

EL CONTRATO PARA EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA EN ESPAÑA TRAS SU REFORMA EN 2010: PUNTOS CRÍTICOS

Lourdes Mella Méndez*
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO

1. Introducción a la regulación de los contratos en el Derecho del Trabajo español. 2. El contrato de fomento de la contratación indefinida. 2.1. Ámbito subjetivo de aplicación. 2.1.1. Desempleados. 2.1.2. Temporales. 2.2. La especial indemnización del despido objetivo declarado improcedente. 2.3. Restricciones de su uso por las empresas. 3. Bibliografía.

Resumen

Este trabajo pretende analizar algunos de los puntos críticos que la Reforma Laboral de 2010 ha introducido en la regulación del contrato para el fomento de la contratación indefinida en España. Sin duda, el fomento de esta contratación es uno de los grandes objetivos de la citada reforma, para ello el legislador amplía —casi sin límites— el colectivo de sujetos beneficiarios del mismo. Por lo demás, se introducen pequeñas modificaciones, fruto de la jurisprudencia anterior.

Palabras clave: contrato indefinido, fomento del empleo, reforma laboral.

Abstract

This study tries to analyze some of the critical points that the Labour Reform of 2010 has introduced in the regulation of the contract for the promotion of permanent employment in Spain. Undoubtedly, the promotion of this type of contract is one of the main objectives of this mentioned reform. Thus, the legislator extends —almost without limits— the group of fastened beneficiaries. Other small changes which are introduced in this labour reform, most of them based on case law, are also considered in this study.

Keywords: permanent contract, employment promotion, labour reform.

Recibido: 20/09/2010. Aceptado: 21/10/2010

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

1. Introducción a la regulación de los contratos en el Derecho del Trabajo español

Como en casi todos los sistemas laborales de nuestro entorno, en el español existen dos grandes tipos de contratos: el de *duración indefinida* y el de *duración determinada o temporal* (artículo 15.1. párrafo primero, Estatuto de los Trabajadores —en adelante, ET—). Ahora bien, el legislador deja clara su preferencia por el primero de ellos, para cuya celebración basta —en general— con la mera voluntad de las partes, que disponen de plena libertad al respecto.

Desde luego, no sucede así con el segundo tipo contractual, cuya válida celebración requiere la concurrencia de alguna de las *causas objetivas* que justifica su temporalidad; sin causa justificada, no cabe la contratación temporal. Con todo, siendo esta la regla general para el trabajador con relación laboral ordinaria (cuya prestación de servicios queda regulada por el ET), cabe establecer ciertas excepciones para los trabajadores con relación laboral especial (cuyo régimen jurídico se halla en unos Reales Decretos específicos, muchos de ellos del año 1985). Para este segundo tipo de trabajadores, pueden existir imposiciones legales respecto de la celebración de uno u otro tipo de contrato, como sucede, por ejemplo, con los deportistas profesionales, para los que no cabe el contrato de duración indefinida.

Desde el punto del vista legal, el legislador ha optado, claramente, por promocionar y apoyar *el contrato de duración indefinida*, lo que se evidencia en los siguientes datos: 1) la frecuente existencia de previsiones legales o convencionales relativas a la transformación de un contrato temporal en indefinido, acompañada incluso de incentivos económicos (artículos 11.3, 15.7 y 8 y 17.3 ET). Repárese en que una previsión similar para la conversión de un contrato indefinido en temporal sería nula, por suponer una renuncia a un derecho indisponible para el trabajador: el de la estabilidad en el empleo (artículo 3.5 ET). 2) La configuración de una serie de supuestos en los que se presume, *iuris tantum* (salvo prueba en contrario), que el contrato ha sido celebrado por tiempo indefinido. Sucede así, por ejemplo, con la inobservancia de la forma escrita (artículo 8.2 ET) o la falta de afiliación o alta a la seguridad social tras

un período equivalente al del período de prueba (artículo 15.2 ET). 3) La atribución del derecho a adquirir la condición de fijo al trabajador que sea objeto de una cesión ilícita entre dos empresas (artículo 43.4 ET). D) La posibilidad de que el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal quede vinculado a la empresa usuaria por medio de un contrato indefinido si, tras finalizar el período de puesta a disposición, sigue prestando servicios en ella. Y 4) las reglas de los párrafos 3 y 5 del artículo 15 ET, que presumen por tiempo indefinido los contratos celebrados en fraude de ley y convierten en indefinido a un trabajador temporal después de dos años, respectivamente.

Respecto del contrato de duración indefinida existen dos modalidades: el que cabe denominar «ordinario» y el de «fomento de la contratación indefinida». El primero es el tradicional o típico y, salvo indicación en contrario, es el que se presume existente entre un trabajador que presta servicios y un empresario que recibe esos servicios y los remunera. Su régimen jurídico se halla en el ET; no goza de especiales incentivos o bonificaciones. El segundo es el contrato del presente y del futuro, por ello algunos de sus puntos críticos se analizan a continuación.

2. El contrato de fomento de la contratación indefinida

El contrato de fomento de la contratación indefinida fue creado en 1997, concretamente nació con el Acuerdo Interconfederal sobre estabilidad en el empleo, de 29 de abril de 1997, y se convirtió en norma en el RD-ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, después transformado en la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de igual denominación (disposición adicional primera). La finalidad con la que nació el referido contrato fue la de poner fin a la alta tasa de temporalidad de nuestro mercado de trabajo y favorecer la contratación estable de los trabajadores desempleados y temporales a cambio de introducir ciertas ventajas económicas para los empresarios, principalmente reducciones en las cotizaciones sociales y una indemnización menor en el despido por causas objetivas declarado improcedente. Dada la reducción del nivel de protección de que gozaría el trabajador respecto del contrato indefinido

ordinario, este nuevo contrato indefinido nació con carácter experimental y por un plazo de cuatro años desde la entrada en vigor del citado RD-ley 8/1997, o sea, hasta el 16 de mayo de 2001.

Ahora bien, dado que el éxito del contrato en cuestión en los primeros cuatro años fue importante (dos de cada tres contratos eran de este tipo) y que las circunstancias que, en su día, lo habían justificado se mantenían una vez transcurrido el plazo experimental, el Gobierno decidió mantenerlo *sine die* a través del RD-ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, después transformado en la Ley 12/2001, de 9 de julio, del mismo título (disposición adicional primera)¹. Así, a partir de tal fecha, el contrato de que se trata se convierte en una medida estructural más de fomento del empleo y dirigido a un mayor número de colectivos.

En la actualidad, tal regulación continúa vigente, si bien modificada por el artículo 10 RD-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (posterior Ley 43/2006, de 29 de diciembre), y, más recientemente, por el artículo 3 RD-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, posteriormente, convertido en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de igual denominación, que se analiza a continuación.

2.1. Ámbito subjetivo de aplicación

2.1.1. Desempleados.

Dado que, como se apuntó, el objetivo del contrato para el fomento de la contratación indefinida es el de incentivar el empleo estable de dos grandes colectivos de trabajadores: los desempleados y los temporales, el RD-ley 10/2010 sigue incidiendo en los mismos para ampliarlos hasta conseguir que el ámbito subjetivo de aquél, prácticamente, se

¹ Cfr. Ricardo ESCUDERO RODRÍGUEZ, “El nuevo régimen legal del contrato para el fomento de la contratación indefinida y de las bonificaciones al empleo”, en el volumen AA. VV. *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de negociación colectiva para el año 2002*, Valladolid, 2002.

universalice². Así, podrán celebrar un contrato de esta naturaleza con carácter inicial (no conversión) los trabajadores desempleados que estén inscritos en la oficina de empleo y en los que, además, concorra alguna otra condición especial de edad, sexo, capacidad laboral, desempleo o contratación.

En cuanto *a la edad*, los grupos protegidos son dos: a) los jóvenes de entre dieciséis y treinta años, ambos inclusive. En 1997, el colectivo protegido eran los jóvenes entre dieciocho y veintinueve años; en 2001, el límite inferior se rebajó a dieciséis años —para hacerlo coincidir con la edad de admisión al trabajo— y el superior se elevó a treinta. Ahora se mantienen tales topes, a pesar de que para los menores de dieciocho años se sigue apostando por el contrato de formación como vía natural de incorporación al mercado de trabajo, por lo que implica de formación para ellos. Y b) los mayores de cuarenta y cinco años. Este es un grupo clásicamente necesitado de protección, pues sabido es que la edad avanzada es un factor negativo a la hora de reincorporarse al mercado de trabajo, algo que, necesariamente, tendrá que cambiar en el futuro, máxime teniendo en cuenta la cada vez mayor esperanza de vida de las personas y las políticas actuales de prolongación de la edad laboral y retraso de la de acceso a la jubilación.

Por lo que se refiere *al sexo*, las mujeres desempleadas también son posibles beneficiarias de este contrato, si bien sólo cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino. La inclusión de este colectivo como grupo autónomo de mujeres a proteger por el contrato analizado fue una innovación de la reforma de 2001, pues, hasta entonces, las mujeres sólo podían celebrar aquél en cuanto incluidas en algunos de los otros grupos protegidos (jóvenes, paradas de larga duración, mayores de cuarenta y cinco años o minusválidas). La relación de profesiones u ocupaciones en las que las mujeres se hallan subrepresentadas se prevén en la Orden de 16 de septiembre de 1998, sobre fomento del empleo estable de mujeres en

² Francisco J. GÓMEZ ABELLEIRA, “El contrato de fomento de la contratación indefinida, o el despido improcedente como centro de gravedad del sistema laboral”, en el volumen AA. VV. *La reforma laboral de 2010. Aspectos prácticos*, Valladolid, 2010, pp. 116 y ss.

profesiones y ocupaciones con menor índice de empleo femenino, cuyo artículo único estima que «las mujeres están subrepresentadas en todas las profesiones u oficios de la Clasificación Nacional de Ocupaciones», excepto en aquellos que figuran en el anexo de la propia Orden (aprobada por RD 917/1994, de 6 de mayo).

La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, amplía —a diferencia del RD-ley 10/2010— los colectivos de mujeres que pueden beneficiarse de este contrato. Así, al ya existente, se añaden los de las mujeres que: 1) se hallen en el período de los dos años inmediatamente posteriores a la fecha del parto o de la adopción o acogimiento de menores; 2) estén desempleadas y se reincorporen al mercado de trabajo tras un período de inactividad laboral de cinco años; y 3) estén desempleadas y sean víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos. Como se aprecia, se refuerza el apoyo al colectivo de las mujeres y se atiende a las diferentes circunstancias personales (maternidad) y sociales (violencia de género) que las pueden apartar del mercado laboral. La reforma es positiva.

La *capacidad laboral* de las personas también es un clásico elemento relevante a la hora de establecer políticas de fomento del empleo, por lo que la falta o reducción de esa capacidad, esto es, la discapacidad, es tomada en cuenta por el legislador para intentar promover la contratación indefinida de los trabajadores que la sufren, y ello ya desde 1997. Además, repárese en el abanico de subvenciones y bonificaciones que la contratación de este colectivo puede suponer para el empresario y que se regula en el RD 1451/1983, de 11 de mayo, de empleo selectivo y medidas de fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad; o los programas de fomento del empleo de las personas con discapacidad previstos en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, y en el RD 870/2007, de 2 de julio.

La *duración de la situación de desempleo ininterrumpido* también es un dato que preocupa especialmente al legislador, tanto por lo que ello supone de drama personal y profesional para el trabajador afectado como por la repercusión que ello tiene para la economía del país. Ciertamente, el problema no es tanto el quedar en situación de desempleo, sino el salir de la misma, y ese es el objetivo que aquél persigue ansiosamente.

En este sentido, se quiere acabar con el denominado grupo de parados «de larga duración», y, efectivamente, cada vez se reduce más el período durante el que aquéllos tienen que estar inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo para poder ser beneficiarios del contrato de fomento de la contratación indefinida. Así, el período de doce meses exigido en 1997 se redujo a seis en 2001 y a tres en junio de 2010 (RD-ley 10/2010).

Si, desde la perspectiva social y económica de 1997, podía entenderse que una situación de desempleo no era grave hasta que alcanzase un año, está claro que en la actual hay que actuar más contundentemente y poner a disposición de empresarios y trabajadores todos los instrumentos que sean necesarios para que éstos puedan salir de esa coyuntura cuanto antes. En tal sentido, la exigencia de tres meses de desempleo ininterrumpido del RD-ley 10/2010 incluso se consideró excesiva. Así, algún autor no veía «claro qué aportación concreta» ofrecía «la actual ampliación del viejo colectivo de parados de larga duración hasta llegar a todos aquellos desempleados inscritos, al menos, tres meses». En la actualidad, «lo que ya no tiene ningún sentido es mantener la técnica de las inclusiones expresas» en el contrato analizado, pues éste está prácticamente universalizado, máxime al incluir los colectivos de desempleados que se analizan de seguido³. Así las cosas, el legislador reacciona a las críticas y aprovecha la transformación del citado RD-ley en Ley (la 35/2010, de 17 de septiembre) para reducir el plazo de tres meses a uno. La verdad es que lo óptimo hubiese sido su eliminación.

Por último, a la hora de seleccionar los colectivos cuya incorporación al mercado de trabajo puede hacerse por la vía del contrato para el fomento de la contratación indefinida, el legislador reformador de 2010 incorpora dos nuevos grupos de desempleados «en función de su historia laboral». Más claramente, por un lado, incluye a los desempleados que, «durante los dos años anteriores a la celebración del contrato indefinido, hubieran estado contratados exclusivamente mediante contratos de

³ José LUJÁN ALCARAZ, “El contrato para fomento de la contratación indefinida tras el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma laboral”, AS, n. 7, 2010, p. 5 (según impresión de Westlaw Aranzadi).

carácter temporal, incluidos los contratos formativos». Se trata de desempleados cuya vida laboral reciente es la temporalidad, pues durante el último bienio no han disfrutado de ningún contrato estable. Se quiere, pues, poner fin a dicha situación con su inclusión en el ámbito subjetivo del contrato indefinido ahora analizado; se busca su salida de la situación de desempleo por «la puerta grande», evitando así que vuelvan a la precariedad laboral. En otras palabras, son trabajadores que han entrado en la coyuntura del desempleo desde la temporalidad y se quiere que salgan de ella a partir de la estabilidad.

Hasta la reforma estudiada, la utilización del contrato de fomento para la contratación indefinida como un instrumento para poner fin a la temporalidad se centraba en los trabajadores con contrato (temporal) en vigor, que era transformado en indefinido. Ahora, junto a tal posibilidad (que se analizará *infra*), se incluye esta nueva, en la que la temporalidad se ha extinguido y ha llevado al trabajador al “dique seco” del desempleo. La creación de este supuesto autónomo permite evitar el período de espera de un mes que se exige a los desempleados estudiados en el grupo anterior o la concurrencia de circunstancias personales de los otros grupos (ser mujeres infrarepresentadas, tener una determinada edad o discapacidad). Además, a diferencia del caso de la transformación de un contrato temporal en vigor, en el ahora comentado la empresa que celebra el contrato indefinido puede ser la misma que antes contrató temporalmente al trabajador u otra distinta, lo que no sucede en el primero — el de la transformación —, en el que siempre se trata de la misma empresa. En el supuesto ahora tratado, aunque la contratación indefinida la haga la misma empresa, no cabe hablar de un supuesto de transformación de un contrato temporal en indefinido, pues el trabajador procede de una situación de desempleo.

Por lo demás, cabe tener en cuenta que la contratación del trabajador durante el bienio anterior debe haber sido: a) a través de contratos temporales, incluidos los formativos. La mención a estos últimos parece indicar que se admite cualquier tipo de contrato temporal, incluso los formativos (en prácticas o en formación), pero no el indefinido, ni siquiera intercalado con los temporales. Y b) con varios contratos temporales, en plural; si bien parece oportuno extender el supuesto a la contrata-

ción temporal durante el citado período con un único contrato temporal de duración igual o superior a dos años, como podría ser el de obra o servicio o el de interinidad. Por último, para la celebración del contrato indefinido resulta irrelevante la causa de extinción del último contrato temporal, así como, en su caso, la calificación judicial de la impugnación que haya podido hacerse de la misma.

Por otro lado, el legislador reformador también incluye como beneficiados por el contrato estudiado a «los desempleados a quienes, durante el bienio anterior a la celebración de aquél, hayan sufrido la extinción de un contrato “de carácter indefinido en una empresa diferente”». Se trata, aquí, de recuperar de la situación de desempleo y ofrecerles un empleo de calidad a quienes ya han tenido previamente otro de esta naturaleza. La idea es hacerlo rápidamente para que los trabajadores afectados no se vean atrapados por el desempleo o la temporalidad. También ahora se busca el que estos desempleados vuelvan al mercado de trabajo por “la puerta grande”.

Los elementos claves de este colectivo son los de que, previamente, hayan disfrutado de «un contrato indefinido» y «en una empresa diferente» de la que ahora celebra el contrato para el fomento de la contratación indefinida.

Respecto del *anterior contrato indefinido*, nada se dice sobre su duración o extinción, por lo que tanto uno como el otro dato resultan irrelevantes a efectos de la celebración del nuevo contrato estable. Asimismo, también parece irrelevante la modalidad de contrato indefinido que se haya disfrutado, ordinario o de fomento de la contratación indefinida. El que se exija que el previo contrato haya sido con *una empresa diferente* de la que ahora celebra el nuevo contrato indefinido busca el evitar el puro cambio de un tipo de contrato por otro por un mismo empresario.

Por lo demás, cabe reparar en que: a) al igual que en el último supuesto analizado, no se requiere un tiempo de espera en situación de desempleo para poder realizar el nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida, por lo que éste puede ser inmediato a la extinción del anterior (y a la entrada en aquélla) o celebrarse en cualquier momento posterior a la misma, con un máximo de dos años. B) El previo contrato indefinido no tiene por qué ser el último del trabajador, el que le haya llevado a la

situación de desempleo, pues tras aquél puede haber disfrutado de otro, temporal o indefinido (en tal caso, será éste el que se tomará como referencia). Lo importante es que el momento en el que está desempleado y se le ofrece un nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida esté incluido dentro de los dos años siguientes a la extinción de un previo contrato indefinido.

La valoración que se extrae del análisis de los desempleados que pueden celebrar un contrato de fomento de la contratación indefinida es la que ya se apuntó inicialmente: la universalización de éste. Ciertamente, ya no se trata tanto de fomentar el empleo estable de determinados colectivos sociales que tienen dificultades de acceso al mercado de trabajo, sino de facilitar aquél al mayor número posible de personas. Ello se evidencia en la flexibilización de los requisitos exigidos a los colectivos clásicos y la inclusión progresiva (mujeres 2001) de otros nuevos (los dos últimos grupos de desempleados 2010). Claramente, se busca que el que, en su día, nació como un contrato para concretos colectivos, ahora esté al alcance de todo el mundo. Haciendo un esfuerzo de pensamiento, parece que el único grupo excluido será el de un hombre desempleado de entre treinta y uno y cuarenta y cuatro años, no discapacitado, con menos de un mes de inscripción ininterrumpida como demandante de empleo, y que durante los dos años anteriores a la celebración del contrato se le haya extinguido un contrato indefinido en la misma empresa.

La razón de que todavía se siga manteniendo, formalmente, la técnica de la inclusión selectiva de ciertos grupos es para evitar la crítica de la generalización de una indemnización por despido improcedente inferior a la ordinaria. Con todo, resulta reprochable que el legislador haya desaprovechado la tramitación parlamentaria del RD-ley 10/2010 para permitir directamente la celebración del contrato analizado con todo desempleado inscrito como demandante de empleo.

2.1.2. Temporales

Dado que la precariedad laboral la sufren no sólo los desempleados, sino también los trabajadores con contrato temporal, el legislador siempre ha pensado en éstos como sujetos idóneos para beneficiarse del nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida. Así, ya en 1997,

el legislador autorizó la conversión en indefinidos (por esta vía) de los contratos temporales vigentes en el momento de la entrada en vigor del RD-ley 8/1997, de 16 de mayo, e, incluso, de los celebrados durante el año siguiente (hasta el 17 mayo 1998). Transcurrido dicho plazo, la disposición adicional primera, 2.d) Ley 63/1997 preveía que la posible conversión de los contratos temporales en indefinidos se articularía a través de la negociación colectiva. De manera similar, las posteriores reformas de 2001 y 2006 también permitieron —al margen de la negociación colectiva— la misma conversión de los contratos temporales, formalizados —en el primer caso— hasta el 31 de diciembre de 2003 y —en el segundo— hasta el 31 de diciembre de 2007.

Siguiendo sus antecesores, el RD-ley 10/2010, de 16 de junio, vuelve a reabrir el período de conversión de los contratos temporales vigentes en el momento de su entrada en vigor. Así se prevé que el nuevo contrato indefinido podrá celebrarse con «trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados *con anterioridad* al 18 de junio de 2010», siempre que la transformación se produzca antes del 31 de diciembre del mismo año. Con este plazo de conversión tan breve lo que se quiere es reducir ya, de manera inmediata, la temporalidad existente en el momento presente (con más de trece millones de contratos temporales). Una vez transcurrida la mencionada fecha, los trabajadores temporales sólo podrán acceder al contrato de fomento por otras vías (inclusión en los colectivos ya citados), pero no por la de la conversión.

Ahora bien, junto al citado supuesto, el legislador actual también permite la conversión en indefinidos de los contratos temporales celebrados *con posterioridad* a la citada fecha (18 de junio de 2010), siempre que aquélla se efectúe antes del 31 de diciembre de 2011 y afecte a contratos que no hayan durado más de seis meses, salvo que sean formativos (contrato para la formación y en prácticas). Esta limitación temporal en la duración del contrato convertible resulta significativa, pues quiere, por un lado, animar a las partes a una pronta conversión, reduciendo así la temporalidad existente; y, por otro, dejar claro que los contratos temporales de larga duración —muchas veces amparada en una vulneración

de la legalidad— no van a validarse por la vía de su transformación en indefinidos. De hecho, esta fue una crítica que en las reformas anteriores se hizo al legislador, al entender esta posibilidad temporal de conversión (de un contrato temporal en indefinido) como una especie de regularización de contratación temporal fraudulenta o irregular.

Sea como fuere, a partir del 1 de enero de 2012 desaparece la posibilidad de convertir contratos temporales en indefinidos por la vía del contrato aquí analizado. Con todo, es previsible que en el futuro se vuelva a reabrir el plazo de transformación, pues el propio artículo 3.6 RD-ley 10/2010 prevé la necesidad de que el Gobierno valore la eficacia de este contrato antes del 31 de diciembre de 2012.

Como novedad, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, añade que las transformaciones (en contratos de fomento de la contratación indefinida) de los contratos de duración determinada o temporales en los supuestos que se acaban de citar se entenderán válidas, «una vez transcurrido el plazo de veinte días hábiles establecido en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, a contar desde la fecha de la transformación». Como es sabido, tal plazo es el de caducidad de veinte días de que dispone todo trabajador para impugnar una extinción contractual que considere ilegal (acción de despido). Por lo tanto, durante tal período, la transformación todavía no es firme, pues el afectado puede reaccionar contra ella. Transcurrido tal período, sin reacción por parte de aquél, la transformación adquiere plena validez.

2.2. La especial indemnización del despido objetivo declarado improcedente

Aparte de su especial ámbito subjetivo —prácticamente universalizado—, el rasgo verdaderamente distintivo del contrato para el fomento de la contratación indefinida es el de la especial indemnización reducida para el caso del despido por causas objetivas que sea declarado improcedente. Como es sabido, todo despido objetivo es impugnabile al igual que si se tratase de un despido disciplinario (artículo 53.3 ET) y, por lo tanto, si la demanda es aceptada a trámite y no hay conciliación previa, el órgano jurisdiccional puede concluir el proceso con una sentencia que

declare la decisión extintiva como procedente, improcedente o nula (artículos 55, 56 y 57 ET y 120 a 123 LPL).

En el caso de que la decisión judicial sea la de *procedencia*, el trabajador, cualquiera que fuese la modalidad de contrato indefinido que tuviese (ordinario o de fomento de la contratación indefinida), consolida la indemnización legal de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, que el empresario debe haber puesto a su disposición al mismo tiempo que le envió la comunicación escrita indicándole la causa de su despido, salvo causa justificada relacionada con causas económicas (y sin perjuicio del derecho del trabajador a reclamarla cuando el despido sea efectivo) [artículo 53.1.b) ET]. En el supuesto de que la declaración judicial sea la *nulidad* (por discriminatoria o contraria a derechos fundamentales y en los otros supuestos previstos por el legislador, pero ya no por defecto de forma desde el RD-ley 10/2010), el trabajador debe ser readmitido en el puesto anterior con abono de los salarios de tramitación.

Por último, en el caso de que se declare la *improcedencia* del despido, el empresario siempre tiene dos opciones: readmitir al trabajador en la empresa (cosa que generalmente no hará) o darle una indemnización y extinguir su contrato definitivamente; en ambos casos, hay que abonarle, además, los salarios de tramitación. En el caso de optar por el abono de la indemnización, ésta será la de 33 días de salario por año trabajado, con un máximo de 24 mensualidades, frente a la típica y general del despido improcedente en el resto de los contratos, que alcanza los 45 días de salario por año trabajado, con un máximo de 42 mensualidades. Esta última indemnización es, como se sabe, una de las más altas de Europa y la que parece estar destinada a ser reducida en el futuro, o bien relegada a un segundo plano dada la práctica universalización del nuevo contrato indefinido. De hecho, el legislador de 2010 fue muy hábil, no entró en el debate de rebajar directamente la indemnización de 45 días del contrato indefinido ordinario, pero, indirectamente, tal rebaja se produce al potenciar el contrato que tiene otra indemnización menor.

Repárese en que la indemnización rebajada (33 días frente a los 45) está prevista sólo para el caso de que el contrato de fomento de la contratación indefinida se extinga *por causas objetivas*, porque si lo es por

motivos disciplinarios, la indemnización es la ordinaria de 45 días de salario por año trabajado. En este sentido, es posible que exista cierto fraude por parte del empresario, al querer poner fin a un contrato por la vía del despido objetivo (más barato), a pesar de que las causas extintivas son disciplinarias. El legislador reformador aprovechó la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, para establecer que, «cuando el trabajador alegue que la utilización del procedimiento de despido objetivo no se ajusta a derecho, porque la causa real del despido es disciplinaria, corresponderá al mismo la carga de la prueba sobre esta cuestión». Esta regla resulta lógica y ajustada a lo que ya venía sucediendo en la realidad.

Quede claro, pues, que la gran peculiaridad del contrato indefinido analizado es la del establecimiento de una indemnización por despido improcedente menor a la ordinaria. Al preverse sólo para el caso del despido por causas objetivas, el abono de tal indemnización no se hace efectiva en su totalidad, pues dado que es requisito formal de este tipo de despido el que el empresario haya puesto a disposición del trabajador, previamente, una indemnización de veinte días de salario por año trabajado, lo que se hace, habitualmente, es abonar la diferencia hasta alcanzar la indemnización legal correspondiente (ya sea la ordinaria, ya la reducida).

Como se apuntó, tanto cuando se opta por la readmisión como por el abono de la indemnización (y ya se trate de uno u otro contrato indefinido), el empresario debe abonar *los salarios de tramitación*. Dichos salarios son los que corresponden al período de tramitación del proceso de despido que concluye con la declaración de improcedencia o nulidad de este último. Pues bien, sabido es que el artículo 56.2 ET permite al empresario reducir la cuantía de los citados salarios (en cualquier tipo de despido) que procedan cuando *el empresario reconozca* la improcedencia de aquél y ofrezca la indemnización al trabajador, depositándola a su disposición en el juzgado correspondiente y avisando de ello a este último. La reducción se produce porque, de actuar así, el empresario se ve recompensado al tener que abonar, solamente, los salarios de los días que han transcurrido entre la efectividad del despido y la del depósito de la indemnización. Es más, la citada reducción incluso puede convertirse en desaparición de la obligación de abono de los citados salarios cuando

el empresario actúa diligentemente y reconoce la improcedencia y realiza el depósito en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido. En este último caso, la única obligación económica sería la del pago de la indemnización, sin salarios de trámite.

El actual RD-ley 10/2010 completa el tenor de la regulación anterior del contrato de fomento de la contratación indefinida para dejar claro que la improcedencia que genera la indemnización menor y la posible reducción de salarios de trámite puede ser tanto «la declarada judicialmente» como «la reconocida como tal por el empresario», por lo que no es necesario que el órgano jurisdiccional se pronuncie expresamente al respecto, sino que basta con un reconocimiento extrajudicial. La regulación originaria del contrato analizado hacía mención, únicamente, a la primera posibilidad y ello generó cierta duda al respecto, lo que obligó a los tribunales laborales a pronunciarse en el sentido que ahora recoge el legislador reformador⁴. Con todo, la cuestión ya se había clarificado, en parte, con el artículo 10 Ley 43/2006, al introducir un nuevo apartado en el artículo 4 de la disposición adicional primera Ley 12/2001 (que regula el contrato para fomento de la contratación indefinida), según el que, si se procediese según lo dispuesto en el artículo 56.2 ET, el empresario debería depositar en el juzgado de lo social la diferencia entre la indemnización ya percibida por el trabajador [según el artículo 53.1.b) de la misma Ley] y la de 33 días.

Así las cosas, ahora ya queda totalmente claro que el régimen especial de la limitación de los salarios de tramitación también juega cuando, en el contrato para el fomento de la contratación indefinida, la improcedencia del despido por causas objetivas es reconocida directamente por el empresario, sin necesidad de sentencia judicial previa.

De otro lado, la disposición transitoria tercera del RD-ley 10/2010 prevé una regla especial para los contratos indefinidos (ya ordinarios, ya especiales) que se celebren con posterioridad a la entrada en vigor de aquél. Dicha regla consiste en que, cuando dichos contratos se extingan por las causas previstas en los artículos 51 y 52 ET (despido colectivo u

⁴ Así, entre otras, sentencias TSJ Cataluña de 20 marzo 2003 (PROV 130233) y Cantabria de 17 noviembre 2005 (AS 3427).

objetivo) o en el artículo 64 Ley 22/2003, de 3 julio, ley concursal (expedientes de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva presentados ante el juez de lo mercantil cuando el empresario es el concursado), una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será abonada directamente por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) (artículo 33 ET). Dicha parte se tasa en una cantidad equivalente a «ocho días de salario por año de servicio», prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. Como el salario puede cambiar de año en año, parece claro que el total de esos días de salario también puede variar de año en año. Lógicamente, la indemnización total se calculará en función de las cuantías por año de servicio y los límites legalmente establecidos en base al tipo de extinción de que se trate y de su calificación judicial o empresarial.

El abono por el FOGASA se prevé, únicamente, para los casos de contratos que hayan durado más de un año. Ello implica que, si el contrato tiene una duración inferior a la señalada, el único responsable del pago de la indemnización será el empresario. También se prevé la irrelevancia del número de trabajadores de la empresa, lo que, sin embargo, en mi opinión, debe reinterpretarse a la vista del número de trabajadores exigidos para poder estar legalmente ante un «despido colectivo». Quiérase o no, si no se cumplen los porcentajes de trabajadores afectados previstos en el artículo 51 ET no se está ante un despido de esta clase, por lo que el número de trabajadores sí parece relevante.

La financiación de esta medida a cargo del FOGASA se prevé con carácter temporal, o sea, hasta que entre en funcionamiento el denominado «Fondo de capitalización», regulado en la disposición final segunda del citado RD-ley 10/2010. Según ésta, el Gobierno —en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor del referido RD reformador— debe aprobar «un proyecto de ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores, mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar».

Dicha futura regulación deberá reconocer el derecho del trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el

fondo de capitalización cuando concurren los supuestos de despido, movilidad geográfica o se desarrollen actividades de formación. De no producirse estos supuestos o, de producirse, pero no percibir el trabajador toda la cuantía acumulada a su favor, éste tendrá derecho a la restante en el momento de su jubilación. En todo caso, la constitución de este Fondo tiene ventajas para las dos partes, incluido el empresario, pues la indemnización que éste tendrá que abonar en caso de despido se reducirá en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo en cuestión.

Dada la urgencia en la constitución de la figura de que se trata, el Gobierno estableció, como fecha tope de puesta en funcionamiento de la misma, el día 1 de enero de 2012. El tiempo nos dirá si se cumplen estos plazos.

2.3. Restricciones de su uso por las empresas

Dada la ventaja económica que supone su indemnización reducida por despido objetivo declarado improcedente, el contrato para el fomento de la contratación indefinida nació con ciertas limitaciones de uso por parte de las empresas, que todavía se mantienen. Así, en su primera regulación por el RD-ley 8/1997, se prohibió la celebración de este contrato a las empresas que, «en los doce meses anteriores» a tal celebración, «hubieran realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubieran procedido a un despido colectivo».

Ahora bien, la limitación comentada no suponía una amenaza para el éxito del contrato, dado que: 1) sólo jugaba *ad futurum*, o sea, en relación con las extinciones y despidos producidos tras la entrada en vigor de la referida norma; 2) el período que se tomaba de referencia también era limitado: un año; 3) únicamente se refería a la cobertura de los puestos de la misma categoría o grupo profesional que los afectados por las citadas extinciones; 4) para el mismo centro o centros de trabajo en los que se habían producido aquéllas; y 5) no se aplicaba en el caso del despido colectivo cuando la celebración del contrato de fomento de la contratación indefinida hubiese sido pactada con los representantes de los trabajadores durante el período de consultas. Lógicamente, en

el marco de un expediente de regulación de empleo, los empresarios y representantes de los trabajadores deben tener la libertad suficiente para negociar salidas laborales y planes de contratación para el futuro, sin verse afectados por restricciones legales.

La finalidad de tal limitación era clara: evitar que los empresarios procediesen, tras la entrada en vigor de la norma, a despedir a los trabajadores que tenían en plantilla con contrato indefinido ordinario y volverlos a contratar por la vía del nuevo contrato. Evidentemente, tal riesgo o tentación parecía factible, dado tanto la indemnización por despido más baja como los incentivos que acompañaban a la contratación de los diversos colectivos incluidos en el ámbito subjetivo de aquél.

Ahora bien, al igual que sucedió con el ámbito subjetivo del contrato, esta limitación también fue flexibilizada en sucesivas reformas. Así, la de 2001 rebajó el período durante el cual el empresario se veía imposibilitado para contratar de doce a seis meses. Y, la actual de junio de 2010, prevé que la limitación comentada no será aplicable cuando las extinciones de contratos se hayan producido con anterioridad al 18 de junio de 2010, o sea, antes de la entrada en vigor del RD 10/2010. Con tal previsión, se busca el eliminar restricciones a la celebración del contrato analizado y permitir su celebración aunque la empresa hubiera actuado irregularmente con anterioridad⁵.

Con todo, cabe destacar un dato que supone un endurecimiento de la limitación analizada. Mientras que, hasta ahora, los despidos que se tomaban como referencia para impedir temporalmente la celebración del nuevo contrato eran el objetivo y el colectivo, a partir de ahora se incluye también «el disciplinario». Ciertamente, ello es lo que se deriva de la previsión legal que alude a las extinciones de contratos por «despido reconocido o declarado como improcedente o por despido colectivo». Lógicamente, el término genérico «despido» permite entender incluidas las dos modalidades: objetivo y disciplinario.

Por lo demás, cabe añadir que: a) se aclara expresamente que la improcedencia de esos despidos puede ser la declarada por un juez o la

⁵ JOSÉ LUJÁN ALCARÁZ, “El contrato para fomento de la contratación indefinida”, en el volumen AA. VV. *La reforma laboral de 2010*, Navarra, 2010, p. 280 y ss.

reconocida directamente por el empresario; y b) se mantiene solamente la limitación para el caso de que la contratación sea para cubrir puestos del mismo grupo o categoría profesional que los afectados por los despidos previos y para el mismo centro o centros de trabajo.

3. Bibliografía

- ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “El nuevo régimen legal del contrato para el fomento de la contratación indefinida y de las bonificaciones al empleo”, AA. VV., *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de negociación colectiva para el año 2002*. Valladolid, 2002.
- GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco J., “El contrato de fomento de la contratación indefinida, o el despido improcedente como centro de gravedad del sistema laboral”, AA. VV., *La reforma laboral de 2010. Aspectos prácticos*, Valladolid, 2010.
- LUJÁN ALCARAZ, José, “El contrato para fomento de la contratación indefinida tras el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma laboral”, *AS*, n. 7, 2010.
- “El contrato para fomento de la contratación indefinida”, AA. VV., *La reforma laboral de 2010*, Navarra, 2010.