

▶ Artículos y documentos

— La nueva regulación del contrato para el fomento de la contratación indefinida a partir del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de Junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo —

Antonio Fernández Díez

Subinspector de Empleo y Seguridad Social

▲ Subir

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

A) Regulación anterior.

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 su calidad, **actualizó**, a través de su Disposición Adicional Primera, el **contrato de fomento de la contratación indefinida**, que había establecido el **Real Decreto-Ley 8/1997**, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. Dicho contrato se prevé para fomentar la contratación indefinida de determinados colectivos de desempleados, o para la transformación en indefinidos de aquellos contratos de duración determinada o temporales, incluidos los formativos, que tuviera concertados la empresa con anterioridad a una determinada fecha. La referida Disposición Adicional regula, asimismo, las limitaciones a la concertación o transformación de dicha contratación indefinida, y establece, para el supuesto de la extinción por causas objetivas que sea declarada improcedente, una indemnización que el trabajador tendría derecho a percibir, cifrándola en una cuantía de 33 días de salario por año trabajado, con el límite máximo de 24 mensualidades.

B) Nueva regulación.

El **Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio**, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, **con vigencia desde el 18.6.2010**, en su artículo tercero **da nueva redacción a la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio**, y modifica algunos aspectos de la regulación del contrato para el fomento de la contratación indefinida. Dicha modificación opera sobre los colectivos de trabajadores con los que se puede concertar, sobre cuestiones relativas a la indemnización en caso de extinción, sobre los supuestos en los que se excluye su formalización y finalmente sobre la cobertura por el FOGASA de la indemnización.

Procedamos a examinar esos cuatro aspectos de la nueva regulación jurídica, deteniéndonos especialmente en los efectos indemnizatorios del despido improcedente.

▲ Subir

II. COLECTIVOS DE TRABAJADORES INCLUIDOS

Con carácter general el contrato se puede formalizar, por un lado, con ciertos trabajadores desempleados, y por otro lado, con trabajadores vinculados con la misma empresa mediante contratos de trabajo temporales. Examinemos ambos colectivos.

A) TRABAJADORES DESEMPLEADOS

El primer colectivo es el de trabajadores **desempleados**, entendiendo por tal el que carece de empleo y se halla inscrito en la oficinas de empleo, sin incluirse a los ocupados demandantes de mejor empleo, como pueden ser los contratados a tiempo parcial en otras empresa, con los que excepcionalmente se permite la aplicación de bonificaciones en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, según redacción dada por la Ley 27/2009, de 30 de diciembre.

Puede formalizarse esta modalidad contractual con los siguientes colectivos de trabajadores desempleados:

- *Jóvenes de 16 a 30 años (ambos inclusive)*
- *Mujeres desempleadas contratadas para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino.*
- *Mayores de 45 años*
- *Parados que lleven, al menos, tres meses (antes se exigían seis meses) inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo.*
- *Discapacitados*

A partir del Real Decreto-Ley 10/2010 citado, se **añaden** también los siguientes desempleados:

- *El colectivo de desempleados que, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, hubieran estado contratados exclusivamente mediante contratos de carácter temporal, incluidos los formativos.*

Con relación a este supuesto no se determina la forma en que la empresa puede llegar a conocer fehacientemente esa circunstancia objetiva, la que va a convertirse en un requisito esencial para que el contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida sea válido y pueda acogerse a su régimen jurídico. Las únicas fuentes de conocimiento fehacientes serían el Servicio Público de Empleo correspondiente o la Tesorería General de la Seguridad Social. En este aspecto, no se establece un sistema de información para la empresa ante esos organismos, que le pudiese eximir de responsabilidad, como se hace en el contrato de trabajo en prácticas y formación, a la hora de conocerse si el empleado ha prestado servicios con la misma titulación en otras empresas en un plazo superior a los dos años, o si ha prestado servicios en formación en otras empresas por período superior al máximo permitido (artículo 23 del R.D. 488/1988, de 27 de marzo).

- *El colectivo de desempleados a quienes, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, se les hubiera extinguido un contrato de carácter indefinido en una empresa diferente.*

Al respecto, y como indicábamos antes, sería bueno haber establecido mecanismos fehacientes y solventes para que la empresa tuviese conocimiento de esta circunstancia, ya que la información facilitada por el trabajador pudiera ser incorrecta, afectando a la validez de esta modalidad de contratación.

Como novedad para el colectivo de *parados* o desempleados con un determinado periodo de **inscripción ininterrumpida**, ésta **pasa de seis a tres meses**.

Con relación al colectivo de mujeres desempleadas, al igual que en la regulación precedente, no se incluyen a todas, sino sólo a las contratadas para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con el menor índice de empleo femenino. Esas ocupaciones en que se hallan sub-representadas se regula en la Orden Ministerial de 16 de septiembre de 1998, que deberá ser objeto de actualización, especialmente tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de las mujeres y hombres. De no ser contratada en alguno de esas ocupaciones, la mujer desempleada podría ser contratada bajo esta modalidad si perteneciese a cualquiera de los otros colectivos incluidos.

B) TRABAJADORES OCUPADOS TEMPORALMENTE EN LA MISMA EMPRESA

Por lo que se refiere a las **transformaciones** en indefinidos de contratos de trabajo temporales concertados en la empresa, se sigue ***manteniendo el mismo tipo de contrato susceptible de transformación***: todo contrato de **duración determinada o temporal**, incluidos los **formativos**. La principal **novedad** que introduce el Real Decreto Ley, es distinguir entre ***contratos temporales que estuvieran vigentes antes del 18 de junio de 2010***, en cuyo caso podrán transformarse ***hasta el 31 de diciembre de 2010***, o aquellos ***celebrados con posterioridad a dicha fecha***, que podrán transformarse ***hasta el 31 de diciembre de 2011***, siempre que, en este último caso, la duración de los mismos no haya excedido de 6 meses, excepto para los contratos formativos.

Con esas novaciones contractuales se pretende una rápida transformación de contratos temporales en contratos indefinidos, mediante dos mecanismos distintos. En primer lugar, al concederse un breve período de conversión de los contratos temporales anteriores al Real Decreto-Ley, hasta el 31.12.2010. En segundo lugar, porque con relación a los contratos temporales posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto Ley, por un lado, la prestación de servicios del contrato temporal no puede exceder de seis meses (lo que no implica que la duración prevista en el contrato sea inferior a seis meses, ya que en muchas modalidades contractuales seis meses es la duración mínima jurídicamente posible), y, por otro lado, al fijarse como tope máximo de transformación el 31.12.2011.

[▲ Subir](#)

III. EXCLUSIONES PARA LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO

En cuanto a las **limitaciones** que se establecen en el Real Decreto-Ley para que las empresas puedan concertar el contrato para el fomento de la contratación indefinida, debemos señalar que no podrá concertarse éste, cuando en los **seis meses anteriores** a la celebración del contrato, la empresa hubiera **extinguído contratos** de trabajo **por despido reconocido o declarado improcedente** o por **despido colectivo**. La limitación afectará únicamente a la cobertura de aquellos puestos de trabajo de la misma categoría o grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo.

Las **principales novedades** en relación con la regulación anterior se concretan en.

- **Se modifica el tipo de extinciones afectadas.** Además del despido colectivo, con la **nueva regulación** se habla de **despidos reconocidos o declarados como improcedentes**, mientras que con anterioridad, y con relación a esta última extinción, se aludía a extinciones por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial. Caben reseñarse dos cambios al respecto, por un lado, se ha eliminado que el origen de la extinción sea exclusivamente por causas objetivas, para extenderse a cualquier despido que fuese reconocido o declarado improcedente, y por otro lado, se adapta la regulación al régimen jurídico del despido del Estatuto de los Trabajadores tras la Ley 45/2002, de 12

de diciembre, donde éste puede ser reconocido improcedente por la empresa, de modo que si el empleado acepta esa calificación se extingue la relación laboral con derecho a la indemnización, siendo una situación legal de desempleo ([artículo 56.2 del ET](#), [art. 208](#), [apartado 1.c\)](#) de la [Ley General de la Seguridad Social](#) y [Disposición Transitoria Segunda de la Ley 45/2002](#), de 12 de diciembre).

— Esta limitación o exclusión **no se aplica** cuando la **extinción de los contratos** se hubiese producido **antes de la entrada en vigor** del Real Decreto-Ley. Se quiere con ello facilitar la utilización de esta modalidad contractual en los seis primeros meses de aprobación del Real Decreto-Ley.

— Tampoco se aplica esa exclusión, cuando, ante despidos colectivo previos, la realización de los contratos haya sido acordada con los representantes de los trabajadores en el período de consultas previsto en el [artículo 51.4 del Estatuto de los Trabajadores](#).

▲ Subir

IV. INDEMNIZACIÓN ANTE UN DESPIDO OBJETIVO IMPROCEDENTE

La especialidad de esta modalidad contractual es que, cuando el contrato para el fomento de la contratación indefinida se extinga por **causas objetivas y la extinción sea declarada judicialmente improcedente o reconocida como tal por el empresario**, la cuantía de la indemnización será de **33 días** de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con un **máximo de 24 mensualidades**. De este modo, no es aplicable la indemnización de 45 días de salario por año de servicios, con un máximo de 42 mensualidades del [artículo 56 del ET](#). De ser procedente el despido por causas objetivas, la indemnización es de 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades ([artículos 52](#), [apartado 1. b\)](#) y [53 apartado 5. a\)](#) del ET).

Para adaptar los efectos del despido a la regulación general del Estatuto de los Trabajadores, ya no se exige que el despido se declare improcedente, admitiéndose también que sea reconocido como tal por la empresa. Formas de manifestarse o concretarse la improcedencia del despido que ya estaban operativas a partir de la entrada en vigor de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

En el cálculo de la indemnización del despido **han de tomarse en consideración dos aspectos, el salario y el período de servicios** prestado en la empresa por el trabajador.

Con relación al primer parámetro de cálculo, el **salario a computar para fijar la indemnización**, hemos de indicar que se computan los salarios vigentes en la fecha del despido, sin incluirse las partidas extrasalariales. Salarios que incluyen, tanto los conceptos fijos, como los variables por objetivos percibidos (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de noviembre de 2001 y [22 de noviembre de 2005](#) -/L J 2074-). Esto es, el salario percibido el último mes, con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias y otras percepciones de devengo superior al mes, como el "bonus" por beneficios devengado en el año anterior, pero percibido en el año en que tiene lugar ese despido ([Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 24 de octubre de 2006](#) -/L J 1812-).

Para el cálculo de la indemnización, hemos de tomar el **salario día**, por lo que el **salario anual** ha de **dividirse entre 365 o 366 días** (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de [27 de octubre de 2005](#) -/L J 1978- y [30 de junio de 2008](#) -/L J

928-). Se ha admitido alguna excepción a esa regla salarial general, como sería el supuesto de previa reducción temporal de jornada por guarda legal de familiares, por maternidad o paternidad disfrutados a tiempo parcial, en cuyo caso, habrán de tomarse los salarios correspondientes a la jornada que tenía el trabajador con anterioridad al disfrute de ese derecho de reducción de jornada (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de **11 de diciembre de 2001** -/L J 2868-, sentencia del TJCE de 22.10.2009 -/L J 1604- y **Disposición Adicional Decimoctava del Estatuto de los Trabajadores**).

Para el cálculo de la indemnización legal se computa el **tiempo de servicios** en la empresa y no la antigüedad, de modo que se ha de excluir el período de excedencia forzosa (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 24 de julio y 19 de diciembre de 1989; 15 de febrero de 1990; 27 de junio de 1991; **8 de marzo de 1993** -/L 5675-; **30 de junio de 1997** -/L J 1115-, y **13 de noviembre de 2006** -/L J 1781-. A efectos indemnizatorios **tampoco se computa** como período de servicio la **superior antigüedad pactada en el contrato de trabajo**, siempre que esa antigüedad no hubiese sido reconocida a todos los efectos, y siempre que no sea consecuencia de una sucesión empresarial (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de **5 de febrero de 2001** -/L J 211-; **15 de diciembre de 2004** -/L J 2337- y **14 de abril de 2005** -/L J 698-). Por el contrario, sí computa todo el período trabajado mediante sucesivos contratos de trabajo temporales, incluso regulares —válidos en derecho—, aunque se hubiesen firmado los finiquitos a la conclusión de los mismos, si el período de inactividad entre esos contratos no excede de 20 días hábiles (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de **30 de marzo de 1999** -/L J 649-; **15 de noviembre de 2000** -/L J 2392-; **19 de abril** -/L J 550-, **16 de mayo** -/L J 767- y **7 de junio de 2005** -/L J 1112-, y 19 de febrero de 2009 -/L J 127-, incluso aunque los períodos de inactividad excedan de 20 días hábiles, siempre que no haya habido una ruptura significativa de la continuidad de la prestación laboral, de modo que pueda entenderse que existe una unidad esencial del vínculo contractual -un mes, o incluso dos meses, por coincidir con el período de vacaciones estivales- (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de **8 de marzo** -/L J 397- y **17 de diciembre de 2007** -/L J 2287-). A efectos de la indemnización por despido de un trabajador con contrato eventual con una empresa de trabajo temporal, para ser puesto a disposición de una empresa usuaria, si ésta a la finalización de esa cesión, concierta un nuevo contrato de trabajo eventual de modo directo con el trabajador, excediéndose con ambas contrataciones temporales la duración máxima legal, la antigüedad se computa desde el primer contrato concertado por la empresa de trabajo temporal (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de **17 de octubre de 2006** -/L J 1795-; **15 de noviembre de 2007** -/L J 2010-; **17 de enero** -/L J 1- y 13 de noviembre de 2008 y 15 de enero y 19 de febrero de 2009 -/L J 127-).

En el despido improcedente de un empleado que no sea representante legal o sindical de los trabajadores, *dies ad quem* o final del cómputo de la antigüedad, a efectos indemnizatorios, es **la fecha de efectos del despido**, y no la fecha de la sentencia que declare su improcedencia, salvo que se optase por la readmisión, ya que el acto del despido empresarial, es de naturaleza constitutiva, es decir, extingue la relación laboral desde la fecha de efectos del despido, sin que se deba computar el período transcurrido hasta la fecha de la sentencia, por dos razones, en primer lugar, por hallarse rota la relación laboral, y en segundo lugar, por no haber habido realmente prestación de servicios (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 1990 y 10 de junio de 2009 -/L J 735-).

Para el cálculo de la indemnización de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año, **cuando el último mes a computar no sea completo, se tomará el mes entero** (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de **31 de octubre** -/L J 1881-; **12 de noviembre de 2007** -/L J 2145- y 11 de febrero de 2009 -/L J 116-).

Ante el despido improcedente, además de devengarse esa indemnización de 33 días por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades, se pueden devengar también **salarios de tramitación** si impugnado el despido se declarase improcedente.

Para que no se devenguen los salarios de tramitación la empresa ha de reconocer la improcedencia del despido antes de la conciliación administrativa o judicial (sentencias del TS, Sala Social, 24 de julio de de 2006 –IL J 1714-, 3 de noviembre de 2008 –IL J 1250- y 17 de diciembre de 2009), ha de ofrecer la indemnización al trabajador y ha de proceder a depositar la misma, dentro de las 48 horas siguientes al despido, en el Juzgado de los Social a disposición del trabajador –se entiende por la diferencia entre los 20 días de salario por año de servicio, que ha debido haber sido entregada con la carta del despido, salvo que por causa económica no se pudiere realizar, y los 33 días de salarios por años de servicio- (disposición adicional primera, apartado 4, párrafo 2 de la Ley 21/2001, de 9 de junio, en relación con los artículos 53, apartados 3, 5, y 56 del ET, así como sentencias del TS, Sala Social, de 27 de octubre de 2009, 17 de diciembre de 2009 y 18 de enero de 2010). De haber hecho el ofrecimiento y efectuado depósito judicial transcurridos las 48 horas siguientes a los efectos del despido, los salarios de tramitación se devengarán hasta esa fecha de la consignación judicial (artículo 56 del ET y sentencias del TS, Sala Social, de 27 de octubre de 2009, 17 de diciembre de 2009 y 18 de enero de 2010).

Ahora bien, cumplidos esos requisitos, **si la indemnización depositada por la empresa no es correcta, siempre que la diferencia no sea imputable a error excusable, se devengan los salarios de tramitación.** Es por ello que es esencial **determinar cuándo nos hallamos** ante una **depósito o consignación errónea** y, en su caso, determinar si el error es **excusable o no**. Sólo el error excusable de la empresa impide el devengo de los salarios de tramitación.

La doctrina del Tribunal Supremo, respecto a los efectos que produce la realización del depósito previsto en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, cuando la cantidad depositada es inferior a la que se debió depositar, puede resumirse de la siguiente manera: a) No todas las diferencias cuantitativas permiten llegar a la conclusión de que la consignación esté mal hecha, pues admitido en su estricta literalidad conduciría a hacer ineficaz el precepto (STS 15-4-1998). b) En su consecuencia debe aceptarse cumplido el mismo cuando se produce algún error de cuantía, pero distinguiendo, según se trate de un error excusable, en cuyo caso la diferencia no impide entender cumplido el precepto, y un error inexcusable o injustificado, en cuyo supuesto debe estimarse incumplido el precepto en cuestión (STS 24-4-2000). c) Los datos que permiten calificar un error como excusable o no pueden variar de un supuesto a otro y habrán de ser ponderados en cada caso, así en la STS de 19-6-2005, se señala que un indicio de error excusable es la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar, diferencia achacable en ocasiones a error de cuenta, cuya probabilidad se acrecienta por la complejidad de la estructura retributiva en algunas empresas. Otro indicio de error excusable es la coincidencia del cálculo de la empresa en la cantidad a consignar con el efectuado por el Juez de lo Social en la sentencia de instancia; otra causa de error de consignación insuficiente excusable es la dificultad “jurídica” del cálculo de las indemnizaciones, en supuestos en los que los conceptos o elementos a computar en las mismas puedan dar lugar a una “discrepancia razonable”. En tales casos el error no invalidará el efecto de no devengarse o efecto interruptivo de los salarios de tramitación, pero deberá ser corregido mediante el abono de la diferencia realmente resultante en la indemnización a percibir.

▲ Subir

III. EXCLUSIONES PARA LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO

La **gran novedad** en cuanto a las **indemnizaciones**, que afectan a **todos los contratos indefinidos**, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, es **el abono de una parte de la indemnización por parte de Fondo de Garantía Salarial**, y cuya financiación se hará con cargo a las cotizaciones efectuadas por los empresarios a dicho Fondo (**disposición transitoria tercera del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio**). Las **condiciones** para este supuesto son.

— Será operativa para las extinciones previstas en el **artículo 51** (despido colectivo) y **52** (extinción por causas

objetivas) del **Estatuto** de los Trabajadores, o en el [artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal](#) (extinciones colectivas en la empresa en concurso).

— Esta medida se aplicará sólo a los **contratos celebrados** a partir de la entrada en **vigor del Real Decreto-Ley** y hasta la entrada en funcionamiento del Fondo de capitalización previsto en la [Disposición final segunda del Real Decreto-Ley](#).

— La **cuantía a abonar** directamente por el **Fondo** será la de **8 días por año** de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año, el resto se abonará por la empresa.

— La **indemnización se calculará** según las **cuantías por año de servicio y los límites legalmente establecidos** en función de la extinción de que se trate y de su calificación judicial o empresarial. A estos supuestos no se aplicarán los límites para la base del cálculo previsto en el [artículo 33.2 del Estatuto](#).

— Ese abono procederá siempre que el **contrato indefinido haya tenido una duración superior a un año, sea cual sea el número de trabajadores de la empresa**. De haber tenido el contrato una duración inferior, la indemnización será abonada íntegramente por la empresa.

Señalar que el abono del 40% de la indemnización en las empresas de menos de 25 trabajadores, ante despidos colectivos del [artículo 51 del ET y 64 de la Ley Concursal](#), así como para los despidos objetivos del [artículo 52.c\) del ET](#), para todos los contratos indefinidos anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley, se seguirá rigiendo por lo dispuesto en el [artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores](#).

▲ Subir