

GUÍA DE LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN LABORAL POR LA LEY 35/2010, DE 17 DE SEPTIEMBRE

JAVIER GÁRATE CASTRO

*Catedrático de Dereito do Traballo e da Seguridade Social.
Universidade de Santiago de Compostela*

I. General

A poco que se analice el contenido de los capítulos I, II y III de la Ley 35/2010, en los que reside la “reforma laboral” propiamente dicha, salta a la vista, en primer lugar, que afecta, de modo principal, a la regulación del contrato de trabajo y, en segundo lugar, que los cambios introducidos en esa regulación se refieren a aspectos que ya habían sido objeto de anteriores reformas orientadas a la consecución de finalidades en buena parte coincidentes con las que animan la promulgación de dicha Ley, puestas de relieve a lo largo de su preámbulo, en el que las medidas adoptadas aparecen relacionadas, además de con los tradicionales objetivos de procurar el aumento del empleo, moderar la precariedad de éste y adaptar a las exigencias del funcionamiento de la empresa (mayor flexibilidad) la regulación a la que se viene haciendo referencia, con su contribución al crecimiento de la economía y a la “renovación de nuestro modelo productivo”, aspectos con los cuales, según apunta el propio preámbulo, se ha revelado irreconciliable nuestro modelo de relaciones laborales, “que ha generado la rápida destrucción de cientos de miles de puestos de trabajo”.

Los aludidos cambios suponen la introducción de una mayor dosis de flexibilidad en la regulación de la institución central del Derecho del Trabajo que sigue siendo el contrato de trabajo. Se incrementan, de forma clara, la flexibilidad *interna*, en lo relativo a las facetas más fuertes del poder organizativo del empresario (movilidad geográfica, modificación

sustancial de las condiciones de trabajo, reducción temporal de la jornada), y la flexibilidad de *salida* (abaratamiento del coste del despido, concepción más amplia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción justificativas del despido colectivo y del despido objetivo); por el contrario, se introducen algunas medidas tendentes a moderar la flexibilidad de *entrada*, las cuales se presentan como adecuadas para la reducción del alto nivel alcanzado por la precariedad en el empleo (“corregir la dualidad de nuestro mercado de trabajo”, en términos del preámbulo de la Ley). Sucede, sin embargo, que la reducción o corrección que experimenta finalmente la flexibilidad de entrada es relativa, pues figura acompañada de medidas que van en sentido contrario y, en cualquier caso, queda muy alejada del aumento de la flexibilidad interna y de la flexibilidad de salida. El resultado es un mayor desequilibrio para una de las partes del contrato de trabajo y de la relación laboral; ese mayor desequilibrio se ve empeorado por el hecho de que se construye con piezas que traicionan principios jurídicos básicos o traspasan las líneas rojas de lo admisible en estrictos términos jurídicos.

Enjuiciados los aludidos cambios desde la perspectiva de su contribución al crecimiento de nuestra economía y a la creación de empleo, si lo pretendido con ellos es contribuir de manera eficaz a que quienes tengan un empleo lo puedan mantener y a que quienes carezcan de él consigan aceptables garantías de que lo van a obtener, la Ley se queda corta; para el nivel de mantenimiento o aumento del empleo que pueden conseguir las medidas introducidas, la Ley va más allá de lo necesario y termina por suscitar el convencimiento de que no reúne las condiciones que permitirían calificarla de justa. Pasa a adscribirse al grupo, creciente, de leyes “injustas”; es una Ley injusta por desproporcionada y, en definitiva, por irracional. Produce para los trabajadores individualmente considerados, actuales y futuros, sacrificios superiores a los beneficios que las medidas introducidas pueden reportar para el conjunto de la sociedad y la superación de la crisis económica y de empleo en la que está inmersa.

Dejando a un lado las apreciaciones exageradas y retóricas del preámbulo de la Ley sobre las bondades de los cambios introducidos en materia de contratación laboral, tales cambios, igual que los llevados a cabo en las otras materias afectadas, aun sin ser estructurales (en modo alguno cabe entender que se haya producido una reforma estructural del ordenamiento jurídico laboral), tienen relevancia o no dejan de ser sustanciales. Se trata de cambios de desigual intensidad que se enmarcan dentro de los objetivos, expresados en el citado preámbulo, de “reducir la dualidad de nuestro mercado laboral, impulsando la creación de empleo estable y de calidad” y de “elevar las oportunidades de las personas desempleadas, con particular atención a los jóvenes (...), haciendo más atractivos para empresas y trabajadores los contratos formativos y mejorando los mecanismos de intermediación laboral”. Paso a comentar en los sucesivos apartados, de forma sumaria, las principales medidas en que se concretan los aludidos cambios. Anticipo que la general facilitación de la celebración de contratos formativos, comprensible desde el punto de vista de contar con instrumentos que permitan combatir el muy elevado grado de desempleo que afecta a los jóvenes, choca, en cuanto que contribuye de forma inmediata al aumento de los contra-

tos temporales y, por lo tanto, al aumento del empleo precario, con el primero de aquellos objetivos. Lo mismo sucede en relación con las mayores posibilidades de celebración de contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal [nueva redacción del art. 8.b) y nuevas disposiciones adicionales segunda y cuarta de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal].

II. La nueva redacción del art. 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores

Como se sabe, el contrato para obra o servicio determinados, ampliamente utilizado, estuvo siempre sometido a un término incierto, coincidente con el exigido para la conclusión de la obra o servicio en atención al cual se hubiese celebrado. Pues bien, la reforma laboral de 2010 introduce una importante y novedosa limitación legal del ámbito en el que puede jugar el referido término incierto y, a la postre, modifica la misma naturaleza del contrato. Según el nuevo art. 15.1.a) del ET, aquel término regirá siempre que no se supere otro *cierto*: el contrato no podrá tener “una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo sectorial de ámbito estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior”. Hasta ese tope temporal, el contrato durará lo que dure la obra o el servicio; si una u otro se prolongan más allá y el trabajador continúa adscrito a su realización, adquirirá la condición de fijo. A tales efectos, el empresario debe entregar a aquél, en los diez días (naturales, se entiende) siguientes al cumplimiento del citado plazo “un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo de la empresa” (nuevo apartado 9 del art. 15 del ET), la cual, ni que decir tiene, no depende de la indicada entrega (únicamente constituye una infracción administrativa; nuevo art. 6.4bis del Texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social).

La comentada limitación, que se añade a la lista de las manifestaciones de la preferencia legal por el contrato por tiempo indefinido:

1) Alcanza, según precisa el párrafo segundo de la disposición transitoria primera de la Ley 35/2010, a los contratos para obra o servicio determinados celebrados a partir de la fecha de entrada en vigor de ésta, producida el 19 de septiembre de 2010. Por lo que respecta a los anteriores a ese momento, la regla del párrafo primero de igual disposición, según la cual “se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron”, supone que también resultan afectados por la limitación los suscritos bajo la vigencia del Real Decreto-ley 10/2010 (entre el 18 de junio y el 18 de septiembre de 2010, ambos incluidos), del que procede aquélla; asimismo, comporta que la duración de los contratos anteriores a la entrada en vigor de este último texto legal seguirá sometida, exclusivamente, a la de la obra o servicio que constituya el objeto de cada uno de ellos, salvo convenio colectivo que estableciese otra cosa en el momento de su celebración.

2) No alcanza a la duración máxima distinta que pueda aparecer establecida en convenio colectivo sectorial aplicable al tiempo de la entrada en vigor del la Ley 35/2010. Tal sería el sentido de su disposición adicional primera.1: “lo dispuesto en el artículo 15, apar-

tado 1.a), del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada al mismo por esta Ley, se entiende sin perjuicio de lo que establecen actualmente los convenios colectivos sectoriales sobre la duración máxima del contrato por obra o servicio determinados”. El problema es la determinación del momento hasta el cual seguirá observándose esa duración máxima convencional; si aquel será el de la finalización de la vigencia inicial, de la vigencia prorrogada o de la situación de ultraactividad del correspondiente convenio sectorial (art. 86 del ET).

3) Parece que no impide que puedan celebrarse en el sector de la *construcción* contratos para obra determinada (los conocidos como “fijos de obra”) de duración mayor cuando tal posibilidad forme parte del contenido de un futuro convenio colectivo de ámbito estatal (así se desprende de la relación entre la disposición adicional primera.² de la Ley 35/2010 y la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción).

4) Experimenta una importante devaluación por la excepción que afecta a los contratos de obra o servicio determinados que concierten las Administraciones públicas, frecuentes usuarias de ellos. De acuerdo con la redacción que pasa a tener la disposición adicional decimoquinta.² del ET, la conocida duración máxima “no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años”.

III. La nueva redacción del art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores

La comentada redacción supone una *ampliación* del supuesto de hecho que determina la adquisición de la condición de fijo por encadenamiento de contratos temporales. Si se prefiere, facilita esa adquisición al ensanchar dos de sus presupuestos y solucionar o despejar las dudas sobre la interpretación de uno de ellos. Sucede, sin embargo, que semejante ampliación, que profundiza en la satisfacción de lo pedido por la Directiva 99/70/CE, pasa a estar acompañada de reglas que reducen la posibilidad de apreciar dicho supuesto de hecho cuando los contratos temporales aparezcan celebrados por empleadores públicos, responsables de buena parte de la gran dimensión que tiene en España la utilización de aquéllos.

Con anterioridad, el encadenamiento de los contratos de trabajo temporales conducía a la adquisición de la condición de fijo cuando en un periodo de treinta meses el trabajador hubiese estado contratado durante más de veinticuatro, con o sin solución de continuidad, para cubrir el mismo puesto de trabajo con la *misma empresa*. No se aclaraba si este último presupuesto debía entenderse cumplido en los casos de sucesión de empresa, aunque ello no parecía admitir discusión, y nada se decía sobre si el encadenamiento debía valorarse teniendo en cuenta, en su caso, los contratos celebrados con diversas empresas de

un mismo grupo, que parecía que no, dado que el precepto, por imponer una carga a la empresa (adquisición por el trabajador de la condición de fijo), debe ser objeto de interpretación restrictiva. Se mostró a favor de no computar los contratos celebrados con distinta empresa del mismo grupo la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 febrero 2010 (número de resolución 8/2010; número de recurso 253/2010).

De acuerdo con el nuevo art. 15.5 del ET:

1) El puesto cubierto con el encadenamiento de contratos temporales susceptible de conducir a que el trabajador adquiera la condición de fijo puede ser el mismo o *diferente*. Se pone fin así a cualquier discusión acerca de si la apreciación del encadenamiento depende o no de que los puestos desempeñados por el afectado correspondan a una misma categoría o grupo profesional o impliquen el desarrollo de las mismas funciones.

2) Los contratos temporales encadenados a computar son tanto los concertados para la cobertura de puestos en la misma empresa como, si existe un grupo de empresas, en las distintas empresas que lo compongan. Como antes de la reforma, aquéllos no dejarán de tenerse en cuenta por el hecho de que se hubiesen suscrito con empresas de trabajo temporal.

3) El hecho de que uno o varios de los contratos temporales se hayan celebrado con una empresa que ha sido sucedida por otra de acuerdo con la ley o el convenio colectivo no permite omitir su cómputo a efectos de establecer si concurre el supuesto de hecho del precepto. Éste precisa ahora que la adquisición de la condición de fijo por encadenamiento de contratos temporales “también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente”.

4) No son computables a efectos de la limitación del encadenamiento, además de los contratos formativos, de relevo y de interinidad, que ya no lo eran antes, los contratos celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación o con empresas de inserción, en este caso formando parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

Cuando se den, con arreglo a lo anterior, los presupuestos que permiten que el trabajador adquiera la condición de fijo, el empresario deberá entregarle, en los diez días (naturales, se entiende) siguientes “un documento justificativo sobre su nueva condición” (nuevo apartado 9 del art. 15 del ET), la cual no depende de la efectividad de tal entrega, igual que sucede en el caso del documento justificativo de la adquisición de la condición de fijo por superar el contrato para obra o servicio determinados su duración máxima.

Aunque la regulación expuesta continúa siendo de aplicación a los contratos temporales celebrados por las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes (nueva disposición adicional decimoquinta del ET), semejante aplicación pasa a contar con significativas especialidades que la dulcifican hasta hacerla raquítica en un grado que podría suscitar dudas sobre el acomodo de las correspondientes previsiones

legales a lo consentido por la Directiva 99/70/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, y, en definitiva, al Derecho de la Unión. Tratándose de empleadores públicos, aparte de la inaplicación de la regulación que penaliza el encadenamiento a “las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley orgánica 6/2001, de 31 de diciembre, de universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley (sic)” (parece que referidas también a las universidades o a la investigación), “sólo se tendrán en cuenta los contratos (temporales) celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones públicas, sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes” de ellas. En otros términos, la existencia de un conjunto de personas de derecho público que actúan de forma coordinada bajo una dirección unitaria no siempre será asimilable al grupo de empresas a efectos de la adquisición de la condición de fijo por quienes celebren con aquéllas contratos de trabajo temporales.

En fin, los cambios que introduce el nuevo art. 15.5 del ET en la adquisición de la condición de fijo por encadenamiento de contratos temporales plantearán, durante un cierto período, problemas de diversa intensidad cuando medien contratos de trabajo temporales celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 35/2010, producida el 19 de septiembre. La solución a tales problemas requiere conocer los requisitos bajo los cuales los aludidos contratos son computables a efectos del reconocimiento de la condición de fijo con arreglo a lo que aquel precepto dispone ahora. En este sentido, la solución que aparece en la disposición transitoria segunda de la Ley 35/2010, formulada en un modo que no propicia una interpretación inequívoca, comprende las dos siguientes reglas:

1) “Se tomará en consideración [el contrato] vigente [sic] a 18 de junio de 2010”, que coincide con la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio. La precisión necesaria es que ello será así siempre que dicho contrato no se haya suscrito en el marco de programas públicos de empleo-formación o con empresas de inserción, en este caso formando parte esencial de un itinerario de inserción personalizado. La actual redacción del art. 15.5 del ET, con la que ha de ponerse en relación la examinada disposición transitoria segunda, conduce a no tener en cuenta cualquier contrato vigente a 18 de junio de 2010 que pertenezca al indicado grupo.

2) El cómputo de los contratos celebrados por el trabajador con anterioridad al 18 de junio de 2010 seguirá realizándose en la forma dispuesta por el art. 15.5 del ET hasta su modificación por el Real Decreto-ley 10/2010. Así, por ejemplo, no cabrá tomar en consideración un contrato eventual por circunstancias de la producción suscrito antes de la indicada fecha con otra empresa del mismo grupo o, incluso, con la misma empresa, si el puesto cubierto con él hubiera sido diferente.

Ciertamente, cabría entender que la mención de la primera regla al contrato vigente no es correcta y que, en su lugar, se debería haber hecho referencia al contrato *celebrado* a partir del 18 de junio de 2010. Aquella referencia parece que no casa bien con la segunda

de las reglas, relativa al cómputo de los contratos suscritos antes del 18 de junio de 2010. A primera vista da la sensación de que el legislador se olvida de que un contrato vigente el 18 de junio de 2010 puede ser un contrato suscrito con anterioridad. Pues bien, creo que no estamos ante un error ni olvido del legislador. Interpretada correctamente, la primera regla significa que el contrato vigente el 18 de junio de 2010, aunque se hubiese celebrado antes, se computará en la forma que dispone el actual art. 15.5 del ET, coincidente, pues no ha variado la redacción de éste, con la aplicable bajo la vigencia del Real Decreto-ley 10/2010. Por lo tanto, la segunda de las reglas se refiere a cualquier otro contrato temporal celebrado con anterioridad al 18 de junio de 2010 que no permanezca vigente en esa fecha. En fin, aunque la Ley no aborde de forma expresa el caso, es indiscutible que el cómputo del contrato temporal suscrito entre el 18 de junio y el 18 de septiembre de 2010, ambos incluidos, no va a diferir del suscrito a partir del 19 de este último mes (recuérdese: la Ley 35/2010 no ha alterado la redacción que tuvo el art. 15.5 del ET durante el indicado periodo).

IV. La nueva redacción del art. 49.1.c) y la nueva disposición transitoria decimotercera del Estatuto de los Trabajadores

El aumento de la indemnización por extinción de los contratos de trabajo temporales, fruto de la nueva redacción del art. 49.1.c) del ET, supone un avance de las medidas tendentes a restringir el empleo de la contratación temporal por la vía de su penalización económica. Hasta ahora, la extinción de un contrato temporal que no fuese de interinidad o formativo daba derecho al trabajador a percibir una indemnización de cuantía equivalente, salvo que resultase de aplicación una normativa específica que estableciese otra distinta (superior o inferior), a la parte proporcional de la cantidad resultante de abonar ocho días de salario por cada año de servicio. Pues bien, esta cuantía general se incrementará de forma gradual para los contratos temporales celebrados a partir del 1 de enero de 2012 y hasta alcanzar la cantidad equivalente a doce días de salario, la cual, por cierto, coincide con la ya prevista actualmente por alguna normativa específica aplicable a ciertos contratos temporales (por ejemplo, los de los trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal para ser puestos a disposición de empresas usuarias; art. 11.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio). El indicado módulo de los doce días por año de servicio será de aplicación a las extinciones que afecten a los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2015. Para las extinciones que afecten a los contratos que se celebren entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2014, la indemnización será de nueve, diez u once días de salario por cada año de servicio según que la celebración del contrato haya tenido lugar durante 2012, 2013 o 2014, respectivamente (nueva disposición transitoria decimotercera del ET, añadida por el art. 1.Siete de la Ley 35/2010).

V. La nueva redacción de la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 julio (el contrato de fomento de la contratación indefinida). Su relación con la disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010 y el general abaratamiento del despido

Los cambios introducidos en el régimen jurídico del contrato de fomento de la con-

tratación indefinida revelan, de forma clara, la voluntad del legislador de potenciar al máximo su utilización y hacer posible su conversión en la pieza más importante de la promoción de empleo estable de quienes se encuentran en mayores dificultades de acceder a él. A semejante propósito obedece la gran ampliación de los supuestos en que cabe la celebración del contrato. Lo inaceptable es que el legislador, en su afán de conseguir su objetivo y convencer a las empresas de lo conveniente y ventajoso que es el empleo de este tipo de contrato, adopta medidas que dejan al descubierto su falta de escrúpulos a la hora de ir más allá de lo jurídicamente admisible y razonable. En la confrontación entre las razones jurídicas y las de oportunidad o de política legislativa vencen éstas y se hace bueno aquello de que el fin justifica los medios. Se permite a la empresa que las irregularidades en la contratación temporal o de duración determinada o, si se prefiere, que el fraude de ley en dicha contratación no se salde necesariamente con el reconocimiento de la existencia, desde el principio, de un contrato por tiempo indefinido ordinario, única solución posible hasta ahora en aplicación de la regla del art. 15.3 del ET, y pueda sanarse mediante la transformación del contrato en otro por tiempo indefinido de fomento del empleo. A lo anterior se añade una importante involución o retroceso de la causalidad del despido, que queda reducida, prácticamente, en el caso del despido disciplinario y del despido sin causa, a una pura formalidad. Sobre estos dos aspectos insisto más adelante.

Son muestra de la indicada gran ampliación del uso de esta modalidad de contrato, que cuenta con todos los elementos necesarios para que pueda convertirse en la vía más frecuente de contratación por tiempo indefinido (son ya excepcionales los supuestos en que no cabe su celebración; la celebración de un contrato por tiempo indefinido ordinario se hace mucho menos interesante para la empresa):

1) La reducción a un mes el período de inscripción ininterrumpida como demandante de empleo que permite celebrar el contrato con un parado, como tal. Dicho período, que comenzó siendo de seis meses, pasó a tres con el Real Decreto-ley 10/2010.

2) La notable ampliación de las situaciones que autorizan la suscripción del contrato con un desempleado inscrito en la oficina de empleo. En concreto, se añade a las situaciones que ya consentían dicha suscripción la de la persona desempleada que “durante los dos años anteriores” hubiera estado contratada “exclusivamente mediante contratos de carácter temporal, incluidos los contratos formativos”, o hubiera sido objeto de la extinción de “un contrato de carácter indefinido en una empresa diferente”; también las situaciones de la mujer en los dos años inmediatamente siguientes a la fecha del parto o de la adopción o acogimiento de menores, de la mujer que se reincorpore al mercado de trabajo tras un período de inactividad laboral de cinco años y de la mujer víctima de violencia “de género” o de “trata de seres humanos”.

A igual propósito obedecen:

3) El aumento de las posibilidades de celebración de este contrato por la vía de la

transformación del contrato temporal que vinculase hasta entonces al trabajador. Esa transformación, que también es posible cuando el contrato temporal pertenezca al grupo de los formativos, ha de tener lugar dentro del plazo que al efecto se establece, diferente según que el contrato temporal sea anterior al 18 de junio de 2010 o se haya celebrado a partir tal fecha. En el primer caso se admite la transformación “*con anterioridad* al 31 de diciembre de 2010” (este día ya no sería posible); en el segundo, “*con anterioridad* al 31 de diciembre de 2011” (este día tampoco sería posible, pues) y, además, se exige, cuando el contrato temporal no sea formativo, que su duración no haya superado los seis meses [nueva redacción de disposición adicional primera.2, b) y c) de la Ley 12/2001]. Lo inaceptable es que, como he apuntado, el legislador, lejos de dejar que juegue aquí el art. 15.3 del ET y, por lo tanto, de impedir la validez de la transformación cuando el contrato temporal haya sido fraudulento, permite que dicha validez se produzca “una vez transcurrido el plazo de veinte días establecido en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, a contar desde la fecha de la transformación”. Por esta vía, de sujeción de la acción para impugnar la transformación al expresado plazo de caducidad, se viene a establecer una grave excepción a la regla del art. 15.3 del ET. Ello se hace desde el pleno convencimiento de que será difícil que el trabajador afectado, que ha conseguido ser por tiempo indefinido, decida arriesgar su empleo y emprender una acción tendente a que se declare que su previa contratación temporal fue en fraude de ley y, por lo tanto, que su contrato era, desde el principio, el ordinario por tiempo indefinido. En este y otros aspectos, la actuación del legislador le hace acreedor, con todo merecimiento, de la condición de “canalla”.

4) La reducción de los supuestos en que está prohibido el recurso al contrato. Si antes se impedía su celebración cuando la empresa hubiera realizado, en los seis meses anteriores, extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas judicialmente improcedentes o hubiera procedido a un despido colectivo no acordado con los representantes legales de los trabajadores, ahora se pide, para igual efecto, que aquellas extinciones o ese despido colectivo hayan afectado a “contratos indefinidos ordinarios”. No termina ahí el cambio. Si antes la prohibición figuraba supeditada a que se tratase de cubrir con el contrato de fomento de la contratación indefinida un puesto de trabajo en el mismo centro de trabajo y “de la misma categoría o grupo profesional” que el afectado por la extinción o despido, ahora se supedita a que el puesto que se pretenda cubrir sea el mismo afectado por la extinción o despido (no juega, pues, cuando el puesto sea distinto, aunque la categoría o grupo profesional no experimenten variación). En fin, por si fuese poco lo anterior, la prohibición que se comenta “no será de aplicación cuando las extinciones de contratos se hayan producido con anterioridad al 18 de junio de 2010”.

5) La introducción de un tratamiento más ventajoso para la empresa de la indemnización por extinción del contrato. Para el caso en que el trabajador contratado sea objeto de un despido por *causas objetivas* y éste sea declarado judicialmente o reconocido por el empresario como *improcedente*, se mantiene la reducción de la indemnización a abonar a aquél cuando medie opción por la no readmisión; habrá que estar, pues, no al importe general que se deriva del art. 53.5 del ET (cuarenta y cinco días de salario por año de servicio y un má-

ximo de cuarenta y dos mensualidades), sino al resultante de aplicar el módulo de treinta y tres días de salario por año de servicio y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades (disposición adicional primera.4, párrafo primero, de la Ley 12/2001). Las novedades en este punto residen en los dos siguientes aspectos:

1) Se establece de forma expresa que si el trabajador invoca contra el despido por causas objetivas de que haya sido objeto que su utilización no se ajusta a derecho porque la motivación real de la extinción es la propia del despido disciplinario, tendrá “la carga de la prueba sobre esta cuestión”. La regla, ubicada en el actual párrafo segundo de la disposición adicional primera.4 de la Ley 12/2001, de 9 julio, en la redacción dada por la Ley 35/2010, sorprende por la facilitación de aquella utilización no ajustada a derecho del despido por causas objetivas; favorece que la empresa pueda beneficiarse de la posibilidad de abonar una indemnización inferior a la que correspondería por un despido sin causa o de haber encauzado su decisión extintiva correctamente, a través del despido disciplinario o del asimilado a él por la doctrina y los tribunales laborales (por ejemplo, una extinción por término en la que no aparece éste o una extinción por no superación de un período de prueba no formalizado por escrito o cuya duración ya había transcurrido). La incorporación a un texto legal de una medida como la indicada revela tolerancia de la utilización del despido sin causa y no contribuye a mantener la separación efectiva, no puramente formal, entre el ámbito del despido por causas objetivas y el del despido disciplinario (o asimilado a él). Para el legislador, esa separación y la propia causalidad del despido quedan relegadas a un segundo plano o se presentan como algo secundario; la finalidad principal es ofrecer un marco regulador conforme al cual la empresa sepa que, salvo casos excepcionales, la mera manifestación de que el despido se fundamenta en una de las causas objetivas se saldará, aunque la verdadera motivación de la decisión extintiva sea otra o, simplemente, no obedezca a causa alguna, con el abono de la indemnización reducida que aquí se contempla. El medio para conseguirlo salta a la vista: dificultar que pueda prosperar la acción del trabajador tendente a fijar la verdadera motivación y naturaleza del despido.

2) De modo transitorio, hasta la entrada en funcionamiento del “fondo de capitalización” que prevé la disposición adicional décima de la Ley 35/2010 (de acuerdo con ella, “el fondo deberá estar operativo a partir de 1 de enero de 2012” y no implicará un incremento de las cotizaciones empresariales), la empresa puede obtener del Fondo de Garantía Salarial un resarcimiento parcial por la indemnización abonada. La cantidad resarcible equivale a ocho días de salario por cada año de servicio; esto es, cuando concurra la condición a la que se supedita el derecho al expresado resarcimiento (que el contrato haya durado más de un año), el importe de la indemnización legal que habrá de asumir finalmente la empresa quedará en veinticinco días de salario por cada año de servicio.

Dicho resarcimiento parcial a cargo del Fondo de Garantía Salarial, del que se ocupa la disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010, no se circunscribe a la extinción por causas objetivas del contrato de fomento de la contratación indefinida. Su ámbito es mucho mayor. Resulta aplicable, cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa,

además de al despido por causas objetivas (art. 52 del ET), al despido colectivo (art. 51 del ET), al despido por fuerza mayor (de nuevo, art. 51 del ET) y al despido solicitado y acordado en el seno del procedimiento judicial de declaración de concurso (art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal) que afecte a cualquier contrato por tiempo indefinido, sea o no de fomento de la contratación indefinida, celebrado a partir del 18 de junio de 2010 y que haya durado más de un año. Por otro lado, como se deduce de lo que he señalado en relación con su juego en el despido improcedente por causas objetivas que afecte al trabajador titular de un contrato de fomento de la contratación indefinida, procede, en el caso del despido por causas objetivas, según pone de relieve la lectura del apartado 2 de la citada disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010, con independencia de su “calificación judicial o empresarial”, de donde permite acceder al beneficio ahora comentado, aparte del despido aceptado o admitido por el trabajador (el despido no impugnado), el despido declarado judicialmente improcedente o procedente y el despido cuya improcedencia reconozca la propia empresa. No ofrece duda, pues, que semejante beneficio no se concibe como un mecanismo de reducción de la carga económica que deben afrontar las empresas que extingan contratos por las dificultades derivadas de la crisis por la que atraviesen; se está ante un abaratamiento del coste del despido que opera al margen de que éste resulte o no admisible en atención a la realidad y suficiencia de la causa invocada.

En suma, en los contratos por tiempo indefinido que reúnan las condiciones que establece la disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010, el importe de la indemnización legal no susceptible de resarcimiento y, por lo tanto, aquel que habrá de asumir de modo definitivo la empresa, será de:

1) Doce días de salario por año de servicio cuando la extinción se produzca por despido colectivo, por fuerza mayor, por razón de la declaración de concurso o en virtud de un despido por causas objetivas admitido por el trabajador o declarado judicialmente procedente.

2) Veinticinco días de salario por año de servicio cuando la extinción afecte a un contrato de fomento de la contratación por tiempo indefinido y se produzca por despido por causas objetivas declarado judicialmente o reconocido por la empresa como improcedente.

3) Treinta y siete días de salario por año de servicio cuando la extinción afecte a un contrato por tiempo indefinido “ordinario” y se produzca por despido por causas objetivas declarado judicialmente o reconocido por la empresa como improcedente.

En los tres supuestos, el cálculo de la cantidad objeto del resarcimiento a cargo del Fondo de Garantía Salarial se hará tomando como referencia el importe íntegro del salario diario del trabajador. No es aplicable el tope que establece el art. 33.2 del ET, que obliga a que el salario diario tomado como base de cálculo no pueda exceder del importe equivalente al triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias (disposición transitoria tercera.2, inciso final, de la Ley 35/2010).

También en los tres supuestos, aunque los contratos por tiempo indefinido que generan derecho al resarcimiento son los celebrados a partir del 18 de junio de 2010, tales contratos pueden figurar precedidos de otros temporales a tener en cuenta a efectos de fijar la antigüedad en la empresa de la que depende el importe de la indemnización por despido. Ello incrementará, obviamente, la cantidad a la que habrá de hacer frente el Fondo.

Como quiera que el expuesto resarcimiento no se aplica cuando la decisión extintiva sea constitutiva de un despido *disciplinario* o asimilado a él, es fácil imaginar que el recurso a esta vía de extinción también se reducirá notablemente para poner fin a los contratos por tiempo indefinido “ordinarios” (los que no son de fomento de la contratación indefinida) celebrados a partir del 18 junio de 2010. Ante la posibilidad de una resolución judicial que declare la existencia de un despido improcedente o, simplemente, teniendo la empresa el propósito de admitir tal calificación, lo mejor es encauzar la decisión extintiva, no como despido disciplinario o extinción asimilada, sino como despido por causas objetivas. Tal *modus operandi* evita a la empresa el tener que hacer frente al pago de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio.

VI. La nueva redacción del art. 11 del Estatuto de los Trabajadores

Buena parte de los cambios que experimenta los contratos formativos se orientan a facilitar *jurídicamente* su utilización. A las facilidades jurídicas, introducidas a través de las oportunas modificaciones del art. 11 del ET, se añaden, en el caso del contrato para la formación, las facilidades económicas establecidas en el art. 11 de la Ley 35/2010, consistentes en bonificaciones del cien por ciento de las cuotas empresariales (correspondientes a la cotización por contingencias comunes, riesgos profesionales, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional) y del trabajador. Las bonificaciones son aplicables, además de a los contratos para la formación y sus prórrogas que se suscriban entre el 19 de septiembre de 2010 y el 31 de diciembre de 2011 con desempleados inscritos en la oficina de empleo, a las prórrogas de los celebrados antes de la primera de esas fechas que se produzcan entre ella y el 31 de diciembre de 2011; quedan excluidas de ellas los contratos para la formación suscritos con alumnos trabajadores participantes en los programas de escuelas taller, casas de oficio y talleres de empleo (disposición adicional tercera.² de la Ley 35/2010).

1. Contrato de trabajo en prácticas

La modificación del art. 11.1 del ET llevada a cabo por el art. 12 de la Ley 35/2010 supone:

1) La ampliación y adaptación de los títulos o instrumentos que habilitan para la celebración del contrato a los cambios introducidos por el nuevo sistema educativo y de formación profesional. En este sentido, consienten la referida celebración los títulos universitarios [antiguos (licenciado, doctor, ingeniero, arquitecto, diplomado, ingeniero técnico y

arquitecto técnico) o nuevos (grado y máster)], los títulos de formación profesional de grado medio o superior, los títulos oficialmente reconocidos como equivalentes a los anteriores (los universitarios y los de formación profesional) y los certificados de profesionalidad expedidos (por los servicios públicos de empleo) conforme lo previsto en la Ley orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional. Las novedades residen en la inclusión de estos certificados de profesionalidad y en la precisión de que los títulos equivalentes a los universitarios y de formación profesional habrán de serlo “de acuerdo con las leyes reguladoras del sistema educativo vigente”.

2) La ampliación del período posterior a la terminación de los estudios dentro del cual cabe la celebración del contrato. Con carácter general, dicho período pasa de cuatro a cinco años; cuando el contratado sea una persona con discapacidad (minusválida) será de siete años (antes era de seis años).

3) La precisión de que, a efectos de la limitación del posible encadenamiento de contratos de trabajo en prácticas suscritos en virtud de una misma titulación, no se consideran constitutivos de ésta los títulos universitarios de doctor, grado y máster, salvo que en el momento de celebrar el primer contrato en prácticas el trabajador “estuviera ya en posesión del título superior de que se trate”; es decir, del título de máster o de doctor.

4) Una mayor dificultad para que pueda celebrarse con la *misma empresa* más de un contrato de trabajo en prácticas o un contrato de formación laboral y otro en prácticas. En concreto, se establece, de un lado, que el certificado de profesionalidad obtenido como consecuencia de un contrato para la formación no permite celebrar con la misma empresa un posterior contrato de trabajo en prácticas; de otro, que no “se podrá estar contratado en prácticas en la misma empresa para el mismo puesto de trabajo por tiempo superior a dos años, aunque se trate de distinta titulación o distinto certificado de profesionalidad”. Una vez que el período de prestación de servicios bajo la modalidad contractual ahora examinada llegue a los dos años, la celebración de un nuevo contrato de igual naturaleza sólo se admite, si se pretende llevarla a cabo con otra empresa, cuando esté amparada en otra titulación o en otro certificado de profesionalidad. Si se pretende con la misma empresa, será preciso, además, que el puesto de trabajo a cubrir sea distinto. Aun concurriendo los dos requisitos, la celebración del nuevo contrato en prácticas puede resultar inviable por la duración que haya tenido el que le preceda; así sucederá cuando tal duración no consienta que el nuevo contrato pueda alcanzar, al menos, sin implicar la superación del conocido tope de los dos años, la duración mínima legal o convencional.

5) La previsión expresa de que el cómputo de la duración del contrato pactada se suspende por las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad.

2. Contrato para la formación

Merecen destacarse los siguientes cambios:

1) Se dispone que la formación teórica que debe facilitar la empresa en virtud de la celebración del contrato “se impartirá siempre fuera del puesto de trabajo” [art. 11.2.e), párrafo primero, del ET].

2) Se modifican y amplían las reglas particulares sobre la indicada formación teórica. Esas reglas pasan a contemplar el supuesto en que el contratado resulte ser un desempleado incorporado a un programa público de empleo-formación que tenga por objeto profesionalizar jóvenes con fracaso escolar e insertarlos en el mercado de trabajo; en tal caso, una parte de la formación teórica “podrá impartirse por las Administraciones públicas previamente al contrato” [art. 11.2.e), párrafo cuarto, del ET]. Respecto a la regla según la cual se tendrá por cumplido el requisito de la formación cuando la persona contratada “acredite, mediante certificación de la Administración pública competente, que ha realizado un curso de formación profesional ocupacional para el empleo adecuado al oficio o puesto de trabajo objeto del contrato”, se modifica en el sentido de que ahora se exige que dicho curso ha de tener una duración equivalente, al menos, “a las horas de formación teórica que como mínimo debería recibir” aquél. Permanece sin cambio alguno la regla sobre la formación teórica del contratado con la condición de discapacitado psíquico: se admite que dicha formación teórica pueda sustituirse, en todo o en parte, previo informe del correspondiente equipo multiprofesional de valoración, “por la realización de procedimientos de rehabilitación o de ajuste personal y social en un centro psicosocial o de rehabilitación sociolaboral”.

3) Sin perjuicio de la previsión sobre un desarrollo reglamentario de la financiación, organización e impartición de la formación teórica [nuevo art. 11.2.e), párrafo último, del ET], se establece que el Gobierno, a través de los Ministerios de Trabajo e Inmigración y de Educación, establecerá procedimientos que “flexibilicen y faciliten a los empresarios la organización de la correspondiente formación teórica (...), especialmente en el supuesto de empresas de hasta 50 trabajadores” (disposición adicional segunda.1 de la Ley 35/2010).

4) Se establece una excepción temporal de alcance general a la edad máxima a partir de la cual no cabe la celebración del contrato. “Hasta el 31 de diciembre de 2011 podrán realizarse contratos para la formación con trabajadores menores de veinticinco años” (disposición transitoria séptima de la Ley 35/2010).

5) Se modifican las excepciones a la regla general que fija en los veintiún años la edad máxima que permite la celebración del contrato. Tales modificaciones alcanzan a los contratos concertados con *desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas públicos de empleo-formación* (programas de escuelas taller, casas de oficios, talleres de empleo u otros que se puedan aprobar), con *desempleados que cursen un ciclo formativo de formación profesional de grado medio y con minusválidos* (personas

“con discapacidad”, en la expresión legal). En el primero de esos tres casos, el límite máximo de edad será el establecido en las disposiciones que regulen el contenido de los citados programas [art. 11.2.a), párrafo segundo, del ET]. Con anterioridad, la ley (el ET) disponía que el límite máximo de edad era de veinticuatro años cuando el contratado fuese un desempleado que se incorporase como alumno-trabajador a un programa de escuelas talleres y casas de oficios y que no había límite máximo de edad cuando el contrato se concertase con desempleados que se incorporaran como alumnos-trabajadores a los programas de talleres de empleo; con la reforma, la materia se deslegaliza (las disposiciones reguladoras de los aludidos programas y, por lo tanto, autorizadas par fijar límites de edad distintos de los generales que establece la ley, son disposiciones reglamentarias) y, con ello, se reduce el grado de seguridad jurídica que debe acompañar a la regulación de un extremo tan relevante como el contemplado. En el segundo caso, que es nuevo, el límite máximo de edad queda fijado en veinticuatro años [de nuevo, art. 11.2.a), párrafo segundo, del ET; obviamente, tal límite será efectivo a partir del 31 de diciembre de 2011]. En el tercer y último caso [art. 11.2.a), párrafo tercero, del ET] sigue sin haber límite máximo de edad.

6) Se prevé de forma expresa, igual que en el contrato de trabajo en prácticas, que el cómputo de la duración pactada para el contrato se suspende por las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad.

7) Se somete la retribución a un tratamiento más ventajoso para el trabajador. Aquella sigue siendo la fijada en el convenio colectivo aplicable o, aunque sigan omitiéndolo las normas reguladoras de este tipo contrato, la más elevada que se pacte en él. En ambos casos, no podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional, en proporción al tiempo de trabajo efectivo durante el primer año de vigencia del contrato y, ya partir de él (aquí reside el cambio y la mejora legal), con independencia del tiempo dedicado a la formación teórica [nuevo art. 11.2.h) del ET]; a tal importe habrá que estar también, aunque no lo aclare la norma estatal, a falta de convenio colectivo o pacto individual que se ocupe de la retribución.

8) Se mejora notablemente la protección de seguridad social del contratado. Dicha protección pasa a comprender “todas las contingencias, situaciones protegibles (*sic*) y prestaciones, incluido el *desempleo*” [nuevo art. 11.2.i) del ET; nueva disposición adicional sexta de la LGSS]. De la base de cotización por esta contingencia se ocupa la nueva disposición adicional cuadragésima novena de la LGSS, la cual también remite al art. 211 de igual texto legal la determinación de la base reguladora y cuantía de la correspondiente prestación. Tal acceso a la protección por desempleo resulta de aplicación tanto a los contratos para la formación celebrados a partir del 18 de junio de 2010 como a los celebrados con anterioridad, aunque en este caso sólo cuando se prorroguen (disposición transitoria octava de la Ley 35/2010). Quedan excluidos del expresado acceso los trabajadores cuyos respectivos contratos para la formación se hubiesen suscrito en el marco de programas de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo (disposición adicional tercera de la Ley 35/2010).