

JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES

Administrador Superior del Estado

Miembro del Instituto Europeo de Seguridad Social

Extracto:

EN el BOE del pasado día 9 de abril de 1998 aparecen publicados los Reales Decretos 488/1998 y 489/1998, ambos de 27 de marzo, referidos el primero de ellos al contrato para la formación, y el segundo a los aspectos de Seguridad Social relativos al contrato a tiempo parcial.

Ambas normas implican una modificación que, en lo que se refiere a la Seguridad Social, afecta tanto a la protección, ampliándose el ámbito de cobertura que venía dispensándose anteriormente, como en lo que se refiere a la cotización, variando las reglas de determinación de las respectivas cotizaciones sociales.

En el presente trabajo se efectúa un análisis de ambos Reales Decretos, desde la perspectiva de Seguridad Social, de modo que puedan conocerse en detalle las nuevas reglas que respecto de dichos contratos rigen desde el día 10 de abril de 1998 (en lo que se refiere a los contratos para la formación) o a partir del primero de mayo de 1998 (en lo concerniente a los contratos a tiempo parcial, en especial en aquellos cuya duración de la jornada sea inferior a 12 horas a la semana o 48 horas al mes).

Sumario:

Introducción.

- I. La protección social de los contratos para la formación.
 1. Antecedentes.
 2. La nueva regulación del contrato para la formación.
 3. La cotización a la Seguridad Social en los contratos para la formación.
 4. El ámbito de la acción protectora dispensada.

- II. El contrato a tiempo parcial.
 1. La incidencia de la contratación a tiempo parcial y la Seguridad Social.
 2. Breve referencia a la tipología de los contratos a tiempo parcial tras la reforma laboral.
 3. Aspectos generales de la nueva regulación del contrato a tiempo parcial, en lo que respecta a la Seguridad Social.
 4. La cotización a la Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial.
 - 4.1. Aspectos generales de la cotización a la Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial.
 - 4.2. La cotización a la Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial en determinados Regímenes Especiales y en otros supuestos.
 5. El ámbito de la acción protectora.
 - 5.1. La mejora de la protección: algunas consecuencias de la misma.
 - 5.2. El acceso a la acción protectora: el problema de la proporcionalidad.
 6. Las prestaciones de incapacidad temporal y maternidad.
 - 6.1. La prestación de incapacidad temporal.
 - 6.2. La prestación de maternidad.

INTRODUCCIÓN

La promulgación de los Reales Decretos 488/1998 y 489/1998, ambos de 27 de marzo (1), mediante los que, respectivamente, se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos y se desarrolla, en el segundo de ellos y en materia de Seguridad Social, la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, en relación con los contratos de trabajo a tiempo parcial, y se modifican otros aspectos del régimen jurídico aplicable a los trabajadores a tiempo parcial, vuelve a poner de actualidad (2) estas modalidades de contratación en su relación con la Seguridad Social.

Aunque la relación señalada (3) afecta a varios ámbitos (régimen de encuadramiento, cotización, ámbito prestacional en todos sus componentes, etc.), el presente trabajo se centra, fundamentalmente, en dos aspectos, en el ámbito de la contribución -cotizaciones sociales-, y en el de la acción

-
- (1) Ambos Reales Decretos aparecen publicados en el «*Boletín Oficial del Estado*» del día 9 de abril de 1998, y entraron en vigor, el primero de ellos, al día siguiente de su publicación, es decir, el día 10 de abril, y el segundo, el 1 de mayo de 1998.
 - (2) En los últimos tiempos, se han publicado diversos trabajos que tocan estos temas, en particular en lo que se refiere al ámbito del contrato a tiempo parcial. Entre ellos, pueden consultarse YANINI BAEZA, J.: «Trabajo a tiempo parcial: Notas sobre su régimen regulador». *Tribuna Social*. N.º 85. Págs. 9-31; DESDENTADO BONETE, A.: «Contrato de trabajo a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social». *Tribuna Social*. N.º 85. Enero 1998. Págs. 88-103; LUELMO MILLÁN, M.: «El contrato a tiempo parcial: Cotización y prestaciones». *Actualidad Laboral*. N.º 14. Abril. 1998. Págs. 253-278; RODRÍGUEZ PASTOR, G.: «Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social (1990-1997)». *Tribuna Social*. N.º 85. Enero 1998. Págs. 178-195; LÓPEZ GANDÍA, J.: «Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: valor de las cotizaciones y retroactividad de las normas». *Relaciones Laborales*. N.º 21. Noviembre. 1997; FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: «Trabajadores fijos discontinuos y prestaciones de Incapacidad Temporal y Maternidad: peculiaridades relativas al requisito de alta, determinación de la base reguladora y abono de las prestaciones». *Tribuna Social*. N.º 85. Enero. 1998. Págs. 113-122; GARCÍA ORTEGA, J.: «Adaptación a la Seguridad Social contributiva al trabajo a tiempo parcial». *Tribuna Social*. N.º 85. Enero. 1998. Págs. 71-87; FEIJOÓ REY, M.J. y GAVARA DE CARA, J.C.: «Las remisiones normativas para regular la protección social de los trabajadores con contratos para la formación y a tiempo parcial». *Actualidad Laboral*. N.º 47. Diciembre. 1997. Págs. 1.127-1.140.
Una bibliografía sobre el trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social puede encontrarse en el trabajo de RODRÍGUEZ PASTOR, G. y RUANO ALBERTOS, S.: «Bibliografía española sobre trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social». *Tribuna Social*. N.º 85. Enero. 1998. Págs. 133-139.
 - (3) Relación calificada por parte de la doctrina de «difícil». Véase DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I., *op. cit.* Pág. 88.

protectora dispensada -prestaciones otorgadas, así como requisitos exigidos para el acceso a la misma-, si bien excluyendo del mismo la materia de desempleo, en cuanto que en esta materia, si bien se produce una modificación sustancial respecto al contrato a tiempo parcial, en cuanto que en el mismo se reconoce el derecho a la prestación, con independencia de la duración de la jornada, no se produce, por el contrario, ninguna modificación adicional, por lo que esta prestación se otorgará respecto a los contratos que, hasta ahora, se venían denominando «*contratos a tiempo parcial marginales*», siguiendo las reglas ya establecidas para los demás contratos a tiempo parcial (4).

Los sistemas de Seguridad Social, en su conformación inicial, se articularon sobre unos modelos de relaciones laborales, basados en la prestación de servicios a jornada completa y con vocación de duración indefinida, por lo que la aparición de contratos con jornadas reducidas ha planteado constantemente problemas de adaptación de dichos mecanismos, adaptación no siempre acabada y, en ningún caso, resuelta (5). Pero, no cabe duda de que las modalidades de contratación a que se contraen los Reales Decretos citados tienen una presencia ya importante en España y, además, su importancia parece que va a crecer en el futuro inmediato (6), por lo que resulta necesario que esa adaptación se produzca en su globalidad.

El antecedente de los Reales Decretos señalados -así como de las disposiciones legales que aquéllos desarrollan- lo constituye el «*Acuerdo Interconfederal para la estabilidad del empleo*» (AIEE) firmado por las Organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal, en el que respecto a la protección social de los contratos para la formación (contratos que deberían sustituir a los contratos de aprendizaje), las partes firmantes «manifiestan su acuerdo sobre la necesidad de equiparar a los trabajadores con un contrato para la formación al resto de los trabajadores en materia de prestación económica por incapacidad temporal... aplicándose a esta contin-

(4) Para este tema, puede verse LUELMO MILLÁN, M.A., *op. cit.*

(5) Sirva, como ejemplo, el Preámbulo del Real Decreto 489/1998 en el que se explica que su contenido «...no prejuzga ni obstaculiza los criterios que, de futuro, y tomando en consideración las especificidades propias del trabajo a tiempo parcial, pudieran establecerse, para la reordenación del régimen jurídico de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social...».

(6) La trascendencia del contrato a tiempo parcial fue objeto de análisis, entre otros, por el Consejo Económico y Social, a través su publicación «El trabajo a tiempo parcial». *Colección Informe*. N.º 4. Madrid. 1996, en la que exponen las potencialidades, pero también los peligros, de esta modalidad de contratación, así como la necesidad de articular reglas de protección social en estos contratos, en los que, sin romper determinados principios de Seguridad Social, se facilite el acceso de los trabajadores a las prestaciones.

La importancia que se da al trabajo a tiempo parcial o de los contratos formativos se manifiesta igualmente, en el Plan de Empleo, preparado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en cumplimiento de los Acuerdos adoptados en el Consejo Europeo, celebrado en Luxemburgo, así como las declaraciones de los responsables gubernamentales, aparecidas en distintos medios de comunicación, en las que se aboga por la implantación de medidas que favorezcan la contratación a tiempo parcial.

De otra parte, la reforma de la legislación laboral, y la flexibilización de la regulación del contrato a tiempo parcial, han sido valorados positivamente en las Cortes, en cuanto que, entre otras razones, es un instrumento útil para ayudar a aflorar determinadas actividades que, de otra forma, podrían encontrarse en lo que se denomina «economía sumergida». Véase, por ejemplo, la comparecencia del Presidente del Consejo Económico y Social en el seno de la Comisión del Senado para el estudio de la economía sumergida. *Boletín del Senado*. N.º 132, de 29 de abril de 1997.

gencia un tipo similar de cotización al que existe para el contrato de aprendizaje...» y, en lo que se refiere a los contratos a tiempo parcial, se acuerda la «...necesidad de equiparar a los trabajadores contratados a tiempo parcial cuya prestación de servicios sea inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho horas al mes al resto de los trabajadores en cuanto al régimen general de las prestaciones» (7).

El contenido del AIEE fue objeto de su inclusión en una disposición normativa dictada con carácter de urgencia (8) y que, tras su tramitación parlamentaria, se convierte en la Ley 63/1997, de 26 de diciembre. A través de la misma, y mediante la reforma de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores (ET) (9), se regulan, entre otros, los contratos para la formación y el contrato a tiempo parcial, tanto en lo que respecta al ámbito laboral como, a los efectos a que se contrae el presente trabajo, en el de la protección social, implicando la nueva regulación un ampliación, un «*plus*» sobre la regulación anterior, si bien la efectividad de esta ampliación quedaba condicionada a la aprobación de las correspondientes disposiciones reglamentarias (10), que están constituidas por los Reales Decretos 488/1998 y 489/1998, ambos de 27 de marzo.

I. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CONTRATOS PARA LA FORMACIÓN

Los contratos «*para la formación*» aparecen regulados en el artículo 11 ET, juntamente con los «*contratos en prácticas*», dentro de un concepto más genérico, como son los «*contratos formativos*», es decir, aquellas modalidades de contratación, en las que su objetivo esencial se dirige a que los trabajadores, al tiempo que prestan servicios para la empresa, logren la formación adecuada que les permita disponer, tras la experiencia adquirida, de los conocimientos convenientes para seguir *a posteriori* con el desarrollo de esos cometidos, constituyendo de esta forma un instrumento esencial destinado a favorecer la inserción laboral y la formación teórico-práctica de los jóvenes.

1. Antecedentes.

Esta ligazón entre los contratos para la formación y los contratos en prácticas no supone una novedad de la regulación actual; al contrario, es un hecho tradicional que ya estaba recogido en la legislación anterior, y que la Ley 63/1997 mantiene, teniendo en cuenta la finalidad de ambas cla-

(7) El texto del Acuerdo Interconfederal para la estabilidad en el empleo (AIEE) puede consultarse en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. Ed. Estudios Financieros. Madrid. N.º 170. Mayo 1997, y en la publicación del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: *Diálogo social y estabilidad en el empleo*. Madrid 1997. Un análisis del mismo se encuentra en RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «El AIEE y la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1997». Edit. *Documentación Laboral*. ACARL. N.º 53.

(8) Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, publicado en el «*Boletín Oficial del Estado*», del día 17 de mayo de 1997.

(9) Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

(10) A tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre.

ses de contratación. La Ley 10/1994, de 19 de mayo (11), introdujo el contrato de aprendizaje como instrumento de inserción profesional, para los jóvenes (no podía contratarse en esta modalidad a personas que superasen los 25 años de edad), con la finalidad de que el trabajador, el «aprendiz», al tiempo de realizar la prestación de los servicios, recibiese (siendo obligación del empresario proporcionarla) la formación teórica y la práctica necesarias para el desempeño de un oficio o de un puesto de trabajo cualificado, estando prevista esta modalidad de contratación en favor de trabajadores que no tuviesen la cualificación necesaria para celebrar un contrato en prácticas, en el oficio objeto de aprendizaje (12).

Desde el punto de vista de la Seguridad Social, el contrato de aprendizaje se caracterizaba por dos circunstancias básicas:

- Desde el ámbito de las prestaciones, en un ámbito de protección más limitado, puesto que, conforme la disposición adicional sexta de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, (en adelante, TRSS) (13) la protección social del aprendiz sólo incluiría las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la asistencia sanitaria por contingencias comunes, la prestación económica correspondiente a los períodos de descanso por maternidad y las pensiones. En consecuencia, quedaba excluida de la protección de los aprendices la cobertura de la incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, así como las prestaciones por desempleo (14).

(11) El antecedente de la Ley 10/1994, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, está constituido por el Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, que tras su convalidación por el Congreso de los Diputados fue tramitado como proyecto de ley. El desarrollo reglamentario del mencionado Real Decreto-Ley se llevó a cabo mediante el Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre.

(12) Para un análisis de los contratos de aprendizaje, véanse, entre otros, MONTESINOS ALBIOL, L.: *Contratos formativos: práctica y aprendizaje*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1994; CASAS BAAMONDE, M.E.: «Los contratos para la formación y en práctica», en VV.AA.: *Aspectos de la contratación laboral* (Cuadernos de Derecho Judicial). CGPJ. Madrid. 1994; GARCÍA MURCIA, J., y ESCOTE VÁZQUEZ, M.: «El contrato de aprendizaje: líneas básicas de su nueva regulación en la Ley 10/1994». *Relaciones Laborales*. 1994-II; PEDRAJAS MORENO, A.: «Nueva regulación del contrato de aprendizaje». *Relaciones Laborales*. 1994-I; GARCÍA FEMENINA, A.: «El contrato de aprendizaje: entre la formación y la inserción profesional». *Relaciones Laborales*. II. 1994.

(13) Su contenido se acomodaba a la regulación dada al artículo 11 ET, por la Ley 42/1994.

(14) La regulación de la protección de los aprendices sigue teniendo vigencia en la actualidad, ya que, conforme a lo establecido en la disposición transitoria primera de la Ley 63/1997, los contratos de aprendizaje suscritos con anterioridad al 17 de mayo de 1997 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/1997) continuarán rigiéndose por la legislación anterior, hasta su extinción.

Para un análisis de los aspectos de Seguridad Social de los contratos de aprendizaje, véase PÉREZ PÉREZ, M.: «El nuevo contrato de aprendizaje: flexibilidad, fomento y abaratamiento». *Documentación Laboral*. N.º 42. 1994.

- En lo que concierne a las cotizaciones, una ruptura de los principios básicos en que se asienta la cotización a la Seguridad Social, en cuanto que la misma no gira sobre las retribuciones percibidas por el trabajador, sino que la cotización reviste la forma de una cuota fija (15).
- La falta de bases de cotización obliga a que se determinase una cantidad, que permitiera el cálculo de las prestaciones. En tal sentido, el artículo 14.4 del Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre, previó que, a efectos del cálculo de las bases reguladoras correspondientes a las diferentes prestaciones económicas, se tomará como base de cotización el 75 por 100 de la cuantía de la base mínima de cotización, para trabajadores mayores de 18 años, que esté vigente en cada momento.

2. La nueva regulación del contrato para la formación.

Los objetivos perseguidos en el AIEE, respecto al ámbito de la protección social de los contratos para la formación, se dirigían a ampliar las prestaciones dispensadas, mediante la inclusión en las mismas de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, si bien, y como contrapartida, el establecimiento, para esta prestación (16), de un tipo similar de cotización al existente para el contrato de aprendizaje.

Estos objetivos, al igual que sucede con la mayor parte del contenido del AIEE, se recogen en la Ley 63/1997, en la cual, y a través del apartado Dos de su artículo 1.º se da nueva redacción al número 2 del artículo 11 ET, definiendo el contrato para la formación, cuyas notas esenciales quedan delimitadas como sigue:

-
- (15) Para el año 1998, y de conformidad con el contenido del artículo 89 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, la cotización en los contratos de aprendizaje es la siguiente:
- Para la cotización a la Seguridad Social, y a efectos de las contingencias comunes, una cuota fija de 3.742 pesetas/mes, de las que 3.120 pesetas/mes corresponden al empresario y 622 pesetas/mes, a cargo del trabajador. Además y para las prestaciones de accidentes de trabajo, una cuota mensual de 526 pesetas, a cargo del empresario.
 - Para el Fondo de Garantía Salarial, una cuota de 293 pesetas, a cargo del empresario.
 - A efectos de las acciones de Formación Profesional, se cotizará por una cuota mensual de 162 pesetas, de las que 139 pesetas, corresponden a los empresarios y 23 pesetas al trabajador.
 - A su vez, las retribuciones percibidas en concepto de horas extraordinarias, quedan sujetas a la cotización adicional establecida con carácter general. Es decir, que las cantidades percibidas en el mes, en razón de horas extraordinarias, estarán sujetas a una cotización del 28,3 por 100 (24,6%, a cargo de la empresa y 4,7% a cargo del trabajador) o del 14 por 100 (12% a cargo de la empresa y el 2% a cargo del trabajador), según que esas horas estén motivadas o no por fuerza mayor.
- (16) En el AIEE se alude, en referencia de la incapacidad temporal derivada de una enfermedad común o de un accidente no laboral, a la «contingencia».

- Este contrato se podrá celebrar con trabajadores mayores de 16 años y menores de 21 años que carezcan de las titulaciones necesarias para la celebración del contrato en prácticas (17), si bien el límite máximo de edad no se aplica cuando el contrato se concierne con un trabajador minusválido.
- La empresa no puede efectuar los contratos de aprendizaje que desee, sino que los mismos están sujetos a una limitación, si bien la determinación de esos límites se traslada a la negociación colectiva (18).
- La duración mínima del contrato será de 6 meses y la máxima de 2 años, si bien a través de negociación colectiva se pueden establecer otras duraciones, sin que, en ningún caso, la duración mínima pueda ser inferior a 6 meses, ni la máxima de 3 años (o de 4, si el contrato se celebra con un trabajador minusválido). Una vez agotada la duración máxima del contrato de trabajo, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma u otra empresa (19).
- El tiempo dedicado a la formación depende de las características del oficio o puesto de trabajo, sin que, en ningún caso, pueda ser inferior al 15 por 100 de la jornada máxima.
- La retribución del trabajador contratado para la formación será la fijada en el convenio colectivo, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo.
- Por último, y en lo que se refiere a la protección social, el ámbito de cobertura de esta modalidad de contratos comprenderá, como contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la asisten-

(17) De conformidad con el artículo 11.1 ET -en la redacción dada por el art. 1.º Dos de la Ley 63/1997-, se podrán concertar contratos en prácticas con trabajadores que estén en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes que habiliten para el ejercicio profesional. El artículo 1.1 del Real Decreto 488/1998 considera como títulos profesionales habilitantes para celebrar el contrato en prácticas los de Diplomado Universitario, Ingeniero Técnico, Arquitecto Técnico, Licenciado Universitario, Ingeniero, Arquitecto, y Técnico o Técnico Superior de la formación profesional específica, así como los títulos oficialmente reconocidos como equivalentes que habiliten para el ejercicio profesional.

La disposición adicional primera del Real Decreto 488/1998 excluye expresamente del ámbito de aplicación de la contratación para la formación o de prácticas, las prácticas profesionales realizadas por estudiantes como parte integrante de sus estudios académicos o de los cursos de formación profesional.

(18) A falta de determinación en los convenios colectivos, deberán establecerse los límites fijados en las normas reglamentarias. El apartado 2 del artículo 7.º del Real Decreto 488/1998 fija esos límites en función de la plantilla de la empresa, entre un mínimo de 1 -cuando la empresa no tiene más de 5 de trabajadores- y un máximo de 30 o el 4 por 100 de la plantilla -si la empresa dispone de más de 500 trabajadores-.

(19) Existen regulaciones específicas para determinados contratos para la formación, como es el caso de los efectuados en el marco de las Escuelas-Taller y Casas de Oficio y de los programas de garantía social. (Véase la disp. adic. segunda del Real Decreto 488/1998, que tiene su amparo legal en la disp. adic. segunda de la Ley 63/1997).

cia sanitaria en los casos de enfermedad común, accidente no laboral y maternidad, las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivadas de riesgos comunes, la maternidad y las pensiones. Asimismo, se tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial (20).

En definitiva, si se analiza el contenido del párrafo i), apartado 2, artículo 11 ET, en su nueva redacción, en comparación con su antecedente, se deduce que, respecto a la protección social se mantiene una exclusión -la protección por desempleo-, al tiempo que desaparece otra -la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes-. La incapacidad temporal constituye, de esta forma, ese «*plus*» de protección. Sin embargo, el derecho a la nueva prestación no nace con la entrada en vigor de la Ley 63/1997, en cuanto que su disposición transitoria cuarta establece que la misma se haría efectiva a partir de la entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias que dictase el Gobierno, previa consulta con las Organizaciones sociales, disposiciones que deberían aprobarse en el plazo de 3 meses. Esta demora en la aplicación de la ampliación de la acción protectora originaba, de igual modo, la no modificación de las reglas de cotización, por lo que provisionalmente en los contratos para la formación se debería aplicar la normativa dispuesta para los contratos de aprendizaje (21).

Por lo que tiene de trascendencia, tanto en el ámbito de la acción protectora como en el de la cotización a la Seguridad Social, debe tenerse en cuenta las disposiciones transitorias de la Ley 63/1997, en cuanto que pretenden regular las distintas situaciones producidas en el tiempo en estas modalidades de contratación o en sus antecedentes anteriores. De conformidad con la disposición transitoria primera de la Ley 63/1997 y del Real Decreto 488/1998:

- Los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la ley continuarán rigiéndose por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron, lo cual no es más que la manifestación del aforismo *temporis lex regit actum*. Ello implica que los con-

(20) Siguiendo el precedente de los contratos de aprendizaje, el artículo 11.2 i) ET -en la nueva redacción dada por la Ley 63/1997- utiliza la técnica de descripción positiva de las prestaciones otorgadas, lo que obliga a deducir aquellas prestaciones de las que se carece. Tal vez, hubiese sido preferible señalar que en los contratos para la formación, el trabajador tendría derecho a todas las prestaciones de Seguridad Social, con exclusión del desempleo.

(21) El tenor literal de la disposición transitoria cuarta de la Ley 63/1997 es el siguiente:

- «1. En el plazo máximo de tres meses, contados a partir de la entrada en vigor de la Ley, el Gobierno procederá, previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones profesionales más representativas, a adoptar las disposiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a la prestación de incapacidad temporal de los trabajadores contratados para la formación... La ampliación establecida en la presente norma de la acción protectora de la Seguridad Social... con respecto a la normativa anterior comenzará a surtir efecto a partir de la entrada en vigor de las citadas disposiciones.
2. Se autoriza al Gobierno para establecer en las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado anterior la cotización a la Seguridad Social que corresponda efectuar en estos contratos. Hasta tanto entren en vigor dichas disposiciones, la cotización a la Seguridad Social en los contratos para la formación se regirá por las reglas establecidas en los contratos de aprendizaje.»

tratos de aprendizaje, celebrados con anterioridad al 17 de mayo de 1997, se seguirán rigiendo por la normativa anterior, por lo que carecen de la cobertura de la incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes (22).

- A los contratos para la formación celebrados entre el 17 de mayo de 1997 y el día 10 de abril de 1998 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto 488/1998), serán de aplicación las nuevas reglas de cotización a la Seguridad Social y de acción protectora, a partir de la segunda de las fechas indicadas (23).

3. La cotización a la Seguridad Social en los contratos para la formación.

El artículo 14 del Real Decreto 488/1998 establece las reglas de cotización a la Seguridad Social y a otros conceptos de recaudación conjunta, si bien las mismas son escuetas y han de ser completadas con el resto del ordenamiento jurídico.

De conformidad con las previsiones reglamentarias señaladas, la cotización a la Seguridad Social, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional en los contratos para la formación se efectuará en la forma y cuantía que se determine en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, teniendo en cuenta que las retribuciones que perciban los trabajadores contratados para la formación en concepto de horas extraordinarias estarán sujetas a la cotización adicional correspondiente. En consecuencia, el contenido del artículo 14 del Real Decreto 488/1998 debe ser puesto en relación con la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado [y con la disposición reglamentaria que, en aplicación de la misma, se dicte (24)], así como del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (25).

(22) Repárese que, aunque la entrada en vigor de la Ley 63/1997, se produce el día 30 de diciembre de 1997, sin embargo, la aplicación en su integridad de la normativa anterior se refiere a los contratos de aprendizaje celebrados con anterioridad al 17 de mayo de 1997, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, que modificó el artículo 11 ET, y que constituye el antecedente de la Ley 63/1997. A partir de la indicada fecha, no era posible ya celebrar nuevos contratos de aprendizaje.

(23) De conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo.

(24) Para 1998, la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 26 de enero de 1998 («Boletín Oficial del Estado» de 28 de enero de 1998).

(25) Aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre. En este Reglamento General, el artículo 64 regula la cotización en los contratos de aprendizaje. A tal fin, y para mantener la sistematicidad del ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, tal vez debiera haberse aprovechado la oportunidad del Real Decreto 488/1998 para dar una nueva redacción a dicho artículo 64, refiriéndolo a la cotización a los contratos para la formación (sin perjuicio de haber mantenido, por la vía de disposiciones reglamentarias, reglas específicas para la cotización de los subsistentes contratos de aprendizaje), en línea con lo que, respecto al artículo 65 de dicho Reglamento General -referido a la cotización de los trabajadores a tiempo parcial- se contiene en la disposición adicional única del Real Decreto 489/1998.

Consecuentemente, la cotización a la Seguridad Social de los contratos para la formación -al igual que sucedía con los anteriores contratos de aprendizaje- gira en función de una cuota fija, sin que tenga relación alguna con el salario percibido por el trabajador. Únicamente, en el supuesto que el trabajador contratado para la formación percibiese retribuciones en concepto de horas extraordinarias, su importe quedaría sujeto a la cotización adicional, en los términos previstos en el artículo 111 TRSS (26).

Teniendo en cuenta, el contenido de las disposiciones adicional cuarta y transitoria primera del Real Decreto 488/1998, la cotización a la Seguridad Social en los contratos para la formación (así como de sus antecedentes, los contratos de aprendizaje), se llevará a cabo en 1998, del siguiente modo:

- Para los contratos para la formación celebrados a partir del 10 de abril de 1998, y para aquellos celebrados con anterioridad, a partir de la fecha indicada (27):
 - A efectos de la cotización por contingencias comunes: 4.584 ptas./mes, de las que 3.822 son a cargo de la empresa y 762 a cargo del trabajador.
 - Para la cotización para las contingencias profesionales: 526 ptas./mes, a cargo de la empresa.
 - Para la cotización al Fondo Salarial: 293 ptas./mes, a cargo de la empresa.
 - Por último para la cotización para Formación Profesional: 162 ptas./mes; 139 ptas., a cargo de la empresa y 23 ptas., a cargo del trabajador.
- Para los contratos de aprendizaje (en tanto permanezcan subsistentes), la cotización a la Seguridad Social y demás conceptos será, durante el ejercicio de 1998, la siguiente:
 - Para las contingencias comunes: 3.742 ptas./mes, de las que 3.120 son a cargo de la empresa y 622 a cargo del trabajador.
 - Para las contingencias profesionales, cotización al Fondo de Garantía Salarial y para la Formación Profesional, se aplican las mismas cuotas que para los contratos para la formación.

(26) Para 1998, el artículo 89.Dos.3 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, prevé los siguientes tipos, a efectos de la cotización adicional en función de retribuciones percibidas por horas extraordinarias: si las mismas están motivadas por fuerza mayor, el 14 por 100 (del que el 12% lo será a cargo del empresario y el 2%, a cargo del trabajador); si no tienen dicho carácter, el 28,3 por 100 (del que el 23,6% es a cargo del empresario y el 4,7% a cargo del trabajador).

(27) De conformidad con el artículo 36 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 26 de enero de 1998.

En definitiva, la diferencia de las cuotas entre unos y otros contratos existe únicamente en las contingencias comunes, existiendo un incremento de cotización en los contratos para la formación de 842 ptas./mes, incremento que tiene su correspondencia con la ampliación de la acción protectora derivada de la incapacidad temporal originada por contingencias comunes.

4. El ámbito de la acción protectora dispensada.

Las particularidades de la acción protectora de los contratos para la formación (al igual que sucedía con anterioridad con los contratos de aprendizaje) se centran en dos cuestiones básicas: el alcance de la acción protectora dispensada y la forma de cálculo de las correspondientes prestaciones, teniendo en cuenta que, frente a lo que sucede con el resto de los trabajadores, no existen bases de cotización, sino únicamente cuotas fijas, por lo que resulta necesario establecer un parámetro que permita la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas (28).

La segunda de las cuestiones queda resuelta en el artículo 16 del Real Decreto 488/1998, en la misma línea que ya estaba resuelta para los contratos de aprendizaje (29), en el sentido de que, a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, se tomará como base de cotización el 75 por 100 de la base mínima de cotización que corresponda. La indeterminación de la frase «*que corresponda*» lleva al problema de qué base de cotización ha de tomarse en consideración a los efectos del cálculo de la base reguladora de la correspondiente prestación; no obstante, se estima que la base de cotización a tener en cuenta es la base mínima correspondiente al grupo de cotización en que esté encuadrada la categoría profesional del trabajador (dada la equiparación producida, con efectos de 1.º de enero de 1998, en los importes del salario mínimo interprofesional para los trabajadores menores de 18 años, con el correspondiente a los mayores de dicha edad), bases mínimas que son de igual importe en el Régimen General o en los Regímenes Especiales asimilados (Régimen del Carbón o de Trabajadores del Mar), pero que difieren de la establecida en el Régimen Agrario.

De otra parte, el establecimiento de un importe fijo, a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones, establece otra diferencia en el marco de la acción protectora de los trabajadores para la formación, que se contrae al ámbito de las contingencias profesionales, en cuanto que en el supuesto de que se percibiesen horas extraordinarias las mismas no se tendrán en cuenta en el cálculo de la respectiva prestación, mientras que para el resto de los trabajadores sí forman parte de la correspondiente base reguladora.

(28) La cuantía de la mayor parte de las prestaciones económicas de la Seguridad Social parte de la determinación de una «base reguladora», promedio de las bases de cotización acreditadas en un período determinado.

(29) Artículo 14.4 del Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre.

No obstante, la mayor novedad en el ámbito de la acción protectora dispensada en los contratos para la formación se contrae a la prestación económica por incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, respecto de la cual la regulación no se limita a señalar el derecho a la prestación económica, la fecha a partir de la cual se hace efectiva o las reglas que hayan de aplicarse para su reconocimiento, sino que, en este caso, va más allá estableciendo unas reglas particulares respecto a la gestión de la prestación, que se enmarcan dentro de las medidas de control de la prestación de incapacidad temporal (30).

Como regla general, hay que tener en cuenta que las prestaciones dispensadas y que entran dentro del ámbito de la acción protectora de los trabajadores contratados para la formación, se regirán por lo establecido en el correspondiente Régimen de Seguridad Social, en que, en razón de la actividad realizada, estén encuadrados. Por lo que se refiere a la prestación de incapacidad temporal, la misma se reconocerá en igual extensión, términos y condiciones que en el Régimen General, sin más particularidades que las que se señalan a continuación (31), que únicamente operan en relación con la prestación indicada, cuando la misma tiene su origen en una contingencia común (enfermedad común y accidente no laboral):

- En principio, la prestación económica se percibe mientras el beneficiario se encuentre en la situación de incapacidad temporal, incluso aunque se haya extinguido el contrato de trabajo -regla general que se aplica al común de los trabajadores-.
- Si, transcurridos 30 días desde la extinción del contrato de trabajo, el trabajador continuase en la situación de incapacidad temporal y, por tanto, mantuviese la percepción del correspondiente subsidio, el beneficiario deberá ser objeto de un examen médico para dictaminar sobre la persistencia de la causa incapacitante. En el supuesto de que, como consecuencia del reconocimiento, el trabajador continúe percibiendo el subsidio de incapacidad temporal, a los tres meses siguientes -contados a partir de la fecha de finalización del contrato de trabajo-, deberá ser objeto de un nuevo reconocimiento, sobre la procedencia de la continuación del proceso de incapacidad temporal.

(30) El control de la prestación económica de la incapacidad temporal, así como la adopción de medidas que eviten su utilización abusiva, cuando no fraudulenta, es un tema recurrente en la moderna historia del sistema de Seguridad Social. No obstante, ha tenido una especial incidencia a partir de mediados de 1996 (tras al adopción, con fecha de 5 de julio de 1997, de un Acuerdo del Consejo de Ministros, en el que se arbitran determinadas medidas de lucha contra el fraude y, dentro de ellas, en el ámbito de la incapacidad temporal. Manifestaciones posteriores de este «posicionamiento» de lucha contra el fraude se encuentran en el artículo 78 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; en determinados preceptos -por ejemplo, 39- de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, también de medidas fiscales, administrativas y de orden social; en el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, o en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 19 de junio de 1997.

Un análisis de estas medidas puede encontrarse en PANIZO ROBLES, J.A.: «El control de la incapacidad temporal. A propósito del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril». En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 4. 1997; y «Novedades en materia de Seguridad Social incluidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de medidas fiscales, administrativas y del orden social». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros. Madrid. N.º 180. Marzo. 1998.

(31) Estas particularidades parecen recogidas en el artículo 15 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo.

Estos reconocimientos médicos se deberán efectuar de igual modo cuando en el trabajador, dado de alta en el proceso de incapacidad temporal, se produjese una recaída.

- Los exámenes médicos serán realizados por los médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social (32).
- Por último, que las incomparecencias injustificadas a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos médicos supondrán la extinción automática de la prestación económica de la incapacidad temporal.

Del examen del contenido de las particularidades citadas se plantea una serie de interrogantes, respecto a su aplicación, como pueden ser, entre otros:

- De la propia regulación normativa, se desprende que las particularidades se contraen a la prestación de incapacidad temporal, cuando la misma derive de contingencias comunes. Ahora bien, ello no quiere decir que, en lo que se refiere a la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, no quepa realizar acciones similares a las contenidas en el artículo 15 del Real Decreto 488/1998, puesto que nada impide que los facultativos del Instituto Nacional de la Seguridad Social (cuando se trate de trabajadores cuyas empresas hubiesen concertado con dicha Entidad Gestora la cobertura de los riesgos profesionales) sometan a exámenes o reconocimientos médicos, con la misma o distinta periodicidad a la prevista en el mencionado artículo, a un trabajador contratado para la formación y que se encuentre en una situación de incapacidad temporal, derivada de un accidente de trabajo, dadas las facultades que a dichos facultativos se les reconocen en la Ley 13/1996 o en el Real Decreto 575/1997, si bien las consecuencias de no acudir a ese reconocimiento médico pueden ser distintas, cuando la incapacidad temporal deriva de contingencias comunes, que cuando tiene su causa en una contingencia profesional.
- El examen o el reconocimiento médicos, así como la constatación de que persiste o no la situación incapacitante, no opera por sí mismo respecto a la continuación o a la finalización del subsidio correspondiente. Teniendo en cuenta el contenido de la disposición adicional undécima TRSS, el nacimiento o la extinción de la incapacidad temporal, cuando la misma deriva de contingencias comunes, se produce por unos actos realizados por los facultativos de los respectivos Servicios Públicos de Salud, en los que se constata la situación de incapacidad temporal, y que se «diligencian» en unos «partes» de baja o de alta (33).

(32) La posibilidad de que el Instituto Nacional de la Seguridad Social pueda efectuar reconocimientos médicos en orden al control de la prestación económica de incapacidad temporal ya venía regulada en el artículo 78 de la Ley 13/1996, así como en el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril.

(33) No obstante, hay que tener en cuenta que el artículo 39 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, prevé que los médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social puedan formalizar altas médicas en los procesos de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas y en los términos que establezcan las disposiciones reglamentarias que se promulguen. Un análisis del alcance de este artículo, puede encontrarse en PANIZO ROBLES, J.A. «Novedades...», antes citada.

De la lectura del artículo 15 del Real Decreto 488/1998 no se deduce que se haya modificado esta situación, por lo que del reconocimiento médico practicado por los facultativos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social no se desprende una extinción o suspensión de la prestación, sino que, en los casos en que se constate que el interesado ya no se encuentra en una situación de incapacidad temporal, deberá formularse la correspondiente propuesta de alta médica ante los órganos respectivos de los Servicios Públicos de Salud (34), a cuyos facultativos corresponderá, en su caso, expedir el alta en el proceso o mantener la baja.

- Teniendo en cuenta que la actuación de los médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social no provoca, en sí mismo, una extinción de la situación de incapacidad temporal, lógicamente cuando se constatase que el interesado no estuviese ya en dicha situación, llama la atención que se reserve la realización de los exámenes y reconocimientos médicos a los médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social, sin que, al mismo tiempo, se cite a los médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Se entiende, no obstante, que no se trata de una limitación de competencia, sino más bien de una especie de «*olvido*» que debe completarse con el resto del ordenamiento. Sería ilógico negar a los facultativos de las Mutuas la posibilidad de que reconociesen, a través de exámenes o reconocimientos médicos, a personas respecto de las cuales están abonando los correspondientes subsidios económicos, y ello, por los siguientes motivos:

- En primer lugar, en función de la entidad que abona la prestación. La intervención de los médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social se entiende en base a que esta Entidad Gestora sigue abonando la prestación económica. Pues bien, en los casos en que se trate de un trabajador contratado para la formación correspondiente a una empresa que hubiese optado por concertar la cobertura de la incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes y correspondientes a los trabajadores a su servicio, con una Mutua (35) una vez finalizado el contrato de trabajo, la Mutua debe seguir abonando la prestación hasta que se produzca su extinción (36). Si la Mutua es la responsable de la prestación, lógicamente deberá contar con los instrumentos de control necesario.

(34) En los términos establecidos en el artículo 78 de la Ley 13/1996, y en el artículo 5.º del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril.

(35) En los términos de la disposición adicional undécima TRSS.

(36) En la gestión de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, la Mutua se coloca en la misma posición que la Entidad Gestora, otorgando la prestación con el mismo alcance y en los mismos términos que aquella, de acuerdo con el contenido del artículo 82 del Reglamento General de Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en la Gestión de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.

- A su vez y al igual que lo manifestado para la Entidad Gestora, la Mutua podría llamar a reconocimiento médico a los trabajadores contratados para la formación, en situación de incapacidad temporal y con contrato extinguido, con la misma o distinta periodicidad que la prevista en el artículo 15 del Real Decreto 488/1998, haciendo uso de las facultades previstas en el ordenamiento vigente, que no resulta alterado por la nueva regulación (37).
 - Por último, hay que tener en cuenta que las actuaciones médicas de los facultativos del Instituto Nacional de la Seguridad Social (o de las Mutuas) no implican una extinción sin más de la situación de incapacidad temporal, sino que requieren de una actuación de los Servicios Públicos de Salud, bien por propia iniciativa o a través de propuesta (*«propuesta de alta»*) de los facultativos del Instituto Nacional de la Seguridad Social. También desde este aspecto, parece razonable la actuación de los facultativos de las Mutuas en el reconocimiento de los trabajadores contratados para la formación, puesto que dichos profesionales tienen la capacidad de efectuar las indicadas propuestas médicas (38).
- Por último, la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes o reconocimientos médicos ordenados por los médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social se sanciona con la pérdida automática del subsidio económico correspondiente. Llama la atención esta regulación, si se compara con la establecida para el resto de los supuestos de incapacidad temporal. Con carácter general, la ausencia injustificada del trabajador, que se encuentra en una situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y percibiendo el correspondiente subsidio, a someterse a un reconocimiento médico ordenado por los facultativos del Instituto Nacional de la Seguridad Social (o de una Mutua) da lugar a la expedición de la correspondiente propuesta de alta médica ante los Servicios Públicos de Salud (39), sin que implique, en sí misma, la suspensión de la prestación.

Sin embargo, y en lo que respecta a los supuestos de contratos para la formación, se va más allá, puesto que esa incomparecencia injustificada puede dar lugar a la extinción de la prestación del subsidio de incapacidad temporal. No deja de sorprender esta regulación, teniendo en cuenta que las causas de extinción o suspensión de la prestación de incapacidad temporal aparecen reguladas en ley (40), en la que se prevé que el derecho pueda ser anulado cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar el derecho y, a su vez, que su percepción podrá ser suspendida cuando, sin causa justificada o razonable, se rechace o se abandone el tratamiento que se le hubiese indicado. La única justificación que podría tener el contenido del apartado 3 del artículo 15 del Real Decreto 488/1998 podría encontrarse en las facultades dadas al Gobierno para que, a través de las correspondientes disposiciones reglamentarias, se hiciese efectivo el derecho a la incapacidad temporal, si bien no deja de ser una cuestión dudosa.

(37) Artículo 78 de la Ley 13/1996; Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, y Capítulo III del Reglamento de colaboración de estas entidades colaboradoras.

(38) Véase el contenido del artículo 78 de la Ley 13/1996 o el artículo 5.º del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril.

(39) En los términos señalados en el artículo 6.º del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril. Por el contrario, la no comparecencia ante los facultativos del Servicio de Salud sí que puede dar lugar a la extinción de la situación de incapacidad temporal, pudiendo el médico expedir el *«alta médica por incomparecencia»*.

(40) Artículo 132 TRSS.

Una última cuestión se suscita respecto a la incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, en los contratos para la formación. Como antes se ha indicado, esta modalidad de contratación nace a partir del día 17 de mayo de 1997, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/1997 (disposición que fue sustituida posteriormente por la Ley 63/1997). Por ello, respecto a los contratos para la formación suscritos entre el día 17 de mayo de 1997 y el 10 de abril de 1998 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto 488/1998), la disposición transitoria primera de este último dispone que se les aplique la ampliación de la acción protectora (consecuentemente, el derecho a la incapacidad temporal), así como las nuevas reglas de cotización a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 488/1998. Por tanto, los trabajadores contratados para la formación, y con contratos que se hubiesen suscrito entre las fechas indicadas, tienen derecho a la incapacidad temporal, si bien desde el día 10 de abril de 1998.

El problema se suscita en si los períodos de realización de trabajos en el contrato para la formación se deben considerar o no, a efectos de la cobertura de los períodos mínimos de cotización exigidos para esta prestación (41). Desde una primera aproximación al tema, habría que concluir que tales períodos no son válidos, en cuanto que el derecho a la prestación nace desde el 10 de abril de 1998, así como que la cotización que se venía efectuando hasta la fecha indicada correspondía a la establecida para el contrato de aprendizaje, en el que no se tenía derecho a esta prestación. Sin embargo, se considera más ajustada la tesis contraria, es decir, la que da validez, a efectos de cubrir en su caso el período mínimo de cotización, el tiempo trabajado en el contrato para la formación antes de la fecha indicada, y ello por los siguientes motivos:

- El Real Decreto-Ley 8/1997 (como, posteriormente, la Ley 63/1997) estableció un nuevo ámbito protector para los trabajadores contratados para la formación, si bien condicionando su efectividad a las fechas de entrada en vigor de las correspondientes disposiciones reglamentarias. Sin embargo, ello no implica necesariamente una restricción total respecto a la ampliación de la acción protectora, sino, en todo caso, que el derecho a la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, no podría producirse nunca con anterioridad a la entrada en vigor de los reglamentos indicados.
- Tampoco puede alegarse de una manera directa y expresa que, antes del 10 de abril de 1998, los trabajadores contratados para la formación no cotizaban por la prestación de incapacidad temporal y que, consecuentemente, el tiempo trabajado no podría tener ningún efecto en esta prestación. Lo cierto es que, como se ha señalado, en el contrato para la formación se cotiza por una cuota fija, desligada del salario y sin ninguna correspondencia con las prestaciones objeto de cobertura.
- Pero, sobre todo, por la necesidad de que si se hubiese querido excluir el tiempo trabajado en un contrato para la formación, con anterioridad al 10 de abril de 1998, a efectos del período de cotización necesario para incapacidad temporal, hubiese sido preciso de la mani-

(41) Cuando la incapacidad temporal deriva de una enfermedad común se exige un período de 180 días de cotización, días de cotización que deberán estar comprendidos dentro de los 5 años anteriores al hecho causante de aquélla.

festación expresa, como así se ha efectuado, en el caso de los contratos a tiempo parcial, en el Real Decreto 489/1998, en cuya disposición transitoria segunda se prevé, de forma expresa, que, a efectos de cubrir los períodos de cotización exigidos para causar derecho a la prestación económica por incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, no serán computables las cotizaciones efectuadas por los trabajadores, durante los períodos que hubieran estado excluidos de la protección por dicha prestación.

La ausencia de una regulación similar, en el caso de los trabajadores contratados para la formación, en una disposición (Real Decreto 488/1998), que trae su causa en idéntica norma legal, que se tramitan en paralelo, se aprueban y publican el mismo día, denota una voluntad de que el período trabajado en un contrato para la formación, entre el día 17 de mayo y el 9 de abril, sea computable en orden a la acreditación de los períodos necesarios para el reconocimiento de una incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes (42).

II. EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

1. La incidencia de la contratación a tiempo parcial y la Seguridad Social.

Por distintas causas que escapan de los propósitos del presente trabajo, lo cierto es que en España las contrataciones a tiempo parcial (43) vienen adquiriendo una importancia cada vez más acusada, si bien es cierto que todavía no alcanza la incidencia que representa en los países del Norte y Centro-Europa (44). Las razones que se vienen presentando para justificar esa importancia son varias, entre las que se señalan la oportunidad que representa para la inserción laboral y profesional de los jóvenes (45), implicar una mayor facilidad de integración laboral de ciertos colectivos, etc. Lo cierto es que, a partir del año 1994, el trabajo a tiempo parcial «deja de ser concebido como una mera escala reducida del trabajo a tiempo completo para tener una sustantividad propia desde la perspectiva de una política que confía la capacidad de generar empleo al establecimiento de un sistema flexible de gestión de la mano de obra» (46).

(42) Éste es el mismo criterio que viene aplicando la Administración de la Seguridad Social.

(43) Un análisis de los antecedentes del contrato a tiempo parcial se encuentra en LUELMO MILLÁN, M.A., *op. cit.*, págs. 253-258 y, con mayor síntesis, en YANINI BAEZA, J., *op. cit.*, págs. 11-13.

(44) Para un análisis de la contratación a tiempo parcial véase la publicación de la OIT *Condiciones de trabajo. Trabajo a tiempo parcial*. Ginebra. 1991.

(45) Ésta es una de las justificaciones que se contenían en la Exposición de Motivos de la Ley 10/1994, al indicar que la nueva regulación del contrato a tiempo parcial «...puede posibilitar un incremento de las tasas de ocupación».

(46) Cita de VALDÉS DAL-RE, F.: «Tiempo de trabajo y trabajo a tiempo parcial». *Relaciones Laborales*. Tomo II. 1994. Pág. 52.

En este contexto, las relaciones entre la contratación a tiempo parcial y las normas de Seguridad Social han sido complejas, cuando no de cierta contraposición, lo que ha llevado a la doctrina a calificar esa relación de «*difícil*» (47) y ello no debe parecer extraño, en cuanto que los sistemas de protección social, articulados y expandidos en momentos en que la contratación laboral estaba basada en contratos a tiempo completo y de duración, en principio, indefinida, «*se casan mal*» con unas relaciones laborales, en las que el tiempo de trabajo puede ser reducido; por ello, las reglas respecto a la determinación de las bases de cotización (que, posteriormente, puedan producir una prestación que garantice la suficiencia de recursos y permita una sustitución efectiva de las rentas que se percibían en la época de actividad), para acreditar determinados períodos de cotización en orden al acceso de determinadas prestaciones; las reglas que se relacionan con la forma de cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones económicas de la Seguridad Social; los porcentajes para hallar, en su caso, el importe de esas mismas prestaciones, etc., requieren de una adaptación, si se pretende que el acceso a esas mismas prestaciones por parte de los trabajadores contratados a tiempo parcial sea efectiva.

La necesidad de la adaptación de las reglas de la Seguridad Social viene de antiguo, aunque de difícil solución (48), teniendo en cuenta que el régimen jurídico no debe diferenciarse de forma sustancial del contrato ordinario. Ahora bien, en ocasiones esa adaptación se ha efectuado de una manera radical, a través de la exclusión de la totalidad de la acción protectora o de buena parte de ella, cuando la jornada realizada en el contrato a tiempo parcial era muy escasa (49).

(47) DESDENTADO BONETE, A., y TEJERINA ALONSO, J.I., *op. cit.* Pág. 88.

(48) A esta conclusión ya llegaba el profesor BORRAJO DACRUZ, E. en su estudio «Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social». *Revista de Política Social*. N.º 120. 1978.

(49) Ésa fue la regulación contenida en la Ley 10/1994, respecto a los contratos a tiempo parcial en la que la prestación de los servicios fuese inferior a 12 horas a la semana o a 48 horas al mes, en los que se excluía del ámbito de la acción protectora dispensada las pensiones derivadas de contingencias comunes, así como la incapacidad temporal originada por dichas contingencias. Si bien, en un primer momento, ese cómputo se efectuaba respecto a cada uno de los contratos, en el caso de existencia de pluriempleo y posteriormente -a través de la modificación introducida en la Ley 10/1994, mediante la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social-, se tienen en cuenta todas las actividades realizadas por el interesado.

La modificación legal tiene como antecedente las Recomendaciones del Defensor del Pueblo, en el informe elaborado por dicha Institución a la Ley 10/1994, como consecuencia de la solicitud de las organizaciones sindicales en el sentido de que aquélla presentase contra la misma un recurso de inconstitucionalidad.

De igual modo, el cómputo de todas las actividades está más en línea con el contenido del Convenio 175 de la OIT, sobre trabajo a tiempo parcial, adoptado por la 81.ª Conferencia, celebrada en Ginebra el 7 de junio de 1994 (y todavía no ratificado por España). En el artículo 8.º de este Convenio, se permite que los trabajadores a tiempo parcial, cuyos ingresos y duración del tiempo de trabajo sean inferiores a límites mínimos determinados puedan ser excluidos de los mecanismos de protección social -a salvo de las prestaciones que deriven de las contingencias profesionales o de la protección por maternidad-, si bien se establecen dos orientaciones en cuanto a la determinación de esos límites excluyentes, cuales son, la primera, que ese límite sea lo suficientemente bajo, de modo que no produzca la exclusión de un porcentaje indebidamente alto de los trabajadores contratados a tiempo parcial, y la segunda que, en los supuestos de pluriempleo, se computen a efectos del cómputo de ese límite el total de horas de trabajo, de cotizaciones o de ingresos.

Por ello, desde hace tiempo se viene reclamando que esa adaptación no vaya en perjuicio de los trabajadores, a fin de que los mismos no vean recortados indebidamente sus derechos de protección social o que los mismos sean en la realidad cotidiana de imposible acceso. En tal sentido, se propone la equiparación de la protección social de los trabajadores cualquiera que sea la jornada realizada (punto 3.1 del AIEE); que el trabajo a tiempo parcial no provoque una reducción de la protección social (Directiva 97/812 CE, sobre trabajo a tiempo parcial) (50); que los niveles de protección social no deben contemplar singularidades de naturaleza peyorativa de ordenación basada en el tiempo de trabajo (51); que la adaptación de los mecanismos de Seguridad Social al trabajo a tiempo parcial debe llevar a que «...la estructura protectora conduzca a una protección efectiva y no sólo teórica, y que los mecanismos de ordenación eviten un tratamiento agravante respecto a los trabajadores a tiempo completo» (52).

Finalidades semejantes a las señaladas parecen encontrarse en la reforma que, respecto a esta modalidad de contratación, se ha llevado a cabo a través de la Ley 63/1997, y cuyos efectos respecto a la cotización y al ámbito de la acción protectora se analizan en los siguientes apartados (53).

2. Breve referencia a la tipología de los contratos a tiempo parcial tras la reforma laboral.

Con la reforma de la legislación laboral del año 1994, se produjo una modificación del contrato a tiempo parcial (54) respecto a la ordenación que, en relación a dicha modalidad contractual, había venido siendo habitual desde la aprobación del ET. Sintéticamente, se configuraban como trabajos a tiempo parcial:

- a) Aquellos en los que la prestación de servicios resultase inferior a la considerada como habitual en la actividad de que se trate, permitiéndose el cómputo anual de la jornada, y suprimiéndose que la misma debiese ser inferior a 2/3 al número de horas o días habituales en la jornada;

(50) La Directiva CE sobre trabajo a tiempo parcial recoge el contenido del «Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial», adoptado en Bruselas el de 6 de junio de 1997 entre las organizaciones sociales europeas UNICE, CEEP y CES.

(51) VALDÉS DAL-RE, F.: «Tiempo de trabajo...» ya citado, págs. 53-54.

(52) TORTUERO PLAZA, J.L.: *Apuntes para un debate sobre el trabajo a tiempo parcial y la Seguridad Social*. Trabajo inédito. En el mismo, el autor hace una serie de originales, al tiempo que arriesgadas, propuestas para una ordenación más racional de los mecanismos contributivos de Seguridad Social a las peculiaridades del tiempo parcial.

(53) Los demás ámbitos de la Seguridad Social apenas resultan afectados por la modificación legal. En lo que respecta a los aspectos de encuadramiento, inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas de los trabajadores, véanse GARCÍA ORTEGA, J., *op. cit.*, y DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I. *op. cit.*, págs. 89-94.

(54) Un análisis de la reforma del contrato a tiempo parcial, operada en virtud de la Ley 10/1994, puede encontrarse en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «El contrato a tiempo parcial». *Relaciones Laborales*. Tomo I. 1994. Págs. 308-333; PEDRAJAS MORENO, A.: «Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo». *Relaciones Laborales*. Tomo I. 1994. Págs. 404-447.

- b) Los trabajos fijos-discontinuos, desapareciendo la regulación autónoma establecida con anterioridad para esta modalidad de contratación (55);
- c) El denominado «contrato de relevo» que concierne a un trabajador respecto a la jornada que es objeto de reducción por parte de otro trabajador, que accede a la jubilación parcial, y
- d) La aparición, dentro de la generalidad de los contratos a tiempo parcial, de una modalidad marginal y no constitutiva de medio fundamental de vida (56).

El AIEE contiene los objetivos que debían enmarcar la reforma del trabajo a tiempo parcial, en orden a mejorar la actual regulación de esta modalidad de empleo, para lo que las partes firmantes proponían:

- Respecto al contrato a tiempo parcial, la mejora de la protección social de los contratos a tiempo parcial denominados «marginales», así como una mejor ordenación de las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes a los trabajadores.
- En lo que se refiere a los contratos fijos-discontinuos (57), separar su regulación específica de otras especialidades del trabajo a tiempo parcial, mediante la inclusión de la misma en un apartado específico del artículo 12 ET.
- Mantenimiento del contrato de relevo, potenciando su uso en el marco de la negociación colectiva.

La nueva tipología del contrato a tiempo parcial aparece recogida en el artículo 12 ET, en la redacción dada por el artículo 1.º Tres de la Ley 63/1997, a cuyo tenor:

- El trabajador se entenderá contratado a tiempo parcial cuando preste servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior al considerado habitual en la actividad de que trate en dichos períodos de tiempo (apartado 1).
- Como otras modalidades de contratación, el contrato a tiempo parcial puede concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permita el uso de esta modalidad, salvo en el contrato para la formación (apartado 2). Se mantiene la regulación anterior, sin más modificación que la sustitución de la referencia al «contrato de aprendizaje» por la nueva figura contractual.

(55) Un análisis de la modalidad de contratación de trabajadores fijos-discontinuos puede encontrarse en FERNÁNDEZ URRUTIA, A., *op. cit.*

(56) Según las propias expresiones utilizadas en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 18/1993.

(57) Repárese que en el AIEE la mención del contrato fijo-discontinuo se separa de la del contrato a tiempo parcial, no obstante haber quedado esta figura contractual totalmente englobada en la del contrato a tiempo parcial. Esta mención separada podría dar la impresión de la voluntad de las partes de diferenciar el régimen jurídico de ambas modalidades contractuales, lo cual no se logra ni en el propio contenido del AIEE, ni en las disposiciones publicadas posteriormente.

- En principio, el contrato a tiempo parcial se entiende celebrado por tiempo indefinido, cuando:
 - a) se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen de la empresa, o
 - b) se concierte para realizar trabajos que tengan en el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa.

En este último caso, los trabajadores serán llamados en el orden y la forma que determinen los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en el caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria. Por tanto, el ET diferencia dos clases en los trabajos fijos-discontinuos, con mayor precisión que en la normativa anterior, y que ya había sido puesta de manifiesto por la doctrina especializada (58).

- Por último, también se entiende como contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa una reducción de la jornada del trabajo y del salario del 50 por 100, cuando reúna las condiciones generales para tener el derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social con excepción de la edad, que habrá de ser inferior a tres años, como máximo, a la exigida.

No obstante, para poder celebrarse este contrato, la empresa habrá de concertar, de forma simultánea, otro contrato (que se denomina «*contrato de relevo*») con un trabajador en situación de desempleo y quedará obligada a mantener cubierta, como mínimo, la jornada de trabajo sustituida hasta la fecha de jubilación del primero de los trabajadores señalados (apartado 5).

3. Aspectos generales de la nueva regulación del contrato a tiempo parcial, en lo que respecta a la Seguridad Social.

En la regulación vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 63/1997, en la contratación a tiempo parcial, el ámbito de la acción protectora -y consecuentemente de las obligaciones de cotización- mostraban importantes diferencias, en función de la jornada realizada. En principio, ese ámbito era el establecido con carácter general (si bien en proporción al tiempo realizado y a las cotizaciones realizadas), salvo, como se ha indicado, que el número de horas de prestación de servicios no supe-

(58) Véase GARCÍA ORTEGA, J.: *Las relaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores fijos-discontinuos*. Ed. J.M. Bosch. 1990; MARTÍNEZ ABASCAL, M.: «El contrato de trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo: análisis de las peculiaridades de su régimen jurídico». *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 36. 1988; o ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: «Derecho del Trabajo». Madrid. Ed. Universidad Complutense. Edic. 14. Madrid. 1995.

rarse el límite de 12 horas a la semana o 48 horas al mes, en cuyo caso ese ámbito de acción protectora era reducido, quedando excluido del mismo las pensiones y la incapacidad temporal, cuando derivaban de contingencias comunes.

Por ello, la novedad más significativa introducida por la Ley 63/1997 es, precisamente, la equiparación de la acción protectora de la Seguridad Social en el contrato a tiempo parcial, con independencia del número de horas realizadas en un módulo referencial (lo fuese a la semana o al día), puesto que desaparece del ordenamiento jurídico cualquier referencia a un límite de prestación de servicios que diese lugar a esa limitación de la acción protectora.

Con la nueva normativa, los trabajadores contratados a tiempo a parcial con menos de 12 horas a la semana o 48 horas al mes, tienen un contenido de protección equiparable al de los demás trabajadores, sin perjuicio de que en el acceso a la protección (al igual que en el cumplimiento de las obligaciones de cotización) se sigan aplicando los criterios de proporcionalidad respecto al tiempo completo, tal como queda reflejado en el artículo 12.4 en el que, de forma expresa, se señala -para la cotización- que «la base de cotización a la Seguridad Social y demás aportaciones que se recauden conjuntamente con aquella, estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas» y -en lo que se relaciona con la ordenación de la protección- que «para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas; reglamentariamente, se determinarán la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, equivalentes a la jornada habitual diaria en la actividad de que se trate, así como los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos» (59).

Como sucediera con los contratos para la formación, también en lo que respecta a los contratos a tiempo parcial, cuando la jornada pactada fuese inferior a 12 horas a la semana o 48 horas al mes, la ampliación de la acción protectora quedó demorada (60), en su efectividad, a la promulgación de las correspondientes disposiciones reglamentarias, que debería aprobar el Gobierno, previa consulta de las organizaciones sociales más representativas (61).

Las disposiciones reglamentarias están constituidas por el Real Decreto 489/1997, a través del cual se establecen el régimen jurídico aplicable al ámbito de la Seguridad Social correspondiente a los trabajadores a tiempo parcial. Del análisis de su contenido, y sin perjuicio de los comentarios que se efectúan más adelante, cabe señalar dos precisiones iniciales: la primera, que la norma proyectada no responde a las exigencias que se derivan del propio artículo 12.4 ET, sino que más bien

(59) El contenido del artículo 12.4 ET reproduce, con pequeñas variaciones, la adicional séptima TRSS, salvo su apartado 3 -referido a la especialidad de contratos con jornada inferior a 12 horas a la semana o 48 horas al mes-.

(60) De conformidad con las previsiones de la disposición transitoria cuarta de la Ley 63/1997.

(61) De conformidad con el contenido de la disposición transitoria cuarta. En coherencia, las obligaciones de cotización correspondientes a los contratos con jornada inferior a 12 horas a la semana o 48 horas al mes se mantendrían en su regulación anterior, en tanto no estuviesen aprobadas las normas reglamentarias señaladas.

se procede a dar efectividad a la mejora de la protección dispensada, lo cual «no prejuzga ni obstaculiza» una regulación futura (62); la segunda, que, en coherencia con esa provisionalidad, las soluciones adoptadas vienen, en su mayor parte, a mantener la regulación anterior, a pesar de las críticas que buena parte de la doctrina ha reflejado sobre la misma. Tal vez, ello se deba a que, a pesar de sus defectos y de ciertas paradojas, la regla de proporcionalidad contenida en la normativa anterior (63) es la más adecuada para no provocar acusadas diferencias de protección (64).

4. La cotización a la Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial.

Tradicionalmente, en el ámbito de la Seguridad Social la base de cotización tenía un límite mínimo, constituido por la base mínima, aplicable con independencia de la duración de la jornada que realizase el trabajador (65), principio que queda alterado en el año 1980, con la introducción del contrato a tiempo parcial y la previsión de que, en ellos, la cotización a la Seguridad Social se efectuaría en razón de las horas o días realmente trabajados (66). La regla de cotización proporcional se va consolidando y se perfecciona en el apartado 4, artículo 12 ET (en la redacción dada por la Ley 10/1994), si bien se elimina la doble referencia a los «días» y a las «horas» trabajadas, para hacer de las «horas trabajadas» el único módulo para la determinación de la cotización a efectuar.

(62) Según se expresa en el propio Preámbulo del Real Decreto 489/1998, en la que se circunscribe esa regulación futura a la toma en consideración de las especificidades del trabajo a tiempo parcial, tendentes a la **reordenación** del régimen jurídico de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social a reconocer en los supuestos de la modalidad de contratación a tiempo parcial, y que habrán de basarse en unos criterios que deberán tomarse en el seno de la Comisión Permanente del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social.

Esta Comisión tiene su origen en el apartado «K» del «Acuerdo Social», suscrito, el 9 de octubre de 1996, entre el Gobierno y las organizaciones sindicales, en orden a la adopción de las medidas que, en desarrollo de las recomendaciones del «Pacto de Toledo», sirvieran para una mayor racionalización y consolidación del sistema de la Seguridad Social.

(63) La normativa, por lo que se refiere al ámbito de la acción protectora a dispensar en los contratos a tiempo parcial, está contenida en la disposición adicional novena del Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, para el ejercicio 1994.

(64) Es cierto que la proporcionalidad pura supone una ampliación práctica de los períodos mínimos de cotización, en cuanto que requiere de más días de actividad para cumplir tales períodos. Ahora bien, si, para evitar ese efecto, se considera como cotizado todo el tiempo de duración de contrato, con independencia del tiempo de servicio existente o de la retribución percibida, se produciría, en estos casos, una posición privilegiada frente a otros, como son los supuestos de los contratos temporales, con prestación diaria.

Una defensa de la necesidad de mitigar el efecto de la proporcionalidad pura se encuentra en JUANES FRAGA, E.: «Contratos a tiempo parcial y períodos de cotización». *Revista El Graduado*, N.º 13. 1994, o en BAYLOS GRAU, A.: Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contratos de relevo, en AA.VV.: *La reforma laboral de 1994*. Marcial Pons. 1994.

(65) El apartado 4 del artículo 74 TRSS, de 30 de mayo de 1974, señala que la base mínima tendría como tope mínimo la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, cualquiera que sea el número de horas que se trabajen diariamente. Un análisis del contenido de este precepto, se contiene en DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I., *op. cit.*, pág. 91.

(66) De conformidad con las previsiones del artículo 12 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo.

El nuevo apartado 4 del artículo 12, en la redacción dada por la Ley 63/1997, prevé que «la base de cotización a la Seguridad Social y demás aportaciones que se recauden conjuntamente con aquélla estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas», disposición que debe ponerse en relación con el artículo 110.4 y la disposición adicional séptima TRSS. En desarrollo de las previsiones legales, el Real Decreto 489/1998, establece, respecto a la cotización a la Seguridad Social y demás cotizaciones sociales, los siguientes principios:

- La cotización de los trabajadores a tiempo parcial se llevará a cabo de conformidad con lo establecido en el artículo 65 del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de Seguridad Social (art. 2.º).
- Durante 1998, las bases y tipos de cotización serán los establecidos en el artículo 89 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, así como en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 26 de enero de 1998, con las modificaciones introducidas a la misma por la disposición derogatoria del Real Decreto 489/1998, como consecuencia del contenido de su disposición transitoria primera.

4.1. Aspectos generales de la cotización a la Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial.

Del análisis del artículo 65 del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de Seguridad Social, y de la normativa complementaria, se pueden desprender los siguientes principios generales para determinar la cotización de los trabajadores contratados a tiempo parcial:

- La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen de que se trate, incluidas las de desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y las demás aportaciones que se recauden conjuntamente con las cuotas de la Seguridad Social, se determinará de acuerdo con los principios básicos señalados en el artículo 23 del mismo Reglamento, por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas.

Es decir, que para la cotización se habrán de considerar la totalidad de las retribuciones percibidas por el interesado, cualquiera que sea su forma o denominación que, con carácter mensual, tenga derecho a percibir el trabajador (con independencia de que las mismas hayan sido satisfechas diaria, semanal o mensualmente) o las que efectivamente se perciban de ser éstas superiores, considerándose como remuneración la totalidad de las percepciones económicas recibidas por los trabajadores, en dinero o en especie, y retribuyan el trabajo efectivo o los períodos de descanso, teniendo en cuenta que, a los efectos de la determinación de la base de cotización a la Seguridad Social, constituyen percepciones en

especie el uso, el consumo o la obtención de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal del mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda (67).

- Una vez determinada la base de cotización en función de las percepciones recibidas, su importe no podrá ser inferior, en el caso de las contingencias comunes, al resultado de multiplicar la base mínima correspondiente a la categoría profesional del trabajador, adaptada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (68), por el número de horas realmente trabajadas, en el mes a que refiera la liquidación de cuotas.

En el caso de contingencias de desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y de los demás conceptos de recaudación conjunta, la base de cotización a las mismas no podrá ser inferior al resultado de multiplicar el tope mínimo absoluto, adaptado por el Ministerio citado (69) por el número de horas realmente trabajadas en el mes a que se refiere la liquidación.

En orden al cálculo anterior, se establecen previsiones específicas, en lo concerniente a la inclusión de las horas trabajadas al tiempo de descanso semanal o por festivos. A tal efecto, cuando el contrato a tiempo parcial suponga una reducción de la jornada de trabajo,

(67) El artículo 23 del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social fue objeto de nueva redacción, a través del artículo 2.º del Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre, dictado en desarrollo de las previsiones contenidas en el artículo 82 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que, a su vez, dio nueva redacción al artículo 109 TRSS. El artículo 82 de la Ley 13/1996 implica una reacción contra una práctica, cada vez más extendida, de situar determinadas retribuciones dentro de lo que se denominaban «*conceptos no cotizables*», como forma de eludir la obligación de cotizaciones sociales.

Para un análisis, de la reforma introducida en la forma de determinación de la base de cotización a la Seguridad Social véase SENDIN BLÁZQUEZ, A.: «La base de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social según el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre». *Tribuna Social*. Diciembre. 1997.

(68) De conformidad con las facultades conferidas al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el apartado 4, artículo 110 TRSS, y en el apartado 4.º del artículo 9 del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social. Para 1998, estas bases mínimas adaptadas están reguladas en el artículo 31 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 26 de enero de 1998.

(69) El Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social -art. 9.º- y, a efectos de la cotización a la Seguridad Social, distingue entre unos límites absolutos (topes) máximo y mínimo de la base de cotización, aplicables a la cotización por contingencias profesionales, desempleo y demás conceptos de recaudación conjunta, y unos límites relativos, o por categorías profesionales, de dicha base de cotización, aplicables en la cotización para las contingencias comunes.

El tope máximo es único para todas las actividades y categorías profesionales y contingencias incluidas en la acción protectora, aplicado igualmente en los supuestos de pluriempleo, y su importe se fija en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (de conformidad con las previsiones del art. 16.1 TRSS). A su vez, el límite absoluto mínimo o tope mínimo es equivalente a la cuantía mensual del salario del importe mínimo interprofesional, incrementado en una sexta parte (art. 16.2 TRSS). Por el contrario, los límites relativos, en sus importes mínimos o máximos, se fijan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio económico.

Desde hace casi una década se ha seguido una línea de actuación tendente a equiparar las cuantías de los límites absolutos y relativos, en particular en sus cuantías máximas, que incluso tuvo su plasmación en el «*Pacto de Toledo*», en cuya Recomendación 3.ª se propone que ambos límites se equiparen de forma progresiva. La disposición transitoria 15.ª TRSS (en la redacción dada por el art. 1.Dos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social) prevé que, tras un período paulatino y antes del año 2002, esos límites tengan una cuantía similar.

pero no en el número de días de trabajo, habrán de computarse como horas trabajadas las correspondientes al tiempo de descanso computable como de trabajo, que corresponda al descanso semanal y festivos. Por el contrario, si el contrato de trabajo a tiempo parcial implica una reducción del número de días de trabajo, no se computan como días efectivamente trabajados los que correspondan al tiempo de descanso computable como de trabajo correspondientes al de descanso semanal y de festivos (70).

- En los supuestos de incapacidad temporal y de maternidad, la base diaria de cotización vendrá determinada por la base reguladora de la correspondiente prestación, si bien esa base se aplicará exclusivamente a los días en que el trabajador hubiera estado obligado a prestar servicios efectivos en la empresa, de no hallarse en situación de incapacidad temporal o maternidad.

En consecuencia, para el cálculo de la cotización en las situaciones indicadas es preciso, como premisa previa, la determinación de la base reguladora de las prestaciones de incapacidad temporal o maternidad. En este ámbito, el Real Decreto 489/1998 ha fijado unas reglas claras que intentan acabar con la diferencia existente anteriormente, según las distintas modalidades de contrato a tiempo parcial, así como para salir al paso de algunos pronunciamientos de los Tribunales.

Como regla general, la base reguladora de las prestaciones de incapacidad temporal (y de maternidad) se calculaba como el cociente de la suma de las bases de cotización acreditadas por el interesado en el año anterior al hecho causante de la prestación dividido entre el número de días trabajados y, por tanto, cotizados, en dicho período. Dicha base reguladora diaria constituiría, a su vez, la base diaria de cotización, que se aplicaría exclusivamente por los días en que el trabajador debería haber prestado servicio, de no haber incurrido en la situación incapacitante o de maternidad (71).

(70) No se comprende fácilmente el contenido del párrafo c), apartado 2, del artículo 65 del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (en la redacción dada por la disp. adic. primera del Real Decreto 489/1998, redacción que, por otra parte, reproduce la anterior). Parece lógico que, a efectos de determinación de la cotización a la Seguridad Social, las horas de descanso semanal o de festivos se tomen en consideración en orden, entre otros extremos, para el cálculo de la base de cotización, en cuanto que, respecto a esas horas, existe la obligación de abonar salario.

Ahora bien, lo que no se entiende es la diferencia en que el cómputo se realice en los casos «en que se reduce la jornada de trabajo, pero no el número de días», es decir, en los que existe una prestación de servicios a jornada diaria reducida, pero durante todos los días de un período (por ejemplo, en el mes), y que no se lleve a cabo ese cómputo, cuando el trabajo a tiempo a parcial implique una reducción en el número de días, es decir, cuando se realiza una prestación de servicios a jornada diaria completa, pero no todos los días.

De todas formas, la solución seguida en orden a la acreditación de los períodos mínimos de cotización en los trabajos de temporada es precisamente la contraria. Véase el contenido del artículo 6.º de la Orden de 30 de mayo de 1991, por la que se da nueva regulación a los sistemas especiales de frutas y hortalizas e industrias de conservas vegetales, dentro del Régimen General de la Seguridad Social.

(71) Un detenido análisis de la evolución de la normativa sobre la determinación de la base de cotización en la situación de incapacidad temporal, puede verse en FERNÁNDEZ URRUTIA, A. *op. cit.*, págs. 128-129.

La determinación de la base reguladora de la incapacidad temporal -y, por tanto, de la correspondiente base de cotización- en el modo señalado, ha encontrado tantos ecos favorables como contrarios.

Entre los primeros, ORDEIG FOS, J.M.ª: «Fijos discontinuos en ILT». *Actualidad Laboral*. Tomo II. 1989. Pág. 237. Y, entre los segundos, GARCÍA ORTEGA, J.: *Las relaciones laborales...*, *op. cit.*, págs. 342-343.

El artículo 4.º del Real Decreto 489/1998 dispone que la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa, durante los 3 meses inmediatamente anteriores a la del hecho causante de la prestación, entre el número de días efectivamente trabajados y cotizados; el promedio resultante será en consecuencia no sólo la base reguladora de la prestación de que se trate, sino también la base diaria de cotización, que se aplicará exclusivamente por los días de trabajo efectivo que no llega a realizarse por estar incapacitado el interesado.

- Cuando el trabajador preste servicios en dos o más empresas en régimen de contratación a tiempo parcial, en cada una de ellas se cotizará en razón de la remuneración abonada, salvo que la suma de dichas retribuciones sea superior a la cuantía del tope máximo, en cuyo caso ésta se distribuirá en proporción a las abonadas al trabajador en cada una de las empresas.
- Una particularidad esencial se recoge respecto a la cotización en los contratos de trabajo a tiempo parcial, cuando la prestación de servicios concertada es inferior a 12 horas a la semana o 48 horas al mes (72). Hasta ahora, la particularidad de la cotización en esas modalidades de contrato derivaba de la exclusión de la acción protectora dispensada de toda una serie de prestaciones, por lo que, lógicamente, la cotización a satisfacer tenía correspondencia con esa menor protección (73).

Toda vez que la nueva regulación legal ha hecho desaparecer la diferencia de acción protectora dispensada parecería, también en lógica correspondencia, que la cotización en esta clase de contratos se acomodaría a las reglas generales previstas para el contrato a tiempo parcial. Sin embargo, el Real Decreto 489/1998 prevé para esta clase de contratos que las cuotas correspondientes serán objeto de una reducción, en función del carácter indefinido o no del respectivo contrato laboral, con la excepción de la cuota por desempleo, a cuyo efecto la cuota resultante de aplicar a la base de cotización el tipo de cotización vigente se multiplicará por el coeficiente respectivo que se establezca en cada momento (74). Para el

(72) De conformidad con el contenido del apartado 4 del artículo 65 del Reglamento sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, en la redacción dada por la disposición adicional única del Real Decreto 489/1998.

(73) A efectos de la cotización por contingencias comunes, la cuota íntegra en esos contratos se conformaba aplicando a la correspondiente base de cotización el tipo de cotización vigente.

A la cuota resultante se aplicaba un coeficiente que, para el año 1998, era del 0,40, siendo el resultado la cuota a ingresar.

(74) La conveniencia de un tipo de cotización reducido o de una reducción de las cuotas estaba ya implícita en el AIEE, puesto que las partes firmantes del mismo, tras proponer que se equiparase la acción protectora de los contratos de trabajo a tiempo parcial, con jornada inferior a 12 horas a la semana o a 48 horas al mes, también y de común acuerdo «se dirigirán al Gobierno para que, por las vías adecuadas, se estudie la cobertura de la totalidad de las contingencias, mediante la aplicación de un tipo específico de cobertura».

La justificación de esta reducción de cuotas se basa en la conveniencia de «incentivar la contratación laboral bajo esta modalidad», según se contiene en el Preámbulo del Real Decreto 489/1998, criterio no compartido por algunas fuerzas políticas presentes en el Congreso, como se deduce de la Proposición no de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, por la que se insta al Gobierno a eliminar los coeficientes de reducción de cuotas que incentivan la contratación a tiempo parcial. El contenido de esta Proposición no de Ley se encuentra publicada en el Boletín del Congreso de los Diputados. Serie D. N.º 267, de 21 de abril de 1997.

ejercicio 1998, esos coeficientes multiplicadores, aplicables a la base de cotización de contingencias comunes, han quedado fijados en el 0,45 o el 0,55, según que el contrato laboral tenga carácter indefinido o temporal, respectivamente.

Para el cálculo del citado límite semanal o mensual, en los supuestos en que se haya pactado la distribución irregular de la jornada, habrá de estarse a lo que proporcionalmente resulte, teniendo en cuenta la jornada anual o la correspondiente a la duración del contrato, si dicha duración es inferior al año, en la actividad de que se trate, sin que dicha regla sea aplicable a los fijos discontinuos, siguiendo, de esta forma, el precedente contenido en la regulación anterior. A su vez, las reducciones de cuotas previstas para estos contratos serán compatibles con las bonificaciones de cuotas y demás beneficios establecidos en la Ley 64/1997, así como con los previstos en la normativa aplicable, en relación con los trabajadores minusválidos (75).

Una duda adicional en relación con esta regulación. La misma consiste en si, a efectos de determinar dicho límite, en los casos de que se presten simultáneamente varias relaciones de servicios, se tiene en cuenta por separado cada una de las jornadas realizadas o, por el contrario, se computan conjuntamente. A la vista de la redacción del Real Decreto 489/1998 (así como de la finalidad de las reducciones señaladas) nos inclinamos por la primera de las opciones, máxime teniendo en cuenta que, cuando se ha querido establecer que, en los casos de pluriempleo, se computen todas las jornadas realizadas, se ha señalado expresamente (76).

- En el supuesto de que los trabajadores contratados a tiempo parcial perciban retribuciones en concepto de horas extraordinarias, teniendo tal consideración cada hora realizada sobre la jornada pactada en el contrato de trabajo, dichas retribuciones, sin perjuicio de su inclusión en la base de cotización a efectos de la cotización por contingencias profesionales, desempleo y demás conceptos de recaudación conjunta, quedarán sometidas a la cotización adicional, en los términos señalados en el artículo 111 TRSS y del artículo 24 del Reglamento General sobre cotización a la Seguridad Social.

4.2. La cotización a la Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial en determinados Regímenes Especiales y en otros supuestos.

Las normas establecidas en el epígrafe anterior se aplican no sólo al Régimen General, sino a los contratos a tiempo parcial suscritos en actividades que den lugar a la inclusión de los trabajadores en los denominados Regímenes Especiales «*asimilados*», es decir, en el Régimen de Trabajadores

(75) Un análisis de las distintas modalidades de contratación, así como de los beneficios establecidos, se encuentra en DÍEZ KLINK, A.: «Guía práctica de las modalidades de contratación laboral en 1998». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos. (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros. Madrid. N.º 181. Abril. 1998.

(76) Como así se contenía en el apartado 3 del artículo 12 ET, en la redacción anterior a la Ley 63/1997.

del Mar y en el Régimen de la Minería del Carbón (77). Por el contrario, no resultan de aplicación en los casos de contratos a tiempo parcial, que puedan suscribirse en actividades incluidas en los Regímenes Especiales Agrario o de Empleados de Hogar.

En el caso del Régimen Especial Agrario, en cuanto que, respecto a la cotización a cargo de los propios trabajadores, la misma adopta el carácter de «*cuota fija*», desligada del número de días o de horas realmente trabajadas en la actividad en el mes a que se refiera la cotización. Por lo que respecta a la cotización empresarial, la denominada cotización «*por jornadas reales*», el apartado 5 del artículo 42 del Reglamento General sobre cotización prevé que el período de liquidación de las cuotas por jornadas reales será mensual, siendo la cuantía de la misma la suma del importe de las cuotas por jornadas reales correspondientes a los días realmente trabajados en el mes, añadiendo el artículo 35 de la Orden de 26 de enero de 1998 (78) que la cotización seguirá el sistema de base fija diaria, con independencia de las horas trabajadas durante la misma.

Por lo que respecta al Régimen Especial de Empleados de Hogar, en el mismo la base de cotización es única, tanto si el contrato es a tiempo completo, como si se efectúa de forma parcial (79), por lo que la obligación de cotizar es siempre mensual con independencia del número de días u horas trabajadas durante el mes, señalando la correspondiente Orden anual de cotización (80), la base y el tipo de cotización aplicables.

Otra cuestión debatida y que ha dado lugar a dudas interpretativas, ha sido la de si cabía la contratación a tiempo parcial -y, por tanto, la cotización aplicable a esta modalidad de contratos- en los casos de contratos celebrados con personal de alta dirección. Tradicionalmente, la Administración venía negando tal posibilidad, criterio que ha sufrido una modificación a la vista del posicionamiento del Tribunal Supremo (81), que entiende que la libertad de regulación de la jornada que establece el artículo 7.º del Real Decreto 1382/1985 posibilita la contratación a tiempo parcial del personal directivo. Actualmente, la Administración admite la posibilidad de que el personal de alta dirección pueda ser contratado a tiempo parcial y, en estos casos, la cotización girará en función de las horas realmente trabajadas (82).

(77) No obstante, respecto al Régimen de la Minería del Carbón hay que tener en cuenta las especialidades derivadas de la determinación de las «*bases normalizadas de cotización*», en los términos que se contienen en el artículo 89. Siete de la Ley 65/1997, así como en la disposición adicional cuarta de la Orden de 26 de enero de 1998.

(78) Este artículo de la Orden de 26 de enero de 1998 no resulta afectado por la derogatoria del Real Decreto 489/1998.

(79) De conformidad con lo establecido en el artículo 47 del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

(80) En desarrollo de las previsiones de la Ley de Presupuestos Generales del Estado del respectivo ejercicio económico.

(81) STS de 4 de febrero de 1997.

(82) Véase el contenido de la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de 15 de enero de 1998, transcrita en la Circular 5-007, de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 11 de febrero de 1997. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. (Legislación y Jurisprudencia)*. Ed. Estudios Financieros. Madrid. N.º 182. Mayo. 1998.

5. El ámbito de la acción protectora.

Aunque el ámbito de la acción protectora de los trabajadores contratados a tiempo parcial es amplio, en cuanto afecta al conjunto de las prestaciones dispensadas, planteando problemas de diversa índole (83), sin embargo el presente trabajo se centra únicamente en aquellas cuestiones que impliquen en cierta forma una novedad sobre la regulación anterior (centrada, básicamente, en la mejora de la protección a dispensar en los contratos con duración inferior a 12 horas a la semana o 48 horas al mes, así como a la nueva regulación de las prestaciones de incapacidad temporal y maternidad). De igual modo, se efectúa un análisis de la problemática de la aplicación de la regla de la proporcionalidad en el acceso a las prestaciones, si bien hay que advertir que, en este ámbito, la normativa reglamentaria recientemente aprobada no hace sino continuar las reglas vigentes en la Seguridad Social desde hace más de 16 años.

5.1. La mejora de la protección: algunas consecuencias de la misma.

La novedad esencial de la nueva normativa respecto a los contratos a tiempo parcial, en materia de Seguridad Social, reside en la supresión de las diferencias que, en la legislación anterior existían, en función de la duración de la jornada realizada. Por ello, los trabajadores contratados a tiempo parcial, con independencia del número de horas realizadas, estarán protegidos frente a la totalidad de las situaciones y contingencias que se encuentren previstas, con carácter general, en el Régimen de Seguridad Social en el que figuren encuadrados.

El artículo 1.º del Real Decreto 489/1998 despeja una duda sobre el alcance de la reforma contenida en la Ley 63/1997. Del tenor literal de la disposición transitoria de aquella (84) parecería desprenderse que a los contratos a tiempo parcial, con jornada inferior a las 12 horas a la semana o 48 horas al mes, suscritos antes del 17 de mayo de 1997 (85), les sería de aplicación la normativa anterior y, consecuentemente, el ámbito de la acción protectora dispensada quedaría limitado, manteniéndose la exclusión de las pensiones y de la incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes. Sin embargo, no es ésta la solución a que llega el Real Decreto 489/1998, ya que la equiparación de la acción protectora de la Seguridad Social, para el conjunto de los trabajadores contratados a tiempo parcial, opera, a partir del 1 de mayo de 1998 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto 489/1998), **y cualquiera que fuese la fecha de la celebración del contrato.**

(83) Un análisis de las distintas prestaciones, de las condiciones necesarias para su acceso, así como de la problemática, puede encontrarse en LUELMO MILLÁN, M.A., *op. cit.* De igual modo, un análisis de la jurisprudencia de la última década sobre los diferentes ámbitos de tiempo parcial en RODRÍGUEZ PASTOR, G.: «Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social (1990-1997)». *Tribuna Social*, N.º 85. Enero. 1998. Págs. 178-195.

(84) La disposición transitoria primera de la Ley 63/1997 establece expresamente que «los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de esta Ley continuarán rigiéndose por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron».

(85) Fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo.

La equiparación de la acción protectora de los trabajadores a tiempo parcial, con jornada inferior a 12 horas a la semana o 48 horas al mes, con el resto de los trabajadores y, además, el hecho de que esa equiparación opere respecto a los contratos celebrados con anterioridad, plantea una serie de interrogantes, respecto a la incidencia de la nueva normativa en situaciones generadas con anterioridad. En la regulación anterior, se permitía a un trabajador que estuviese realizando una actividad a tiempo parcial, sin que la duración de la prestación de servicios superase las horas señaladas, la suscripción de Convenio Especial; alternativamente, una persona que hubiese suscrito Convenio Especial con la Seguridad Social no debía suspender el mismo, por el hecho de que realizase una actividad a tiempo parcial, en las condiciones de jornada señaladas (86). La razón de esa regulación particular era, precisamente, la ausencia, en el ámbito de la acción protectora de la actividad realizada, de todo un conjunto de prestaciones que, a su vez, constituían el ámbito protector del Convenio Especial. Dado que, a partir del 1 de mayo de 1998, los contratados a tiempo parcial, en su generalidad, ya están protegidos por las contingencias y prestaciones, objeto del Convenio Especial, ¿se puede mantener dicho instituto jurídico o, por el contrario, debe ser causa de extinción?

Ante dicho interrogante, la solución del mantenimiento parece posible, teniendo en cuenta el contenido del artículo 9.º de la Orden de 18 de julio de 1991 (87), a cuyo tenor no procede la extinción del Convenio Especial el hecho de que la inclusión en un Régimen de Seguridad Social lo sea como consecuencia de un contrato a tiempo parcial. Asimismo, cualquier persona que realice una actividad a tiempo parcial, puede celebrar un Convenio Especial, con la finalidad de completar la base de cotización, a fin de que alcance el importe de la base mínima «ordinaria» (88)

Cuestión más ardua la constituye la compatibilidad entre el percibo de determinadas prestaciones y la realización de una actividad por cuenta ajena, mediante contrato a tiempo parcial. En la regulación anterior, el ejercicio de una actividad a tiempo parcial, cuando la jornada no superaba las 12 horas a la semana o las 48 al mes, era compatible con la percepción, por ejemplo, de una pensión de jubilación o de una pensión de incapacidad permanente total cualificada. El criterio administrativo se basaba en el hecho de que, durante la realización de esa actividad a tiempo parcial, en las condiciones señaladas, el interesado no tenía cubiertas las prestaciones que se venían percibiendo, por lo que los efectos suspensivos previstos en la normativa general (89), para los casos de inclusión del percceptor de la prestación en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, no debía extenderse cuando esa inclusión lo es con ámbito restringido.

(86) Véase el párrafo a), del artículo 2, de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 18 de julio de 1991, por la que se regula el Convenio Especial en el sistema de la Seguridad Social, en la redacción dada al mismo por la disposición adicional 22.ª de la Orden de 18 de enero de 1995, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social contenidas en la Ley 41/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1995.

(87) En la redacción dada por la disposición adicional 22.ª de la Orden de 18 de enero de 1995.

(88) De acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la Orden de 18 de julio de 1991. Ello tiene trascendencia en orden a la acción protectora. Así, por ejemplo, es criterio administrativo, respecto a la integración de lagunas que, durante los períodos en que no haya habido obligación de cotizar inmediatamente posteriores a otros de vigencia de Convenio Especial, la integración de lagunas se efectuará por la base mínima de cotización sin prorrateo.

(89) Artículo 16 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967, de aplicación y desarrollo de las prestaciones de vejez en el Régimen General, y artículo 6.4 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

Sin embargo, la inclusión en el marco de la acción protectora dispensada, entre otras, de las pensiones, lleva a que los razonamientos en que se asentaba la compatibilidad pierdan su propio fundamento. De ello se deduce que una persona que viniese simultaneando el percibo de una pensión de jubilación o del complemento del 20 por 100 en una incapacidad total, con la realización de un trabajo a tiempo parcial, con prestación de servicios inferior a 12 horas a la semana o 48 horas al mes, deberá, bien dejar el trabajo, bien suspender el percibo de la pensión correspondiente, por incurrir en una de las causas de incompatibilidad previstas en la normativa de Seguridad Social.

Dado que la ampliación de la acción protectora dispensada en los contratos a tiempo parcial que venían denominándose «*marginales*» se produce a partir del 1 de mayo de 1998, y para todos estos contratos, con independencia de la fecha en que se concertaron, la nueva normativa (90) establece expresamente que los períodos cotizados con anterioridad no son válidos para las nuevas prestaciones, de modo que, a efectos de cubrir los períodos de cotización exigidos para causar derecho a las prestaciones económicas de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, a las prestaciones o subsidios de desempleo, y a las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia, derivadas ambas de enfermedad común, no serán computables las cotizaciones efectuadas por los trabajadores contratados a tiempo parcial, por duración inferior a 12 horas a la semana o 48 al mes, durante los períodos que hubieran estado excluidos de la protección de dichas situaciones, es decir, por los períodos cotizados antes del 1 de mayo de 1998.

5.2. *El acceso a la acción protectora: el problema de la proporcionalidad.*

La normativa de Seguridad Social (91) condiciona el derecho a diferentes prestaciones de la Seguridad Social al cumplimiento de determinados requisitos, unos de carácter general y otros de naturaleza particular y, dentro de éstos, algunas prestaciones (92) precisan que se acrediten unos determinados períodos de cotización, siendo usual que dichos períodos de cotización «*o de carencia*» se acrediten en un determinado tiempo de referencia; de igual modo, en diferentes prestaciones y para la determinación de su cuantía, se tiene en cuenta un promedio de las bases acreditadas en un período determinado, lo que se denomina la «*base reguladora*», por último, en ocasiones la intensidad de la prestación está en función de los períodos de cotización acreditados por el interesado a lo largo de la vida laboral (93).

(90) Disposición transitoria segunda del Real Decreto 489/1998.

(91) Véase el artículo 124.1 TRSS.

(92) Prestaciones económicas como las de maternidad, desempleo, jubilación y de incapacidad temporal, incapacidad permanente y de muerte y supervivencia, cuando derivan de enfermedad común.

(93) Esta situación acaece, por ejemplo, en la pensión de jubilación, cuyo importe es el resultado de aplicar a la respectiva base reguladora un porcentaje, cuya cuantía está en función del número de años que se haya cotizado.

El problema, respecto al contrato a tiempo parcial, reside en si para el cómputo de ese período mínimo o de cotización, a efectos de determinación de la base reguladora o para el cálculo de la intensidad de la protección, se toman en cuenta los períodos naturales trabajados, con independencia del número de horas o, por el contrario, se pondera la jornada de trabajo realizada (y, por tanto, cotizada), es decir, se aplica la regla de proporcionalidad.

El ordenamiento de la Seguridad Social no ofrece dudas al respecto, puesto que «para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones, **incluida la de la protección por desempleo**, se computarán exclusivamente las horas trabajadas», a cuyo fin «reglamentariamente se determinará la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, equivalentes a la jornada habitual diaria en la actividad de que se trate, así como los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos» (94). En desarrollo de estas previsiones legales, el artículo 3.º del Real Decreto 489/1998 señala que «a efectos de la determinación de los períodos de cotización y de las bases reguladoras de las prestaciones, **excluidas las prestaciones por desempleo, que se regirán por su normativa específica** será de aplicación lo establecido en la disposición adicional novena del Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, así como en el artículo siguiente del presente Real Decreto (referido únicamente a las prestaciones de incapacidad temporal y maternidad)».

Del análisis de la norma reglamentaria se desprenden dos cuestiones:

- En primer lugar, su aparente contradicción con el contenido de la norma legal que parece desarrollar. En esta última, se establece que, a efectos de las prestaciones por desempleo, habrá de tenerse en cuenta exclusivamente las horas trabajadas; pero, en la norma reglamentaria no se procede a una regulación específica, sino que se difiere a lo que establezca la legislación específica. La problemática reside en que dicha legislación específica es precisamente opuesta al tenor literal de la ley, en cuanto que, para las prestaciones por desempleo y a efectos de la acreditación del período mínimo de cotización exigido, «cada día trabajado equivale a un día cotizado», con independencia de las horas trabajadas (95), mientras que la regla de proporcionalidad se predica, asimismo, de las prestaciones por desempleo, en la Ley 63/1997.

(94) Apartado 4 del artículo 12 ET, en la redacción dada por la Ley 63/1997.

(95) De conformidad con lo establecido en el apartado 4, artículo 3, del Reglamento de las prestaciones por desempleo, aprobado por Real Decreto 625/1985. Esta regulación fue aplicada por analogía, en el ámbito de otras prestaciones de Seguridad Social, por el Tribunal Supremo, en la Sentencia dictada en recurso para la unificación de doctrina, de 26 de mayo de 1993, que declaró *ultra vires* la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social, de 1 de febrero de 1982.

De acuerdo con el contenido de la resolución anterior, a efectos de cubrir los períodos de cotización y de la determinación de la base reguladora de las prestaciones económicas de la Seguridad Social correspondientes a trabajadores que realizasen actividades mediante contrato a tiempo parcial, se tendrían en cuenta únicamente las horas trabajadas, las cuales eran transformadas en días de cotización a través de un fórmula sencilla (el total de horas acreditadas en un período determinado se dividía por el número de horas que constituía la jornada diaria en la actividad de que se tratase, constituyendo el cociente el número de días acreditados). Para el Tribunal Supremo la Resolución de 1.º de febre-

- Aunque pueda entenderse que el Real Decreto 489/1998, de 27 de marzo, constituye el desarrollo reglamentario del artículo 12.4 ET (así como de la disp. adic. séptima TRSS), el mismo, al mantener la regulación anterior (salvo en lo que respecta a las prestaciones de incapacidad temporal y maternidad), no resuelve los problemas sustanciales que la aplicación, respecto de los contratos a tiempo parcial, de las reglas generales de ordenación de la protección de la Seguridad Social, provoca tanto en el acceso como en la intensidad de las prestaciones, y que ha sido puesta de manifiesto por la doctrina (96). Habrá que esperar a la regulación definitiva (anunciada en el propio preámbulo del Real Decreto 489/1998), para conocer cómo se va a solucionar la problemática particularizada de los contratos a tiempo parcial (97).

ro de 1982 carecía de eficacia jurídica, por falta de rango adecuado y haber sido dictada sin que existiese una norma habilitante y, ante la ausencia de norma positiva, declaró aplicable por analogía la regulación existente en las prestaciones de desempleo de modo que en el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social, los días trabajados y cotizados deberían ser computados como un día, con independencia del número de horas. (Este criterio fue seguido por otras sentencias en el mismo sentido, como las de 18 de octubre y 18 de diciembre, ambas de 1993, o las de 25 de marzo y 11 de mayo, ambas de 1994).

Frente a esas sentencias, la disposición adicional novena del Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, de revalorización de las pensiones de la Seguridad Social («irregular vía... pero técnica de cierto raigambre con la que se pretende hacer frente a la consolidación jurisdiccional de tesis opuestas a las recogidas en una normativa jerárquica o conceptualmente insuficiente», según las palabras de LUELMO MILLÁN, M.A., *op. cit.*, pág. 264), volvió a recoger, mediante norma de rango suficiente, los criterios de proporcionalidad en el acceso a las prestaciones y la determinación de la cuantía de las prestaciones.

Con posterioridad, la Ley 42/1994, mediante la que se modificaba la Ley 10/1994, al regular los contratos a tiempo parcial, incluyó el criterio de proporcionalidad, también para las prestaciones por desempleo, criterio que se incorporó en el artículo 12 ET y que se mantiene en la nueva reforma, facultando para que, reglamentariamente, se determinase la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, así como los períodos en que debían estar comprendidos. Han existido dudas sobre si la disposición adicional novena del Real Decreto 2319/1993 constituía el desarrollo reglamentario del artículo 12 ET. Se estima que es posible la interpretación positiva, en cuanto que el antecedente del artículo 12.4. ET estaba constituido por el Real Decreto-Ley 18/1993, anterior en consecuencia al citado Real Decreto.

A pesar del cuestionamiento inicial de la validez de la disposición adicional novena del Real Decreto 2319/1993, así como su alcance temporal, la misma ha sido confirmada por el Tribunal Supremo, en las Sentencias dictadas en recursos para la unificación de doctrina de 7, 13 y 14 de febrero, todas ellas de 1997 (con criterios seguidos por otras posteriores). Un análisis de esta disposición adicional y el posicionamiento jurisprudencial, se encuentra en LÓPEZ GANDÍA, J.: «Trabajo...», *op. cit.*, págs. 48-59).

Para un análisis de la evolución seguida en el criterio de la proporcionalidad en el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial, véase DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I., *op. cit.*, págs. 94-101.

- (96) Para algunos autores, aunque desde un punto de vista jurídico podría entenderse que la disposición adicional novena del Real Decreto 2319/1997 constituye el desarrollo reglamentario del artículo 12.4 ET, hay que tener en cuenta que la Ley 63/1997 es consecuencia, como expresamente se refleja en la Exposición de Motivos de aquella, del AIEE y en este se precisa que las partes firmantes del mismo se comprometen a dirigirse al Gobierno para que, previos los análisis correspondientes, se pongan en marcha las previsiones establecidas en la disposición adicional séptima TRSS -previsiones que coinciden con las del art. 12.4 ET-, a efectos de determinar los períodos de carencia y cómputo de cotizaciones.

De esos antecedentes político-sociales y normativos, «puede pensarse que todavía se precisa de ese desarrollo reglamentario... bien para sustituir el actual lo que no parece probable, porque la reiterada disposición adicional novena del Real Decreto 2319/1993 está en línea con la normativa principal a la que sirve de reglamento, bien para completarse en aspectos puntuales y, en todo caso, secundarios». LUELMO MILLÁN, M.A. *op. cit.*, pág. 265.

- (97) Algunos ejemplos de casos particulares de esa problemática se contienen en DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I., *op. cit.*, págs. 97 ó 98, o en el trabajo citado de TORTUERO PLAZA, J.L.

Las reglas generales que se contienen en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social, en la disposición adicional novena del Real Decreto señalado (salvo en lo que respecta a las prestaciones de incapacidad permanente y maternidad, que se comentan aisladamente) son las siguientes:

- Por lo que respecta a los **períodos mínimos de cotización**, se mantiene la regla proporcional en función de las horas realmente trabajadas y, por tanto, cotizadas. A tal efecto, los días trabajados son objeto de conversión en días de cotización (98). Cuando el período de cotización deba estar comprendido en un lapso de tiempo determinado e inmediatamente anterior al hecho causante, este lapso se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada activamente realizada respecto a la jornada habitual de la actividad correspondiente, si bien esta regla excepcional únicamente se aplica cuando se trate de trabajadores con 5 años de contrato a tiempo parcial, dentro de los 15 años anteriores al hecho causante (99). La exigencia de que, para la aplicación de la ampliación del período de referencia, el interesado haya tenido que estar contratado a tiempo parcial, al menos 5 años dentro de un período de 15, no parece tener fácil justificación, y tal vez la nueva regulación hubiese sido un buen momento para proceder a la supresión de la misma que viene arrastrándose en la normativa de la Seguridad Social desde la Resolución de 1 de febrero de 1982.
- En lo que se refiere a la **determinación de la base reguladora**, se mantienen las reglas de la ampliación del período que se toma en consideración con carácter general, a cuyo tenor:
 - Se tomará el período de cotización necesario para que resulte un período de días equivalente al establecido con carácter general para la prestación de que se trate.
 - La base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización correspondientes al período a que se refiere el párrafo anterior entre el divisor que corresponda con carácter general, y (100)

(98) A efectos de la conversión señalada, el número de horas trabajadas se dividen entre el número de horas que constituya la jornada habitual en la actividad de que se trate, siendo el resultado el número de días de cotización que se consideran acreditados. Si, por ejemplo, un trabajador realiza su actividad en un contrato a tiempo parcial a lo largo de un año, en una actividad en que la jornada de trabajo anual es de 1.610 horas, acreditando 925 horas, el total de días cotizados, a efectos de las prestaciones de Seguridad Social, sería de 210, en vez de los 365 días naturales.

(99) Por ejemplo, en el caso de las pensiones de muerte y supervivencia, derivadas de enfermedad común, -estando el fallecido en situación de alta o situación de asimilación al alta-, se exige un período de 500 días que debe estar comprendidos dentro de 5 años anteriores al hecho causante. En el supuesto de un trabajador contratado a tiempo parcial, con una jornada equivalente al 50 por 100 de la habitual, se exigiría que los 500 días de cotización estuviesen comprendidos dentro de los 7,5 años anteriores al fallecimiento.

Una crítica de la exigencia de los períodos de cotización, siguiendo la regla de proporcionalidad, puede encontrarse en TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*, para quien la regla de la proporcionalidad pura, respecto a los períodos de cotización, «es inadecuada en términos generales y, especialmente, para las pensiones de incapacidad permanente y de jubilación, en los que se exigen largos períodos carenciales».

(100) Actualmente, por ejemplo, para la pensión de jubilación se toma en consideración las cotizaciones de los últimos 10 años, es decir, 3.650 días. Para un trabajador contratado a tiempo parcial, cuya jornada fuese equivalente al 60 por 100 de la jornada habitual, deberían computarse las bases de cotización de los últimos 16 años.

- En el supuesto en que proceda la integración de lagunas de cotización (101), la integración de los períodos durante los que no haya habido la obligación de cotizar, se llevará a cabo con las bases mínimas de entre las aplicables en cada momento para los trabajadores mayores de 18 años, correspondientes al número de horas contratados en último término (102).

Como ha señalado la doctrina, en principio, el establecimiento de las reglas indicadas para acomodar las particularidades de los contratos a tiempo parcial «parece extraordinariamente sencillo; sin embargo nada más lejos de la realidad, ... (ya que) son innumerables y complejísima los problemas que encierra» (103). Desde luego una de esta problemática la constituye la actualización de las bases de cotización o la forma de «relleno de lagunas» de cotización. Respecto a la primera cuestión, la práctica administrativa seguida es la de que, en la determinación de la base reguladora de las pensiones de jubilación o de incapacidad permanente de los trabajadores contratados a tiempo parcial, únicamente son objeto de actualización las bases de cotización que correspondan al período comprendido entre los meses 25 al 96 (104), ambos inclusive, inmediatamente anteriores al hecho causante.

Por lo que se refiere a la denominada «integración de las lagunas de cotización», la doctrina ha puesto de manifiesto su complejidad, teniendo en cuenta la distinta configuración y de las diferentes causas por las que una persona deja de cotizar en un momento determinado (105). En este ámbito, la práctica seguida por la Entidad Gestora es tener en cuenta la forma de cotizar inmediatamente anterior a la que dio lugar a la ausencia de la obligación de la misma, de manera que si lo era por una cotización «parcial», la integración se efectúa también por una base mínima proporcional; por el contrario, cuando con anterioridad a la laguna se cotizaba «de forma completa» (106), la integración de la laguna se efectúa por la cuantía íntegra de la base mínima.

(101) En los términos señalados en los artículos 140.4 y 162.1.1.2 TRSS.

(102) El párrafo 3 del apartado 4 de la disposición adicional novena del Real Decreto 2319/1993, se refiere, respecto a la integración de las lagunas de cotización que la misma se efectuará con la base mínima de entre las aplicables en cada momento para los trabajadores mayores de 18 años, «ya sean por horas o **por días** correspondientes al número de horas o **días** contratados en último término». Las referencias a «los días» hay que entenderlas en desuso, desde la entrada en vigor de la Ley 42/1994, en la que la única referencia se efectúa a las «horas», volviendo a la redacción que contenía el Real Decreto-Ley 18/1993, y que alteró, sin causa justificada, la Ley 10/1994.

(103) TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.* Entre esos problemas, el autor cita como no resueltos por la normativa aprobada, la forma en que se determina la base reguladora de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales; la ausencia de reglas para solucionar los problemas que derivan de la interpolación de trabajos a tiempo completo y de trabajos a tiempo parcial; qué lagunas se completan, si las mismas lo son con carácter general, o sólo las provocadas por la parcialidad o, también, las que están provocadas por el fin de la obligación de cotizar.

(104) Conforme previene la disposición transitoria quinta TRSS, durante el año 1998, el período de la base reguladora de la pensión de jubilación, objeto de actualización, es el correspondiente al período comprendido entre los meses 25 al 120, ambos inclusive, inmediatamente anteriores al hecho causante de la pensión.

(105) Un análisis de las distintas lagunas de cotización puede verse en DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I., *op. cit.*, págs. 98-99.

(106) Por ejemplo, cotización mediante Convenio Especial, situación de desempleo con derecho a la prestación y de cotización, etc.

- Por último, en lo que se refiere a la **intensidad de la protección**, cuando la prestación respectiva dependa, en su cuantía, de los períodos cotizados -como sucede en el caso de la jubilación-, se aplican las reglas generales, dada la ausencia de cualquier regla normativa en esta materia (107). No obstante, advertir que las consecuencias de la aplicación de las reglas de proporcionalidad resultan mitigadas por las pensiones mínimas, por cuanto que, respecto de éstas, no se aplica ninguna especialidad de proporcionalidad (108).

6. Las prestaciones de incapacidad temporal y maternidad.

La mayor novedad que, en la ordenación de la acción protectora de los trabajadores a tiempo parcial más allá de la ampliación de las prestaciones en los contratos que se denominaban -«*marginales*»-, contiene el Real Decreto 489/1998 se refiere en las prestaciones a corto plazo o subsidios correspondientes a las situaciones de incapacidad temporal y de maternidad, tal vez por el hecho de que estas prestaciones «son las que plantean menores dificultades, al menos en las grandes magnitudes» (109). A tal fin, el citado Real Decreto establece una regulación novedosa, que implica una derogación expresa (110) de la normativa anterior, cuyos principios básicos, y por separado para cada una de las prestaciones indicadas, se analizan en los párrafos siguientes.

6.1. La prestación de incapacidad temporal.

Aunque con anterioridad al Real Decreto 489/1998 ya existían reglas específicas de ordenación de la prestación de incapacidad temporal en los casos de trabajadores a tiempo parcial (111), sin embargo la aplicación de estas disposiciones no era pacífica, en particular en su aplicación a los tra-

-
- (107) Por ejemplo, para lograr el 65 por 100 de la base reguladora se requiere, en la pensión de jubilación, acreditar un período de cotización de 20 años. En un contrato a tiempo parcial, con una jornada del 50 por 100 en relación con la jornada habitual de la actividad de que se trate, ese porcentaje requeriría cotizar durante 40 años.
 - (108) Esa regla sí que existe en otros ordenamientos de Seguridad Social -por ejemplo, en Dinamarca o Bélgica- donde se otorga un importe de pensión cuando se acredita un período amplio de cotización, empleo o residencia, según los casos, aplicándose la proporcionalidad, cuando el número de años de cotización, de empleo o de residencia, es inferior.
 - (109) TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*
 - (110) La disposición derogatoria del Real Decreto 489/1998 deroga expresamente el apartado 3 y la regla 4.ª del apartado 4 de la disposición adicional novena del Real Decreto 2319/1993.
 - (111) Básicamente la disposición adicional novena del Real Decreto 2319/1993, así como las previsiones contenidas anualmente en las respectivas Órdenes por las que se desarrollaban las normas de cotización a la Seguridad Social contenidas en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado; en concreto, para el ejercicio 1998, el artículo 32 de la Orden de 26 de enero de 1998.

bajadores fijos-discontinuos (112), incertidumbre propiciada tanto por la ausencia de una normativa específica, como por la dificultad especial de delimitar esta modalidad de contratación y de adaptar las disposiciones generales a la misma.

La falta de una regulación clara fue colmada por una regla de rango ínfimo (Resolución de la entonces Dirección General de Régimen Económico de la Seguridad Social, de 12 de enero de 1979), en la que, entre otros extremos, a efectos de determinación de la base reguladora de la prestación (en aquel momento denominada de «*incapacidad laboral transitoria*») se previó que la misma se obtendría mediante la división de la base de cotización correspondiente al mes anterior al hecho causante de la prestación entre el número de días de cotización a que, dentro de dicho mes, aquélla se refiriese, y nunca por el número de días naturales de dicho mes. No obstante, la norma únicamente se refería a la forma de determinar de la base reguladora de la prestación, pero no abarcaba el período de devengo de la prestación, por lo que surgió la duda de si la misma se abonaba en base a los días presumibles de trabajo o por los días naturales durante el período en que el interesado estuviese en la situación de incapacidad (113).

La duda fue resuelta, mediante resoluciones administrativas internas, en el sentido de que la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal se determinase en función de los días de trabajo anteriores al hecho causante, y se abonase durante los días de trabajo efectivo, que se hubiese llevado a cabo de no estar el interesado en la situación temporal de incapacidad (114). Este criterio se incluyó de forma expresa en la disposición adicional novena del Real Decreto 2319/1993, de modo que, con independencia de la aplicación de las reglas señaladas respecto a los períodos de coti-

(112) Una muestra de ello la pueden constituir determinadas iniciativas parlamentarias llevadas a cabo en el ejercicio 1997, respecto a la forma de determinación de la prestación económica de incapacidad temporal en determinadas actividades, encuadradas, a efectos de Seguridad Social, en los sistemas especiales del Régimen General de frutas y hortalizas e industrias vegetales, con especial incidencia en las regiones del Levante español y Canarias.

Un análisis de la problemática de la incapacidad temporal en los trabajos fijos-discontinuos, se encuentran en FERNÁNDEZ URRUTIA, A. «Trabajadores fijos-discontinuos...», *op. cit.*; GARCÍA ORTEGA, J.: «Las relaciones laborales de Seguridad Social...», *cit.*; BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.^a A.: *Curso de Seguridad Social*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996. Pág. 123 y sigs.; DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I., *op. cit.*, págs. 101-103.

(113) La cuestión no era baladí. Piénsese, por ejemplo, en un persona que hubiese trabajado 15 días en el mes anterior en que causa baja, con una base de cotización de 75.000 pesetas. De acuerdo con la Resolución de 12 de enero de 1979, la base reguladora de la prestación sería el siguiente cociente ($75.000/15 = 5.000$), es decir, que el interesado tendría derecho al 75 por 100 de la base reguladora, es decir, a 3.750 ptas./día. Partiendo de la hipótesis de una permanencia en la actividad de 15 días al mes, de abonarse el subsidio únicamente los días de trabajo efectivo, el importe a percibir de la Seguridad Social, en concepto de prestación de incapacidad temporal, sería de 56.250 pesetas (resultado de multiplicar 3.750 por 15); por el contrario, si la prestación se abonase los días naturales, el interesado tendría derecho a una cuantía mensual de 112.500 (3.750 por 30). Ello daría lugar a que el importe de una prestación que, en principio va dirigida a sustituir las rentas o ingresos que dejan de obtenerse como consecuencia de la enfermedad o del accidente, no sólo sustituyesen en su integridad esos ingresos, sino que los superasen ampliamente.

(114) Los criterios administrativos indicados se incluyeron con posterioridad en normas reglamentarias, en particular, en las Órdenes por las que se desarrollaban las normas de cotización a la Seguridad Social y demás cotizaciones sociales, contenidas en las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Así, por ejemplo, para 1998 se contiene en el artículo 32 de la Orden de 26 de enero de 1998.

zación, la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal se calculaba como el cociente de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas por el interesado en el año inmediatamente anterior al hecho causante de la prestación, entre los días de trabajo de dicho período, así como que la prestación habría de abonarse solamente en los días de trabajo efectivo que no pudiesen realizarse, al encontrarse el trabajador en la situación incapacitante. La aplicación de la disposición adicional novena a los trabajadores fijos-discontinuos (en cuanto trabajadores con contrato calificado como de tiempo parcial) fue confirmada por resoluciones administrativas posteriores (115).

La nueva ordenación normativa contenida en el Real Decreto 489/1998 -que tiene unos antecedentes sociopolíticos (116)- pretende tener una aplicación general, en cuanto aplicable a todos los trabajadores contratados a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada y la modalidad de contrato -indefinido, temporal, fijo-discontinuo, eventual, etc.-, salvo en el caso de los trabajadores contratados a tiempo parcial e incluidos en los Regímenes Especiales Agrario o de Empleados de Hogar (117).

A continuación se señalan los requisitos de acceso a la prestación y el contenido de la misma, de conformidad con la nueva regulación:

a) La acreditación de los períodos de cotización.

Como suele ser habitual en los trabajos a tiempo parcial, en el ámbito de la acreditación del período mínimo de cotización exigido, en los supuestos en que la prestación de incapacidad temporal derive de una enfermedad común (180 días, que han de estar comprendidos dentro de los 5 años anteriores a la fecha del hecho causante de la prestación), la nueva normativa mantiene la regla de proporcionalidad. En tal sentido, se dispone que,

-
- (115) Entre ellas, la de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de 25 de junio de 1996 (no publicada).
- (116) En el AIEE las partes firmantes acuerdan «someter al Gobierno el estudio de la regulación actual de las prestaciones por incapacidad temporal en los contratos a tiempo parcial». Aunque en el AIEE se hace referencia al contrato a tiempo parcial en general, hay que entender la frase referida a los trabajadores fijos-discontinuos, dada la problemática y las iniciativas parlamentarias y de otra naturaleza que provocó la aplicación de la Resolución de 25 de junio de 1996, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, iniciativas todas ellas dirigidas a establecer una regulación propia para la prestación de incapacidad temporal, en el caso de los trabajadores citados. Entre las iniciativas parlamentarias, hay que destacar la Proposición no de Ley, aprobada por el Congreso de los Diputados, el 11 de diciembre de 1996, mediante la que se «insta al Gobierno para que, en el plazo más breve posible, adopte las medidas reglamentarias oportunas en materia de subsidios por incapacidad temporal para los trabajadores fijos-discontinuos». El contenido y antecedentes de la Proposición no de Ley pueden analizarse en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados. Serie D. N.º 93, de 8 de enero de 1997.
- (117) La justificación de que no se apliquen a los trabajadores a tiempo parcial, incluidos en los Regímenes Especiales Agrario o de Empleados de Hogar, las reglas contenidas en el artículo 4.º del Real Decreto 489/1998, se debe a las formas especiales de la permanencia en el Régimen, así como la de cotización. En dichos Regímenes, el alta en los mismos procede, en tanto se cumplan los requisitos que condicionan la inclusión de los interesados, cualquiera que sea la jornada que realicen; de igual modo, la cotización gira sobre unas bases mínimas, y no divisibles o fraccionables.

a efectos de reunir el mencionado período de cotización, «se computarán las horas efectivamente trabajadas, a tal fin, el número de días de cotización computables será el resultado de dividir el número de horas efectivamente trabajadas entre el número de horas que constituyan la jornada habitual de que se trate» (118).

Como se desprende del literal citado, la regla que se aplica a la prestación de incapacidad temporal es la que se establece con carácter general para la globalidad de prestaciones en la disposición adicional novena del Real Decreto 2319/1993. De igual forma, se aplican las reglas generales en orden a la acreditación del período referencial -el de los 5 años, dentro de los que deben estar comprendidos los 180 días-, ya que dicho «período se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual de la actividad correspondiente» (119).

b) *Base reguladora de la prestación y pago de la misma.*

El artículo 4.º del Real Decreto 489/1998 establece normas precisas sobre la forma de determinación de la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal, referidas unas de ellas para los supuestos de pago delegado de la prestación (120), y otras para los supuestos en que la prestación se abona de forma directa por las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (121). El hecho de que aparezcan reglas distintas en los supuestos indicados está directamente relacionado con la forma de pago de la prestación.

En la normativa anterior, se señalaba que la prestación se abonaría en los días efectivos de trabajo, es decir, en aquellos días en que el interesado debía trabajar, pero que se ve imposibilitado para ello a causa de su situación de incapacidad temporal. No obstante existen supuestos en que, una vez extinguida la relación laboral, existirían dificultades para conocer esos días en que procedería el abono de la prestación, como puede ser el caso de los trabajadores fijos-discontinuos. Conforme a la normativa laboral (122), estos trabajadores serán llamados (al trabajo) en el orden y en la forma que se determinen en los respectivos

(118) Párrafo a), apartado 1, del artículo 4 del Real Decreto 489/1998.

(119) Por ejemplo, en un contrato de trabajo a tiempo parcial, en el que la jornada fuese del 40 por 100 de la habitual, el período de 180 días debería estar comprendido dentro los 8 años anteriores al momento del hecho causante de la prestación de incapacidad temporal.

(120) De acuerdo con el artículo 77 TRSS, las empresas asumen, obligatoriamente y en régimen de pago delegado -es decir, por cuenta y a cargo de la Seguridad Social- el pago a sus trabajadores de la prestación de incapacidad temporal. Como contrapartida de las obligaciones asumidas, el empresario tiene derecho a compensar de las cotizaciones a ingresar las cantidades abonadas en concepto de incapacidad temporal. La regulación de esta colaboración obligatoria de las empresas se contiene en la Orden Ministerial de 25 de noviembre de 1966.

(121) Aunque existen otros supuestos excepcionales -por ejemplo, en las empresas de menos de 10 trabajadores, a quienes se haya autorizado el cese en la colaboración obligatoria-, el pago directo por la Entidad Gestora se produce básicamente cuando se extingue la relación laboral y el trabajador continúa en un proceso de incapacidad temporal.

(122) Párrafo b), apartado 3, artículo 12 ET.

convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en el caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido. En tal sentido, un trabajador fijo-discontinuo, que se encontrase en situación de incapacidad temporal, tendría derecho a percibir el subsidio de incapacidad temporal, cuando la persona que figurase detrás de él en la correspondiente lista, fuese «llamado» para trabajar. Ahora bien, si ello es fácil de comprobar en el ámbito de la empresa, resulta complejo cuando, extinguida la relación laboral, el abono de la prestación pasa a ser realizado directamente por la Entidad Gestora pública.

Con carácter general, la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal es «el resultado de dividir la suma de las bases de cotización, acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la prestación, entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período» (123). Dos precisiones sobre la regla de determinación de la base reguladora frente a la regulación anterior: en primer lugar, se reduce el período en que se calcula un promedio de las bases de cotización, que pasa a ser de 3 meses (124), frente a los 12 anteriores; con ello se logra que la base reguladora de cotización no esté desactualizada y que, al tiempo, se siga tomando en consideración un período que evite oscilaciones en la cotización, que podría producirse de tener en cuenta únicamente la base de cotización en el mes anterior; la segunda, que se hace referencia expresa a las cotizaciones acreditadas «en la empresa», referencia no existente en la normativa anterior, y que dio lugar a interpretaciones en el sentido de que, a efectos de la determinación de la base reguladora de la incapacidad temporal, deberían tomarse en cuenta las cotizaciones acreditadas en el período anterior -12 meses-, con independencia de que las mismas correspondiesen a la empresa en que se prestase servicios en el momento del hecho causante de la incapacidad temporal (125).

En estos supuestos, la prestación económica que corresponda se abonará durante todos los días contratados como de trabajo efectivo, en los que el trabajador permanezca en situación de incapacidad temporal.

Frente a esta regla general, en los casos en que, por causa de extinción de la relación laboral o interrupción de la actividad (o suspensión de la campaña, en los casos de los trabajadores fijos-discontinuos), la Entidad Gestora o, en su caso, la entidad colaboradora (126)

(123) Párrafo b), apartado 1, artículo 4.º Real Decreto 489/1998.

(124) Debe tenerse en cuenta que, si el interesado no acredita en la empresa 3 meses, se tendrán en cuenta las bases de cotización existentes en el período de prestación de servicios.

(125) No se participa del criterio expuesto, en cuanto que la prestación de incapacidad temporal viene a sustituir los ingresos cuya obtención se suspende como consecuencia de la enfermedad o el accidente. Por ello, las cotizaciones que deben tenerse en cuenta, para la determinación de la base reguladora de incapacidad temporal, serán las que tengan relación con los ingresos obtenidos en la empresa donde se presta la actividad que es interrumpida, y no a las acreditadas en otras empresas u otras actividades anteriores.

(126) La prestación de incapacidad temporal puede ser gestionada directamente, en los casos señalados por las disposiciones vigentes, no sólo por las Entidades Gestoras, sino también por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, tanto en lo que se refiere a las prestaciones que deriven de contingencias profesionales (cuando la empresa haya formalizado la cobertura de tales contingencias con una Mutua), como si deriva de

asuma directamente el pago de la prestación, a efectos del cálculo de la base reguladora diaria de la prestación, el dividendo es el mismo (la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa, durante los 3 meses inmediatamente anteriores al hecho causante de la prestación), pero se modifica el divisor, puesto que pasa a ser el número de días naturales existentes en el período, en vez del número de días trabajados (127). Lógicamente, al ser el divisor de mayor cuantía, el resultado es un cociente menor y, por tanto, una base reguladora de menor cuantía que la resultante en la fórmula aplicada en los supuestos de pago delegado. Esta reducción de la base reguladora se compensa, dado que el subsidio se abona durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en la situación de incapacidad temporal (128).

Por último, el hecho de que la prestación de incapacidad temporal se abone directamente o en régimen de pago delegado no afecta al cómputo del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que, en todo caso, se realizará «por referencia al número de días naturales de permanencia en la misma» (129), es decir, que la situación de incapacidad temporal tendrá una duración máxima de 18 meses naturales, contados a partir de la fecha del hecho causante de la misma (130).

contingencias comunes (en estos casos cuando, de conformidad con las previsiones de la disp. adic. undécima TRSS, la empresa también haya concertado con la misma Mutua que ésta gestione la prestación correspondiente a sus trabajadores).

La regulación, requisitos de las empresas, así como los derechos y las obligaciones asumidas por la Mutua, en su gestión de las prestaciones de incapacidad temporal, derivadas de contingencias comunes, se contienen en el Reglamento General de Colaboración en la Gestión de la Seguridad Social por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

- (127) En el caso de ser menor la antigüedad del trabajador en la empresa, la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que aquéllas correspondan.
- (128) En principio, una y otra regla tendrían que dar el mismo resultado, siempre que el número de días de trabajo efectivo, posteriores al hecho causante de la prestación, permaneciese invariable respecto al tenido en cuenta a la hora del cálculo de la base reguladora. Tómese, por ejemplo, un trabajador que, en los 3 meses anteriores al hecho causante, ha prestado servicios en 54 días -18 cada mes-, teniendo un salario cotizado de 4.000 ptas./día. En los supuestos de pago delegado, la base reguladora sería de 4.000 ptas. $[(54 \times 4.000)/54]$; en los casos de pago directo, y haciendo la ficción de que los 3 meses fuesen de 30 días, la base reguladora sería de 2.400 ptas. $[(54 \times 4.000)/90]$. Si en el mes siguiente al hecho causante de la prestación, el trabajador hubiese trabajado también 18 días, la cuantía de prestación percibida, aplicando una u otra fórmula, sería: en caso de pago delegado, 54.000 ptas. $[(4.000 \times 0,75) * 18]$; en los supuestos de pago directo: 54.000 ptas. $[(2.400 \times 0,75) * 30]$. Ahora bien, si el número de días de trabajo efectivo fuese inferior a 18, al trabajador le hubiese favorecido la fórmula del pago directo; por el contrario, si los días de trabajo fuesen superiores a los tenidos en cuenta para determinar la base reguladora, al interesado le resultaría más ventajosa la regla utilizada en los casos de pago delegado. La fórmula de abono de la prestación durante todos los días naturales, lo cual es consustancial con que la base reguladora se determine también tomando en consideración los días naturales, ya había sido propuesta por la doctrina. Véase al respecto, FERNÁNDEZ URRUTIA, A., *op. cit.*, pág. 132.
- (129) Párrafo d), apartado 1, artículo 4.º Real Decreto 489/1998.
- (130) La doctrina (*vid.*, entre ella, TORTUERO PLAZA, J.L. *op.cit.*) pone de manifiesto la insuficiencia de la regulación contenida en el Real Decreto 489/1998, que deja sin dilucidar cuestiones clave en la regulación de la misma, como, por ejemplo, la fecha en que comienza a percibirse el subsidio (lo sea a cargo de la empresa -desde los días 4.º al 15.º,

6.2. La prestación de maternidad.

Las reglas señaladas para la incapacidad temporal se aplican, de igual modo, a la prestación de maternidad, salvo en lo que respecta a la forma de cálculo de la base reguladora, que, en todo caso, se determinará en función de los días naturales, es decir, dividiendo la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa en los tres meses anteriores al hecho causante de la misma, entre el número de días naturales (131). En correspondencia con la forma de cálculo de las prestaciones, las mismas se abonan durante todos los días naturales que estén comprendidos en los descansos obligatorio y voluntario por maternidad, o en los períodos subsidiados por adopción o acogimiento.

Respecto a esta prestación, teniendo en cuenta las específicas circunstancias que concurren en ella (132), la doctrina señala la conveniencia de que se mitigue el criterio de proporcionalidad, estableciendo reglas ordenadoras de la protección *«ad hoc»*, que faciliten el acceso a la misma a los trabajadores que presten servicios en contratos a tiempo parcial, evitando de esta forma que ese acceso sea más formal, que real en la práctica, ante la necesidad de acreditar unos largos períodos de trabajo y, por tanto, de cotización (133).

cuando deriva de contingencias comunes- o de la Seguridad Social) y cómo se computa la misma o, a partir de qué momento, se comienza a percibir el porcentaje del 75 por 100, etc., cuestiones estas que han de dilucidarse mediante reglas de aplicación internas de la Administración y sin que sean conocidas por la mayoría de los interesados.

- (131) La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, creó una nueva prestación de la Seguridad Social -la de maternidad- que hasta entonces había constituido una modalidad de la anterior prestación de «incapacidad laboral transitoria», estableciendo la disposición adicional undécima ter TRSS que, respecto a la gestión de las prestaciones de maternidad, la misma sería llevada a cabo directamente por la Entidad Gestora respectiva, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas.
- (132) Así como el hecho de los bajísimos índices de natalidad que soporta España desde hace algunos años.
- (133) Por ejemplo, TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*, señala la necesidad de **«liberar a la maternidad de cualquier sometimiento a períodos carenciales previos»**.