda de que hay que integrar dichas medidas con las que se adopten en materia de empleo. Sin medidas activas de apoyo a la integración en el mercado de trabajo se corre el riesgo de que los programas de asistencia social condenen a los beneficiarios a la pobreza y a depender indefinidamente de esos programas. El empleo es verdaderamente la clave para lograr la inclusión social y la única medida que acabará siendo rentable a largo plazo.

El origen de las empresas de inserción se sitúa en Francia a mediados de la década de

los setenta². Por lo que se refiere a España, las empresas de inserción han ido surgiendo desde los años ochenta de manera esporádica y aislada y como consecuencia de iniciativas privadas. La diferencia fundamental con el modelo francés radica en el hecho de que en Francia las empresas de inserción han recibido un fuerte apoyo legal, financiero, político y social, impulso que en España ha comenzado a llegar mucho más tarde y de manos, en un primer momento, de las Comunidades Autónomas. En España la gran mayoría de las entidades promotoras de empresas de inserción surgen en el ámbito religioso. Algunas de ellas tienen una dilatada trayectoria, pero es a partir del nuevo siglo cuando podemos decir que la iniciativa pública está empezando a intervenir a favor de la creación y desarrollo de las empresas de inserción, coincidiendo también con el mayor impulso que han adquirido las mismas desde finales de los años noventa. En efecto, según un estudio desarrollado por la Fundación Un Sol Mon de Caixa Cataluña³, desde el año 2004 se han creado el 20% de las empresas de inserción actualmente identificadas; el 50% son posteriores a 1999. Por Comunidades Autónomas el 73,5% de las empresas de inserción se encuentran en Cataluña, el País Vasco, Madrid y Andalucía, agrupando las dos primeras comunidades un mayor número de empresas. Seguidamente Valencia, Andalucía y Aragón son las Comunidades Autónomas con un mayor número de empresas de inserción. Por tanto, suponen un fenómeno relativamente reciente pero que en los últimos años han ido creciendo en número. Según datos de la Federación Española de Empresas de Inserción, las empresas de inserción tienen un peso considerable en la economía española, con 189 empresas de inserción y más de 4.000 perso-

² Sobre este tema ver, L. M^a LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS: *Las empresas de inserción en España*, cit., págs. 166-185.

³ Fruto de esta investigación es la obra: *Las empresas de inserción en España*, Fundació Un Sol Món de Caixa Cataluña, Barcelona, 2007.

nas trabajadoras. Podemos así decir que estas empresas están creciendo en número pero también en impacto social.

Desde hace años se viene reclamando desde distintos ámbitos la aprobación de una ley reguladora de las empresas de inserción, pero dicha regulación, se ha ido posponiendo a lo largo de estos años, de manera que han sido las Comunidades Autónomas las que de un modo indirecto han ido regulando el régimen jurídico de las empresas de inserción al fijar determinados requisitos a las empresas para la obtención de subvenciones a la inserción social. La aprobación finalmente de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen jurídico de las empresas de inserción (en adelante LEI), supone un impulso importante al desarrollo de las empresas de inserción y el reconocimiento por parte del legislador español de que el empleo es para los más desfavorecidos o excluidos la principal vía para lograr su inserción social. Esta Ley tiene por objeto, como su propio nombre indica, regular el régimen jurídico de las empresas de inserción y, así, establecer un marco que promueva la inserción laboral de personas en situación de exclusión social a través de este tipo de empresas. Para el cumplimiento de estos objetivos el contenido de la Ley⁴ se extiende, como su art. 1.1 señala, a: a) Establecer una regulación propia para las empresas de inserción, que posibilite su desarrollo y consolidación; b) Determinar para las empresas de inserción los requisitos necesarios y el procedimiento a seguir, a través de los itinerarios de inserción, para la incorporación al mercado ordinario de las personas en situación de exclusión social; c) Establecer un conjunto de medidas para la promoción de la inserción sociolaboral a través de las empresas de inserción y delimitar las situaciones que, en

su caso, puedan determinar la adopción de tales medidas.

Según establece el art. 4 LEI, «tendrá la consideración de empresa de inserción aquella sociedad mercantil o sociedad cooperativa legalmente constituida que, debidamente calificada por los organismos autonómicos competentes en la materia, realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario». Así, las empresas de inserción pueden adoptar la forma jurídica de sociedad mercantil o cooperativa, pero deben estar promovidas por entidades sin ánimo de lucro. Aunque son variadas las cuestiones que la norma plantea, alguna de ellas aún pendientes de desarrollo reglamentario como es la constitución de un Registro Estatal de empresas de inserción en el que deberán inscribirse las citadas empresas, en este estudio nos vamos a centrar exclusivamente en el análisis de la relación laboral que une a los trabajadores en situación de exclusión social con las empresas de inserción. Sin embargo, antes de abordar específicamente dicho estudio es preciso analizar dos conceptos básicos necesarios para entender el régimen jurídico y las peculiaridades de dicha relación laboral. El primero, es qué entiende la norma por trabajadores en situación de exclusión social y, el segundo, qué es el itinerario de inserción sociolaboral como elemento fundamental del trabajo en las empresas de inserción.

2. TRABAJADORES EN SITUACIÓN DE EXCLUSIÓN SOCIAL EN LA LEY DE EMPRESAS DE INSERCIÓN

El concepto de personas en situación de exclusión social no es un concepto normativo de manera que cada norma viene elaborando una relación de personas que se consideran en situación de exclusión social a los efectos

⁴ La LEI se estructura en seis Capítulos, con dieciocho artículos, cinco Disposiciones adicionales, tres Disposiciones transitorias, una Disposición derogatoria y seis Disposiciones finales.

de aplicación de lo dispuesto en la misma. En este sentido, la LEI contiene una enumeración de trabajadores que se consideran en situación de exclusión social a los efectos de lo previsto en esta Ley. La doctrina ha criticado el hecho de que la LEI haya optado «por un ‘catálogo cerrado’ frente a la técnica de cláusula general o de los conceptos jurídicos indeterminados»⁵. Por eso, a su juicio, «es necesario proponer una lectura de tipo corrector (de la norma), de manera que baste para el acceso de una persona a la empresa de inserción, el correspondiente informe sociolaboral realizado por los servicios públicos»⁶. La variedad de colectivos en situación de exclusión social avala esta postura doctrinal, y el propio legislador lo reconoce en cierta medida al prever en su Disposición final segunda apartado segundo que «el Gobierno, por medio de Real Decreto, podrá modificar los colectivos que se consideran en situación de exclusión social de acuerdo con el art. 2.1, previo informe emitido por las Comunidades Autónomas y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, incluidas las del sector afectado».

Así, según establece el art. 2.1 de la LEI, las empresas de inserción podrán contratar como trabajadores, a las personas en situación de exclusión social desempleadas e inscritas en los Servicios Públicos de Empleo, con especiales dificultades para lograr su integración en el mercado de trabajo, que estén incluidos en alguno de los siguientes colectivos:

a) Perceptores de Rentas Mínimas de Inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denomi-

⁵ M. R. VALLECILLO GAMEZ y C. MOLINA NAVARRETE: *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión*, Ed. Comares, Granada, 2008, pág. 147.

⁶ M. R. VALLECILLO GAMEZ y C. MOLINA NAVARRETE: *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos*, op. cit., pág. 149.

nación adoptada en cada Comunidad Autónoma, así como los miembros de la unidad de convivencia beneficiarios de ellas. Las rentas de inserción en su dimensión de prestación económica, «tienen como objetivo garantizar una renta mínima vital a los ciudadanos que se encuentren en situaciones de necesidad, supliendo la escasez o falta de recursos de los mismos y elevando sus ingresos hasta un umbral previamente determinado como nivel básico de subsistencia. En su dimensión no económica, dichas rentas tienen como objetivo la integración laboral de sus destinatarios»⁷. En la práctica coexisten la renta de inserción estatal y las autonómicas; la primera, denominada renta activa de inserción y, las segundas, con denominación diversa como, por ejemplo, rentas mínimas de inserción, ingreso mínimo de solidaridad, ingreso de integración, ingreso mínimo de inserción o, salarios sociales. La satisfacción de determinados estados carenciales «y la reinserción social de los beneficiarios es la finalidad que comparten» ambas prestaciones⁸. A la ayuda dineraria se añaden unos servicios o prestaciones técnicas que tratan de conseguir la integración social de sus beneficiarios, teniendo en cuenta que no existe un tratamiento uniforme en las distintas Comunidades Autónomas.

Los perceptores de estas rentas mínimas autonómicas se consideran por la LEI como colectivos vulnerables y son, según ha afirmado el Ministerio de Trabajo e Inmigración, el principal colectivo en situación de exclusión social al que va dirigido esta norma⁹. Sin

⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.; BARRIOS BAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. *Protección social complementaria*, Ed. Tecnos, Madrid, 2ª edición, 2005, pág. 152.

⁸ C. ESTEVEZ GONZÁLEZ: *Las rentas mínimas autonómicas*, CES, Madrid, 1998, pág. 83.

⁹ Según datos de la Asociación Madrileña de Empresas de Inserción (AMEI) los colectivos sociales contratados por las empresas de inserción madrileñas responden a los siguientes porcentajes: 31% perceptores de rentas mínimas de inserción; 24% inmigrantes; 21% mujeres solas con carga familiar; 16% jóvenes con fracaso esco-

embargo, el diferente tratamiento que esta materia recibe en cada Comunidad Autónoma va a provocar que las personas que pueden ser contratadas por las empresas de inserción sean diferentes según los requisitos exigidos en cada una de ellas para poder acceder al cobro de rentas mínimas de inserción.

b) Personas que no puedan acceder al cobro de la renta mínima de inserción o prestación de igual o similar naturaleza según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma, por alguna de las siguientes causas:

- 1º. Falta del período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la Unidad perceptora;
- 2º. Haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecidos.

Como ha señalado la doctrina, en este apartado, y una vez que queda constancia de que «no hay uniformidad reguladora ni en los tiempos de residencia exigidos –tampoco para la unidad de convivencia–, ni en el período de duración final de la renta mínima de inserción, la cuestión quizás más destacada es determinar qué sucede con las personas inmigrantes que no tengan regularizada su situación y que, en ocasiones y pese a esta situación, son beneficiarios de acciones de inserción, al menos en el plano de la orientación y a través de iniciativas de entidades sociales»¹⁰. En efecto, el art. 2.1 b) LEI transcrito habla de personas que no puedan acceder a las rentas mínimas de inserción por falta del período exigido de residencia pero no habla de residencia «legal» por lo que puede entenderse que basta que el inmigrante esté

lar; 12% personas sin hogar; 12% personas con drogodependencia; 7% víctimas de violencia de género; 5% personas con discapacidad; 3% minorías étnicas; 3% personas con enfermedades mentales; 3% exreclusos.

¹⁰ M. R. VALLECILLO GAMEZ y C. MOLINA NAVARRETE: *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos*, op. cit., pág. 155.

empadronado. La solución que parece más lógica es entender que el inmigrante irregular no puede ser contratado por una empresa de inserción, pues de serlo el empresario sería sancionado de conformidad con el art. 36.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Es cierto que el inmigrante irregular puede beneficiarse de los servicios y prestaciones asistenciales a cargo de las Comunidades Autónomas y de las Administraciones Locales (art. 14.4 LO 4/2000, de 11 de enero), y entre esas prestaciones se hallan las rentas mínimas de inserción. Las Comunidades Autónomas, «exigen para el devengo de dichos servicios y prestaciones asistenciales en unos casos la residencia legal, a la que en ocasiones se fija un plazo mínimo (uno, tres o cinco años), en otros el mero empadronamiento, y en otros el empadronamiento unido a la residencia efectiva»¹¹. Ahora bien, aunque la LEI no hable de «residencia legal», habrá que presuponer la misma para que una empresa de inserción pueda contratar a un trabajador extranjero, pues la LO 4/2000, de 11 de enero, exige la obtención de una autorización administrativa previa para trabajar en España y esta exigencia prevalece sobre el hecho de que el extranjero en situación irregular pueda ser beneficiario de las rentas mínimas de inserción de las Comunidades Autónomas.

c) Jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de Instituciones de Protección de Menores.

d) Personas con problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos que se encuentren en proceso de rehabilitación o reinserción social.

e) Internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté

¹¹ A. MONTROYA MELGAR: *El empleo ilegal de inmigrantes*, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2007, pág. 147.

incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial regulada en el artículo 1 del RD 782/2001, de 6 de julio, así como liberados condicionales y ex reclusos. Recuérdese que el RD 782/2001, de 6 de julio, regula la relación laboral especial existente entre el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u organismo autonómico equivalente y los internos que desarrollen una actividad laboral en los talleres productivos de los centros penitenciarios, así como la de quienes cumplen penas de trabajo en beneficio de la comunidad. Se consideran, por tanto, como colectivo vulnerable a los efectos de su contratación por empresas de inserción a los internos de centros penitenciarios en régimen abierto.

f) Menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya situación les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial a que se refiere el artículo 53.4 del Reglamento de la citada Ley, aprobado por el RD 1774/2004, de 30 de julio, así como los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los ex internos.

g) Personas procedentes de centros de alojamiento alternativo autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla. Serán las leyes de servicios sociales de las Comunidades Autónomas las que establezcan dichos centros de alojamiento alternativo, pues el sistema de servicios sociales de las Comunidades Autónomas está formado por recursos, por prestaciones de servicios, tecnológicos y económicos, y por programas, equipamientos y actividades de prevención, atención y promoción social.

h) Personas procedentes de servicios de prevención e inserción social autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla. Al igual que en el supuesto anterior, serán las leyes de servicios socia-

les de las Comunidades Autónomas las que establezcan dichos servicios de prevención e inserción social.

Los colectivos señalados por la norma son prácticamente idénticos a los señalados por la disposición adicional segunda de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, a los efectos del programa de fomento del empleo. Las únicas diferencias se centran en la incorporación entre los colectivos vulnerables de los miembros de la unidad de convivencia beneficiarios de las rentas mínimas de inserción, la exclusión de los internos de centros penitenciarios cuya relación laboral esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial regulada en el RD 782/2001, de 6 de julio, la exclusión de los menores internos cuya relación laboral esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial a que se refiere el art. 53.4 del RD 1774/2004, de 30 de julio, y la inclusión de las personas procedentes de centros de alojamiento alternativo y de servicios de prevención e inserción social autorizados por las Comunidades Autónomas. Debe tenerse en cuenta que la citada disposición adicional segunda de la Ley 43/2006 ha quedado derogada por la disposición final tercera de la Ley 44/2007, de regulación del régimen de las empresas de inserción, y sustituida por la enumeración contenida en el art. 2.1 de la citada Ley.

La situación de exclusión social de las personas pertenecientes a los colectivos enumerados, deberá ser acreditada por los Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales¹², según señala el

¹² El papel de las entidades locales en esta materia suele reducirse, generalmente, al de gestión de los servicios establecidos por las Comunidades Autónomas. En este sentido, las leyes autonómicas de Servicios Sociales atribuyen a las entidades locales competencias propias en la programación, la coordinación y la prestación de nivel primario (denominados Servicios Sociales generales, comunitarios o de atención primaria). Ver, AGUILERA IZQUIERDO, R.; BARRIOS BAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN

art. 2.2 de la Ley 44/2007. La redacción de la norma plantea la duda de cuál es el papel que deben jugar los Servicios Sociales en estos casos. Así, son dos las posibilidades. En primer lugar, podríamos entender que los Servicios Sociales lo único que deben hacer es acreditar que la persona desempleada e inscrita en el Servicio Público de Empleo pertenece a alguno de los colectivos que marca la Ley. Y, en segundo lugar, podríamos entender que estando incluida la persona desempleada e inscrita en el Servicio Público de Empleo en alguno de los colectivos enumerados por la Ley, corresponde a los Servicios Sociales competentes acreditar la especial dificultad de esa persona para integrarse en el mercado de trabajo. Es decir, que el mero hecho de estar incluida en alguno de los colectivos señalados por la Ley no significa que esa persona tenga especiales dificultades para su integración en el mercado de trabajo. Esa dificultad de integración es lo que deben acreditar los Servicios Sociales. A nuestro juicio, esta segunda interpretación es la más correcta, de manera que una cosa son los colectivos vulnerables (los enumerados en el art. 2.1) y otra la especial dificultad de esos colectivos para su integración en el mercado de trabajo, dificultad que debe ser valorada por los Servicios Sociales. Ahora bien, los Servicios Sociales sólo podrán valorar la especial dificultad de integración laboral cuando la persona afectada se encuentre dentro de alguno de los colectivos enumerados por el art. 2.1, pues fuera de esos supuestos no se considera a la persona en situación de exclusión social a los efectos de su contratación por una empresa de inserción, ya que, como hemos señalado, la LEI ha aprobado una lista cerrada de trabajadores que se consideran en situación de exclusión social sin prever ninguna cláusula de cierre flexible.

AZAÑA, Y.: *Protección social complementaria*, Ed. Tecnos, 2ª edición, Madrid, 2005, págs. 143-158.

3. EL ITINERARIO DE INSERCIÓN SOCIOLABORAL

Las personas en situación de exclusión social que presten sus servicios en una empresa de inserción deberán seguir un denominado por la Ley itinerario de inserción sociolaboral fijado por los Servicios Sociales competentes de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, los Servicios Públicos de Empleo y las propias empresas de inserción (art. 3 LEI). En efecto, el trabajador presta voluntariamente sus servicios retribuidos en una empresa de inserción como parte fundamental de un proceso de inserción personalizado que ha de facilitar su adaptación social y el tránsito al empleo en empresas ordinarias. De este modo, el itinerario de inserción es el elemento fundamental del trabajo en las empresas de inserción.

El itinerario de inserción sociolaboral incluirá las medidas de intervención y acompañamiento que se consideren necesarias para lograr la integración de la persona en situación de exclusión social en el mercado de trabajo. En concreto, las medidas de intervención y acompañamiento consistirán, según señala el art. 3.2 de la LEI, en «el conjunto de servicios, prestaciones, acciones de orientación, tutoría y procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación laboral y social encaminados a satisfacer o resolver problemáticas específicas derivadas de la situación de exclusión que dificultan a la persona un normal desarrollo de su itinerario en la empresa de inserción». No debemos olvidar, que las empresas de inserción promueven el empleo de personas que se encuentran en situación de exclusión social debido a sus carencias sociales, culturales, a su desmotivación, al abandono de hábitos laborales, o a cualquier otra circunstancia personal, por lo que es necesario potenciar las capacidades y actitudes de estas personas para que finalmente puedan integrarse en el mercado ordinario. Por ello, en el denominado itinerario de

inserción sociolaboral pesan mucho los aspectos ajenos a lo estrictamente laboral. Así, por ejemplo, las acciones susceptibles de incluirse en los mencionados itinerarios podrían ser de la siguiente naturaleza: acciones encaminadas al desarrollo de los elementos necesarios para conseguir una estabilidad personal, un equilibrio en la convivencia y la participación social; acciones que faciliten el acceso al sistema nacional de salud en los supuestos en los que se requiere un tratamiento médico personalizado o acciones específicas de desintoxicación o deshabituación; acciones específicas de formación, etc.

Además, de conformidad con lo establecido en el art. 4 LEI, las empresas de inserción deberán tener servicios de intervención o acompañamiento para la inserción sociolaboral que faciliten su posterior incorporación al mercado de trabajo ordinario. Se trata, por tanto, de establecer un sistema de tutoría y seguimiento personalizado no sólo durante la prestación de servicios en la empresa de inserción sino también en el momento de acudir a una empresa que desea contratar los servicios del trabajador de la empresa de inserción o incluso durante las etapas iniciales de su incorporación a dicha empresa.

Las medidas de intervención y acompañamiento incluidas en un itinerario de inserción sociolaboral exigen en la mayoría de los casos la existencia de una persona que podemos denominar de acompañamiento o tutor para que efectivamente se cumplan los objetivos de integración previstos en el correspondiente itinerario. Este personal de acompañamiento de las personas en proceso de inserción tiene la función de «asegurar que cada trabajador alcance el aprendizaje de las competencias laborales, así como de los hábitos transversales (autonomía, relación con los compañeros y equipo gerencial, cumplimiento del horario, situación personal en general, etc.)». Lógicamente, cada empresa optará por «una modalidad de acompañamiento diferente según mejor le convenga, teniendo en cuenta el tipo de colectivo con el que trabaja o las

actividades productivas que realiza, que se puede concretar en un seguimiento personalizado más o menos intenso, en un acompañamiento integrado en los servicios ofrecidos por la promotora, sesiones de tutorías en equipo, etc.»¹³. El coste económico que para las empresas de inserción supone el tener profesionales especializados que lleven a cabo la labor de acompañamiento ha hecho que algunas Comunidades Autónomas prevean ayudas específicas para hacer frente a este gasto. A modo de ejemplo, podemos citar en este apartado, a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia que, por Orden de 20 de junio de 2007 del Servicio Regional de Empleo y Formación (BO Región de Murcia 30 junio 2007), ha previsto subvenciones a favor de las empresas de inserción para la contratación de personal de apoyo al proceso de integración sociolaboral, mediante la figura de los técnicos de inserción¹⁴. Este personal de apoyo, según la citada Orden, realizará, entre otras, las siguientes tareas: adiestramiento en el desempeño de las tareas ligadas al proceso de producción (utilización de maquinaria, aplicación de técnicas productivas, etc.); orientación laboral y elaboración de itinerarios personalizados de inserción laboral y de formación, dirigidos a la consecución de puestos de trabajo adecuados a las capacidades y aptitudes de los trabajadores en proceso de inserción; colaboración en los procesos de selección de los trabajadores en procesos de inserción; asesoramiento y apoyo en el análisis de puestos de trabajo y en el proceso

¹³ *Las empresas de inserción en España, op. cit.*, pág. 79.

¹⁴ También prevé este tipo de ayudas la Comunidad Autónoma de Galicia (Decreto 156/2007, de 19 de julio, DO Galicia 8 agosto 2007), la Comunidad Autónoma de Aragón (Decreto 37/2006, de 7 de febrero, BO Aragón 17 febrero 2006), la Comunidad Autónoma de Madrid (Decreto 32/2003, de 13 de marzo, BO Comunidad de Madrid 24 marzo 2003), la Comunidad Autónoma Valenciana (Ley 17/2007, de 5 de febrero, DO Comunitat Valenciana 9 febrero 2007), la Comunidad Autónoma de La Rioja (Orden de 25 septiembre 2007, BO La Rioja 4 octubre 2007).

de adecuación de la persona en proceso de inserción a dichos puestos de trabajo; mediación laboral mediante la presentación y acompañamiento a la empresa contratante de aquellos trabajadores en procesos de inserción que presenten habilidades y capacidades adecuadas para el puesto de trabajo a desempeñar; seguimiento y apoyo en las incorporaciones laborales a un empleo normalizado en una empresa ordinaria.

Esta posibilidad de que las empresas de inserción reciban ayudas financieras para el desarrollo de su actividad, así como en concepto de asistencia técnica, lo que incluye, por tanto, la contratación de técnicos expertos en acciones de orientación y acompañamiento a la inserción, está prevista en el art. 16.3 LEI. En consecuencia, las Comunidades Autónomas podrán seguir concediendo, como venían haciendo antes de la aprobación de la LEI, subvenciones por este concepto, si bien la compatibilidad entre las ayudas previstas a nivel estatal y a nivel de Comunidad Autónoma deberá ser regulada por las normas que en cada momento aprueben las citadas ayudas.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que para aliviar el coste económico que las actuaciones de inserción de los trabajadores excluidos sociales supone para las empresas de inserción, la LEI en su art. 10.1 ha previsto que dichas empresas podrán disponer de los servicios de intervención y acompañamiento social que proporcionan los servicios sociales públicos competentes. Asimismo, también podrán aplicar los itinerarios y procesos de inserción de los trabajadores proporcionados por los Servicios Públicos de Empleo. En efecto, no debemos olvidar que son los perceptores de rentas mínimas de inserción el principal colectivo en situación de exclusión social que puede ser contratado por una empresa de inserción. Los perceptores de rentas mínimas de inserción, en la mayoría de las Comunidades Autónomas, deben suscribir un convenio o contrato de inserción a través del cual se personaliza la

problemática del individuo en cuestión y se proponen las medidas que se consideran oportunas para conseguir su integración social. De este modo, los perceptores de rentas mínimas de inserción en el momento de ser contratados por una empresa de inserción ya estarán en la mayoría de los casos incluidos en un proceso de inserción, y dicho itinerario o proceso podrá ser aplicado por la empresa de inserción. Asimismo, hay que tener en cuenta que la contratación de estos trabajadores no sólo podrá hacerse directamente por la empresa de inserción sino que también, y de forma muy habitual, dicha contratación se llevará a cabo por remisión de los servicios sociales competentes de un concreto trabajador como parte de un proceso de integración sociolaboral o tras dirigirse la empresa de inserción al Servicio Regional de Empleo en busca de candidatos en situación de exclusión social para un puesto de trabajo. En estos casos, la integración en la empresa de inserción formaría parte del itinerario de inserción del concreto trabajador, y dicho itinerario podrá seguir siendo aplicado por la empresa de inserción.

La LEI no prevé expresamente la revisión del itinerario de inserción, lo que sin ninguna duda resulta aconsejable para garantizar su adecuación a las características y evolución de la persona. El propio itinerario de inserción debería determinar la periodicidad con la que se efectuará la evaluación o bien los supuestos en los que será necesaria su modificación por parte de los Servicios Sociales competentes, los Servicios Públicos de Empleo y la empresa de inserción. En este sentido, a juicio del CES en su Dictamen 6/2007 sobre el Anteproyecto de Ley para la Regulación del Régimen de las Empresas de Inserción, la norma debería contemplar que, cuando se produzca una recaída en el supuesto de exclusión social por alcoholismo y drogodependencia, los itinerarios fijados por los servicios sociales deberán readaptarse en lo relativo a los procesos de rehabilitación terapéutica u otras medidas necesarias, debiendo

ser éstas aceptadas por la persona afectada. Sin embargo, esta observación del CES no ha sido tenida en cuenta en el texto definitivo de la LEI, de manera que se deja al acuerdo entre las partes implicadas en la elaboración del itinerario de inserción la determinación de los supuestos en los que procede la modificación o readaptación de las medidas de intervención y acompañamiento previstas en el correspondiente itinerario de inserción del trabajador contratado.

El itinerario de inserción sociolaboral que debe aplicar la empresa de inserción de conformidad a lo acordado con los Servicios Sociales Públicos competentes y los Servicios Públicos de Empleo, debe ser aceptado por la persona en situación de exclusión social contratada (art. 3.1 LEI). De este modo, la trascendencia laboral del itinerario de inserción resulta clara, pues su contenido debe entenderse que se incluye dentro de las obligaciones del trabajador. La persona en situación de exclusión social contratada por una empresa de inserción no sólo se compromete a trabajar, sino a cumplir todas aquellas actuaciones que se deriven del itinerario de inserción previamente aceptado. Por ello, aunque la norma no lo prevé expresamente, a nuestro juicio, su incumplimiento resultará un incumplimiento contractual sancionable, en su caso, con el despido.

Corresponde a los Servicios Sociales Públicos competentes y a los Servicios Públicos de Empleo efectuar el seguimiento de los itinerarios y procesos de inserción sociolaboral de los trabajadores (art. 10.2 LEI). Las empresas de inserción deberán prestarles todo el apoyo necesario para facilitar su labor. Por otro lado, los Servicios Sociales Públicos competentes prestarán apoyo a los trabajadores que se incorporen a un puesto de trabajo en el mercado de trabajo ordinario, una vez finalizado su proceso de inserción y, los Servicios Públicos de Empleo, por su parte, deberán proporcionar, en su caso, la formación que les corresponde, tanto durante el tiempo que permanezcan contratados en la misma empresa

de inserción como con posterioridad al mismo. Por tanto, podemos afirmar que la relación entre las empresas de inserción y las Administraciones Públicas es muy intensa en relación con los procesos de inserción previendo la norma tanto acciones previas a la incorporación de los trabajadores a la empresa de inserción, como acciones de seguimiento y apoyo a los trabajadores una vez finalizada su estancia en dichas empresas. En efecto, las empresas de inserción se relacionarán con los Servicios Sociales Públicos competentes y con los Servicios Públicos de Empleo al menos a efectos de:

- a) Acreditar la situación de exclusión social de los trabajadores que van a ser contratados por la empresa de inserción, acreditación que, como hemos señalado, corresponde otorgar a los Servicios Sociales Públicos competentes.
- b) Establecer el correspondiente itinerario de inserción de la persona en situación de exclusión social contratada, que se acordará entre los Servicios Sociales Públicos competentes, los Servicios Públicos de Empleo y la empresa de inserción.
- c) Acceder a los servicios de intervención y acompañamiento social que proporcionan los Servicios Sociales Públicos competentes durante el proceso de inserción dentro de la empresa.
- d) Facilitar el seguimiento que corresponde hacer a los indicados Servicios Sociales Públicos competentes y Servicios Públicos de Empleo de los itinerarios y procesos de inserción sociolaboral de los trabajadores y prestar apoyo a aquéllos que se incorporen a un puesto de trabajo en el mercado de trabajo ordinario, una vez finalizado su proceso de inserción, o la formación que corresponda.

4. EL RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL DE LOS TRABAJADORES EN SITUACIÓN DE EXCLUSIÓN SOCIAL EN LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN

Junto al régimen jurídico de las empresas de inserción, la LEI regula las relaciones laborales de los trabajadores en situación de exclusión social que prestan servicios en dichas empresas. Se trata de una de las principales reivindicaciones que desde hace varios años han venido planteando las empresas de inserción pues las características de las personas contratadas por estas empresas exigen un tratamiento peculiar en materia laboral.

4.1. Un nuevo supuesto de utilización del contrato de trabajo como instrumento de integración social

Las posturas acerca de cuál debía ser el régimen jurídico de la relación laboral entre el trabajador en situación de exclusión social y la empresa de inserción han sido diversas, pudiendo sintetizarse en dos: el régimen jurídico aplicable debe ser el de una relación laboral común o el régimen jurídico aplicable debe ser el de una relación laboral especial. Sin embargo, a nuestro juicio, la primera cuestión que debe abordarse antes de discutir cuál es el régimen jurídico aplicable a la relación señalada es la de determinar si verdaderamente nos encontramos ante una relación laboral que debe ser objeto de regulación por el Derecho del Trabajo, pues no hay que olvidar que la finalidad de la relación entre la empresa de inserción y el trabajador en situación de exclusión social no es la de intercambiar trabajo por salario sino la de integrar en el mercado de trabajo ordinario y formar sociolaboralmente a dicho trabajador.

El contrato de trabajo «es la institución central del Derecho del Trabajo; constituye a la vez la raíz de su origen y la razón de su

existencia como disciplina jurídica autónoma»¹⁵. Como es sabido, el objeto del contrato de trabajo es doble: «la prestación laboral y la prestación salarial, objetos a su vez de las obligaciones básicas del trabajador y el empresario»¹⁶. Por su parte, la causa del contrato de trabajo es «la voluntad de cambio entre trabajo y salario, ordenada a la producción de bienes y servicios»¹⁷. Lógicamente, si analizamos el objeto y la causa del contrato de trabajo entre la empresa de inserción y el trabajador en situación de exclusión social fácilmente podemos comprobar que el objeto y la causa de ese contrato no es la prestación laboral y la prestación salarial y su intercambio voluntario, sino que la relación entre un trabajador calificado en situación de exclusión y una empresa de inserción tiene por objeto, según se deriva de la LEI, la prestación de un trabajo retribuido acompañado de un itinerario de inserción personalizado previamente definido. Es decir, que el contrato tiene una naturaleza mixta.

El trabajo del excluido social en la empresa de inserción es accesorio y se subordina a la aplicación de las medidas de intervención y acompañamiento necesarias para promover su integración en el mercado laboral ordinario. El trabajo en la empresa de inserción es un trabajo preparatorio o de aprendizaje para el posterior trabajo en una empresa ordinaria. Esto nos lleva a preguntarnos si estamos verdaderamente ante un contrato de trabajo de naturaleza mixta como pretende configurar el legislador o si en realidad estamos utilizando el molde del contrato de trabajo para una relación de hecho en la que no encaja. En efecto, el contrato de trabajo es la llave que permite la inserción sociolaboral

¹⁵ M. ALONSO OLEA y M^a. E. CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, Ed. Civitas, 19^a edición, Madrid, 2001, pág. 55.

¹⁶ A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 30^a edición, Madrid, 2009, pág. 299.

¹⁷ A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 301.

del trabajador proporcionándole un medio de vida, y más allá de esto, un estatus social, económico y profesional. Esta genérica función integradora del contrato de trabajo explica los esfuerzos del legislador y de la jurisprudencia por ampliar el campo de aplicación del Derecho del Trabajo, a veces validando relaciones que son más de hecho que de derecho¹⁸. Esta «concepción asistencial del contrato de trabajo»¹⁹ ha llegado incluso a institucionalizarse por el legislador con la creación del, en la actualidad derogado, contrato de inserción, por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de la calidad. La finalidad de este contrato no era la típica de intercambiar trabajo por salario con propósito productivo sino la de proporcionar experiencia laboral y oportunidades de empleo a los desempleados inscritos en las Oficinas de Empleo. Este contrato, subvencionado por los Servicios Públicos de Empleo y que sólo podía ser celebrado por las Administraciones Públicas, las entidades sin ánimo de lucro y las empresas de inserción, muestra, como afirmó la doctrina, que «lo trascendente no es la repercusión del intercambio entre dinero y trabajo, sino el facilitar al insertando, junto a unos ingresos, la experiencia profesional y la capacitación que esta comporta. En este sentido, es razonable dudar de que propiamente constituya un contrato de trabajo, pues la razón típico-práctica de estas formas de intercambio de servicios retribuidos no se encuentra presente»²⁰.

¹⁸ A. MONTOYA MELGAR: «El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales», *Aranzadi Social*, nº 3, 2006, págs. 51 y 52.

¹⁹ A. MONTOYA MELGAR: «Sobre la utilización del contrato de trabajo como instrumento de integración social», Conferencia impartida en la Universidad Miguel Hernández, Elche el 16 de marzo de 2006.

²⁰ M. CARDENAL CARRO: «El nuevo contrato de inserción», en A. V. Sempere Navarro y otros: *La reforma laboral de 2001. Análisis del Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 68.

Junto al derogado contrato de inserción, encontramos en la ley y en la jurisprudencia otros ejemplos en los que el contrato de trabajo se utiliza como «instrumento asistencial», para conseguir la inserción o integración social. Como señala Montoya Melgar²¹, entre esos ejemplos podemos destacar dos:

1. Los trabajadores inmigrantes sin autorización de trabajo, al disponer el art. 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que la carencia de dicha autorización «no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero». En efecto, el legislador no considera el contrato nulo a pesar de que el contrato celebrado con un inmigrante sin autorización de trabajo se halla afectado en su objeto y en su causa. El objeto del contrato es ilícito en cuanto que está prohibido pues el inmigrante sin autorización de trabajo no está legitimado para celebrar un contrato de trabajo, y, al mismo tiempo, es imposible legalmente al ser contrario a la ley. Asimismo, la causa del contrato celebrado con un inmigrante ilegal sería ilícita al haberse vulnerado una prohibición legal²². En consecuencia, el contrato debería ser nulo de pleno derecho y así lo vino entendiendo la jurisprudencia en aplicación de la LO 7/1985. Sin embargo, la publicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y la entrada en vigor de su art. 36.3 supone una modificación trascendental en la materia al declararse que el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es un contrato nulo. En definitiva, puede afirmarse que el art. 36.3 LO 4/2000 «hace prevalecer el propósito de inserción social del inmigrante ilegal sobre la finalidad de control de los flujos migratorios, puesto que reconoce al inmigrante irregular un esta-

²¹ A. MONTOYA MELGAR: «El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales», *op. cit.*, págs. 48 y ss.

²² Ver, A. MONTOYA MELGAR: «El empleo ilegal de inmigrantes y sus consecuencias jurídicas», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 37, Madrid, 2007, pág.181.

tuto jurídico-contratual pleno»²³. La LO 4/2000, probablemente por razones humanitarias y de justicia social, considera necesario conceder una cierta protección al inmigrante irregular, y esa protección se ofrece utilizando el contrato de trabajo como instrumento de integración social del inmigrante aun cuando la consecuencia jurídica que debería derivar de la aplicación del ET y del Código Civil es su nulidad.

2. La utilización del contrato de trabajo como instrumento de integración social se aprecia también con claridad en los denominados «contratos con causa torpe», al considerar la jurisprudencia que existe contrato de trabajo en ciertos supuestos en los que la causa del contrato es ilícita por oponerse a las leyes o la moral según establece el art. 1275 Código Civil. Este es el caso de las denominadas «señoritas de alterne»²⁴, supuesto en el que se ha pasado de considerar nulo el contrato por ilicitud de la causa (STCT 30-5-1962) a entender que para que el objeto de la relación de las citadas señoritas de alterne fuese ilícito se requeriría que, «más allá de un servicio no precisamente edificante», se dieran un «escándalo» y «grave inmoralidad» que a juicio del Tribunal Supremo no se dan en el supuesto enjuiciado (STS 3-3-1981, RJ 1981/1301). A partir de esta sentencia la licitud de la relación de las señoritas de alterne pasa a ser algo obvio para la doctrina jurisprudencial y judicial, que se limita a examinar si se dan las notas exigidas por el ET para determinar si hay o no contrato de trabajo, «obviando por completo cualquier reflexión sobre la moralidad o la inmoralidad de la actividad prestada»²⁵. Como es sabido, sobre la

naturaleza jurídica de la prestación de servicios sexuales para terceros, a partir de los años 80, «existe una ya consolidada jurisprudencia que distingue entre la actividad de 'alterne' que se realiza en el ámbito de una relación laboral, es decir, por cuenta ajena, en el ámbito de organización y dirección de una empresa, con sometimiento a jornada y horario (por flexibles que éstos sean) y a cambio de una retribución, y la actividad de prostitución que se ejerce por cuenta propia»²⁶. Así, el Tribunal Supremo²⁷ distingue entre la actividad de alterne por cuenta propia y por cuenta ajena, afirmando el carácter laboral de esta última siempre que se acredite la ajenidad de la prestación de la actividad y la dependencia de dicha actividad en el seno de una organización empresarial. La razón fundamental estriba en que la actividad de alterne genera unos rendimientos económicos, previa la organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protegen a los trabajadores, y disciplinan los presupuestos mercantiles de toda actividad económica. En todo caso, conviene resaltar que, en las sentencias que han declarado que la actividad de alterne ha de considerarse laboral, la organización empresarial consistía en que la actividad de alterne se hacía por cuenta de los titulares de un establecimiento abierto al público, y a cambio de una retribución por comisión y participación en el importe de las consumiciones o servicios a los clientes.

La doctrina judicial ha flexibilizado el requisito de la dependencia con el fin de considerar que existe contrato de trabajo en la actividad de alterne. En este sentido, los Tribunales vienen afirmando que «el hecho de que las empleadas pudieran gozar de cierta libertad para realizar sus iniciativas de captación de clientela, y cierta libertad de horario de permanencia en los locales de alterne, y que pudiera no acreditarse taxativamente su

²³ A. MONTOYA MELGAR: *El empleo ilegal de inmigrantes*, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2007, pág.105.

²⁴ Ver, SSTS 3-3-1981, RJ 1981/1301; 25-2-1984, RJ 1984/923; 14-5-1985, RJ 1985/2712; 21-10-1987, RJ 1987/7172; 4-2-1988, RJ 1988/571.

²⁵ A. MONTOYA MELGAR: «Sobre la utilización del contrato de trabajo como instrumento de integración social», Conferencia cit. en nota 19.

²⁶ STSJ Murcia 29-10-2007, JUR 2008/78558.

²⁷ STS 21-7-1995, RJ 1995/5948.

modo de retribución, no desvirtúa la relación laboral dado que la mayor o menor flexibilidad en el ejercicio de la facultad de dirección del empleador depende de la propia naturaleza de las tareas encomendadas al trabajador, y (...) el modo de trabajo por comisión predica el reconocimiento de una cierta autonomía de horario, jornada y retribución en la prestación de su actividad»²⁸. Debe quedar claro que para los Tribunales la prostitución no puede ser objeto lícito de un contrato de trabajo, sin embargo consideran que la actividad de alterne no puede ser calificada por sí misma de ilícita, y en este caso lo que se hace es analizar si se dan los requisitos de voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución exigidos por el art. 1 ET.

Ahora bien, algunas sentencias, así como el voto particular de otras, han comenzado a poner en tela de juicio esta postura jurisprudencial. Así, el voto particular a la STSJ Andalucía de 4 de diciembre de 2003 (AS 2003/3638), afirma que no se puede reconocer relación laboral a la actividad de prostitución pues «en tal relación existe un objeto ilícito, lo que determinaría la ineficacia o nulidad del contrato. Tal ilicitud deriva del grave riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de las trabajadoras afectadas, en concreto, de sus derechos a la libertad sexual y a la dignidad personal, riesgo que puede hacerse efectivo si al recurrente, dueño del local se le reconocen las facultades y derechos derivados de la condición de empleador y, con ello, los poderes directivos organizativos, pues supondría la posibilidad de exigir a las interesadas el cumplimiento de las tareas contratadas, aun en contra de su libertad de actuación, además de favorecer, promover e inducir con ello al ejercicio de la prostitución, (..)

²⁸ STSJ País Vasco 7-4-1998, AS 1998/2024; STSJ País Vasco 13-11-2001, AS 2002/1237; STSJ Andalucía 14-7-2000, AS 2000/5724; STSJ Cataluña 11-4-2002, AS 2002/1787; STSJ Andalucía 4-12-2003, AS 2003/3638.

se trata de que calquemos con cánones éticos la actividad, así no decimos que sea inmoral o contraria a las buenas costumbres, sino de ilicitud, por contraria a la Ley, de la actividad empresarial que facilita el ejercicio de la prostitución con evidente peligro de que ésta sea forzada y no libre». Pero frente a este argumento los tribunales priman la protección social y laboral de las empleadas, cuando consta que realizan una actividad por cuenta ajena en un establecimiento dedicado habitualmente a las actividades de alterne. En esta misma línea, crítica con la postura jurisprudencial dominante, podemos citar la STSJ Galicia de 7 de mayo de 2004 (AS 2004/1276) según la cual, con muy buen criterio se afirma que, «un Estado social y democrático de derecho como el nuestro debe reaccionar inmediatamente frente a estas situaciones, pero no desde la facilidad de dejar que sea la jurisprudencia la que declare la existencia de una relación laboral cuando el objeto es ilícito y por tanto el contrato nulo; la reacción debe iniciarse desde políticas sociales activas, educacionales y formativas, y de persecución penal de estas actividades, pero no imponiendo el barniz de una relación laboral ficticia, para así conseguir cobertura laboral y desde la Seguridad Social, cuando a ésta debe llegarse desde otros caminos».

En realidad, en los dos supuestos citados como ejemplo, inmigrantes irregulares sin autorización de trabajo y señoritas de alterne, de lo que se trata es de proteger al trabajador que celebra un contrato que en principio debería considerarse nulo y de esta manera evitar el enriquecimiento injusto y la irresponsabilidad del empresario infractor. Se intenta proteger a las personas que se encuentran en esas situaciones declarando que existe relación laboral cuando en realidad el objeto del contrato es ilícito, con la única finalidad de que reciban la protección social y laboral que otorga nuestro ordenamiento jurídico. Se pretende integrar socialmente a personas vulnerables por la vía de su incorporación al contrato y al Derecho del

Trabajo²⁹, pero como con gran claridad afirma la STSJ Galicia de 7 de mayo de 2004 cita el Estado social debería reaccionar frente a estas situaciones de abuso descritas con otros medios como la previsión de políticas sociales activas, educacionales y formativas, o incluso por la vía penal.

A los ejemplos señalados podemos añadir en la actualidad, a nuestro juicio, uno más: el de los trabajadores en situación de exclusión social en las empresas de inserción. Estos trabajadores se encuentran, en un sentido amplio, en un período de aprendizaje en la empresa de inserción y la auténtica causa del contrato que les une no es el intercambio de trabajo por salario, sino su formación y la adquisición de unos hábitos sociolaborales que les permitan prestar sus servicios en una empresa de trabajo ordinaria. Estamos ante una relación atípica en la que como parte del itinerario de inserción de una persona en situación de exclusión social se presta un trabajo para la entidad que ha participado en la elaboración de dicho itinerario de inserción. El rasgo diferencial del trabajo en una empresa de inserción respecto de la relación laboral es su finalidad de facilitar la práctica por parte del excluido social para conseguir su posterior integración en el mercado ordinario, y no incorporar los resultados del trabajo al patrimonio de quien lo otorga. Al igual que quedan excluidos de la relación laboral quienes realizan prácticas laborales al amparo de un programa formativo, deberían quedar excluidos de la relación laboral quienes trabajan en una empresa de inserción con una clara finalidad de aprendizaje y como parte de un itinerario de inserción.

Es cierto que el trabajo de aprendizaje en la empresa de inserción es retribuido, pero si queda acreditado que el ingrediente formativo de la relación entablada entre la empresa

de inserción y el trabajador en situación de exclusión social prevalece sobre el ingrediente productivo podríamos afirmar que la presunción de laboralidad pierde virtualidad. La finalidad perseguida por las empresas de inserción no estriba en beneficiarse de la actividad del trabajador en situación de exclusión social sino en ayudar a su integración sociolaboral. Las empresas de inserción son, «dentro del itinerario de inserción sociolaboral, el paso previo a la inserción en empresas al uso. En las empresas de inserción se somete a prueba la validez del proceso de inserción previo y se consolidan y completan los aprendizajes necesarios para lograr la empleabilidad»³⁰. Por tanto, el trabajo en las empresas de inserción está pensado para beneficiar al trabajador en situación de exclusión social de manera que éste perfeccione sus habilidades sociales y laborales participando en la actividad de una empresa como si se tratara de un trabajador ordinario, por más que, indirectamente, puedan resultar beneficios para la propia empresa de inserción.

Sin embargo, aunque la laboralidad de la relación que une a la empresa de inserción con el trabajador calificado en situación de exclusión social sea discutible, el legislador no lo ha estimado así y ha optado por configurar una relación laboral común con peculiaridades, en una muestra más de utilización forzada del contrato de trabajo para convertirlo en un instrumento de inserción social. En efecto, según establece el art. 11 LEI, «las relaciones laborales vinculadas a procesos de inserción que se concierten entre las empresas de inserción y los trabajadores en situación de exclusión social se regirán por lo dispuesto en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y el resto de la legislación laboral, sin perjuicio de lo establecido en esta Ley».

²⁹ A. MONTOYA MELGAR: «El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales», *op. cit.*, pág. 51.

³⁰ L. M^a LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS: *Las empresas de inserción en España*, *op. cit.*, pág. 151.

4.2. Relación laboral común con peculiaridades

Una vez que el legislador ha considerado que existe una relación laboral entre la empresa de inserción y el trabajador calificado en situación de exclusión social tenía dos opciones: o configurar una relación laboral con peculiaridades o una relación laboral de carácter especial. ¿Por qué el legislador no ha asignado la condición de relación laboral especial a los trabajadores de empresas de inserción?. A nuestro juicio, no hay ninguna razón objetiva que justifique esta omisión. Como ha señalado la doctrina la razón que conduce a identificar una relación como especial es en ocasiones «inescrutable»³¹ y lo mismo podemos decir de la razón para no configurar una relación laboral con tal carácter. Se trata de opciones legislativas en algunos casos difíciles de entender, fruto de la conveniencia o arbitrariedad³². Si partimos de la idea, mantenida por un sector de la doctrina, de que el punto de partida para la explicación de las relaciones laborales especiales es «su carácter de contratos con causa mixta»³³, no hay duda de que la relación entre el trabajador en situación de exclusión social y la empresa de inserción hubiera podido calificarse de relación laboral especial. Además, no hay que olvidar la intensa analogía que existe entre este supuesto y la relación laboral de los trabajadores minusválidos que prestan sus servicios en los centros especiales de empleo³⁴.

En efecto, entre las medidas de apoyo a los minusválidos previstas en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, se encuentra la creación de centros especiales de empleo, regulados por RD 2273/1985, de 4 de diciembre. A estos centros pueden acceder aquellos minusválidos que teniendo capacidad productiva, presenten una reducción igual o superior al 33 por 100 en relación con los trabajadores de su misma cualificación o categoría profesional. La prestación de servicios de estos trabajadores da lugar a una relación laboral especial recogida en el art. 2.1 g) ET y que se regula por el RD 1368/1985, de 17 de julio. Esta norma recoge un cuadro de derechos y deberes laborales, lo más aproximado posible, como señala su Exposición de Motivos, al de las relaciones laborales comunes, y al mismo tiempo establece una serie de peculiaridades derivadas de las específicas condiciones de las personas con discapacidad, de forma que se cumpla el objetivo de integración laboral de estos trabajadores, propio de los Centros Especiales de Empleo. De este modo, el trabajo en el seno de esta relación laboral especial es un trabajo productivo y remunerado que lo que trata es de favorecer la adaptación personal y social de las personas con discapacidad y su posterior integración laboral en el mercado de trabajo ordinario. La similitud, por tanto, con el trabajo de las personas calificadas en situación de exclusión social en una empresa de inserción es claramente evidente³⁵, de ahí que resulte todavía más difícil

³¹ A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 503.

³² Ver, A.V. SEMPERE NAVARRO: «Ocho preguntas sobre Relaciones Laborales Especiales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 746, 2008.

³³ M. CARDENAL CARRO: «A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta I y II», *Aranzadi Social*, Tomo V, 2000, pág. 173.

³⁴ En este sentido, ver, M. R. VALLECILLO GÓMEZ y C. MOLINA NAVARRETE: «Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico. Comentario de la Ley 44/2007, de 14 de diciembre», *Revista Centro de Estudios Financieros*, nº 2, 2008, pág. 135.

³⁵ Como señala E. GARRIDO PÉREZ: *El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 23, «El presupuesto de base consiste en considerar que hay un colectivo de minusválidos que no pueden ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales porque su capacidad de trabajo es igual o superior a un porcentaje de la capacidad habitual, y la consecuencia es pues que no pueden ser empleados en empresas normales, debiendo ser por tanto ocupados en Centros Especiales de Empleo. Y a la relación laboral, ciertamente forzada, que hubiera de surgir entre los sujetos mencionados se le otorga un carácter especial». ¿Y no podríamos trasladar esta misma

encontrar una razón para explicar por qué en un caso se ha optado por crear una relación laboral especial y en otro una relación laboral común con peculiaridades. En definitiva, la especialidad de la relación laboral especial de los trabajadores minusválidos que prestan sus servicios en los centros especiales de empleo se centra, al igual que sucede en otras de las relaciones laborales especiales existentes, en la persona del sujeto trabajador y en el sujeto para el que presta sus servicios. Y esta especialidad en los sujetos de la relación laboral existe también sin duda en la relación laboral que une al trabajador en situación de exclusión social con la empresa de inserción³⁶.

4.3. Peculiaridades de la relación laboral de los trabajadores en situación de exclusión social en las empresas de inserción

4.3.1. Modalidades de contratación laboral

La LEI ha optado por considerar válida cualquier modalidad contractual prevista en la legislación laboral, pero a dichas modalidades contractuales añade una opción contractual más hasta ahora sólo prevista para la contratación de personas con discapacidad; se trata del denominado contrato temporal de fomento del empleo.

De conformidad con el art. 12.1 LEI, «el contrato de trabajo entre las empresas de inserción y los trabajadores en situación de exclusión social podrá celebrarse por duración determinada, ajustándose a las modalidades de contratación previstas en la legisla-

reflexión a la relación laboral que une a los trabajadores en situación de exclusión social con las empresas de inserción?

³⁶ En este sentido, ver, J. A. SOLER ARREBOLA: «Aproximaciones a la nueva Ley para la Regulación del Régimen de las Empresas de Inserción», *Temas Laborales*, nº 95, 2008, pág. 64.

ción laboral, de acuerdo con los requisitos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas aplicables, sin perjuicio de la duración temporal que necesariamente tenga el itinerario de inserción sociolaboral. Asimismo, con independencia de la causa de contratación, podrá concertarse el contrato de trabajo que se regula en el art. 15 de esta Ley», es decir, el contrato temporal de fomento del empleo.

La fórmula legal, como ha señalado la doctrina, «no es muy afortunada y suscita alguna duda»³⁷. Así, el legislador en lugar de optar por la creación de una modalidad específica de contratación para estos supuestos ha considerado válida cualquiera de las modalidades contractuales existentes, incluida la contratación indefinida. En efecto, según se deriva del art. 12.1 LEI transcrito, podrá utilizarse cualquiera de las modalidades de contratos de duración determinada previstos en el art. 15 ET (contrato para obra o servicio determinado, contrato eventual por circunstancias de la producción y contrato de interinidad), incluyendo los contratos formativos (art. 11 ET: contrato en prácticas y contrato para la formación), el contrato a tiempo parcial y el contrato de relevo (art. 12 ET), y el contrato temporal para fomento del empleo de personas con discapacidad (Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006), pues la LEI se remite a cualquiera de las modalidades de contratación previstas en la legislación laboral y no exclusivamente en el ET. La utilización del término condicional «podrán» nos lleva a extraer la conclusión de que también se admite el contrato de duración indefinida —ya sea el ordinario o ya sea el contrato para fomento de la contratación indefinida—, aunque, como señaló el CES en su Dictamen al Anteproyecto de Ley de Regulación de las Empresas de Inserción, esta posibilidad resulta incoherente con el carácter de empre-

³⁷ J. LUJÁN ALCARAZ: «Empresas de inserción», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2007, westlaw, BIB 2007/2855, pág. 8.

sas de transición hacia el empleo ordinario. Esta conclusión resulta avalada por lo dispuesto en la Disposición Adicional cuarta apartado 2 de la LEI, según la cual, los trabajadores en situación de exclusión social en las empresas de inserción, cuando sean contratados indefinidamente por una empresa ordinaria, tendrán derecho a las bonificaciones previstas en el programa de fomento de empleo (Ley 43/2006) aun cuando hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en otra empresa en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato³⁸. De donde se deriva, por tanto, que la relación laboral que les unía a la empresa de inserción podía ser de carácter indefinido.

Pero junto a esta cuestión, el principal problema que plantea la regulación de las modalidades de contratación admitidas por la LEI deriva del carácter causal de las mismas. Las modalidades de contratación de duración determinada previstas en el ET responden al principio de causalidad y este carácter causal se contrapone con «la naturaleza esencialmente temporal de la vinculación entre el trabajador y la empresa de inserción en función del correspondiente itinerario de inserción»³⁹. En efecto, para la LEI la duración del contrato de trabajo se desvincula de la duración del

itinerario de inserción, de tal manera que el contrato de trabajo se convierte en un elemento más de dicho itinerario. Así, el contrato de trabajo puede extinguirse y el itinerario de inserción no haber completado todas las medidas previstas. En este sentido, puede ser posible, por ejemplo, que el contrato se extinga y que el trabajador continúe recibiendo de la empresa de inserción, de los Servicios Sociales Públicos competentes y de los Servicios Públicos de Empleo, los servicios de asesoramiento o acompañamiento que el trabajador necesite para acudir a entrevistas en empresas de trabajo ordinario o que dichos servicios de acompañamiento se le presten durante las primeras semanas de trabajo en la nueva empresa porque así se haya previsto en el correspondiente itinerario de inserción. El itinerario de inserción, por tanto, abarca una serie de servicios o de actuaciones que van más allá de la prestación de servicios retribuidos en la empresa de inserción, de ahí que la LEI haya optado por desvincular la duración del contrato de trabajo de la duración del itinerario de inserción. Ahora bien, la duda que se plantea es cómo pueden utilizarse los contratos de duración determinada previstos en el ET en estos supuestos.

En principio, parece que la modalidad de contrato que plantea menos problemas para su utilización es el de obra o servicio determinado, si entendemos que la realización de un itinerario de inserción sociolaboral constituye en un sentido amplio una obra o servicio determinado que, en consecuencia, se extinguirá cuando finalice dicho itinerario de inserción. Pero, ¿qué sucede con el resto de modalidades de contratación previstas en el ET?. El mero desarrollo de un itinerario de inserción sin otro requisito adicional podría justificar la realización del contrato para obra o servicio determinado⁴⁰, pero el resto de

³⁸ La Disposición Adicional cuarta de la LEI establece medidas de apoyo para trabajadores provenientes de empresas de inserción y para las empresas que los contraten. El apartado 2 señala literalmente: «A los trabajadores provenientes de empresas de inserción que hubieran sido contratados de acuerdo con lo establecido en el Capítulo IV de esta Ley no les será de aplicación la exclusión prevista en el apartado d) del artículo 6.1 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, cuando sean contratados indefinidamente por empresas ordinarias». Según el artículo 6.1 d) de la Ley 43/2006, «Las bonificaciones previstas en este programa no serán de aplicación en los siguientes supuestos: d) Trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en otra empresa en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato».

³⁹ J. LUJÁN ALCARAZ: «Empresas de inserción», *op. cit.*, pág. 8.

⁴⁰ En este sentido se han pronunciado expresamente algunas normas autonómicas. Por ejemplo, la Ley 1/2007, de 5 de febrero, por la que se regulan las empresas de inserción para fomentar la inclusión social en la

modalidades contractuales exigen, además de un itinerario de inserción, la naturaleza temporal, fundamentada en alguna de las causas señaladas en la ley, del trabajo a desarrollar (exceso de pedidos, acumulación de tareas, sustitución de trabajadores que tienen reservado su puesto de trabajo, etc.), naturaleza temporal que en la mayoría de los casos parece difícil de compaginar con la finalidad de inserción sociolaboral perseguida con la contratación de trabajadores en situación de exclusión social. La contratación de personas en situación de exclusión social por las empresas de inserción responde a la necesidad de insertar en el mercado de trabajo a dicho colectivo de trabajadores y no a necesidades temporales de tipo estructural o formativo.

Lo mismo podemos decir de la celebración en estos casos de un contrato por tiempo indefinido, si bien, no hay duda de que la posibilidad de su utilización es más teórica que real, pues no hay que olvidar que las empresas de inserción se configuran por la LEI como empresas de tránsito, de manera que el objetivo perseguido es la integración de los trabajadores en situación de exclusión social en el mercado de trabajo ordinario y no su permanencia indefinida en la empresa de inserción. Lógicamente, nada impide que una vez superado el proceso de inserción sean contratados en la propia empresa de inserción, pero lo que no parece coherente con la finalidad perseguida por estas empresas es realizar desde el primer momento un contrato por tiempo indefinido.

En cualquier caso, esta indiferencia que muestra la LEI hacia la modalidad contractual utilizada aparece también en los centros

Comunitat Valenciana, señala en su art. 13, relativo a las características de los contratos de trabajo subvencionables a las empresas de inserción, que «en el caso de ser un contrato de obra y servicio el objeto del mismo podrá ser el desarrollo de todas las fases del itinerario de inserción pactado con la empresa de inserción».

especiales de empleo⁴¹, y «en la gran mayoría de los programas públicos aprobados en las últimas dos décadas en orden al fomento del empleo de colectivos con especiales dificultades»⁴². Una crítica similar a la señalada se ha puesto de manifiesto por la doctrina en relación con las Órdenes Ministeriales que han venido regulando dichos programas públicos de contratación de desempleados, al remitirse a los distintos contratos temporales que contempla el ordenamiento jurídico ante la inexistencia de un contrato específico a tal fin. Como se ha señalado, «no se acaba de entender la insistencia de esas normas por canalizar estas medidas a través de la contratación temporal causal o formativa siendo su razón de ser tan distinta. En este sentido, probablemente hubiera resultado más acertado remitirse a los contratos temporales de fomento del empleo»⁴³.

Puede, en consecuencia, afirmarse que el legislador pretende huir de la creación de una modalidad de contrato específica para contratar a trabajadores con especiales dificultades de integración laboral y opta por asignar a las modalidades de contrato existentes dicha función integradora. En el caso concreto de las empresas de inserción el legislador no ha querido crear un contrato de trabajo específico vinculado al itinerario de inserción, si bien con anterioridad a la aprobación de la LEI

⁴¹ Según establece la Disposición Adicional octava de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, «los contratos que conciernen los centros especiales de empleo con trabajadores en discapacidad a los que sea aplicable el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo, deberán ajustarse a cualquiera de las modalidades de contratación previstas en la legislación laboral, de acuerdo con los requisitos establecidos en cada caso».

⁴² M. R. VALLECILLO GÓMEZ y C. MOLINA NAVARRETE: «Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico», *op. cit.*, pág. 156.

⁴³ N. SIRVENT HERNÁNDEZ: *El contrato de inserción laboral y los programas públicos de mejora de la ocupabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 27.

habían existido propuestas en ese sentido como la presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en su Proposición de Ley de Regulación de las Empresas de Inserción (BOCG Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 35-1 de 23 de abril de 2004). El citado Grupo Parlamentario propuso la creación de un contrato de trabajo denominado para la adaptación sociolaboral que podría concertarse entre una empresa de inserción y un trabajador calificado en situación de exclusión social por los servicios sociales competentes. Este contrato tenía por objeto la prestación voluntaria de servicios retribuidos por cuenta ajena en una empresa de inserción, que el trabajador presta como núcleo de un proceso de inserción personalizado, previamente determinado. La duración mínima prevista era de 6 meses y la máxima de 3 años, y en caso de concertarse por una duración inferior a la máxima prevista podía prorrogarse hasta alcanzar la referida duración máxima previo informe sobre la adecuación de la prórroga de los servicios sociales competentes para el seguimiento del proceso de inserción. Una modalidad contractual similar crea el Decreto de la Comunidad Foral de Navarra 130/1999, de 26 de abril, que regula las ayudas económicas a personas en situación de exclusión social. Este Decreto, que a nuestro juicio invade la competencia estatal en materia laboral, contempla un contrato de trabajo para la inserción sociolaboral con una duración no inferior a seis meses ni superior a tres años y con unas características similares al propuesto por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU).

Ha sido quizás el fracaso del contrato de inserción, incorporado al art. 15.1 d) como nueva figura de contrato temporal de carácter estructural o causal por el RDL 5/2001, de 2 de marzo, luego convertido en Ley 12/2001, de 9 de julio, lo que ha provocado que el legislador no haya considerado adecuado crear una modalidad contractual específica para dar ocupación a los trabajadores en situación de exclusión social contratados por las empresas de inserción. Este contrato per-

mitía a las Administraciones Públicas, a las entidades sin ánimo de lucro y a las denominadas por la Disposición Adicional novena de la Ley 12/2001, «empresas de promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social», contratar a desempleados para realizar una obra o servicio de interés general como medio de adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad del desempleado participante, dentro del ámbito de los programas públicos que se determinen reglamentariamente. Según la Disposición Adicional decimosexta del ET, adicionada por la Disposición Adicional 5ª de la Ley 12/2001, los programas de mejora de la ocupabilidad de los demandantes de empleo a los que hacía referencia el art. 15.1 d) ET eran los regulados en la Orden Ministerial de 19 de diciembre de 1997, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito de la colaboración con órganos de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, Comunidades Autónomas, Universidades e instituciones sin ánimo de lucro, que contraten trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general y social; y en la Orden Ministerial de 26 de octubre de 1998, por la que se establecen las bases para la concesión de subvenciones por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito de la colaboración con las corporaciones locales para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y servicios de interés general y social. No obstante, se previó la facultad del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de modificar el contenido de los programas citados, así como la posibilidad de que se estableciesen otros nuevos o no, a efectos del contrato de inserción⁴⁴.

⁴⁴ Como señaló N. SIRVENT HERNÁNDEZ: *El contrato de inserción laboral y los programas públicos de mejora de la ocupabilidad*, op. cit., pág. 25, «los programas públicos de contratación de desempleados en obras y servicios de interés general y social constituyen una de

Los contratos de inserción quedaron prácticamente suprimidos en la práctica con la publicación de la OTAS/2435/2004, de 20 de julio, por la que se excepcionan determinados programas públicos de mejora de la ocupabilidad en relación con la utilización del contrato de inserción y se modifica la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 19 de diciembre de 1997. En efecto, según señala la citada Orden, «desde enero de 2002, fecha de inicio de la aplicación del contrato de inserción, se han producido efectos no deseados desde el punto de vista del fomento del empleo y mejora de la ocupabilidad de los desempleados: por una parte, la baja financiación que este tipo de contratos lleva aparejada, está produciendo una inhibición importante de las entidades colaboradoras a la hora de participar en los planes de empleo; por otro lado, la rotación de los trabajadores imposibilita que, en los municipios pequeños y medianos, puedan desarrollarse los citados programas con carácter permanente y regular, lo cual aconseja excepcionar su utilización en los programas de mejora de la ocupabilidad regulados por las Órdenes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 19 de diciembre de 1997 y 26 de octubre de 1998 antes citadas». La Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, procedente del Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de julio, ha suprimido definitivamente, como era de prever especialmente tras la publicación de la señalada OTAS/ 2435/2004, el contrato de inserción al no haber cumplido «las expectativas para las que se había creado».

El escaso éxito que parece haber tenido el contrato de inserción como contrato dirigido

tantas otras medidas que tratan de favorecer la inserción laboral de determinados colectivos de desempleados, en tanto que el contrato de inserción no es más que el instrumento jurídico a cuyo través se desarrollan dichos programas, facilitando, con ello, la política de inserción a la que responden estos últimos. Ello significa que el objetivo de inserción de desempleados que persiguen los programas referidos se va a formalizar o a instrumentalizar, a partir del uno de enero de 20002, a través de este nuevo contrato temporal».

al fomento del empleo de los desempleados y al mismo tiempo a la inserción socio laboral de las personas en riesgo de exclusión, ha provocado que el legislador haya considerado adecuadas para conseguir la inserción laboral de las personas en situación de exclusión social que trabajan en las empresas de inserción, cualquiera de las modalidades contractuales previstas en la legislación laboral. Sin embargo, como ha señalado la doctrina, «parece más que evidente, o al menos probable, que esa remisión a las posibilidades de contratación común no sea más que un homenaje formal a esa dimensión empresarial y a la voluntad de promover desde el principio la mayor normalización posible de este ámbito de contratación. Pero, en el fondo, presupone la necesidad de un espacio de singularidad también en el plano contractual, y no solo en el modo de gestión de las relaciones de trabajo en el seno de las empresas de inserción»⁴⁵. Buena prueba de que estamos ante una mera precisión formal es el hecho de que la LEI haya habilitado a las empresas de inserción la posibilidad de acudir a una modalidad contractual prevista hasta su entrada en vigor exclusivamente para la contratación de personas con discapacidad. Nos referimos a la posibilidad de acudir al contrato temporal de fomento del empleo, regulado en el art. 15 de la citada Ley. Es decir, el legislador ha terminado creando una modalidad específica de contrato a utilizar por las empresas de inserción, contrato que en la práctica va a ser el realmente utilizado ante la dificultad de acudir a cualquiera de las modalidades de contratación de duración determinada previstas en el ET.

4.3.2. *Contrato temporal de fomento del empleo*

Como acabamos de señalar, las dudas que plantea la posibilidad de utilizar cualquiera

⁴⁵ M^a. R. VALLECILLO GÓMEZ y C. MOLINA NAVARRETE: «Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico», *op. cit.*, pág. 157.

de las modalidades contractuales previstas en el ET se minimizan al prever la LEI en su art. 12 que «con independencia de la causa de contratación, podrá concertarse» el contrato temporal de fomento del empleo. Según señala el art. 15.1 de la LEI, «las empresas de inserción y los trabajadores» que se encuentren en situación de exclusión social conforme a lo previsto en la LEI «podrán celebrar el contrato regulado en la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, y con las peculiaridades establecidas en este artículo». La modalidad contractual prevista en la norma señalada hace referencia al contrato temporal de fomento del empleo de los discapacitados. En efecto, según señala la citada Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, «las empresas podrán contratar temporalmente para la realización de sus actividades, cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas, a trabajadores con discapacidad desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 o a pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad». Esta modalidad contractual se mantiene respecto de las personas con discapacidad desde que en el año 1997 el contrato temporal para fomento del empleo desapareció.

Como es sabido, a partir de 1990 se inicia una etapa de retroceso en la economía española que va a sacar a la luz los efectos negativos, no sólo sociales, sino también económicos, que el sistema de contratación temporal como medida de fomento del empleo utilizado desde 1984 había traído consigo. Con la intención de corregir estos defectos y combatir la grave situación de desempleo se inicia la reforma laboral de 1994. Uno de los ejes axiales de esta reforma fue el restableci-

miento del principio de causalidad en la contratación, de forma que los contratos de duración determinada tengan por objeto satisfacer necesidades de la empresa que por su propia naturaleza sean temporales. Fiel a esta orientación, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, suprimió el anterior núm. 2 del art. 15 ET, en el que se recogía, como un supuesto diferenciado de las restantes modalidades de contratación temporal, la posibilidad de acudir a la contratación por tiempo determinado como medida de fomento del empleo. Se mantiene, no obstante, la habilitación contenida en el art. 17.3 ET para que el Gobierno pueda seguir regulando programas de fomento de la ocupación de trabajadores demandantes de empleo y, en particular, de grupos específicos de trabajadores desempleados que tengan especiales dificultades para encontrar un puesto de trabajo. A partir de ese momento sólo pueden celebrarse contratos temporales para atender un trabajo o servicio de naturaleza temporal en la empresa. Sin embargo, habida cuenta la existencia de colectivos cuya inserción en el mercado de trabajo resulta especialmente difícil, el legislador estimó conveniente no prescindir por completo de la figura del contrato temporal como medida de fomento del empleo y previó que las empresas podían contratar temporalmente, para la realización de sus actividades cualquiera que fuera la naturaleza de las mismas, a trabajadores desempleados mayores de 45 años, personas con discapacidad y beneficiarios de prestaciones por desempleo. Estos contratos podían realizarse desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, hasta el 31 de diciembre de 1994. Llegado el 31 de diciembre de 2004, la posibilidad de celebrar un contrato temporal de fomento del empleo desaparecía, si bien seguirían vigentes los celebrados hasta esa fecha. Sin embargo, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, mantuvo en el programa de fomento de empleo el contrato de trabajo temporal para el fomento del empleo de minusválidos, posibilidad que se fue prorrogando anualmente.

La reforma laboral llevada a cabo por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, eliminó definitivamente la contratación no causal e impulsó la contratación indefinida a través de un nuevo tipo contractual, el contrato de trabajo para fomento de la contratación indefinida que desplaza al contrato temporal de fomento del empleo. Ahora bien, desde la citada Ley 42/1994, la posibilidad de celebrar contratos temporales de fomento del empleo para las personas con discapacidad se fue prorrogando anualmente incluso después de la reforma de 1997. La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (Disposición Adicional 4ª), decidió mantener su vigencia con carácter indefinido. Finalmente, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, en su disposición adicional primera, ha creado un nuevo contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad, si bien los contratos temporales de fomento del empleo para personas con discapacidad concertados con anterioridad al 1 de julio de 2006 se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron (disposición transitoria 1ª.2).

Pues bien, las especiales dificultades de inserción que sufren los trabajadores en situación de exclusión social ha hecho que la LEI haya admitido la posibilidad de celebrar contratos temporales de fomento del empleo no sólo con las personas con discapacidad sino también con los trabajadores en situación de exclusión social contratados por empresas de inserción. En lugar de crear un contrato específico, se opta por utilizar una modalidad contractual ya prevista en nuestro ordenamiento jurídico (disposición adicional 1ª Ley 43/2006, de 29 de diciembre), con las peculiaridades establecidas en el art. 15 LEI. En concreto, el propio art. 15 LEI señala qué apartados de la disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, en la que se regula el contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad, no

resultan de aplicación al contrato temporal de fomento del empleo entre una empresa de inserción y un trabajador calificado en situación de exclusión social. En concreto, no será de aplicación a este contrato lo establecido en los apartados 1 (relativo al ámbito subjetivo de esta modalidad), 2 (duración, pues en las empresas de inserción la duración puede ser inferior a doce meses si así lo aconsejan los Servicios Sociales Públicos competentes), 5 (relativo a la aplicación de la subvención establecida en el artículo 12 del RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos) y 6 (sobre transformación de estos contratos en contratos indefinidos que dará derecho a la obtención de las subvenciones establecidas en el RD 1451/1983, de 11 de mayo). Como fácilmente se puede comprobar, «lo señalado como inaplicable es obvio»⁴⁶, sin embargo no lo es tanto lo que implícitamente resulta de aplicación.

En efecto, a sensu contrario, de la disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de marzo, resultan de aplicación al contrato temporal para fomento del empleo de las personas en situación de exclusión social en las empresas de inserción, los apartados 3⁴⁷, 4⁴⁸, 7⁴⁹ y 8⁵⁰. Lo dispuesto en los apartados 3

⁴⁶ J. LUJÁN ALCARAZ: «Empresas de inserción», *Aranzadi Social*, nº 20, 2007, www.westlaw.es, BIB 2007/2855, pág. 9.

⁴⁷ «A la terminación del contrato el trabajador tendrá derecho a percibir una compensación económica equivalente a doce días de salario por año de servicio».

⁴⁸ «No podrán contratar temporalmente al amparo de la presente disposición las empresas que en los doce meses anteriores a la contratación hayan extinguido contratos indefinidos por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo».

⁴⁹ «Los empresarios deberán contratar a los trabajadores a través de la Oficina de Empleo y formalizar los contratos por escrito en el modelo oficial que se facilite por el Servicio Público de Empleo Estatal».

⁵⁰ «El Gobierno podrá modificar lo establecido en esta disposición, de acuerdo con el art. 17.3 del Estatuto».

y 7 aparece expresamente recogido en el art. 15 LEI, como después señalaremos. Ahora bien, en relación con lo dispuesto en el apartado 4 de la citada disposición adicional primera de la Ley 43/2006, el art. 15 LEI no dice nada, y se trata de un punto importante a tener en cuenta en la regulación de este contrato. Así, según se deriva de dicha norma, no podrán contratar bajo esta modalidad contractual las empresas de inserción que en los doce meses anteriores a la contratación hayan extinguido contratos indefinidos por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo. El período de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido. Hay que entender, al no haberse establecido ninguna precisión al respecto, que los despidos señalados pueden haber afectado a cualquier trabajador de la empresa de inserción, no sólo a los trabajadores en situación de exclusión social.

El contrato temporal de fomento del empleo tiene por objeto la prestación voluntaria de servicios retribuidos por cuenta ajena en una empresa de inserción como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado. La duración del contrato es la misma que la prevista para las personas con discapacidad: un mínimo de 12 meses y un máximo de 3 años. No obstante, el contrato temporal de fomento del empleo de los trabajadores en situación de exclusión social contratados por una empresa de inserción, podrá celebrarse por una duración menor si, dentro del itinerario de inserción previamente pactado, así se aconseja por los Servicios Sociales Públicos competentes para el seguimiento del proceso de inserción, sin que en ningún caso dicha duración pueda ser inferior a seis meses. En cualquier caso, lo que no se prevé es una duración del contrato superior a tres

to de los Trabajadores, previa consulta a las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas».

años. Es decir, la LEI no ha previsto flexibilizar el tiempo de permanencia en la empresa de inserción contemplando excepciones personales que requieran una prolongación de la estancia.

En este punto, la redacción final de la Ley encuentra importantes diferencias con el texto propuesto por el Senado que era menos intervencionista y dejaba un mayor margen al acuerdo entre la empresa de inserción y el trabajador. Así, la duración propuesta del contrato era de seis meses como mínimo y cuatro años como máximo y se preveía también la posibilidad de establecer un período de duración inferior pero al margen del Servicio Social Público y a propuesta, por tanto, de las partes.

El intervencionismo de los servicios públicos se aprecia también con claridad en el supuesto de prórroga del contrato. En este sentido, si el contrato se concierta por una duración inferior a la máxima prevista, tres años, podrá prorrogarse hasta alcanzar la referida duración máxima, siendo la duración mínima de cada prórroga al menos igual a la duración inicial del contrato (12 meses o el plazo de duración inicial inferior que puede haber sido aconsejado por los Servicios Sociales Públicos). Pero la prórroga no se puede conceder automáticamente por la empresa de inserción, sino que los Servicios Sociales Públicos competentes deberán informar sobre la adecuación de la misma. En consecuencia, si el informe es negativo la prórroga no podrá ser concedida.

Asimismo, según establece el art. 15.3 LEI, no podrán ser contratados bajo esta modalidad los trabajadores que en los dos años inmediatamente anteriores hubieran prestado servicios, en la misma o distinta empresa, mediante un contrato de trabajo –incluido el contrato temporal de fomento del empleo–, salvo que, en el supuesto de fracaso en un proceso previo de inserción o en el de recaída en situaciones de exclusión, se considere lo contrario por el Servicio Social Públi-

co competente a la vista de las circunstancias personales del trabajador. Este aspecto ha sido criticado por las empresas de inserción. En este sentido, el Consejo de Fomento de la Economía Social, que con fecha 3 de febrero de 2009 ha solicitado la constitución de un grupo de trabajo dentro de dicho Consejo para potenciar las empresas de inserción, ha propuesto expresamente, entre otras medidas, modificar el art. 15.3 LEI eliminando la limitación prevista en dicho precepto.

El control que ejerce la Administración sobre el itinerario de inserción sociolaboral del trabajador en situación de exclusión social se manifiesta a lo largo de toda la relación laboral, pero, como se puede comprobar, es especialmente intenso en el contrato de fomento del empleo si tenemos en cuenta que varios aspectos de su regulación se hacen depender de la decisión del Servicio Social Público competente; a saber:

- el contrato podrá celebrarse con una duración inferior a doce meses si así se aconseja por los Servicios Sociales Públicos competentes para el seguimiento del proceso de inserción;

- la prórroga de este contrato exige el previo informe de los Servicios Sociales Públicos competentes, requisito que no se exige cuando la empresa de inserción contrata a un trabajador en situación de exclusión social bajo cualquiera otra de las modalidades contractuales previstas en el ET; y,

- los Servicios Sociales Públicos competentes podrán decidir si puede o no procederse a la contratación bajo esta modalidad de un trabajador que ha fracasado en un proceso previo de inserción o que ha recaído en situación de exclusión, aun no habiendo transcurrido más de dos años desde la extinción de su último contrato de trabajo.

A la terminación del contrato, y al igual que sucede en el contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad, el trabajador tendrá derecho a percibir

una compensación económica equivalente a doce días de salario por año de servicio.

La contratación de trabajadores en situación de exclusión social por las empresas de inserción mediante este contrato temporal de fomento del empleo dará derecho a una bonificación en las cuotas de la Seguridad Social de 70,83 euros/mes (850 euros/año) durante toda la vigencia del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16.3 LEI.

Por último, debe tenerse en cuenta que, al poder adoptar las empresas de inserción la forma de sociedad cooperativa, la disposición adicional primera de la LEI prevé que «los trabajadores con contrato temporal de fomento del empleo no se computarán a efectos del establecimiento del porcentaje máximo autorizado de participación de trabajadores no socios en las Cooperativas de Trabajo Asociado y Sociedades Laborales». Esta medida tiene especial incidencia en el supuesto de cooperativas de trabajo asociado, pues en las sociedades laborales la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, excluye como regla general a los trabajadores con contratos de duración determinada – entre los que se encontraría, aunque no lo hubiera dicho expresamente la LEI, el contrato temporal para fomento del empleo – para el cómputo del número de horas máximas que pueden realizar los trabajadores no socios. Así, según establece el art. 1.2 «el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios, no podrá ser superior al 15 % del total de horas-año trabajadas por los socios trabajadores. Si la sociedad tuviera menos de 25 socios trabajadores, el referido porcentaje no podrá ser superior al 25 % del total de horas-año trabajadas por los socios trabajadores. Para el cálculo de estos porcentajes no se tomarán en cuenta los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores con discapacidad psíquica en grado igual o superior al 33 % con contrato indefinido».

En cambio, la situación es distinta para las cooperativas de trabajo asociado. Recuérdese que la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, prevé un límite cuantitativo a la contratación por la cooperativa de trabajo asociado de trabajadores por cuenta ajena⁵¹. En concreto, el art. 80.7 de la Ley 27/1999 dispone que «el número de horas/año realizadas por trabajadores con contrato de trabajo por cuenta ajena no podrá ser superior al 30 por ciento del total de horas/año realizadas por los socios trabajadores». No se compara, por tanto, el número de trabajadores con el número de socios, sino el número de horas por año realizadas por los asalariados, cualquiera que sea su número, con el número de horas realizadas por los socios trabajadores. Sin embargo, el propio art. 80.7 de la Ley 27/1999 excluye del porcentaje de horas señalado a determinados trabajadores por cuenta ajena. Así, los supuestos que, según el art. 80.7 de la Ley 27/1999, no se computan dentro del porcentaje de horas realizadas por los trabajadores por cuenta ajena son: «a) Los trabajadores integrados en la cooperativa por subrogación legal así como aquéllos que se incorporen en actividades sometidas en esta subrogación; b) los trabajadores que se negaren explícitamente a ser socios trabajadores; c) los trabajadores que sustituyan a socios trabajadores o asalariados en situación de excedencia o incapacidad temporal, baja por maternidad, adopción o acogimiento; d) los trabajadores que presten sus trabajos en centros de trabajo de carácter subordinado o accesorio; e) los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de empresas usuarias cuando la cooperativa actúa como empresa de trabajo temporal; f) los trabajadores con contratos en prácticas y para la formación; g) los trabajadores contratados en virtud de cualquier disposición de fomento del empleo de disminuidos físicos o psíquicos. Se entenderá, en todo

caso, como trabajo prestado en centro de trabajo subordinado o accesorio, los servicios prestados directamente a la Administración pública y entidades que coadyuven al interés general, cuando son realizados en locales de titularidad pública».

A este listado de excepciones debe añadirse, para el supuesto de cooperativas de trabajo asociado que obtengan la calificación como empresas de inserción, los trabajadores en situación de exclusión social con contrato temporal de fomento del empleo. Pero, ¿por qué exclusivamente se ha incluido este supuesto en el listado de excepciones al cómputo de horas realizadas por los trabajadores por cuenta ajena en las cooperativas de trabajo asociado y no se han incluido el resto de modalidades de contratos de duración determinada que las empresas de inserción que revistan la forma de cooperativas de trabajo asociado pueden realizar con los trabajadores en situación de exclusión social?. Quizás la razón estriba en que el contrato temporal de fomento del empleo va a ser la modalidad efectivamente utilizada por las empresas de inserción ante la dificultad de probar la necesaria relación de causalidad exigida en las modalidades contractuales reguladas en el art. 15 ET. El contrato temporal de fomento del empleo actúa como un auténtico contrato de inserción, cuya finalidad es la integración laboral de personas en situación de exclusión social. De este modo, con su excepción en el cómputo del porcentaje de horas realizadas por trabajadores por cuenta ajena en las cooperativas de trabajo asociado se trata de fomentar esta modalidad contractual.

4.3.3. *Forma del contrato de trabajo*

El contrato de trabajo entre las empresas de inserción y los trabajadores en situación de exclusión social se formalizará siempre por escrito independientemente de su modalidad (contratos de duración determinada del art. 15 ET, contrato en prácticas o para la for-

⁵¹ Ver, N. DE NIEVES NIETO: *Cooperativas de trabajo asociado: aspectos jurídico-laborales*, CES, Madrid, 2005, págs. 79-87.

mación, contrato temporal para fomento del empleo o contrato indefinido), en el modelo establecido por el Servicio Público Estatal y se comunicará a la oficina pública de empleo. También deberán constar por escrito, con comunicación a la oficina pública, las prórrogas y variaciones de dichos contratos (art. 12.2 LEI).

Una copia del contrato y, en su caso, de las prórrogas y variaciones deberá remitirse también a los Servicios Sociales Públicos competentes para el seguimiento del itinerario de inserción. No debe olvidarse que el contrato de trabajo es una parte más del itinerario de inserción sociolaboral que debe aplicar la empresa en función de los criterios establecidos con los Servicios Sociales Públicos competentes y los Servicios Públicos de Empleo. Por ello, no basta, como en cualquier otro contrato ordinario, con la comunicación al Servicio Público de Empleo Estatal, sino que es necesaria la comunicación también a los Servicios Sociales Públicos, de manera que todos los sujetos implicados en el correspondiente itinerario de inserción tengan noticia de la situación laboral del trabajador contratado. Aunque la norma no lo diga expresamente, parece razonable que sea el Servicio Público de Empleo Estatal el encargado de remitir los citados documentos a los Servicios Sociales Públicos competentes.

El contrato deberá incorporar obligatoriamente en el correspondiente anexo «la expresión de las obligaciones que las partes asumen en el desarrollo del itinerario personal de inserción y las medidas concretas a poner en práctica». Es decir, el contenido del itinerario de inserción, del que se derivan obligaciones para trabajador y empresario, debe incorporarse como un anexo en el contrato de trabajo. Las partes al firmar el itinerario de inserción se obligan a desarrollar determinadas acciones, a comunicar los cambios sobrevenidos que incidan en la posibilidad de desarrollar las actuaciones comprometidas y a realizar todas aquellas actuaciones que se deriven del objeto y finalidad del itinerario

suscrito. En consecuencia, el incumplimiento del itinerario de inserción, incorporado como anexo al contrato de trabajo, constituirá un incumplimiento contractual sancionable por el empresario incluso con el despido⁵².

4.3.4. Condiciones de trabajo

Como ya hemos señalado, las relaciones laborales vinculadas a procesos de inserción que se concierten entre las empresas de inserción y los trabajadores en situación de exclusión social se regirán por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y el resto de la legislación laboral, sin perjuicio de las peculiaridades establecidas en la LEI. En este sentido, en relación con las condiciones de trabajo, son varias las peculiaridades que contiene la Ley, algunas de ellas claramente vinculadas a la situación personal y de exclusión en la que se encuentra el trabajador y fruto de lo previsto en el correspondiente itinerario de inserción socio laboral. En concreto, según establece el art. 13 LEI, son las siguientes:

- Por lo que se refiere al tiempo de trabajo, señala el art. 13 LEI que «el contrato podrá celebrarse a tiempo completo o parcial, debiendo en este caso ser la jornada diaria o semanal superior a la mitad de la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable, en los términos establecidos en el art. 12.1 del Estatuto de los Trabajadores. En el supuesto de modificación de la jornada inicialmente pactada, la empresa de inserción comunicará dicha modificación realizada a los Servicios Sociales Públicos competentes». La LEI modifica, por tanto, la normativa laboral común, pues establece una jornada mínima diaria o semanal que en ningún caso se puede rebajar. Es decir, no puede celebrarse un contrato a tiempo parcial entre un tra-

⁵² En este sentido, ver, A. CÁMARA BOTÍA: «Las empresas de inserción: aspectos laborales», *REDT*, nº 135, 2007, pág. 618.

bajador en situación de exclusión social y una empresa de inserción con una jornada diaria o semanal inferior a la mitad de la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable. El trabajador en situación de exclusión social podrá trabajar a jornada completa o bien, a jornada parcial, debiendo ser ésta superior a la mitad de la jornada a tiempo completo. Esta singularidad encuentra su fundamento, a nuestro juicio, en el objetivo perseguido con el trabajo en una empresa de inserción, que no es otro que el trabajador adquiera una formación en el puesto de trabajo y unos hábitos laborales que le permitan su posterior incorporación al mercado de trabajo ordinario. Lógicamente esta finalidad difícilmente se podrá conseguir trabajando un escaso número de horas al día o a la semana, por ello se establece un límite mínimo de jornada que en ningún caso se podrá rebajar.

Dado que el art. 13 LEI no dice nada, habrá que entender por trabajador a tiempo completo comparable, tal y como señala el art. 12.1 ET, a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal.

La modificación de la jornada de trabajo inicialmente pactada deberá ser comunicada a los Servicios Sociales Públicos competentes, comunicación que se hubiera exigido de igual modo aun cuando expresamente no lo estableciera el art. 13 LEI, pues, como ya hemos señalado, el art. 12 LEI exige que toda variación del contrato sea comunicada al Servicio Público de Empleo y a los Servicios Sociales Públicos. Téngase en cuenta que se trata de una mera comunicación, sin que sea necesario el informe favorable del Servicio Social Público para que tenga lugar la citada modificación de la jornada de trabajo.

- En segundo lugar, se añade un nuevo permiso a los previstos legal (art. 37.3 ET) o convencionalmente. Así, los trabajadores en situación de exclusión social tienen derecho a ausentarse, previo aviso y justificación, y sin pérdida de remuneración, para asistir a tratamientos de rehabilitación, participar en sesiones de formación o readaptación profesionales o realizar cualquier otra medida de acompañamiento prevista en su itinerario personalizado de inserción con las pautas que en el mismo se establezcan. Deberá entenderse que tendrá derecho a ausentarse por el tiempo que se estime necesario. Como fácilmente se observa, se trata de un permiso coherente con el compromiso asumido por las empresas de inserción en el correspondiente itinerario de inserción socio laboral y que responde a la lógica de esta relación laboral.

Asimismo, «las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la situación de exclusión social del trabajador se considerarán justificadas cuando los Servicios Sociales Públicos competentes así lo determinen, y sin perjuicio de que sean comunicadas por el trabajador a la empresa».

Como ha señalado la doctrina, «el argumento que está en la base de esta regla es la inherencia a la relación laboral de las personas en situación de exclusión de problemas ligados a alteraciones de la salud o a cualquier otro tipo de desajuste sanitario y/o social, lo que exige apoyo e intervención»⁵³. Ahora bien, esos problemas físicos o psicológicos del trabajador pueden dar lugar a la correspondiente incapacidad temporal en cuyo caso habrá que entender que las faltas de asistencia están justificadas sin necesidad de que así lo determinen los Servicios Sociales Públicos competentes. La norma se refiere a aquellos supuestos en los que no existiendo

⁵³ M^a. R. VALLECILLO GÓMEZ y C. MOLINA NAVARRETE: «Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico», *op. cit.*

la correspondiente baja médica, las ausencias o faltas de puntualidad del trabajador están motivadas por una situación física o psicológica (pensemos, por ejemplo, en trabajadores con problemas de drogadicción) que dificulta a la persona un normal desarrollo de su prestación de servicios. Esta circunstancia debe ser acreditada por los Servicios Sociales Públicos, que se convierten, así, en claros vigilantes u órganos de control de la evolución del proceso de inserción del trabajador en situación de exclusión social conforme a lo dispuesto en el itinerario de inserción a lo largo de toda la relación laboral que este mantenga con la empresa de inserción. Queda claro, por tanto, que prima la finalidad de integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión que persiguen las empresas de inserción sobre su intención de ser competitivas en el mercado de trabajo.

- En tercer lugar, señala el art. 13 LEI que «si un trabajador continúa trabajando en la empresa finalizado el contrato ligado a un proceso de inserción, no podrá concertarse un período de prueba y el tiempo de servicios prestados computará a efectos de antigüedad». Se aplica la regla general en esta materia, pues el art. 14.1 ET declara nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación. Además, siguiendo lo dispuesto en materia de contratos formativos⁵⁴, si al término del contrato el trabajador en situación de exclusión social continúa prestando servicios en la empresa, ahora ya como trabajador ordinario, la duración de dicho contrato computará a efectos de antigüedad.

⁵⁴ Ver, art. 18.2 RD 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores: «Si al término del contrato en prácticas o para la formación el trabajador continuase en la empresa, no podrá concertarse un nuevo período de prueba, computándose la duración del contrato a efectos de antigüedad en la empresa».

- Por último, a la finalización del contrato, el trabajador tiene derecho a que el empresario le entregue un certificado en el que conste la duración de los servicios prestados, puestos de trabajo desempeñados, principales tareas de cada uno de ellos así como adaptación a los mismos⁵⁵.

4.3.5. Extinción y suspensión del contrato

Los contratos de trabajo del personal en situación de exclusión social se extinguirán según lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores con las particularidades establecidas en el art. 14 LEI. De este modo, el contrato de trabajo se podrá extinguir:

- por expiración del tiempo o conclusión del trabajo convenido cuando se haya optado por la celebración de un contrato por obra o servicio determinado;
- por cumplimiento de condición resolutoria consignada validamente en el contrato. Dada las peculiares condiciones personales en las que en muchas ocasiones se encuentran los trabajadores en situación de exclusión social y la finalidad de su trabajo en la empresa de inserción, a nuestro juicio, habrá que entender que no son válidas aquellas cláusulas que prevén la extinción del contrato en el supuesto de no obtener un determinado rendimiento o en el supuesto de que el trabajador recaiga, por ejemplo, en problemas de drogadicción o alcoholismo (en estos supuestos hay que tener en cuenta, como después se analizará, la posibilidad de que este mos ante una causa de suspensión del contrato de trabajo);

⁵⁵ Redacción prácticamente idéntica a la establecida en el art. 4 RD 488/1998, de 27 de marzo, en relación con el contrato en prácticas: «A la terminación del contrato el empresario deberá entregar al trabajador un certificado en el que conste la duración de las prácticas, el puesto o puestos de trabajo desempeñados, y las principales tareas realizadas en cada uno de ellos».

- por extinción de la empresa de inserción;
- por voluntad del trabajador: dimisión, abandono o extinción basada en un incumplimiento previo de la empresa de inserción; o,
- por despido: disciplinario, por causas objetivas, colectivo o por fuerza mayor.

De los supuestos de extinción señalados, la LEI únicamente prevé escasas peculiaridades en relación con el despido. Al igual que sucede con algunas de las peculiaridades previstas por la LEI en materia de condiciones de trabajo, las mismas tienen su razón de ser en la situación personal en la que se encuentran los trabajadores en situación de exclusión social. No debe olvidarse que muchos de los trabajadores en situación de exclusión social son personas alcohólicas, drogodependientes, seropositivas, exreclusos y, en general, personas que, por razones muy diversas, carecen de una disciplina y unos hábitos laborales, lo que sin duda va a repercutir en el desarrollo de su actividad laboral en la empresa de inserción. Partiendo de esta realidad, la LEI establece las siguientes peculiaridades:

- La primera de ellas, en relación con la causa de despido objetivo prevista en el art. 52 d) ET, según la cual, el contrato podrá extinguirse, «por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5 por 100 en los mismos períodos de tiempo». Esta causa de despido pretende combatir ante todo las ausencias por enfermedad que tienen corta duración o que se amparan en una decisión adoptada sin control oficial y el coste que estas ausencias entraña para la empresa. Esta es precisamente una circunstancia muy común en las

empresas de inserción. Como demuestran las estadísticas, la mayoría de las empresas de inserción presentan un índice de absentismo más elevado que el de las empresas ordinarias, absentismo que se suele dar principalmente en aquellos colectivos de reciente incorporación en las empresas de inserción o que sufren una situación multiproblemática de tipo social y sanitario⁵⁶. Sin embargo las empresas de inserción, debido al objeto social que persiguen, deberán asumir ese coste. En efecto, según establece el art. 14.2 LEI, esta causa de despido no será de aplicación a los trabajadores excluidos sociales, solución plenamente coherente con la situación personal en la que muchos de ellos se encuentran.

Asimismo, y con la finalidad de que sus ausencias no perjudiquen a los trabajadores ordinarios de la empresa de inserción, las faltas de asistencia de los trabajadores en situación de exclusión social no se computarán para el cálculo del índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo, ni tampoco dichos trabajadores computarán para el cálculo de la plantilla del centro de trabajo.

- La segunda peculiaridad en materia de extinción afecta a la causa de despido disciplinario prevista en el art. 54.2 f) ET: «Embriaguez habitual o toxicomanía que repercuta negativamente en el trabajo». Como ya hemos señalado, uno de los colectivos que se considera en situación de exclusión social a los efectos de su contratación por una empresa de inserción es el formado por las personas con problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos que se encuentran en proceso de rehabilitación o reinserción social (art. 2.1 d) LEI). Respecto de este colectivo —exclusivamente— no será de aplicación la causa de despido disciplinario señalada. Ahora bien, esto no quiere decir que la recaída de estos trabajadores no tenga conse-

⁵⁶ En este sentido, ver, *Las empresas de inserción en España, op. cit.*, pág. 82.

cuencias laborales. Así, en los supuestos en los que durante la vigencia del contrato «la empresa de inserción tuviera conocimiento de que el trabajador incurre» en la causa de despido disciplinario señalada en el art. 54.2 f) ET, «lo pondrá en conocimiento de los Servicios Sociales Públicos competentes, a fin de que por los mismos se proponga al trabajador afectado iniciar un proceso de deshabitación o desintoxicación» (art. 14.3 ET). Es decir, para que la empresa pueda dirigirse a los Servicios Sociales Públicos la embriaguez debe ser habitual, siendo irrelevante un acto aislado del trabajador. La habitualidad, como ha señalado la jurisprudencia, exige «una persistencia, un cierto enraizamiento en la vida del individuo, es decir, una más o menos continuidad en la práctica de que se trate, aunque con intervalos más o menos regulares ... no siendo suficiente con su ocurrencia en contadas ocasiones para configurarla como causa justificada de despido disciplinario»⁵⁷. Por lo que se refiere a la toxicomanía, la habitualidad se predica per se de esta conducta al implicar la misma un hábito patológico. En cualquier caso, la jurisprudencia incluye en la causa de despido del art. 54.2 f) ET no sólo los supuestos de drogodependencia, sino también el consumo habitual de drogas que no llega a constituir enfermedad.

De este modo, si el trabajador que se encuentra en un proceso de rehabilitación o reinserción social sufre una recaída, serán los Servicios Sociales Públicos competentes los que podrán proponer al trabajador que inicie un nuevo proceso de deshabitación o desintoxicación. En este caso, «el contrato de trabajo podrá suspenderse cuando, a juicio de los citados Servicios Sociales, fuera necesario para el éxito de dicho proceso» (art. 14.3 LEI). La suspensión del contrato no opera, por tanto, automáticamente como se propuso en las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Mixto o el Partido Nacionalista

Vasco al proyecto de Ley de Regulación de las Empresas de Inserción. Serán los Servicios Sociales Públicos competentes los que decidirán si el contrato queda suspendido mientras el trabajador inicia un nuevo proceso de deshabitación o desintoxicación. Lo que la norma no dice es si la suspensión de los contratos de duración determinada celebrados con estos trabajadores comporta o no la ampliación de su duración. En este sentido, debe tenerse en cuenta que las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Mixto o el Partido Nacionalista Vasco a este precepto proponían la suspensión del contrato de trabajo en estos casos pero, señalaban literalmente que la empresa tenía obligación «de reincorporar al trabajador una vez haya obtenido éste el alta terapéutica». Esta previsión no se contiene sin embargo en el texto definitivo de la LEI lo que nos lleva a plantearnos la duda de si existe la citada obligación. A nuestro juicio, y a falta de previsión legal expresa, hay que entender aplicable el art. 7 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada. Según este precepto, «la suspensión de los contratos de duración determinada en virtud de las causas previstas en los artículos 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores no comportará la ampliación de su duración, salvo pacto en contrario». Aplicando analógicamente esta regla al supuesto que nos ocupa, habrá que entender que la suspensión del contrato de trabajo no comporta la ampliación de su duración, salvo que expresamente así se determine por los Servicios Sociales Públicos competentes encargados de decidir si procede o no la suspensión del contrato. La empresa de inserción no tiene competencia en esta materia, pues no puede decidir por sí misma la suspensión. En consecuencia, el órgano competente para conceder la suspensión, es decir, el Servicio Social Público competente, habrá que entender que será también el competente para determinar sus efectos.

⁵⁷ STS 4-2-1984 (RJ 1984, 831).

Ahora bien, si el trabajador no iniciara el proceso de deshabitación o desintoxicación propuesto, o lo abandonara sin causa justificada, se considerará un incumplimiento de las obligaciones asumidas en el itinerario de inserción, siendo entonces de aplicación lo establecido en el art. 54.2 f) ET. De este modo, la empresa de inserción podrá proceder al despido disciplinario del trabajador cumpliendo los trámites formales legalmente exigidos.

- La tercera y última peculiaridad en materia de extinción del contrato de trabajo hace referencia al procedimiento a seguir cualquiera que sea la causa de extinción. Así, según establece el art. 14.4 LEI, con carácter previo a la extinción, cualquiera que sea su causa, la empresa de inserción debe solicitar a los Servicios Sociales Públicos competentes el informe correspondiente. Llama la atención que se exija ese informe cuando la extinción tiene lugar por cumplimiento del plazo de duración pactado en el contrato de trabajo o por decisión del propio trabajador. A nuestro juicio, el informe debería haberse exigido sólo en los supuestos de despido. Este informe, al no señalar la norma que efectos tiene, habrá que entender que es obligatorio pero no

vinculante, pues si el legislador hubiera querido otorgar al informe ese carácter lo habría señalado expresamente. Ahora bien, si la empresa de inserción no lo solicita incurrirá en una infracción administrativa grave según establece el art. 19 bis de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (RDL 5/2000, de 4 de agosto), incorporado a esta norma por la disposición final primera de la LEI. Además de incurrir en infracción administrativa grave, el incumplimiento de este requisito formal dará lugar a la calificación del despido como improcedente o nulo en los supuestos de despido disciplinario u objetivo, respectivamente.

Asimismo, y al margen del citado informe previo, el empresario comunicará a los Servicios Sociales Públicos competentes y a los Servicios públicos de Empleo la extinción del contrato de trabajo de los trabajadores contratados, cualquiera que sea la causa de extinción del contrato de trabajo. Esta previsión avala la conclusión señalada en relación con el carácter no vinculante del informe previo, al poner de relieve que el empresario, una vez solicitado el informe, puede llevar a cabo la extinción.

RESUMEN Las empresas de inserción tratan de conseguir la integración laboral de las personas en situación de exclusión social. Estas empresas han carecido de una regulación legal hasta la aprobación de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen jurídico de las empresas de inserción. Esta norma, entre otros aspectos, regula la relación laboral que une a los trabajadores en situación de exclusión social con las empresas de inserción para las que prestan servicios. Se ha optado, así, por crear una relación laboral común con numerosas peculiaridades que tratan de ser analizadas en este estudio.

