

TESIS DOCTORAL

“PLURIEMPLEO Y

PLURIACTIVIDAD EN EL SECTOR

PRIVADO ESPAÑOL”

FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y
DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Programa Responsable: Cuestiones Actuales de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social. Bienio 2005-2007

Director de Tesis: **Catedrático D. Ignacio Duréndez Sáez**

Doctoranda: **Carmen María Alarte Mayordomo**

Licenciada en Derecho. Universidad de Murcia. Año 2003

DEA. Universidad de Murcia. Octubre 2007

Murcia. Edición cerrada a 28 de octubre de 2010

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Prólogo	17
Abreviaturas utilizadas	23
CAPÍTULO I Precisiones introductorias, delimitaciones conceptuales y visión de las situaciones de pluriempleo y pluriactividad desde la perspectiva constitucional	
I. Introducción	25
1. Estudio del pluriempleo y de la pluriactividad desde las perspectivas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	25
1.1. El pluriempleo y la pluriactividad desde la perspectiva del Derecho del Trabajo	25
1.2. Análisis de las situaciones en el ámbito de la Seguridad Social	29
2. El marco socioeconómico actual y las situaciones de pluriempleo y pluriactividad	32
2.1. Consideraciones previas	32
2.2. Situación actual del mercado de trabajo	35
3. Objeto y finalidad de la Tesis Doctoral	40
4. Metodología y fuentes utilizadas	40
5. Estructura	41
II. Delimitaciones conceptuales	42
1. Diferenciación entre pluriempleo y pluriactividad	42
2. Delimitación basada en el art. 9.1.4º del RD 2064/1995, de 22 de diciembre	43
3. Deslinde conceptual aportado por el art. 7.4 del RD 84/1996, de 26 de enero	47
4. Precisiones en el ámbito de algunos regímenes y sistemas especiales	53
4.1. Trabajadores Autónomos	56
A) El RETA y los supuestos de encuadramiento múltiple	57
B) Especial mención a los profesionales colegiados y pluriactivos	61
C) El Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios	63

4.2. Régimen Especial Agrario	63
4.3. Régimen Especial de Empleados del Hogar	72
4.4. Altos Cargos Directivos	74
4.5. Régimen Especial de Trabajadores del Mar	76
4.6. Régimen Especial de la Minería del Carbón	79
4.7. Especial referencia a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado	79
5. Conclusión	81
III. El pluriempleo y la pluriactividad desde el punto de vista constitucional	82
1. La Constitución Española de 1978	82
2. Derechos fundamentales y libertades públicas	83
2.1. Características	83
2.2. Comparación entre el tratamiento jurídico de la situación de pluriempleo y el de la pluriactividad, en el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social, desde el punto de vista de la igualdad	84
A) Introducción	84
B) Pronunciamientos del Tribunal Constitucional	84
C) Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina judicial	91
D) Diferenciación entre pluriempleo y pluriactividad en la normativa anterior a la DA 38 de la LGSS	92
E) La asimilación entre pluriempleo y pluriactividad, en el mecanismo para determinar la base reguladora, tras la entrada en vigor de la DA 38ª LGSS	92
F) Conclusión	93
3. Derechos constitucionales con rango ordinario, de específico contenido laboral	94
3.1. Características	94
3.2. Especial consideración del derecho al trabajo y su significado y alcance en relación a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad	95
A) Delimitación conceptual entre derecho al trabajo y libertad de trabajo	95
B) Las dos vertientes del derecho al trabajo	96
C) El pluriempleo y la pluriactividad en el texto constitucional	99
D) Fundamento de la constitucionalidad de las limitaciones y prohibiciones al pluriempleo y a la pluriactividad	99
E) Pluriempleo, pluriactividad y derecho de promoción profesional	100
F) Derecho a remuneración suficiente y principio de igualdad ante la ley	100
4. Los principios rectores de la política social y económica	103

CAPÍTULO II Análisis de las situaciones desde la perspectiva del Derecho del Trabajo. Limitaciones al pluriempleo y a la pluriactividad en el sector privado español

I. LIMITACIONES DIRECTAS	106
1. Introducción	106
2. La buena fe contractual como principio básico de la prohibición de concurrencia	108
3. Competencia Desleal	112
3.1. Introducción	112
3.2. Delimitaciones jurisprudenciales y de doctrina judicial	114
3.3. Conclusión	123
4. Pactos de Plena Dedicación	124
5. Límites directos relativos a la ordenación del tiempo de trabajo	131
5.1. Normas de Derecho Comunitario derivado: especial referencia a la propuesta de modificación de la Directiva 2003/88 CE	133
A) La Directiva 2003/88 CE, de 4 de noviembre de 2003, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo	133
1. Informe de la Comisión sobre el funcionamiento de las disposiciones de la Directiva 2003/88/CE, aplicables a los trabajadores «off-shore»	135
2. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo	135
B) Conexión de las normas mínimas de descanso con la salud laboral en el Derecho comunitario derivado. Directiva Marco reguladora de la salud laboral. Directiva 89/391/CEE del Consejo	140
5.2. Límites directos en normas de Derecho interno español sobre jornada máxima legal, descanso mínimo entre jornadas y descanso semanal	141
A) Precisiones introductorias sobre la consideración de estas normas como límites o la negación de tal naturaleza. Regla general de consideración como límite para el empresario strictu sensu	141
B) Excepciones. Especial mención a limitaciones directas relativas a supuestos concretos	143
a) Menores de edad	144
b) Transporte terrestre por carretera	145
c) Normas de seguridad aeronáutica civil sobre tiempos de actividad y requisitos de descanso	150

6. El deber de rendimiento y diligencia del trabajador	154
6.1. Concepto de rendimiento y diligencia	154
6.2. Prueba de la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado	155
6.3. Facultad de control del empresario	158
6.4. Requisitos formales del despido disciplinario	159
6.5. Impugnación y calificación judicial del despido disciplinario	161
7. Límites derivados de la protección de la salud de los trabajadores: Prevención de Riesgos Laborales	164
7.1. Riesgos Psicosociales	164
A) Fatiga	165
B) Estrés laboral	166
1. Concepto y relevancia actual	166
2. Factores desencadenantes del estrés laboral	168
3. Efectos del estrés sobre la salud de los trabajadores	169
4. Medidas Preventivas	170
C) Síndrome de “Burn Out”	171
D) Otros síndromes o trastornos psicológicos que pueden acentuarse con el pluriempleo o pluriactividad	172
1. Work addiction	172
2. Ergodependencia	173
3. Síndrome de fatiga informativa o Tecnoestrés	174
7.2. Tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales	175
A) Constitución Española de 1978	175
B) Derecho Comunitario	175
C) Normativa interna española con rango infraconstitucional	177
1. Estatuto de los Trabajadores	177
2. Ley de Prevención de Riesgos Laborales	177
a) Ámbito subjetivo de aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales	178
b) Síntesis de aspectos relevantes de la LPRL, en relación a los riesgos psicosociales	179
3. Ley General de la Seguridad Social	180
4. Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social	183
5. Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social	185
7.3. Tratamiento jurisprudencial y de doctrina judicial de los riesgos psicosociales objeto de estudio	185
A) Síndrome de Fatiga Crónica	185
B) Estrés Laboral	186
C) Burn Out	187
8. Prohibiciones y limitaciones directas contempladas en la negociación colectiva	188

II. LIMITACIONES INDIRECTAS	198
1. Modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo, relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo	198
1.1. Relación con las situaciones de pluriempleo y pluriactividad	198
1.2. Concepto de modificación sustancial	200
1.3. Facultades de actuación del trabajador en caso de desacuerdo con la modificación sustancial	204
a)- Impugnación judicial	204
b)- Rescisión extrajudicial del contrato	205
c)- Resolver unilateralmente el contrato en vía judicial	206
1.4. Modificaciones sustanciales adoptadas en fraude de Ley	207
1.5. Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor. Art. 47 ET según redacción del art. 7 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre	207
1.6. La modificación en los horarios en la doctrina judicial	209
2. Movilidad geográfica	212
2.1. Relación con las situaciones de pluriempleo y pluriactividad	212
2.2. Diferencia entre traslados y desplazamientos temporales	212
2.3. Régimen jurídico aplicable a la movilidad geográfica	214
A) Supuestos excluidos de la aplicación del art. 40 ET	216
B) Efectos de la decisión de movilidad geográfica	219
3. Pactos de Permanencia en la Empresa	223
3.1. Concepto y naturaleza	224
3.2. Duración	226
3.3. Carácter	226
3.4. Forma	228
3.5. Incumplimiento del pacto	228
3.6. Conclusión	229
III. Análisis de aparentes límites a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad	230
1. El concepto de salario contemplado en el art. 26.1 ET	230
1.1. Concepción amplia de salario	230
1.2. La eventual transgresión de la buena fe contractual, según la concepción amplia de salario, en caso de pluriempleo o pluriactividad	232
1.3. La STC 192/2003, de 27 de octubre, sobre percepción de otra remuneración por realización de trabajos durante el período vacacional	232

2. Análisis de otras normas sobre Ordenación del Tiempo de Trabajo	233
2.1. Jornada Máxima Legal	233
2.2. Descanso mínimo entre jornadas	237
2.3. Descanso semanal	239
2.4. Normas sobre vacaciones anuales	242
A) El carácter retribuido de las vacaciones, según el art. 38 ET	242
B) Referencia a la regulación anterior al art. 38 del ET	243
C) Normativa vigente e interpretaciones de doctrina judicial	245
D) Pronunciamiento del TC sobre la realización de trabajos durante el período vacacional: STC 192/2003, de 27 de octubre	248

CAPÍTULO III Análisis de las situaciones de pluriempleo y pluriactividad en el ámbito de la Seguridad Social

I. PLURIEMPLEO	253
1. Afiliación y altas. Cotización	253
1.1. Afiliación	253
A) Concepto y características	253
B) Formalización	255
a) A instancia del empresario	255
b) A instancia del trabajador	256
c) De oficio	257
1.2. Altas	258
A) Concepto y características	258
B) Formalización	260
C) Efectos	261
D) Alta múltiple en supuesto de pluriempleo	262
E) Análisis de la cuestión de si las situaciones asimiladas al alta, pueden dar lugar a la constitución de supuestos de pluriempleo y/o pluriactividad	264
1.3. Cotización en situación de pluriempleo	265
A) Reglas aplicables a la cotización en situación de pluriempleo	265
a) Topes máximo y mínimo de cotización	268
b) Bases máximas y mínimas	268
c) Tipos de cotización	268
d) Normas sobre cotización en situación de pluriempleo	269
d ₁) Contingencias comunes	269
d ₂) Contingencias profesionales	269

B) Régimen jurídico aplicable a la cotización en situación de pluriempleo y comparación con la cotización en supuestos de pluriactividad	270
a) Prestación de servicios a tiempo completo para todos los empleadores, o bien para una empresa en régimen de contratación a tiempo completo y en otra u otras, en régimen de contratación a tiempo parcial	270
b) Peculiaridades en caso de contrataciones a tiempo parcial	274
b ₁) Normas sobre el cómputo de cotizaciones	274
b ₂) Acreditación del período mínimo de cotización exigible	275
C) Peculiaridades de la cotización de los trabajadores del Régimen Especial del Mar, incluidos en los grupos 2º y 3º del artículo 19.5 del Texto Refundido aprobado por el Decreto 2864/1974, de 30 de agosto	277
D) Orden TIN/2408/2010, de 15 de septiembre, por la que se fijan para el ejercicio 2010, las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón	277
E) Análisis de algunos sectores integrados en el Régimen General con peculiaridades en la cotización y/o recaudación	279
a) Clérigos de la Iglesia Católica y Ministros de otras Iglesias y Confesiones	280
b) Jugadores profesionales de fútbol	283
c) Representantes de comercio	284
d) Artistas en espectáculos públicos	284
e) Profesionales taurinos	287
F) Especial mención al RD 404/2010, de 31 de marzo, regulador del establecimiento de un sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales, para empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral	289
G) Conclusiones sobre la cotización en supuestos de pluriempleo	292
1.4. Incumplimiento de los deberes de afiliación, altas, bajas y cotización	296
A) Responsabilidad por falta de afiliación y alta o por cumplimiento tardío de esta obligación	297
a) Especial referencia a la ausencia de alta en relación a la prestación de jubilación	298
b) Alta tardía	299
b ₁) Antes del hecho causante de la prestación	299
b ₂) Después del hecho causante de la prestación	301
c) Supuesto de alta errónea en situación de pluriempleo o de pluriactividad	302
d) Consecuencias de no comunicar la baja	303

B) Responsabilidades en supuestos de descubiertos en la cotización, o por infracotización, o por incumplimiento de la obligación de cotización, pero con el trabajador en alta o situación asimilada	304
a) Responsabilidad en supuestos de descubiertos en la cotización	304
a ₁) Existiendo aplazamientos de pago o acuerdos con la TGSS	304
a ₂) Si no existen aplazamientos o acuerdos con la TGSS	305
b) Responsabilidades en supuestos de infracotización	306
1.5. Cotización por pluriempleo en los casos de personal que figura en alta durante determinados períodos al mes en distintos códigos cuenta de cotización	311
A) Contestación de la TGSS nº 24, de 15 de enero de 1997	311
B) Contestación de la TGSS de 28 de enero de 2001	311
2. Prestaciones: compatibilidad e incompatibilidades	312
2.1. Principio de unidad e incompatibilidad de prestaciones económicas derivadas de una misma contingencia	312
2.2. Régimen de compatibilidad de las prestaciones de la Seguridad Social y el trabajo activo	314
A) Presupuesto: Doctrina del TSJ de Madrid sobre la distinción conceptual de prestación y pensión	314
B) Inexistencia de principio general de compatibilidad o incompatibilidad	314
C) Subsidios por Incapacidad Temporal	315
a) Compatibilidad del subsidio con el trabajo activo	315
b) Compatibilidad de la situación de baja por sanción de suspensión de empleo y sueldo y la situación de incapacidad temporal en otra empresa	317
D) Prestaciones económicas derivadas de Incapacidad Permanente	318
a) Compatibilidad/ incompatibilidad con el trabajo activo	318
b) Pronunciamientos jurisprudenciales y de doctrina judicial	319
E) Pensión de jubilación	324
a) La incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la realización de trabajo	324
b) Excepciones. La jubilación parcial y la jubilación flexible. Pensión de jubilación anticipada y trabajo a tiempo parcial. Compatibilidad de la jubilación parcial con la prestación laboral	327
c) Evolución normativa	330
d) Pensión de jubilación e incapacidad permanente	331
F) Prestación de desempleo	332
a) Realización de dos trabajos a tiempo parcial	337
b) Realización de dos trabajos, uno a tiempo parcial y otro a tiempo completo	337
G) Prestaciones por muerte y supervivencia	337

3. Análisis de las peculiaridades de las contingencias protegidas en supuestos de pluriempleo	339
3.1. <u>Determinación de la base reguladora de las prestaciones</u>	339
A • Norma general de determinación de la Base Reguladora: adición de bases de cotización simultáneas	339
B • Normas especiales	341
a). Determinación de la base reguladora de las prestaciones correspondientes al pluriempleo, en caso de que uno de los empleos se realice a tiempo completo	341
b). Prestación de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, procedente de varios trabajos a tiempo parcial	342
b ₁)- Incapacidad Temporal	342
b ₂)- Maternidad y Paternidad	343
b ₃)- Riesgo durante el embarazo	344
b ₄)- Riesgo durante la lactancia natural	345
c). Prestación de incapacidad permanente procedente de varios trabajos a tiempo parcial	346
d). Pensión de jubilación procedente de varios trabajos a tiempo parcial en situación de pluriempleo	348
d ₁)- Art. 162.5 LGSS. La actual no exigencia de la superposición final. Estudio comparativo de la redacción vigente y la anterior	348
d ₂)- Problemática de aplicar las cotizaciones ficticias para un solo empleo	349
d ₃)- Especialidades en la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, procedente de varios trabajos a tiempo parcial	351
d ₄)- Referencia a la problemática, ya inexistente, de la integración de lagunas de cotización de los contratos a tiempo parcial inferiores a 12 horas semanales ó 48 horas al mes	352
d ₅)- Pensión de jubilación anticipada y trabajo a tiempo parcial	354
e). Determinación de la Base Reguladora para las contingencias de Viudedad y Orfandad, en caso de pluriempleo	355
e ₁)- Base reguladora de las pensiones de viudedad y orfandad derivadas de Accidente no laboral con cotizaciones a tiempo parcial	357
e ₂)- Base reguladora de las pensiones de viudedad y orfandad derivadas de Enfermedad Profesional	359
e ₃)- Base reguladora de las pensiones de viudedad y orfandad derivadas de Accidente de Trabajo	359
f). Regímenes especiales excluidos del mecanismo de corrección para el trabajo a tiempo parcial	360

C • Normativa en materia de carencia sobre pluriempleo y trabajo a tiempo parcial. Convenio especial	361
D • El accidente de trabajo y la enfermedad profesional en la situación de pluriempleo	364
a). Comparación con la situación de pluriactividad	364
b). Prestación económica: base reguladora e imputación de responsabilidades según la doctrina judicial y la jurisprudencia	365
c). Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de 27 de mayo de 2009	368
d). Breve referencia al recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad y situaciones de pluriempleo	368
e). El suicidio como accidente de trabajo en situación de pluriempleo	369
3.2. <u>Análisis de las contingencias protegibles en las que puede tener repercusiones la situación de pluriempleo</u>	373
A • Incapacidad Temporal. Análisis de situaciones controvertidas en situaciones de pluriempleo	373
a). Supuesto de que un trabajador realice simultáneamente más de una actividad a tiempo parcial	373
b). Períodos de carencia y situaciones de recaída	375
c). Posibilidad de excluir del período mínimo de cotización, el lapso de tiempo en el que el trabajador estuviera imposibilitado legalmente o de hecho, para cotizar por la contingencia de IT	377
d). Breve referencia a la reforma introducida por la Ley 40/2007 y otras novedades normativas posteriores	377
B • Maternidad	380
a). Novedades generales introducidas por la LOIMH	380
b). Reglas especiales para el cálculo del subsidio contributivo de maternidad en supuestos de pluriempleo y pluriactividad	382
c). Prescripciones comunes a los permisos de maternidad y paternidad, para el disfrute del permiso a tiempo parcial	383
C • Riesgo durante el embarazo	385
a). Desempeño de servicios a tiempo parcial	385
b). Riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal	386
D • Paternidad	386
a). Titularidad del derecho	386
b). Modalidades y nacimiento del disfrute del permiso	387
c). Pluriempleo y paternidad	388
d). Trabajadores contratados a tiempo parcial	389
E • Riesgo durante la lactancia natural	390
a). Prescripciones generales sobre esta contingencia protegible	390
b). Pluriempleo y riesgo durante la lactancia natural	392
c). Peculiaridades en el ámbito de la contratación a tiempo parcial	393

F • Prestaciones económicas derivadas de Incapacidad Permanente	394
a). Problemática de la prestación por incapacidad permanente procedente de varios trabajos a tiempo parcial. Acreditación de los períodos de cotización necesarios	394
b). Incompatibilidades	394
c). Novedades introducidas por la Ley 40/2007 y otras modificaciones posteriores	396
G • Prestaciones por muerte y supervivencia	397
H • Pensión de jubilación	400
a). Pensión de jubilación anticipada y trabajo a tiempo parcial	400
b). Suspensión de la pensión de jubilación parcial	402
I • Pluriempleo y desempleo	403
a). Realización de dos trabajos a tiempo parcial	403
b). Realización de dos trabajos, uno a tiempo parcial y otro a tiempo completo	403
II. PLURIACTIVIDAD	404
1. Actos de encuadramiento y cotización en supuestos de pluriactividad	404
1.1. Distinción entre pluriactividad simultánea y sucesiva	404
A. Pluriactividad simultánea	404
B. Pluriactividad sucesiva	405
1.2. Actos de encuadramiento y Cotización en situaciones de pluriactividad	405
A. Pluriactividad y prohibición de inclusión múltiple obligatoria en un mismo régimen de Seguridad Social	409
B. Características generales y distintivas del pluriempleo en materia de cotización	410
1. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos	413
2. Régimen Especial Agrario	416
3. Régimen Especial de Empleados del Hogar	416
4. Régimen Especial de la Minería del Carbón	417
5. Régimen Especial de Trabajadores del Mar	417
C. Cómputo recíproco de cotizaciones y pluriactividad	417
1. Supuestos de aplicación	419
2. Alcance	420
3. Reconocimiento de la pensión	421
4. Incompatibilidades	422
5. Normas sobre cómputo de cotizaciones en el trabajo a tiempo parcial	423

D. Peculiaridades del alta y cotización en los regímenes especiales	425
1. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos	425
2. Régimen Especial Agrario	428
3. Régimen Especial de Empleados del Hogar	434
4. Régimen Especial de la Minería del Carbón	435
5. Régimen Especial Trabajadores del Mar	436
E. Posibilidad de suscripción de convenio especial	437
2. Pluriactividad y acción protectora	441
2.1. Prestaciones: compatibilidad e incompatibilidades. Concurrencia de pensiones. Compatibilidad de reconocimiento de pensiones derivadas del mismo hecho causante en supuestos de pluriactividad	441
2.2. Especialidades de las contingencias protegibles en las que pueden tener repercusiones las situaciones de pluriactividad	447
A • Incapacidad Temporal	447
A₁. Cuestiones generales sobre la Incapacidad Temporal en situaciones de pluriactividad	448
A₂. Peculiaridades de la Incapacidad Temporal en los regímenes especiales	451
1. Incapacidad Temporal. Pluriactividad cuando un trabajo se encuadra en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos	451
2. Incapacidad Temporal. Peculiaridades del Régimen Especial Agrario	456
3. Incapacidad Temporal. Peculiaridades del Régimen Especial de Empleados del Hogar	458
4. Incapacidad Temporal. Pluriactividad cuando un trabajo se encuadra en el Régimen Especial de la Minería del Carbón	459
5. Incapacidad Temporal. Pluriactividad cuando un trabajo se encuadra en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar	460
A₃. Peculiaridades en algunos Sistemas Especiales de la Seguridad Social	460
B • Riesgo durante el embarazo en situación de pluriactividad	461
B₁. Régimen jurídico aplicable con carácter general a las situaciones de pluriactividad	461
a) Situación protegida	461
b) Beneficiarias	462
c) Normas comunes a trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia	462
B₂. Especialidades en materia de contratación a tiempo parcial	464
B₃. Riesgo durante el embarazo y regímenes especiales	465
1. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos	466
2. Régimen Especial Agrario	468
3. Régimen Especial de Empleados del Hogar	469
4. Régimen Especial de la Minería del Carbón	469
5. Régimen Especial de Trabajadores del Mar	469

C • Maternidad	470
C ₁ . Consideraciones Previas	470
C ₂ . Pluriactividad y Maternidad	471
C ₃ . Prestación de servicios a tiempo parcial	472
C ₄ . Peculiaridades en Regímenes Especiales	473
1. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos	473
2. Régimen Especial Agrario	474
3. Régimen Especial de Empleados del Hogar	474
4. Régimen Especial de la Minería del Carbón	475
5. Régimen Especial de Trabajadores del Mar	476
D • Riesgo durante la lactancia natural	476
1. Beneficiarias y requisitos	477
2. Pluriactividad	478
3. Cuantía de la prestación	478
4. Inicio	479
5. Duración	479
6. Extinción	479
7. Responsabilidad de la gestión y el pago de la prestación	480
E • Paternidad	481
1. Paternidad en situaciones de pluriactividad	481
2. Período de cotización	483
3. Beneficiarios	485
4. Adopción o acogimiento de un menor	486
5. Inicio	486
6. Duración	487
7. Extinción	488
8. Cese de la actividad autónoma y paternidad	489
F • Incapacidad Permanente	489
F₁. Compatibilidad/ Incompatibilidad con el trabajo activo	489
a) Supuestos de Incapacidad Permanente Total	490
b) Incapacidad Permanente Total Cualificada	491
c) Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez	491
F₂. Compatibilidad/ Incompatibilidad con otras prestaciones de la Seguridad Social	491
a) Incapacidad Permanente Parcial	492
b) Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez	493
c) Asignaciones económicas por hijo a cargo en el nivel contributivo. Pensiones de viudedad y orfandad	493
d) Lesiones Permanentes No Invalidantes	494
e) Pensión de Jubilación	494
F₃. Incapacidad permanente en situaciones de pluriactividad cuando se producen encuadramientos en regímenes especiales	494
a) Incapacidad Permanente en el RETA	495
b) Incapacidad Permanente en el Régimen Especial Agrario	497

c) Incapacidad Permanente en el R. E. de Empleados del Hogar	500
1. Condiciones de acceso	500
2. Base reguladora	500
3. Contenido y cuantía de la prestación	501
d) Incapacidad Permanente en el R. E. de la Minería del Carbón	501
1. Calificación de la Incapacidad Permanente	502
2. Cotización	502
3. Base Reguladora	502
4. Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual	503
5. Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez	503
6. Revisión de la Incapacidad	505
e) Incapacidad Permanente en el R. E. de Trabajadores del Mar	506
F4. Cómputo recíproco de cotizaciones	507
F5. Especial mención a las novedades introducidas por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de Medidas de Seguridad Social	508
F6. Especial mención a las novedades introducidas por la Resolución de 27 de mayo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en materia de cálculo de capitales coste y sobre constitución por las MATEPSS, del capital coste correspondiente a determinadas prestaciones derivadas de enfermedad profesional	509
G • Pensión Contributiva de Jubilación	510
G1. Incompatibilidad/ compatibilidad de la pensión de jubilación con otras prestaciones de la Seguridad Social	511
1. Pensión de jubilación parcial	512
2. Incompatibilidad de la pensión de jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con el trabajo activo	514
3. Pensión de incapacidad permanente total en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y jubilación en el RGSS	516
4. Jubilación anticipada	516
G2. Base Reguladora de la pensión de jubilación en supuestos de pluriactividad	523
G3. Reglas de concurrencia de pensiones. Concurrencia de pensiones de jubilación del RGSS con las del RETA	529
G4. Peculiaridades del Régimen Especial Agrario	531
G5. Peculiaridades en el Régimen Especial de Empleados del Hogar	532
G6. Peculiaridades de la jubilación en el R. E. de la Minería del Carbón	533
G7. Peculiaridades del Régimen Especial de Trabajadores del Mar	536
G8. Jubilación anticipada en los regímenes especiales	537
H • Muerte y Supervivencia	538
H1. Reglas aplicables a los supuestos de pluriactividad	538
H2. Peculiaridades de los Regímenes Especiales	543
1. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos	543
2. Régimen Especial Agrario	544

3. Régimen Especial de Empleados del Hogar	545
4. Régimen Especial de la Minería del Carbón	545
5. Régimen Especial de Trabajadores del Mar	546
I • Desempleo	547
1. Régimen General de la Seguridad Social	547
2. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos	548
3. Régimen Especial Agrario	549
a) Trabajadores Fijos	550
b) Trabajadores agrarios fijos discontinuos	550
c) Especial consideración del subsidio por desempleo de trabajadores eventuales por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario de Andalucía y Extremadura	551
4. Régimen Especial de Empleados del Hogar	553
5. Régimen Especial de la Minería del Carbón	554
6. Régimen Especial de Trabajadores del Mar	554
III. Análisis de la cuestión de la existencia o inexistencia de repercusiones del pluriempleo o pluriactividad en sede de otras contingencias protegibles	556
1. Asistencia Sanitaria	556
1.1. Régimen Jurídico	556
1.2. Contenido del derecho	558
1.3. Asistencia sanitaria y regímenes especiales	558
1.4. Relevancia de las situaciones de pluriactividad en el ámbito del derecho a la asistencia sanitaria	559
2. Lesiones Permanentes No Invalidantes	561
2.1. Concepto	561
2.2. Beneficiarios	561
2.3. Relación con las situaciones de pluriempleo y pluriactividad	561
3. Pensiones SOVI	562
3.1. Pensión de Invalidez SOVI	565
A. Delimitaciones previas	565
a) Concepto	565
b) Situaciones protegibles	565
c) Requisitos	566
d) Cuantía	566
B. Compatibilidades e incompatibilidades	566
3.2. Pensión de Vejez SOVI	567
3.3. Pensión de Viudedad SOVI	569
4. Renta Activa de Inserción	571
5. Protección por cese de actividad de trabajadores autónomos	573

CAPÍTULO IV MANIFESTACIONES CONCLUSIVAS

I. Conclusiones	577
II. Bibliografía	587

PRÓLOGO

I- En esta obra, como su propio título indica, “Pluriempleo y pluriactividad en el sector privado español”, se efectúa un análisis de las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, con la finalidad de dar una visión exhaustiva de ambas situaciones, tanto desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, como de la Seguridad Social, en el sector privado español, sin pretender abarcar el análisis de estas situaciones en el ámbito del personal que preste servicios en el sector público, ya sea en régimen estatutario de funcionarios públicos o mediante contratación laboral en este sector, salvo algunas alusiones que se han considerado necesarias, como precisiones aclaratorias.

II- En el ámbito privado, el pluriempleo y la pluriactividad, no constitutivas de concurrencia desleal, son lícitos y están permitidos, salvo los supuestos limitativos explícita o implícitamente contemplados por la normativa vigente y que son objeto de análisis en esta obra, pudiendo eliminarse al acordar las partes el pacto de exclusividad o de plena dedicación, mediante compensación económica expresa, o controlarse su desarrollo a través de los mecanismos establecidos al efecto, en las normas estatales y convenios colectivos.

III- Se analiza el marco socioeconómico actual y las situaciones de pluriempleo y pluriactividad; las delimitaciones conceptuales entre ambas situaciones según diversas interpretaciones; la constitucionalidad tanto de estas situaciones, como de sus diferentes regímenes jurídicos, así como de las prohibiciones y limitaciones establecidas en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Español.

IV- Respecto a las limitaciones a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, se efectúa una clasificación de las posibles prohibiciones y limitaciones, que las distingue en función de si pueden considerarse de carácter directo, indirecto, o si se trata de circunstancias que si bien a priori podrían considerarse límites a las situaciones objeto de estudio, tras su análisis, no podrían considerarse en puridad como tales limitaciones en el Derecho positivo vigente, lo que sucede verbigracia con el pluriempleo/pluriactividad durante el período vacacional.

A) • Se consideran **directas** las siguientes limitaciones:

- 1) La buena fe contractual como principio básico de la prohibición de concurrencia.
- 2) La competencia desleal.
- 3) Los pactos de exclusividad o de plena dedicación.
- 4) Los límites directos relativos a la ordenación del tiempo de trabajo.

a) Normas de Derecho Comunitario derivado: especial referencia propuesta de modificación de la Directiva 2003/88 CE.

b) Límites directos establecidos en normas de Derecho Interno español sobre jornada máxima legal, descanso mínimo entre jornadas y descanso semanal, efectuando una especial mención a las limitaciones establecidas para menores de edad, para el transporte terrestre por carretera, así como las establecidas en las normas de seguridad aeronáutica civil sobre tiempos de actividad y requisitos de descanso, para controladores aéreos.

5) El deber de rendimiento y diligencia del trabajador.

6) Límites derivados de la protección de la salud de los trabajadores, en especial algunos riesgos psicosociales, tales como la fatiga, el estrés laboral y el síndrome de “burn out”.

7) Las prohibiciones y limitaciones establecidas en la negociación colectiva.

Los criterios distintivos que llevan a la autora a considerar como directos a estos límites se pueden clasificar en función de las siguientes causas:

1) Dado su carácter inequívocamente limitador de las situaciones de pluriempleo o pluriactividad, según su configuración normativa, lo que sucede verbigracia en los supuestos de transgresión de la buena fe contractual y de competencia desleal.

2) Por el hecho de que los establezca expresamente el legislador, como tales límites, lo que sucede por ejemplo en el caso de la jornada máxima legal para menores de edad.

3) Por establecerse de forma expresa por las partes negociadoras en el ámbito de los convenios colectivos.

4) Al acordarlo las partes contratantes, en la negociación individual, como sucede en el caso de los pactos de exclusividad o plena dedicación, mediando compensación económica expresa.

5) O bien porque se pueda deducir su carácter directamente limitativo en base al bien jurídico que pretende proteger la normativa vigente, y a su extenso ámbito de aplicación, como es el caso de la tuición de la salud de los trabajadores en el ámbito de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Respecto a la consideración como límite directo del *deber de rendimiento y diligencia del trabajador*, el ET considera como causa de despido disciplinario la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado, basada en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, en su art. 54.2 e).

Opino que es más apropiada su consideración como límite directo, dado que este es el carácter que reviste para el supuesto de un único empleo desde el punto de vista normativo y puede conllevar el despido disciplinario del trabajador. Ab initio, es considerado como límite directo por el legislador para toda relación laboral, y en términos generales, el rendimiento y diligencia del trabajador podría verse minorado con más énfasis, en caso de concurrir varias actividades profesionales simultáneas.

Cuestión independiente a ello, sería el hecho de que la dificultad probatoria, lleve a los Tribunales a calificar el despido como improcedente, como se pone de manifiesto en la abundante jurisprudencia y doctrina judicial sobre la materia, analizada en esta Tesis.

Por otro lado, el pluriempleo y la pluriactividad podrían potenciar la aparición de patologías relacionadas con riesgos psicosociales, ante la mayor exposición al riesgo, como pueden ser la fatiga, el estrés, o el “burn out”, y que a su vez podrían acarrear una merma en el rendimiento y diligencia del trabajador pluriempleado o pluriactivo.

Estos límites, pueden considerarse como directos, dado que afectan a todas las relaciones laborales, y no se podrían obviar en situaciones de pluriempleo y pluriactividad, puesto que estas situaciones podrían agravar sus efectos sobre la salud de los trabajadores.

En esta Tesis se efectúa un análisis pormenorizado de determinados riesgos psicosociales, que tienen una relación más directa con las situaciones objeto de estudio, como son la fatiga y el estrés entre otros; y que a su vez, pueden ser fuente de otros accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como un análisis de pronunciamientos jurisprudenciales y de doctrina judicial sobre la materia.

B) • Se consideran indirectos los siguientes límites:

- 1) Modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo, relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo.
- 2) Movilidad geográfica.
- 3) Pactos de permanencia en la empresa.

La causa que me lleva a considerar como indirectos estos límites, es que pese a que no se establezca expresamente que constituyen un límite al pluriempleo o a la pluriactividad, en la práctica, de concurrir estas circunstancias, se podría hacer inviable la facultad del trabajador de pluriemplearse o de realizar varias actividades simultáneamente.

C) • Por último, se efectúa un análisis de aparentes límites a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, puesto de relieve a propósito del concepto amplio de salario establecido en el art. 26.1 ET, que abarca los períodos de descanso computables como de trabajo y en el análisis de normas ordenadoras de ciertos aspectos relacionados con el tiempo de trabajo, y su interpretación jurisprudencial, como es el caso del descanso mínimo entre jornadas, del descanso semanal y de las vacaciones anuales retribuidas, concluyendo que en puridad no se les podría considerar como tales límites, en base al derecho al trabajo contenido en el art. 35.1 CE, en su vertiente de derecho individual y libertad de trabajo y al derecho fundamental de la dignidad del trabajador, contemplado en el art. 10.1 CE, (STC 192/2003, de 27 de octubre), si no concurren otras circunstancias que en sí mismas constituyan límites directos.

V- Una vez analizadas estas cuestiones, se detalla de forma independiente el régimen jurídico del pluriempleo, y por otro lado, el de la pluriactividad, en el ámbito de la Seguridad Social, tanto en materia de cotización, como en el ámbito prestacional, incluyendo la cuestión de la compatibilidad o incompatibilidad de prestaciones, al hilo de las diversas contingencias protegibles en las que podrían tener repercusiones las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, prestando especial atención al diferente tratamiento jurídico de ambas situaciones, en el seno de los regímenes que integran el Sistema Español de Seguridad Social y considerando las diversas casuísticas que pudieran producirse.

VI- Respecto a la relevancia actual de las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, en el contexto de crisis económica mundial en el que se encuentra inmersa España y especialmente el nivel de desempleo existente en nuestro país, así como ante la inminente reforma del sistema de pensiones; se pueden mencionar entre otros argumentos, que en la reforma laboral efectuada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, (ya introducida por el RD Ley 10/2010, de 16 de junio); se contemplan en su art. 7, como medidas urgentes, las *suspensiones del contrato y reducciones de jornada, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor*.

Estas medidas tienen como contrapartida prestaciones de carácter público, que pretenden mantener el nivel de ingresos económicos de los trabajadores afectados, pero en la vida real, estos ingresos podrían resultar insuficientes, en cómputo global, para satisfacer las necesidades económicas del trabajador y las de su familia; y el art. 35.1 CE establece el derecho a una remuneración suficiente para atender no sólo las necesidades individuales sino las familiares.

El pluriempleo y la pluriactividad podrían representar un complemento o alternativa resolutoria de la grave crisis que padece el mercado laboral español, tanto a nivel individual como colectivo e incluso de la economía global, puesto que también podrían representar un incentivo al incremento del consumo y de la productividad; siendo legítimo el recurso a estas situaciones, si se cumplen los requisitos y no se sobrepasan los límites analizados en esta Tesis.

VII- Esta Tesis Doctoral representa un análisis pormenorizado y actualizado de las situaciones objeto de estudio, conteniendo las modificaciones normativas que se han producido hasta la fecha de cierre de la presente edición, 28 de octubre de 2010.

En esta Tesis se ha efectuado un prolijo análisis jurisprudencial y de doctrina judicial, así como una exhaustiva consulta e interpretación de todo tipo de fuentes doctrinales y bibliográficas, realizando además la autora numerosas aportaciones e interpretaciones originales al análisis de estas situaciones, que se han ido desarrollando al hilo de la argumentación expositiva.

Desde sus inicios en el año 2006, se ha ido efectuando una continua mejora, adaptación y actualización de los contenidos a la realidad jurídica vigente en cada momento, lo que ha permitido a la autora no sólo analizar el Derecho Positivo vigente a fecha de cierre de la presente edición, sino ir desarrollando y argumentando la evolución de las instituciones, prestaciones, conceptos y límites implicados.

ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
AS	Revista Aranzadi Social
AT	Accidente de Trabajo
BJTC	Base de Datos de Jurisprudencia Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
BR	Base Reguladora
DA	Disposición Adicional
DREEH	Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, regulador del Régimen Especial de Empleados del Hogar
DREMAR	Decreto 1867/1970, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar
DREMC	Decreto 298/1973, de 8 de febrero, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón
DRETA	Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos
DT	Disposición Transitoria
EP	Enfermedad Profesional
ET	RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
GI	Gran Invalidez
IAE	Impuesto de Actividades Económicas
ICS	Instituto Catalán de Salud
INSS	Instituto Nacional de Seguridad Social
IT	Incapacidad Temporal
IPA	Incapacidad Permanente Absoluta
IPP	Incapacidad Permanente Parcial
IPT	Incapacidad Permanente Total
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
ISM	Instituto Social de la Marina
L	Ley

LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LOIMH	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LREA	Real Decreto 2123/1971, de 23 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, por las que se establece y regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social
LREMAR	Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar
MATEPS	Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social
OM	Orden Ministerial
REA	Régimen Especial Agrario
RD	Real Decreto
REEH	Régimen Especial de los Empleados del Hogar
REMAR	Régimen Especial de Trabajadores del Mar
REMC	Régimen Especial de la Minería del Carbón
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
RGREA	Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social
RGSS	Régimen General de la Seguridad Social
SMAC	Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación
SMI	Salario Mínimo Interprofesional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TR	Texto Refundido
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

CAPÍTULO I Precisiones introductorias, delimitaciones conceptuales y visión de las situaciones de pluriempleo y pluriactividad desde la perspectiva constitucional

I. INTRODUCCIÓN

1. Estudio del pluriempleo y de la pluriactividad desde las perspectivas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

1.1. El pluriempleo y la pluriactividad desde la perspectiva del Derecho del Trabajo

La **Ley de Contrato de Trabajo** de 26 de enero de 1944,¹ reconocía expresamente la posibilidad del pluriempleo en el sector privado, en su art. 1, al incluir en la definición de contrato de trabajo la posibilidad de ejecutar una obra o prestar un servicio *a uno o varios patronos o empresarios o a una persona jurídica de tal carácter*, bajo la dependencia de éstos (...).

La característica de la *exclusividad*, no constituye un requisito sine qua non para la existencia del contrato de trabajo, esta característica es un indicio de dependencia. Así se reconocía en la STS nº 56 de 16 de enero de 1966, al admitir la posibilidad de prestación de otros servicios por cuenta de diferentes patronos, postura que se sigue manteniendo en el Derecho Positivo vigente.

Actualmente, la celebración de un contrato de trabajo no obliga al trabajador, por regla general, a una dedicación exclusiva a la actividad productiva de la empresa con la que haya contratado inicialmente la prestación de servicios, salvo las excepciones que se van a analizar en esta obra que operan como límites directos, que se pueden sintetizar de forma propedéutica, en los supuestos de concurrencia desleal por *transgresión de la buena fe contractual*, prohibiciones y limitaciones contenidas en la normativa legal y reglamentaria relativa a ordenación del tiempo de trabajo, (como sucede en el caso de los menores de edad, el transporte terrestre por carretera y las previsiones contenidas en las normas sobre seguridad aeronáutica civil, sobre ordenación de los tiempos de actividad y requisitos de descanso), las contempladas en algunos convenios colectivos y los pactos de plena dedicación² de la contratación individual.

¹ Texto Refundido aprobado por Decreto de 26 de enero de 1944 (Gazeta). Ref. BOE-A-1944-1906.

² Debe haberse pactado compensación económica expresa, como contrapartida a la plena dedicación. Se considera como límite directo al pluriempleo y a la pluriactividad.

Salvo estas excepciones, el trabajador puede concertar, vigente un contrato de trabajo, uno o más negocios jurídicos de esta naturaleza con otro u otros empresarios.³

El ET no menciona expresamente al pluriempleo ni a la pluriactividad en los artículos 1.1 y 8.1, pero es posible que el trabajador preste servicios, sobre la base de diversos y simultáneos contratos de trabajo, para varios empresarios o bien combine el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia, sobre la base del derecho al trabajo del art. 35.1 CE y 4.1 a) ET.⁴

Son fenómenos que se han producido y se están produciendo, prueba de ello es la abundante jurisprudencia al respecto, que iremos analizando a lo largo del presente estudio.

Las actuaciones en contra del pluriempleo tienen escaso reflejo en las normas estatales vigentes. Pese a que no es objeto de estudio en la presente tesis, puesto que se va a circunscribir al ámbito privado, se menciona sucintamente el tratamiento jurídico de las situaciones de pluriempleo y pluriactividad en el ámbito público, para de forma preliminar, tener una visión más amplia de ambas situaciones en el ordenamiento jurídico en su conjunto.

En el ámbito del personal al servicio de las Administraciones públicas, encontramos una disposición con clara vocación de erradicarlo; el art. 1º de la Ley 53/1984, de 26 diciembre, sobre incompatibilidades de dicho personal, incluido el laboral, que impide que éste pueda ocupar un “segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público”, salvo que el supuesto encaje en alguna de las excepciones expresamente admitidas, que están sujetas a importantes restricciones.⁵

La Ley 7/2007 de 12 de abril, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público, en su Exposición de Motivos, alude a la incompatibilidad, al aclarar que el régimen de incompatibilidades es de aplicación común tanto al personal estatutario como al laboral.

El art. 24 de esta Ley, en su apartado b), establece que la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes Leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros factores, a la incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo.

³ Carlos Palomeque, M., prólogo de la obra de Nevado Fernández, M. J., *“Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo”*. Tecnos. S.A. Madrid. 1ª ed. 1998. Pág. 13.

⁴ Galán Durán, C., *“Pacto de no concurrencia y permanencia en la empresa”*, en AAVV. Dir. Del Rey Guanter, S., *“Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia”*. La Ley Actualidad. Madrid. 1ª ed. 2005. Pág. 348.

⁵ Se aclara que no constituye objeto de estudio de esta Tesis el sector público, centrándose en el análisis del pluriempleo y la pluriactividad en el sector privado strictu sensu. La alusión en esta sede obedece a una contextualización introductoria y comparativa entre ambos sectores, con la finalidad de dar una visión panorámica de ambas situaciones en el ordenamiento jurídico español.

La Disposición Final 3ª de esta Ley, refuerza la total incompatibilidad del personal directivo, incluido el sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección, para el desempeño de cualquier actividad privada.

El art. 95.2 n) de la Ley 7/2007 de 12 de abril, considera falta disciplinaria muy grave, el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidad.

Esta disposición, modifica las letras a) y g) del apartado 1 del art. 2, relativo al ámbito de aplicación de la Ley de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas,⁶ y el apartado 1 del art. 16, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.⁷

Fuera del ámbito de la Administración Pública, el pluriempleo no constitutivo de concurrencia desleal es lícito y está permitido, pudiendo eliminarse por acuerdo de ambas partes, mediante la estipulación del pacto de exclusividad o de plena dedicación; (contemplado en el art. 21.1 ET) o controlarse su desarrollo a través de mecanismos establecidos a tal efecto en las normas estatales y los convenios colectivos, tendentes a evitar que la segunda ocupación se realice al margen de las garantías dispensadas por el ordenamiento jurídico laboral, es decir, evitar que entre en la esfera de la economía sumergida.⁸

Tales medidas no deberían servir para la reducción del pluriempleo que tenga lugar dentro de la legalidad. No obstante, sí se descubren compromisos en este sentido en algunos convenios colectivos,⁹ en los que se llega a estipular que no se celebrarán

⁶ Se modifican las letras a y g del apartado 1 del artículo 2, de la Ley 53/1984, relativo al ámbito subjetivo de aplicación, que quedan redactadas de la siguiente forma:

a) *El personal civil y militar al servicio de la Administración del Estado y de sus Organismos Públicos.*

g) *El personal al servicio de entidades, corporaciones de Derecho Público, fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 % con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas.*

⁷ *No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b del artículo 24 del presente Estatuto incluyan el factor de incompatibilidad al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.*

⁸ Desde los poderes públicos debería fomentarse la investigación en torno al fenómeno de la economía sumergida y el empleo irregular. La relevancia de este tema, requiere la atención de los Observatorios del Mercado de Trabajo y para ello sería conveniente la realización de estudios sobre la presencia del empleo irregular en sus ámbitos de actuación, aunque es evidente que existen limitaciones de medición exacta derivadas de la propia naturaleza del fenómeno en sí mismo considerado, lo más importante es obtener información sobre la evolución y las características del empleo irregular en distintos momentos. AAVV. **Asián Chaves, R., Bartolomé Navarro, P., Vega Alba, S., Rodríguez Sosa, V., García Jurado, J.A., González Rodríguez, A.**; *“Políticas de empleo y bienestar social”*. Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo. Universidad de Valladolid. Lex Nova. 1ª ed. Noviembre 2009. Pág. 87.

⁹ Así, Convenio Colectivo del Grupo de Marroquinería, Cueros Repujados y Similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia. (Cód. convenio 9903385, BOE núm. 155 de 27 de junio de 2009), en su art. 41, establece de forma genérica que *“ante el grave problema que supone el nivel de desempleo en el Sector, ambas partes acuerdan procurar evitar que los puestos de trabajo de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo sean ocupados por trabajadores que ya estén ocupando simultáneamente otros puestos de trabajo en otras empresas.*

contratos de trabajo con personas pluriempleadas, que dispongan ya de un trabajo a tiempo completo en otra empresa.¹⁰

Cláusulas de este tipo no dejan de plantear problemas de legalidad, por posible vulneración de la libertad de trabajo; pero aun admitida su legalidad, todavía quedaría por establecer su eficacia: posible nulidad del contrato de trabajo celebrado con el trabajador pluriempleado; posibilidad del trabajador de pluriemplearse una vez celebrado el contrato.¹¹

En cualquier caso, para algunos autores,¹² la tutela o el aumento del empleo parecen ser los valores en torno a los cuáles gira toda la contractualización del Derecho Social en su dimensión colectiva.

En Andalucía, Convenio del sector de Transporte de Mercancías por carretera de Granada y provincia, Boletín Oficial de la provincia de Granada 12 de septiembre de 2008, (Cód. conv. 1800325), art. 29: *“Las empresas se comprometen a no contratar trabajadores cuyo contrato supondría situación de pluriempleo, sin que ello pueda suponer una limitación a los contratos a tiempo parcial”*.

¹⁰ Convenio Estatal de Estaciones de Servicio. (Cód. conv. 9901995, BOE 73 de 26 de marzo de 2007), art. 45: *“Los firmantes del presente Convenio estiman conveniente erradicar el pluriempleo como regla general. En este sentido, las empresas no llevarán a efecto contrataciones de trabajo a personas pluriempleadas que estén contratadas a jornada completa en otra empresa. Sí podrán hacerlo, sin embargo, cuando dicha contratación se efectúe en jornada de trabajo a tiempo parcial, siempre que en conjunto no supere la jornada ordinaria de trabajo”*.

¹¹ **Sempere Navarro, A. V., Nicolás Franco, A.**, *“Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva”*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 33 año 2001, apartado 4.4, pág. 137. Soporte informático.

¹² **Guido Balandi, G., Nadalet, S.**, *“La contractualización del Derecho Social. Contrato y políticas sociales”*. Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica, nº 1. 2003, pág. 548.

1.2. Análisis de las situaciones en el ámbito de la Seguridad Social

Si trasladamos la cuestión al ámbito de la Seguridad Social, siendo único para cada trabajador el acto jurídico de afiliación,¹³ a lo largo de su vida laboral, pueden producirse múltiples altas,¹⁴ ya sean de forma sucesiva o simultánea, cuando el mismo trabajador ejerza más de una actividad profesional.

En el caso de que una misma persona desarrolle simultáneamente en el tiempo varias actividades profesionales, puede dar lugar a dos supuestos distintos: el pluriempleo y la pluriactividad.¹⁵

Según el art. 7.4.1º y 2º RD 84/1996, a efectos de lo previsto en este Reglamento,¹⁶ la pluriactividad es la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena que realiza varias actividades que dan lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del Sistema de la Seguridad Social, mientras que el pluriempleo es la situación del trabajador por cuenta ajena que presta sus servicios profesionales a dos o más empresas distintas y en actividades que den lugar a varias altas en un mismo Régimen de la Seguridad Social.¹⁷

El art. 9.1.4º RD 2064/1995, establece que *a los efectos previstos en este Reglamento,¹⁸ se entenderá por pluriempleo la situación del trabajador por cuenta ajena que preste sus servicios profesionales a dos o más empresarios distintos y en*

¹³ Según el art. 6 RD 84/1996 de 26 enero, la afiliación es el acto jurídico mediante el cuál la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce la condición de incluida en el sistema de la Seguridad Social, con los efectos establecidos en la Ley, a la persona física que realiza por primera vez una actividad determinante de su inclusión en el ámbito de aplicación del mismo.

Es única y general para todos los regímenes que comprenden el sistema, aunque las personas incluidas, por razón de su actividad, cambien de uno a otro régimen del mismo. Lo que significa que se realiza al sistema, considerado como un todo y que se extiende a toda la vida de las personas comprendidas en el campo de aplicación del sistema.

¹⁴ Según los apartados 1 y 2 del art. 7 RD 84/1996, el alta es el acto administrativo mediante el cual la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona que inicia una actividad o se encuentra en una situación conexas con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del régimen de Seguridad Social que proceda en función de la naturaleza de dicha actividad o situación, con los derechos y obligaciones correspondientes.

El alta en alguno de los regímenes de la Seguridad Social es obligatoria para las personas comprendidas en el sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva. Concreta la relación de Seguridad Social en cualquiera de los regímenes que la integran.

¹⁵ A su vez, la pluriactividad puede ser simultánea o sucesiva. Se produce la pluriactividad simultánea, cuando se desarrollan al unísono dos o más actividades profesionales que dan lugar al encuadramiento también simultáneo en dos o más regímenes de la Seguridad Social, mientras que se trataría de pluriactividad sucesiva, como su propio nombre indica, cuando estas múltiples actividades, no se superponen o solapan en el tiempo.

¹⁶ Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

¹⁷ **Cardenal Cano, M., Palomar Olmeda, A., Sempere Navarro, A. V., Hierro Hierro, F. J.,** “Diccionario de Seguridad Social”. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2006. Págs. 541 y 542.

¹⁸ Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

actividades que den lugar a su alta obligatoria en un mismo Régimen de la Seguridad Social.

*A los mismos efectos, se entenderá por pluriactividad la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades den lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del sistema de la Seguridad Social.*¹⁹

Según el art. 41.2 RD 84/1996, los empresarios que conozcan la situación de pluriempleo de sus trabajadores están obligados a comunicar las altas y las bajas, mencionando expresamente la existencia de tal situación, así como a declarar las retribuciones del trabajador, para que por parte de las Entidades Gestoras y de la Tesorería General de la Seguridad Social, se puedan realizar de oficio las actuaciones que procedan a efectos de cotización y de protección.²⁰

Los propios trabajadores en situación de pluriempleo están obligados a comunicar su situación de pluriempleo a los empresarios para los que prestan servicios y a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma, para que ésta de oficio inicie las actuaciones que procedan.

El art. 24.1 del RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, establece que constituye una infracción leve, el hecho de no facilitar a la entidad correspondiente o a la empresa, cuando le sean requeridos, los datos necesarios para su afiliación o su alta en la Seguridad Social, y en su caso, las alteraciones que en ellos se produjeran, los de la situación de pluriempleo y en general, el incumplimiento de los deberes de carácter informativo.²¹

En relación a la pluriactividad, el art. 41.1 RD 84/1996, establece que deberán solicitarse tantas altas y bajas de quienes se hallen en la situación de pluriactividad, cuantos sean los regímenes en que se encuentren comprendidos.²²

¹⁹ Ambos preceptos, tienen redacción parecida, pero no idéntica. Como se verá detenidamente en el apartado II del capítulo I de la presente tesis, las delimitaciones conceptuales difieren en ambos, según la doctrina científica.

²⁰ Todas las competencias que la norma estatal atribuye a la Tesorería General de la Seguridad Social, son actos que, directa o indirectamente se refieren al régimen económico de la Seguridad Social, y en consecuencia son competencia exclusiva del Estado. STC 124/1989 de 7 de julio FJ nº 4, 5, 6, 7, 8 y 9 Ponente Sr. Leguina Villa.

²¹ El art. 40 del mismo RD Legislativo, establece que la sanción que corresponde a las infracciones leves, en su grado mínimo, consistirá en multa de 60 a 125 € en su grado mínimo, de 126 a 310 € en su grado medio, y de 311 a 625 € en su grado máximo.

Respecto a los criterios de graduación de las sanciones, según el art. 39.2 de este RD Legislativo, se atenderá a la negligencia o intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas, y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida.

²² Realizándose por las personas y en las formas y condiciones generales establecidas en los artículos 29 y siguientes de este Reglamento.

En el supuesto de realización simultánea de dos o más actividades que den lugar a la inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el alta en dicho Régimen, así como la cotización a éste, serán únicas.²³

En todo caso, si una de las actividades determinase la inclusión en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, el alta se practicará por dicha actividad.

Las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social y las Administraciones de la Seguridad Social de ellas dependientes podrán pedir, a estos efectos, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La propia estructura de la Seguridad Social, con la multiplicidad de regímenes que coexisten en su seno, siendo el Régimen General su núcleo normativo esencial común y la posibilidad de que un mismo sujeto realice distintas actividades profesionales en dos o más regímenes de la Seguridad Social, (pluriactividad), plantea problemas interesantes, como el cómputo recíproco de cotizaciones efectuadas en regímenes diferentes para acceder a prestaciones de uno de los regímenes implicados (totalización o cómputo recíproco), regulado con carácter general por el art. 9.2 TRLGSS.²⁴

En el ámbito de la pluriactividad, se plantea también la posibilidad del disfrute de prestaciones de diferentes regímenes de Seguridad Social.²⁵

Existen normas tanto en el Régimen General como en los Regímenes Especiales que establecen la incompatibilidad entre prestaciones del mismo Régimen (vgr: en el RGSS, arts. 122, ó 165 del TRLGSS), mientras que en el caso de prestaciones de diferentes regímenes, hay que analizar la regulación de cada uno de ellos y de cada una de las prestaciones, ya que no existe una regla general que prohíba la compatibilidad, por lo que su análisis ha de ser exhaustivo y casuístico, siendo estas características notas predominantes de los análisis efectuados en esta obra.

²³ Se practicarán en los términos indicados por los artículos 46.3 y 47.4.4 de este Reglamento.

²⁴ Art. 9.2 LGSS: *“A medida que los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social se regulen de conformidad con lo previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 10, se dictarán las normas reglamentarias relativas al tiempo, alcance y condiciones para la conservación de los derechos en curso de adquisición de las personas que pasen de unos a otros Regímenes, mediante la totalización de los períodos de permanencia en cada uno de dichos Regímenes, siempre que no se superpongan.*

Dichas normas se ajustarán a lo dispuesto en el presente apartado, cualquiera que sea el Régimen a que hayan de afectar, y tendrán en cuenta la extensión y contenido alcanzado por la acción protectora de cada uno de ellos”.

²⁵ **Rodríguez Ramos, M. J., Gorelli Hernández, J., Vílchez Porrás, M.,** *“Sistema de Seguridad Social”*. Tecnos. Madrid. 11ª ed. 2009. Págs. 61-63.

2. El marco socio-económico actual y las situaciones de pluriempleo y pluriactividad

2.1. Consideraciones previas

El Derecho del Trabajo no puede prescindir del contexto económico - social en el que se desenvuelve, siendo extremadamente sensible a la realidad vigente en cada momento. Factores como las crisis económicas, la globalización de la economía, el desempleo masivo y la aparición de nuevas tecnologías han tenido, tienen y tendrán repercusiones en su contenido.²⁶

El fenómeno del desempleo está íntimamente relacionado con los ciclos económicos y fluctúa según el carácter de los mismos. Ante este problema, los gobiernos se han planteado la mejor forma de afrontarlo, pudiendo distinguirse dos posiciones extremas: en un extremo se situarían las posiciones más liberales, partidarias de la no intervención del Estado en el mercado de trabajo y confiadas en que el mercado de trabajo encuentra por sí sólo su equilibrio, y en el extremo opuesto, se encuentran las políticas más partidarias de la intervención estatal en el mercado de trabajo sobre la premisa básica de que éste no puede equilibrarse por sí sólo y ajustar la demanda de trabajo a su oferta.²⁷

Para llegar a comprender de modo claro el origen y los efectos de la implantación de la política de empleo por parte de los Gobiernos, hay que examinar las motivaciones que han llevado a su actuación, que en su mayor parte han sido de carácter político y/o económico.

La preocupación de los Gobiernos por el paro obrero coincide históricamente con la aparición de las masas hambrientas, procedentes del trasvase rural, que amenazaban la estabilidad de los Gobiernos.

Posteriormente, hacia 1930, la programación por los Gobiernos de una política de empleo adquirió un desarrollo importante, esta vez a escala prácticamente universal, tras la Gran Depresión,²⁸ que siguió a una época de bienestar.

Este desarrollo, estimulado por la “revolución keynesiana”, constituye hoy una doctrina universalmente perseguida, y todos los países avanzados, cada uno en su grado, cuentan con una política de esta índole.

²⁶ **LLompart Bennàssar, M.**, “*El salario: Concepto, estructura y cuantía*”. La Ley. Madrid. 1ª ed. 2007. Pág. 25.

²⁷ **Grau Pineda, C.**, “*Bonificaciones en la cotización y fomento del empleo*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1ª ed. 2010. Págs. 33 y 34.

²⁸ Crisis económica mundial iniciada en octubre de 1929, y que se prolongó durante toda la década de 1930, siendo particularmente intensa hasta 1934.

El mercado de trabajo tiene una naturaleza sui generis, no funciona como un mero mercado económico, puesto que mientras que la lógica economicista²⁹ se ocupa primordialmente de la asignación eficiente de los recursos, el trabajo es la fuente más usual de rentas para la mayoría de los miembros de la sociedad, por ello los desajustes en éste provocan efectos sociales más acusados que los de cualquier otro mercado, tanto en el ámbito personal del trabajador como en otras variables macroeconómicas tales como el consumo y la productividad.

Así pues, algunos autores³⁰ consideran que el mercado de trabajo es una institución social a través de la cuál la mayoría de la sociedad adquiere el derecho a la participación en el producto social, provocando ingentes efectos redistributivos.

Persiste en nuestros días una controversia en torno a la consideración del trabajo como una mercancía o la negación de tal naturaleza.

En este segundo sentido se pronunció la Declaración de Filadelfia de 1944, convirtiéndose así en un principio general del Derecho Internacional Privado, que sin embargo se ha visto enturbiado en numerosas ocasiones, al desestabilizarse el mercado de trabajo y efectuarse políticas jurídicas influenciadas por razones mercantiles y coyunturales, al considerar la oferta y demanda de trabajo como si de un valor económico de mercado se tratara.

La “remercantilización” parte del presupuesto de que los trabajadores no se deben considerar desde la tradicional visión protectora, convirtiéndose la eficiencia económica en el principio fundamental de toda la vida social y política.³¹

Si la situación del mercado de trabajo fuera poco favorable a los intereses de los trabajadores, si se transfirieran al mercado las políticas públicas de protección social o si se exaltaran exacerbadamente los valores del mercado, la armonía pretendida no sería más que una quimera y puesto que existe un vínculo indisoluble entre desigualdades económicas, sociales y jurídicas, deben tratar de conjugarse de forma equitativa.³²

A este fin equitativo contribuye la naturaleza personal del contrato de trabajo y la humanización de las relaciones laborales, puesto que se acentúan los derechos de libertad del trabajador.

²⁹ **Rivero Llamas, J.**, “La reforma del mercado de trabajo y el modelo español de relaciones laborales”, en AAVV, coord. **Monereo Pérez, J. L.**, “La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral”: XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Universidad de Granada. 1996. 1ª ed. Págs. 55 y 57.

³⁰ **Corcuera Atienza, J., García Herrera, M.A.**, “Derecho y Economía en el Estado Social”. Tecnos. Madrid. 1ª ed. 1988. Pág. 91.

³¹ **Monereo Pérez, J.L.**, “El salario y su estructura después de la Reforma Laboral de 1997”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1ª ed. 1998. Pág. 45.

³² **Valdés Dal - Re, F.**, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio”. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Tomo II. 2003, pág. 73.

El Derecho del Trabajo debe desarrollarse en una economía libre de mercado, pero debe regularla de forma que se armonicen las exigencias de justicia social, eficiencia económica, y libertad individual, ya que en el trabajo se manifiesta la propia dignidad y personalidad del trabajador, debiendo evitarse las desigualdades.³³

Un único trabajo asalariado como fuente de ingresos es más propio de economías asentadas, donde los salarios son altos o llegan con holgura a cubrir las necesidades. Al ser mucho más elevados y precisar un horario laboral regulado, no se necesitan ingresos extras para acumular el mínimo necesario global de las familias para subsistir.

El desempeño simultáneo de varios empleos, ha supuesto un añadido esencial en los ingresos, en épocas especialmente difíciles y en un sistema económico protoindustrial, cercano quizás al de una economía tradicional, por el carácter de los productos que eran objeto de transacción. Los empleos alternativos (diversos, marginales y de duración variable) han ido procurando la subsistencia de las familias de la clase menos favorecida.

Por otro lado, la historia de nuestro país también demuestra que en momentos de expansión económica la duración de la relación laboral tiende a la indefinición, es decir, la propia duración de la prestación de trabajo tiende a prolongarse de hecho, por vías directas, realización de horas extraordinarias, o indirectas, a través del pluriempleo y pluriactividad dando satisfacción a los intereses de ambas partes implicadas, y en épocas de recesión económica, la duración de la relación y de la prestación tiende a reducirse o modalizarse, proliferando fórmulas contractuales de duración determinada y adoptando diversas medidas de reordenación del tiempo de trabajo.³⁴

Al fenómeno no son ajenos otros elementos de clara significación económica, como el impacto sobre los procesos productivos de la introducción de nuevas tecnologías, la creciente tendencia a la desconcentración industrial o el progresivo predominio del sector servicios frente a otros de un histórico mayor peso económico, como el industrial, todo ello en el marco de unas economías cada vez más globalizadas e interdependientes.

Un sistema jurídico debe procurar, atendiendo al orden de valores constitucionalmente institucionalizado, la eficiencia económica de sus instituciones, para dar así una respuesta válida a los problemas sociales y a los nuevos paradigmas organizativos de la producción, lo que exige vincular la Economía y el Derecho, funcionalizando la teoría jurídica a las exigencias del sistema económico, aunque sin olvidar los principios de equidad social, ya que el Derecho no puede servir únicamente a la lógica de mercado, aunque su función deba regirse por el principio de eficiencia

³³ **Fernández Avilés, J. A.**, *“Lógica de mercado y trabajo”*. Ed. La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 1. Año 2003. Pág. 255.

³⁴ **Tudela Cambroner G., Valdeolivas García, Y.**, *“Tiempo de trabajo y flexibilidad laboral”*. Documentos de Trabajo. Laboratorio de alternativas. Fundación Alternativas. Madrid. Revista nº 72 año 2005. Pág. 7.

económica y tecnológica. Se trata de conciliar la lógica de la seguridad del trabajador con la flexibilidad organizativa empresarial.³⁵

2.2. Situación actual del mercado de trabajo

El crecimiento demográfico, la comercialización a escala planetaria, la industrialización creciente y las crisis económicas, han sido las causas fundamentales que han implicado un cambio radical en favor del establecimiento de una política tendente a conseguir un nivel aceptable de empleo.

En primer lugar, esta política ha tomado un carácter constitucional, al establecerse, prácticamente en todos los países del mundo, el trabajo como un derecho; en segundo término, desde un punto de vista político y económico, las determinaciones frías e impersonales del mercado, al crear el libre juego de la oferta y la demanda, han impuesto unas técnicas específicas y un control por parte de los Gobiernos, sin los cuales no serían posibles la estabilidad social y política ni el desarrollo, ante las fricciones entre los objetivos sociales y económicos.³⁶

La flexibilización de los mercados de trabajo, con las recientes políticas de empleo, impulsa correctivos “antiparificadores”, volviendo a resurgir el esquema arrendaticio de la “*locatio operarum*”, la concepción del trabajo como propiedad mercantil siendo su fin último la maximización del beneficio.

En el Derecho del Trabajo, este fenómeno aparece vinculado al resurgimiento de esquemas negociales individuales dentro de la desregulación y reestructuración flexible del mercado de trabajo.³⁷

Así pues, en el panorama europeo, se están flexibilizando las oportunidades y las formas de empleo, pero esta flexibilidad debe estar regulada de forma legal, reglamentariamente o mediante la negociación colectiva,³⁸ en aras de la protección social y la seguridad jurídica para evitar el retorno de concepciones mercantilistas alejadas de las necesidades sociales, buscando el equilibrio entre las necesidades de eficiencia y las tuitivas.

³⁵ **Lorente Rivas, A.**, “*Las modificaciones sustanciales del Contrato de Trabajo*”. La Ley. Madrid. 1ª ed. Julio 2009. Págs. 31 y 32.

³⁶ **Escamilla Vera, F.**, “*La Internacionalización del Mercado de Trabajo en los albores del siglo XXI: Aspectos Éticos*”. Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona. Vol. VI, núm. 119 (123), 1/08/2002. Pág. 1.

³⁷ **Gómez Vicente, M.T., Sánchez y Sánchez - Amaya, M.I.**, “*La desregulación del mercado de trabajo español en el período 1984- 1995 y sus efectos sobre el empleo*”. Revista Estudios de Economía Aplicada. 1998 Vol. 7. Págs. 109-139. Edita Antonio Pulido San Román. Instituto de Predicción Económica L.R. Klein. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Autónoma de Madrid.

³⁸ La negociación colectiva juega un papel bastante significativo en las vicisitudes correspondientes a la protección social. **Guido Balandi, G., Nadalet, S.**, “*La contractualización del Derecho Social. Contrato y políticas sociales*”. Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica, nº 1. 2003, pág. 544.

El texto de la Comisión Europea conocido como “*Libro Verde- Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*”, de 22 de noviembre de 2006, plantea una serie de interrogantes sobre las posibles reformas prioritarias de los ordenamientos jurídico-laborales europeos de cara al incremento de la flexibilidad sin menoscabo de la seguridad en el empleo, persiguiendo la minoración de la segmentación de los mercados de trabajo.³⁹

Para algunos autores,⁴⁰ la *flexiseguridad* sería una especie de piedra filosofal, que aspira a aunar los principales deseos de los empleadores, (adaptabilidad a las cambiantes circunstancias para competir en un entorno globalizado), con los de sus empleados, (trabajo productivo digno o disfrute de una protección sustitutiva adecuada).

Se aspira a conjugar un elevado grado de flexibilidad en el mercado laboral, (contrataciones y despidos fáciles, rápidos y poco gravosos, ajustando las necesidades de mano de obra a las diferentes coyunturas), con una adecuada protección al trabajador desempleado, (subsidios e indemnizaciones) y una eficaz política activa de empleo, (disminuyendo los períodos de inactividad, propiciando la formación profesional permanente).

Se han producido importantes cambios en los hábitos sociales, cada vez se demanda un mayor tiempo de ocio y más flexibilidad en la gestión del tiempo de actividad laboral, lo que explica la aparición de figuras contractuales como el trabajo a tiempo parcial,⁴¹ o la creciente demanda de una más flexible regulación del tiempo de prestación de trabajo, lo cuál puede venir impuesto por las circunstancias socioeconómicas.

Las repercusiones de la crisis en el ámbito laboral son evidentes, y comienzan por los trabajadores, el eslabón más débil de la cadena, a los que el sistema procura proteger tanto desde la perspectiva contractual, como desde la cobertura social, pero la

³⁹ **Baz Rodríguez, J.**, “*Trabajo a tiempo parcial y flexiseguridad*”. (Estudios en el marco del debate europeo “*Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*”. Ed. Comares. Granada. 1ª ed. 2008. Pág. 1.

⁴⁰ AAVV. Dir. **Sempere Navarro, A.V.**, “*Medidas laborales para empresas en crisis*”. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2009. Pág. 26.

⁴¹ **Vicedo Cañada, L.**, “*El trabajo a tiempo parcial: Régimen sustantivo*”. La Ley. Madrid. 1ª ed. Septiembre 2008. Págs. 158 y 163. Con la Directiva Comunitaria 97/1981 sobre trabajo a tiempo parcial, se introduce la voluntad del trabajador como elemento esencial del trabajo a tiempo parcial. Tras el desarrollo de la Directiva Comunitaria sobre trabajo a tiempo parcial, el régimen jurídico de este tipo de trabajo, se encuentra informado por tres principios, el de equiparación, proporcionalidad y voluntariedad.

No sólo se pretende que el trabajo a tiempo parcial se asocie automáticamente a un tipo de trabajo flexible, tanto para el empresario, como para el trabajador, sino que también se persigue asociar al concepto de trabajo a tiempo parcial, la idea de que se trata de un tipo de trabajo en el que se tenga en cuenta la voluntad del trabajador, y no sólo en el momento de la concertación del contrato de trabajo, sino a lo largo de toda la prestación.

empresa también es víctima de las dificultades y debe adoptar las medidas que estén a su alcance para minorar los efectos de la crisis.⁴²

En este contexto de crisis, la flexibilidad del mercado de trabajo se contempla como una exigencia del sistema productivo, de rentabilidad y subsistencia de las empresas, de la conservación del contrato de trabajo y mantenimiento del empleo, ya que la flexibilidad contractual hace posible que la prestación laboral del trabajador siga siendo útil a la organización empresarial, evitando acudir a fórmulas más drásticas, como la extinción del contrato de trabajo.⁴³

El espíritu flexibilizador es propio de etapas de crisis económica.⁴⁴ La flexibilidad es instrumental a la competitividad, no sólo de las empresas, sino también de los países, y esta flexibilidad se pone de manifiesto en una ampliación de los poderes empresariales de modificación del contrato laboral y una paulatina desregulación, que da lugar a una individualización de los contenidos contractuales.

Por otro lado, hay que tener en cuenta, que el tiempo de trabajo repercute directamente en los niveles de seguridad y en la salud de los trabajadores, pues las largas jornadas laborales constituyen indiscutiblemente un factor de riesgo laboral. Asimismo, la jornada de trabajo delimita la prestación debida por el trabajador, marcando la frontera entre tiempo de trabajo y tiempo disponible para atender intereses personales, sociales, u obligaciones familiares, que son esenciales para tener una existencia satisfactoria y que no pueden ser ignorados por el sistema normativo de ninguna sociedad que se considere desarrollada.⁴⁵

En este sentido, una modificación del contrato de trabajo, que diera lugar a una conversión de una jornada a tiempo completo a tiempo parcial, que fuera necesaria para la supervivencia de la empresa en la que el trabajador desarrollara la prestación de servicios, podría dar lugar a que el trabajador necesitara pluriemplearse, para poder atender sus necesidades vitales, ya que en esta modalidad contractual, el salario que percibe el trabajador sería considerablemente inferior al que obtendría de desarrollar la prestación de servicios a tiempo completo.

⁴² AAVV. Dir. **Sempere Navarro, A.V.**, “*Medidas laborales para empresas en crisis*”. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2009. Pág. 27.

⁴³ **Lorente Rivas, A.**, “*Las modificaciones sustanciales del Contrato de Trabajo*”. La Ley. Madrid. 1ª ed. Julio 2009. Pág. 34.

⁴⁴ AAVV. Coordinadores: **López Gandía, J., Blasco Pellicer, A.**, “*Crisis de empresa y Derecho del Trabajo*” *IV Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1ª ed. 2010. Pág. 102.

⁴⁵ AAVV. Coordinadores: **López Gandía, J., Blasco Pellicer, A.**, “*Crisis de empresa y Derecho del Trabajo*”. *IV Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1ª ed. 2010. Págs. 101 y 102. Según estos autores, no caben planteamientos unidireccionales en relación con esta materia, pues la dimensión económica que pueda presentar debe necesariamente compaginarse con otros derechos e intereses del trabajador que se dirigen a preservar valores tan esenciales, como son su vida, su salud y su bienestar.

En situaciones de crisis económica como la actual, con nefastas consecuencias de desempleo, cierre de empresas y caída del consumo, el recurso a la prestación de servicios a tiempo parcial, resultaría eficaz para conciliar los intereses contrapuestos de empresarios y trabajadores, evitando acudir a la destrucción de empleo, siendo preciso el consentimiento del trabajador para que la conversión se pueda efectuar.

Esta conversión, (en puridad, novación extintiva), ha resultado siempre una materia conflictiva y problemática, siendo cambiante su tratamiento legislativo. En un primer momento tal posibilidad era inexistente, al no estar prevista en el ET de 1980, por no prosperar el borrador del apartado 3 del art. 12 primigenio, debiéndose principalmente a que ante la situación de crisis y paro que sirvió de contexto al nacimiento del ET, llevó a pensar que con esta medida se favorecía la posibilidad de trabajar en varias empresas a la vez.⁴⁶

Desde el punto de vista empresarial,⁴⁷ el sistema productivo necesita horas de trabajo flexibles, o no estándares para poder cubrir los picos regulares e irregulares de la demanda, y la horas de apertura extraordinarias, siendo el empleo a tiempo parcial una forma de cubrir esta demanda e incrementar la intensidad del trabajo y por tanto, la productividad, que además se ve muy influenciada por las condiciones competitivas en las que la empresa opera, revistiendo la forma y el contenido de las regulaciones laborales y por tanto la promoción o la disuasión hacia el trabajo a tiempo parcial, una estrecha relación con el diálogo social entre el gobierno y los agentes sociales.

En relación a la relevancia actual de las situaciones de pluriempleo, destaca el hecho de que en los últimos tiempos, es relativamente frecuente que se celebren varios contratos a tiempo parcial con diversas empresas filiales dentro de un mismo grupo económico, lo que desde el punto de vista formal, se trataría de una situación de pluriempleo, similar a la que pudiera encontrarse un trabajador que prestara servicios para diversas empresas entre las que no existiera relación.⁴⁸

Por otro lado, dado que la materia objeto de estudio de esta Tesis suscita polémica, se pueden mencionar algunos aspectos criticados en relación a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad:

- Insolidaridad en el reparto del trabajo,
- Previsión de una disminución en el rendimiento por parte del trabajador,

⁴⁶ **Vicedo Cañada, L.**, en *“De contrato a tiempo completo a contrato a tiempo parcial”*. La Ley. Madrid. 1ª ed. Marzo 2009, pág. 14.

⁴⁷ **Sirvent García del Valle, E.**, *“El empleo a tiempo parcial como herramienta para compatibilizar la flexibilidad laboral y la conciliación de la vida personal y laboral”*. CES. Consejo Económico y Social de España. Nº 217. Madrid. 1ª ed. Septiembre de 2009. Págs. 43 y 44.

⁴⁸ **Cruz Villalón, P.**, *“Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales”*. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 19, Sección Monografías, Octubre 2005, Año XXI. Documento en soporte electrónico: laleydigital.es 4762/2005. Págs. 4 y 5.

- Merma de salud que pudiera ocasionar al trabajador (entendido el concepto de salud en su acepción amplia otorgada por la OMS “estado de bienestar físico, psíquico, mental y social”), al suponer que se está mermando el necesario descanso y esparcimiento del trabajador.

A sensu contrario, en el caso de la imputación de insolidaridad, se podría argumentar que no se debe extrapolar del concreto contexto socio- económico en el que se desenvuelva, debido a que el salario que percibe la mayor parte de la población activa es escaso y actualmente en múltiples ocasiones, un único miembro familiar ostenta la carga del sustento común, ya sea por imposibilidad de inserción sociolaboral del resto de los miembros o motivaciones de otra índole, y recurriendo al pluriempleo/ pluriactividad, podrían verse satisfechas las necesidades económicas familiares en su conjunto.

Por otro lado, también se acusa a los empresarios de recurrir a estas fórmulas con la finalidad de ahorrar los costes derivados del encuadramiento y cotización de los trabajadores, es decir, con ánimo de defraudación a la Seguridad Social.

Esta postura se podría rebatir, argumentando que, en la mayoría de las ocasiones, se opta por el trabajador pluriempleado en atención a sus características personales o profesionales debido a una mayor conciencia de la importancia de los factores subjetivos de la personalidad en el desarrollo de la actividad laboral y mejora continua del servicio prestado, sin ánimo fraudulento, efectuándose el alta y cotización, conforme a los requisitos especificados por el ordenamiento jurídico.

La cualificación y especialización profesional contribuyen en la actualidad a que el trabajador sea su propio gestor en cuanto a las oportunidades que el mercado laboral demanda.

Por otro lado, en los últimos tiempos se han incrementado las situaciones en las que se trabaja con gran autonomía (vgr: trabajo en equipo o trabajo en domicilio, potenciado por las nuevas tecnologías) en las que el trabajador tiene una responsabilidad individual que resulta esencial para el éxito empresarial.

No hay que olvidar que en el trabajo no sólo se obtiene una remuneración económica, sino que se desarrolla la propia personalidad del trabajador.

Actualmente siguen existiendo limitaciones por parte del legislador y los poderes públicos, a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, lo que constituye uno de los referentes de estudio de esta Tesis.

3. Objeto y finalidad de la Tesis Doctoral

En esta Tesis se efectúa un prolijo análisis de las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, tanto desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, como de la Seguridad Social, ciñéndose al sector privado español, sin abarcar por tanto al personal que preste servicios en el sector público, salvo algunas alusiones colaterales; con la pretensión de dar una visión lo más amplia posible de estas situaciones en este sector privado, y al mismo tiempo, se pretende efectuar un análisis exhaustivo y casuístico de las instituciones, límites, conceptos y prestaciones implicados.

Por ello, valoro que pese a la amplitud de la materia, no se produce una merma en la concreción y desarrollo de cada uno de los apartados que la componen, considerando por tanto, que se podría calificar esta Tesis como una visión panorámica, en el sentido de procurar contextualizar y sistematizar la materia de forma coherente; y simultáneamente microscópica de cada uno de los aspectos implicados en la amplia temática objeto de estudio, dada la exhaustividad con la que se aborda.

Al abarcar tan densa materia, supone un gran reto personal de la autora, dado que encuentra la dificultad añadida de estar sometida al continuo devenir propio de la etapa que atravesamos, además de caracterizarse por la complejidad, derivada de las contradicciones internas que refleja la extremada dispersión normativa reguladora, lo que convierte la labor investigadora efectuada, en una especialmente ardua tarea de análisis y desarrollo doctrinal.

4. Metodología y fuentes utilizadas

Se ha efectuado un estudio sistemático de las situaciones de pluriempleo y de pluriactividad, no sólo utilizando razonamientos inductivos, es decir partiendo de las posibles hipótesis que podrían plantearse en la vida real; sino también efectuando razonamientos deductivos, sobre todo en el ámbito del régimen jurídico aplicable a cada situación, dada la amplitud y densidad de la materia y ante las numerosas lagunas que pueden observarse en la regulación jurídica vigente.

La visión proporcionada de las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, no sólo abarca estas situaciones individualmente consideradas, sino que contempla un estudio comparativo entre las similitudes y diferencias que pueden observarse entre ambas, procurando en todo momento que el discurso resulte coherente, pese a las dificultades interpretativas derivadas de la dispersión normativa y el continuo devenir al que se encuentra sometida y expuesta la materia objeto de estudio de la presente Tesis.

Con este fin, se ha consultado todo tipo de fuentes normativas y bibliográficas, como puede observarse en la amplia Bibliografía citada al hilo expositivo de la materia y sintetizada al final de la Tesis, recopilando una gran diversidad de interpretaciones doctrinales; se ha analizado jurisprudencia y doctrina judicial con gran amplitud

temporal, desde los inicios de la regulación jurídica sobre la materia en el ordenamiento jurídico español, hasta la actualidad, lo que ha permitido efectuar un análisis pormenorizado de la evolución de las situaciones y se han efectuado todo tipo de consultas a bases de datos, a revistas especializadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, etc...

Asimismo la autora ha ido efectuando numerosas interpretaciones y aportaciones originales a lo largo de la materia objeto de estudio, como producto de una continua mejora y meditación o razonamiento sobre cada uno de los aspectos implicados.

5. Estructura

La materia se ha sistematizado en cuatro capítulos. El primero de ellos, en el que se ubica este apartado, se destina al análisis de las precisiones introductorias, delimitaciones conceptuales y visión de las situaciones de pluriempleo y pluriactividad desde la perspectiva constitucional.

El segundo capítulo, abarca el análisis de las situaciones de pluriempleo y pluriactividad desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, especialmente los límites aplicables a estas situaciones, tanto directos, como indirectos y la evaluación de si otros elementos integrantes de la relación jurídica laboral, constituyen o no límites a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, (vgr: el concepto de salario y las vacaciones anuales).

En el tercer capítulo se analizan las situaciones de pluriempleo y pluriactividad en el ámbito de la Seguridad Social, dedicando dos apartados diferenciados, uno destinado al análisis del pluriempleo, individualmente considerado, y otro independiente para la pluriactividad, diferenciando de forma simétrica en ambas situaciones, entre los aspectos relacionados con afiliación, altas y cotización, y el ámbito puramente prestacional, centrandó la materia objeto de estudio no sólo en la problemática de las compatibilidades e incompatibilidades de prestaciones, sino también en el régimen jurídico aplicable a las diversas contingencias protegibles en las que las situaciones de pluriempleo y pluriactividad pudieran tener repercusiones.

Aunque la materia se estructura de forma independiente en este capítulo, se efectúan continuas alusiones comparativas, para una mayor claridad expositiva y delimitadora, tanto de las diferencias como de las similitudes existentes entre los regímenes jurídicos implicados en las diversas situaciones, contingencias protegibles y prestaciones, relevantes en las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, lo que se ha procurado en todos los apartados de esta obra, no sólo en este capítulo individualmente considerado.

Por último, el capítulo cuarto, se destina a las manifestaciones conclusivas, abarcando tanto las principales conclusiones en las que se podría sintetizar el análisis efectuado, así como la recopilación de la Bibliografía citada y utilizada para su elaboración.

II. DELIMITACIONES CONCEPTUALES

1. Diferenciación entre pluriempleo y pluriactividad

La LGSS en su art. 110.2, a propósito de la aplicación de los topes máximos de cotización, considera, a efectos de la misma ley, como pluriempleo la situación de quien trabaje en dos o más empresas distintas, en actividades que den lugar a la inclusión en el campo de aplicación del Régimen General. Al margen de esta alusión, ninguna norma con rango de ley define y delimita con exactitud el pluriempleo y la pluriactividad.

El art. 9.2 LGSS establece que *“se dictarán las normas reglamentarias relativas al tiempo, alcance y condiciones para la conservación de los derechos en curso de adquisición de las personas que pasen de unos a otros Regímenes, siempre que no se superpongan”*, sólo se refiere a realización de actividades sucesivas.

Podemos mencionar como normas con rango de Ley que aluden a la pluriactividad sucesiva:

- El art. único de la Ley 47/1998, de 23 de diciembre, por la que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social, en determinados casos especiales, dentro del ámbito de las formas de acceso a la jubilación anticipada.

- La DA 2ª del RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

- El art. 11º del RD Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, relativo al efecto de las cotizaciones superpuestas en varios regímenes en orden a las pensiones de la Seguridad Social.

- El art. 11º de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, que añade la DA 38ª a la LGSS, sobre cotizaciones superpuestas en varios regímenes.

En caso de realización simultánea de actividades, no existe previsión legal similar que garantice la correspondencia prestacional en aras del principio de contribuidad. Encontramos algunas referencias secundarias a la pluriactividad simultánea en el art. 138.4 LGSS,⁴⁹ relativo a los requisitos que deben reunir los beneficiarios y cálculo de

⁴⁹ *“Para causar pensión en el Régimen general y en otro u otros del sistema de la Seguridad Social, en los casos a que se refiere el apartado anterior, (relativo a las pensiones de Incapacidad Permanente en los grados de Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo o Gran Invalidez derivadas de contingencias comunes), será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos durante 15 años”*. Este párrafo 4º fue añadido por el art. 13 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre.

pensiones de Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo y gran invalidez, derivadas de contingencias comunes, y el art. 161.4 LGSS relativo a los beneficiarios de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

El RD Ley 5/1998, de 29 de mayo, que dicta reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social en determinados casos especiales, establece en su artículo único, normas respecto al reconocimiento del derecho a pensión de jubilación cuando el interesado acredita cotizaciones en dos o más regímenes de la Seguridad Social, sin que en ninguno de ellos, aisladamente considerados, reúna los requisitos para acceder a dicha pensión.

La Ley 47/1998, de 23 de diciembre, en su artículo único, dicta normas similares en supuestos de jubilación anticipada, en casos especiales.

Son los Reglamentos de desarrollo de la LGSS, en concreto, el art. 9 RD 2064/1995 de 22 de diciembre, en materia de cotización, y los arts. 7.4 y 41.2 del RD 84/1996 de 26 de enero, sobre actos de encuadramiento, los que han delimitado ambos conceptos, o cuando menos intentado delimitar, pues como veremos acto seguido, resultan bastante ambiguos y han dado lugar a diversas interpretaciones. No es pacífica la diferenciación entre ambos conceptos, ni los límites colindantes entre una y otra situación.

2. Delimitación basada en el art. 9.1.4º RD 2064/1995 de 22 de diciembre

El art. 9.1.4º del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, (Reglamento General de Cotización), contiene una diferenciación entre pluriempleo y pluriactividad, aplicable a efectos de cotización, considerando pluriempleo, la situación del trabajador por cuenta ajena que preste servicios profesionales a dos o más empresarios distintos y en actividades que den lugar a su alta obligatoria en un mismo Régimen de la Seguridad Social, mientras que se considera pluriactividad a la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena, cuyas actividades den lugar a su alta obligatoria en dos o más regímenes distintos de la Seguridad Social.⁵⁰

Para algunos autores,⁵¹ en base al tenor literal de este precepto, el concepto de pluriempleo así formulado, se refiere al ámbito interno de encuadramiento en un único régimen de la Seguridad Social, admitiendo por tanto su existencia no sólo en el

Ambos artículos el 138.4 y 161.4 LGSS, tienen similar redacción, en el sentido de la exigencia de superposición durante 15 años.

⁵⁰ El concepto de pluriactividad fue elaborado inicialmente por la doctrina judicial, en STCT de 10 de enero de 1989, (RTCT 1989, 916, Ar. 924).

⁵¹ **López Gandía J.**, “*Pluriactividad y Seguridad Social*”. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 7, año 2005. Página 380. **Ballester Pastor, M. A.**, “*La acción protectora en pluriempleo con relación a la normativa sobre trabajo a tiempo parcial*”. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 18. 2003, pág. 268.

Régimen General, sino en cualquier otro, salvo el de los trabajadores por cuenta propia, que quedaría excluido del concepto, ya que resultaría imposible en el ámbito interno del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, así como cuando se desarrollan varias actividades por cuenta propia incluidas en un solo régimen, (ya sea el Sistema Especial Agrario por cuenta propia dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores del Mar), al existir un único encuadramiento y una única base de cotización en tales casos.⁵²

Esta exclusión se establecía expresamente en el art. 19.2 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto, ya que en caso de realizarse varias actividades por cuenta propia susceptibles de integración en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, tan sólo existe la obligación de cotizar por la base elegida.

Este precepto se derogó expresamente por la Orden de 22 de febrero de 1996 que afectó a todo el capítulo III de la Orden de 24 de septiembre de 1970, excepto a los artículos 24, 25 y 26, sin que se estableciera, ni en la Orden de 1996 ni en ninguna de las coetáneas normas sobre cotización, (tales como el RD 2064/1995 de 22 de diciembre, sobre inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas y el RD 84/1996 de 26 de enero), norma alguna en sentido similar.

Pero esta situación normativa difícilmente puede implicar la adición de bases de cotización en el caso de trabajadores autónomos, ya que conforme a lo establecido en el art. 24 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, corresponde al trabajador autónomo la elección de la base de cotización (enuncia “base” en singular).

Esto implica que no existe multiplicidad de bases por varios trabajos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, que obliguen a respetar en cada uno de ellos la base mínima establecida.⁵³

El concepto de pluriempleo y la regulación concreta correspondiente (adición de bases de cotización y de bases reguladoras), está contemplado expresamente en el art. 9.1.4º del RD 2064/1995, para el trabajo por cuenta ajena. Por lo que mi opinión personal, es que ante la multiplicidad de trabajos realizados que dieran lugar a múltiples encuadramientos, para que se considerara que se diera el pluriempleo, debería tratarse

⁵² **Ballester Pastor, M. A.**, “La acción protectora en pluriempleo con relación a la normativa sobre trabajo a tiempo parcial”. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica, nº 18. 2003, pág. 268.

⁵³ Hay que tener en cuenta, en relación a los trabajadores autónomos agrarios, que los artículos 36 y 37 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de Otros derechos de la Seguridad Social, han quedado derogados expresamente por la Disposición Derogatoria única del RD 1382/2008, de 1 de agosto, (RCL 2008\1579), de desarrollo de la Ley 18/2007, de 4-7-2007 (RCL 2007\1313), que procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la Ley 20/2007, de 11-7-2007 (RCL 2007\1354), del Estatuto del trabajo autónomo, por el que se modifican diversos reglamentos generales en el ámbito de la Seguridad Social.

de trabajos realizados en el mismo régimen de la Seguridad Social y prestados por cuenta ajena.

Si los trabajos se realizan en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, el art. 52.2 del RD 2064/1995 de 22 de diciembre, establece que *las bases de cotización respecto de los trabajadores incluidos en los grupos segundo y tercero de los apartados 2 y 3 del artículo 54,⁵⁴ serán únicas, sin que se tomen en consideración las mínimas y máximas previstas para las restantes actividades. No obstante, dichas bases no podrán ser inferiores a las bases mínimas establecidas en cada ejercicio para las distintas categorías profesionales en el Régimen General de la Seguridad Social.⁵⁵*

Respecto a los empleados del hogar que presten servicios en la modalidad de prestación de servicios a tiempo parcial, el tratamiento es similar al de los trabajadores por cuenta propia, ya que se trasladan al trabajador las obligaciones de atender su propio encuadramiento, y acompañar con la documentación requerida, la declaración de todos los cabezas de familia para los que vaya a prestar servicios, en la que cada uno de ellos haga constar el tiempo y demás condiciones de la prestación de servicios. Art. 49 RD 84/1996.⁵⁶

Es discutible por tanto, la consideración de que se trate de una situación de pluriempleo, puesto que el tratamiento en materia de cotización⁵⁷ y prestacional en esta

⁵⁴ Apartado 2. En el segundo grupo se incluirán los trabajadores retribuidos *a la parte* que presten servicios en embarcaciones pesqueras de más de 10 toneladas de registro bruto hasta 150 toneladas inclusive.

1. El grupo segundo A) comprende a aquellos trabajadores que presten servicios en embarcaciones pesqueras comprendidas entre 50,01 y 150 toneladas de registro bruto.
2. El grupo segundo B) comprende los trabajadores que presten servicios en embarcaciones pesqueras comprendidas entre 10,01 y 50 toneladas de registro bruto.

Apartado 3. En el tercer grupo quedarán incluidos:

1. Los trabajadores por cuenta propia o autónomos incluidos en este Régimen Especial.
2. En todo caso, los trabajadores retribuidos *a la parte* que presten servicios en embarcaciones pesqueras de hasta 10 toneladas de registro bruto.

⁵⁵ El apartado 3 del mismo artículo establece que: *“En todo caso, para la determinación de las bases de cotización por contingencias comunes respecto de las empresas y trabajadores incluidos en los grupos segundo y tercero de los grupos de cotización establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 54, a las cantidades resultantes conforme a las normas establecidas en los números precedentes del presente artículo, se aplicarán los coeficientes correctores establecidos o que establezca el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a propuesta del Instituto Social de la Marina, oídas las organizaciones sindicales y empresariales respectivas, las cofradías de pescadores y las organizaciones de productores pesqueros.*

Dichos coeficientes correctores se fijarán teniendo en cuenta las características que concurren en las actividades comprendidas en dichos grupos y la capacidad económica de empresas y trabajadores”.

Los apartados 1 y 2 del art. 52 RD 2064/1995, fueron modificados, pasando a tener esta redacción, por el art. único 4 del RD 1890/1999, de 10 de diciembre.

⁵⁶ **Luján Alcaraz, J.**, *“El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados del Hogar”*. Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2000. Pág. 65.

⁵⁷ Las especialidades en materia de cotización de este Régimen Especial, vienen recogidas fundamentalmente en los arts. 46 a 50 RD 2064/1995 de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

modalidad a tiempo parcial para varios cabezas de familia, se aproxima al de un trabajador por cuenta propia, sin embargo, siguiendo el tenor literal del art. 9.1.4º RD 2064/1995, al definir la situación de pluriempleo como la situación del trabajador por cuenta ajena que preste servicios profesionales a dos o más empresarios y en actividades que den lugar a su alta obligatoria en un mismo régimen de la Seguridad Social, sí podría considerarse al trabajador como pluriempleado.⁵⁸

En contra de la postura de considerarlo como un trabajador pluriempleado, se encuentra el hecho de que en el ámbito de aplicación del capítulo II del RD 1131/2002, relativo a la acción protectora de los trabajadores contratados a tiempo parcial, contenido en el art. 1 del mismo, y en la Disposición adicional 7ª. 2 LGSS,⁵⁹ no se menciona a los trabajadores del régimen especial de empleados del hogar.

Cuando se trate de varios trabajos desarrollados en el mismo régimen, pero con distinta naturaleza, todos por cuenta propia, no nos encontraríamos ante una situación de pluriactividad, por tratarse de un único régimen de referencia.

Esta cuestión lleva a **Ballester Pastor**, a interpretar que en un sentido literal, la mención que realiza este precepto a varios empleadores para conceptualizar el pluriempleo, comprendería también el autoempleo, y a que cuando se refiere a trabajador por cuenta ajena, se podría considerar pluriempleo, si al menos uno de los trabajos desarrollados, se realizara por cuenta ajena.

Por ello, considera Ballester Pastor, que sería más adecuada la diferenciación realizada por el art. 7.4 RD 84/1996, que se analiza acto seguido.

⁵⁸ En el apartado II. 4 de este capítulo I, veremos otra interpretación de la situación. Como ya he puesto de relieve, hay diversidad de opiniones al respecto, considero que los argumentos que se emplean en unas y otras tienen fundamento para defender las tesis que se mantienen y por ello tengo en cuenta las diferentes interpretaciones.

Parece que la interpretación menos artificiosa es la que considera que dado que se trata de trabajadores por cuenta ajena y prestan sus servicios a varios empleadores, se trataría de un supuesto de pluriempleo, pero el art. 1 RD 1131/2002, no contempla dentro del ámbito de aplicación de la normativa relativa a la contratación a tiempo parcial a los empleados del hogar.

Bajo mi punto de vista, también es discutible que la no aplicación de la normativa de la contratación a tiempo parcial sea total, como algún sector doctrinal considera, ya que el art. 1 de este RD, sólo se refiere al ámbito de aplicación en materia prestacional, contenido en su capítulo II, por lo que considero que no está claro que se impida que en materia de encuadramiento se tratara de un supuesto de pluriempleo.

⁵⁹ Que establece: “Las reglas contenidas en el apartado anterior serán de aplicación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial y contrato de trabajo fijo-discontinuo, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 15.8 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que estén incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen especial de la minería del carbón, y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen especial de los trabajadores del mar”.

3. Deslinde conceptual aportado por el artículo 7.4 del RD 84/1996 de 26 de enero

El RD 84/1996 de 26 de enero por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social (BOE del 27 de febrero de 1996), establece una diferenciación más genérica, en su art. 7.4:

1 “ Cuando una persona ejerciere simultáneamente distintas actividades o la misma actividad pero en condiciones o en formas diversas que dieren lugar a su inclusión en diferentes Regímenes del sistema de la Seguridad Social o en el mismo Régimen por cuenta de más de una persona, su encuadramiento será múltiple, constituyendo las situaciones de pluriactividad y de pluriempleo respectivamente.

1º A efectos de lo previsto en este Reglamento, se considerará pluriactividad la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades den lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del sistema de la Seguridad Social.⁶⁰

2º A los mismos efectos, se entenderá por pluriempleo la situación del trabajador por cuenta ajena que preste sus servicios profesionales a dos o más empresas distintas y en actividades que den lugar a su alta en un mismo Régimen de la Seguridad Social.”

Con base a la enunciación que hace referencia al trabajo por cuenta de más de una persona, en lugar de empresario, según **Ballester Pastor**,⁶¹ permitiría incluir en el concepto de pluriempleo las múltiples actividades llevadas a cabo en el mismo régimen para varios empleadores (el propio autónomo y otro por cuenta ajena).

Para **Ballester Pastor**, la delimitación está basada en la multiplicidad o unidad de los regímenes implicados, y dada la imprecisión que se deriva de ambas redacciones, (tanto la del art. 9.1.4 del RD 2064/1995, como del 7.4. RD 84/1996), aplicando una interpretación correctora de la estricta literalidad del art 9.1.4º RD 2064/1995, el concepto de pluriempleo tiene dos elementos definidores: a) El desarrollo de varios trabajos en el mismo régimen, b) siempre y cuando al menos uno de ellos se desarrolle por cuenta ajena.

⁶⁰ En este sentido la contestación de la TGSS de 2 de diciembre de 2003, considera que si un trabajador está vinculado a una sola empresa por más de un contrato de trabajo, para la realización de actividades distintas por las que se generen diversas altas en distintos regímenes, se admite la pluriactividad para un mismo empresario, procediendo la inclusión en los diferentes regímenes.

Es el supuesto del Régimen Especial Agrario y desempeño de otros trabajos no agrícolas que dan lugar a su encuadramiento en el RGSS.

⁶¹ **Ballester Pastor, M. A.**, “La acción protectora en pluriempleo con relación a la normativa sobre trabajo a tiempo parcial”. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 18. 2003, pág. 269.

Según **Ballester Pastor**, se podrían diferenciar varias situaciones:

- Si se tratara de varios trabajos en el mismo régimen, siempre que uno de ellos sea por cuenta ajena, estaríamos ante un supuesto subsumible en el concepto de pluriempleo.

Si son varios trabajos en el mismo régimen, siendo todos ellos por cuenta propia, implican una sola base de cotización y por ello una sola base reguladora, con lo cuál no se requeriría la aplicación de las normas de pluriempleo.

Se trata del supuesto de que se realicen diferentes trabajos desarrollados en el mismo régimen, siendo por tanto un único régimen de referencia.

- Que se trate de varios trabajos desarrollados en diferentes regímenes de Seguridad Social, estaríamos ante el supuesto de pluriactividad.

Considera que la referencia que el art. 9.1.4º RD 2064/1995 realiza al pluriempleo comprende también al autoempleo y que cuando este artículo se refiere al trabajador por cuenta ajena, sólo establece que sea necesario que uno de los trabajos sea por cuenta ajena.

Las repercusiones de la cuestión de la delimitación conceptual son relevantes, dado que el cálculo de las prestaciones no se realiza de la misma forma, en la situación de pluriempleo, es exacta, pero en la pluriactividad, el nacimiento de las distintas prestaciones por cada uno de los regímenes implicados, difiere en función de dos elementos:⁶²

a) El tiempo de permanencia en dos o varios regímenes de forma simultánea.

b) Que se trate de subsidios o de pensiones, porque para las pensiones es de aplicación el mecanismo del cómputo recíproco de cotizaciones, que tiene lugar sólo de forma subsidiaria, cuando no se causen pensiones distintas en cada régimen, como fruto de la relación continuada de encuadramiento múltiple con la Seguridad Social.

La pluriactividad puede dar lugar al acceso a diversas prestaciones, si se dan todos los requisitos para causar derecho a las mismas de forma independiente en cada régimen implicado o en su defecto, al nacimiento de una sola prestación, a partir del cómputo recíproco de cotizaciones, pero sin la suma de las bases de cotización a efectos de determinación de la base reguladora, si se trata de pluriactividad simultánea. SSTs de 14 de mayo de 1993, (Ar. 4094) y 24 de septiembre de 1993, (Ar. 7043).⁶³

⁶² **Purcalla Bonilla, M. A., Rivas Vallejo, M. P.**, “*La contratación indefinida a tiempo parcial. Relación laboral, incentivos y protección social*”. CISS. Praxis profesional. Valencia. 1ª ed. 2000. Págs. 157 a 159.

⁶³ El mecanismo del cómputo recíproco de cotizaciones, introducido por el art. 11 del RDL 2/2003 de 25 de abril, en situaciones de pluriactividad se restringe a la pluriactividad sucesiva, cuando no se superponga la pluriactividad en el tiempo.

Sin embargo, el pluriempleo implica que las bases de cotización correspondientes a los varios empleos por los que se cotizó al mismo régimen, siempre y cuando se superpongan en el tiempo, [STSJ Madrid de 5 de junio de 1997, (As. 2119)], sean sumadas a efectos de determinación de la cuantía de la prestación que se devengue, que siempre será única.

La diferencia se expone con claridad en la STS de 20 de abril de 1997, (Ar. 3341), en su FD 2º: *“La situación de pluriempleo determina en el Régimen General y en los especiales que a él se remiten en este punto un tratamiento integrado, tanto en materia de prestaciones, que conduce a una prestación única (...). Por el contrario, la pluralidad de actividades en distintos regímenes no es objeto de este tratamiento integrado, por lo que en principio, las cotizaciones independientes pueden generar prestaciones independientes”*.

Para **López Gandía**,⁶⁴ en los arts. 7.4 y 41.2 RD 84/1996, de 26 de enero, sobre actos de encuadramiento se añade una definición global que en realidad se refiere al pluriempleo y pluriactividad simultánea en términos comparativos, ya que el pluriempleo, para este autor, sólo puede ser simultáneo.

El precepto no diferencia entre pluriactividad sucesiva y simultánea, lo determinante es que sean actividades que determinen el encuadramiento en regímenes distintos del sistema de la Seguridad Social, no pudiendo admitir según esta postura pluriactividad en un mismo régimen especial de Seguridad Social, lo cuál tiene trascendencia en el ámbito del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, Régimen Especial Agrario, trabajadores del mar y empleados del hogar.

Por lo tanto, para López Gandía, el pluriempleo únicamente afecta a trabajadores por cuenta ajena, por lo que se considera que no puede darse en el ámbito interno del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos,⁶⁵ y sólo cuando las distintas altas se producen en el mismo Régimen, mientras que la pluriactividad puede afectar, tanto a trabajadores por cuenta propia como por cuenta ajena y a diferentes Regímenes de Seguridad Social.⁶⁶

⁶⁴ **López Gandía, J.**, *“Pluriactividad y Seguridad Social”*. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 7, año 2005. Pág. 380.

⁶⁵ En este sentido, el art. 41.1 del RD 84/1996, establece que en el supuesto de realización simultánea de dos o más actividades que den lugar a la inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el alta en dicho Régimen, así como la cotización a éste, serán únicas y se practicarán en los términos indicados por los artículos 46.3 y 47.4.4 de este Reglamento.

En todo caso, si una de las actividades determinase la inclusión en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, el alta se practicará por dicha actividad.

⁶⁶ **López Gandía J.**, *“Pluriactividad y Seguridad Social”*. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 7, año 2005. Página 381. Para otros autores sí puede darse el pluriempleo en el caso de trabajadores por cuenta propia o autónomos, en el caso de que una de las actividades se desarrolle por cuenta ajena entre otros, **Ballester Pastor, M. A.**, *“La acción protectora en pluriempleo con relación a la normativa sobre trabajo a tiempo parcial”*. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 18 año 2003, págs. 268 y 269.

Para otros autores,⁶⁷ siguiendo la línea de López Gandía, en los supuestos de pluriactividad se originan tantas altas como actividades se realicen, y por tanto la obligación de cotizar lo será por cada uno de los Regímenes en que quede incluido el trabajador y de acuerdo con las normas que rijan en cada uno de ellos, a excepción del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos,⁶⁸ y en el seno de los regímenes que admiten la modalidad de trabajo por cuenta propia, en el caso de esta modalidad.

Estos autores van más allá, al considerar que en caso de simultanear actividades por cuenta propia y ajena dentro del mismo régimen especial, se produciría una excesiva carga para el sujeto cotizante.

Para ellos, tampoco se trataría de supuestos de pluriempleo, ya que el art. 8 LGSS prohíbe dentro del mismo régimen de Seguridad Social la inclusión múltiple obligatoria, por el mismo trabajo desempeñado.

Interpreto que estos autores se refieren a que por el mismo tipo de trabajo desempeñado, no es exigible el alta múltiple, cuando estando de alta el trabajador en algún régimen que admite las modalidades de cuenta propia y ajena en su seno, desempeñe esporádicamente algún trabajo de la misma naturaleza sustantiva, pero de distinta modalidad de encuadramiento para la que inicialmente se dio de alta.

Esta interpretación enlazaría con la cuestión del **trabajo marginal**,⁶⁹ que se caracteriza por efectuarse por personas que realizando un trabajo por cuenta ajena, atendiendo a su jornada o retribución, pudiera considerarse la realización de este trabajo de carácter marginal, en el sentido de no constituir su medio fundamental de vida, situación en la que el Gobierno podría excluirlas del Sistema de Seguridad Social, siempre que previamente se solicitara por los interesados, ex art. 7.6 LGSS.⁷⁰

Se van a tener en cuenta otras interpretaciones; ya que como ya se ha mencionado, en torno a la consideración de los diversos supuestos de pluriempleo posibles, la doctrina científica no es unánime, existen discrepancias.

Ferrer López,⁷¹ simplifica la cuestión y establece de forma genérica y amplia, que se entenderá por pluriempleo la situación del trabajador que se halle incluido en el

⁶⁷ De Sala Franco, T., Moliner Cambronero, G., Albiol Montesinos, I., Díaz Martín, S., Redondo Toriño, M., “Atlas laboral”. Base de datos CISS. Wolters Kluwer. Marzo de 2008.

⁶⁸ donde el alta es única por la actividad que escoja el interesado, excepto en el caso de que una de las actividades determinase la inclusión en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, en cuyo caso, no existe opción, el alta se practicará por dicha actividad en todo caso, ex art. 41.1 párrafo 3º, RD 84/1996.

⁶⁹ Leonés Salido, J.M., “El trabajo marginal: una frontera sin resolver”. Boletín Aranzadi Laboral núm. 2/2003. Ed. Aranzadi S.A. 2003. Base de datos West Law encuentra. Págs. 1, 4 y 11.

⁷⁰ Sanz Merino, A.R., “Manual básico del sistema de la Seguridad Social”. La Ley. Madrid. 1ª ed. Marzo 2010. Pág. 154.

⁷¹ Ferrer López, M. A., “Casos Prácticos de Seguridad Social 2010”. Deusto S.A. Barcelona. 19ª edición, actualizada a mayo de 2010. Pág. 51.

campo de aplicación de un Régimen de Seguridad Social que prevea esta situación y trabaje por cuenta de dos o más empresarios obligados a darle de alta en el mismo.

Considera que el ejercicio por parte del trabajador de otras actividades, en régimen de pluriactividad, además de aquella por la que se encuentra de alta en un Régimen de Seguridad Social dará lugar a la inclusión simultánea en los Regímenes de la Seguridad Social que procedan, debiendo comunicarse las altas y las bajas en los mismos por las personas y en la forma establecida.

Bajo mi punto de vista esta interpretación resulta bastante sencilla, y quizás simplista, ya que sólo considera que se puede dar pluriempleo cuando dándose el alta múltiple las normas reguladoras de cada régimen de Seguridad Social implicado, prevean esta posibilidad, y en caso de que no esté previsto expresamente, por exclusión, considera que se trataría de un supuesto de pluriactividad.

Fernández Prol,⁷² considera que tanto en el art. 7.4.2º RD 84/1996, como en el art. 9.1.4º RD 2064/1995, se establece una concepción más amplia que la contenida en el art. 110.2 LGSS, ya que estos artículos no vinculan el pluriempleo a ningún régimen específico, siempre y cuando éste sea único y exclusivo, por lo que esta autora considera que el régimen jurídico del pluriempleo resulta de aplicación en los siguientes supuestos:

1) Trabajador por cuenta ajena que desempeña varias actividades determinantes del encuadramiento en el Régimen General, ex arts. 7.1. a) RD 84/1996 y art. 97 LGSS, por cuenta de uno o más empresarios.

2) Trabajador por cuenta ajena que desempeña varias actividades por cuenta de uno, dos o más empresarios, determinantes del encuadramiento en el Régimen Especial Agrario (actualmente en el censo de trabajadores por cuenta ajena), por tratarse de labores agrarias, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias, ex art. 2 del RD 2123/1971, de 23 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes 38/1996, de 31 de mayo y 41/1970, de 22 de diciembre, por las que se establece y regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social y el art. 3 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General del REA.

3) Trabajador por cuenta ajena que desempeña varias actividades marítimo - pesqueras, por cuenta de uno dos o más empresarios, determinantes del encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar (sección de trabajadores por cuenta ajena) en virtud del art. 2. a) del Decreto 1867/1970, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

⁷² **Fernández Prol, F.**, *“Pluriempleo y pluriactividad simultánea en el sistema de Seguridad Social”*. Ed. Bomarzo. Albacete. 1ª ed. 2007. Págs. 38-40.

4) Trabajador por cuenta ajena que desempeña varias actividades por cuenta de uno, dos o más empresarios, integrado en el REMC en aplicación del art. 2 Decreto 298/1973, de 8 de febrero, por el que se regula el REMC.

5) Empleado del hogar que realiza diversos servicios domésticos para uno o varios cabezas de familia, según el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, regulador del Régimen Especial de Empleados del Hogar.

6) Mientras estuvo vigente el régimen transitorio de la Ley 18/2007, de 4 de julio, que establecía la convivencia en el Régimen Especial Agrario, hasta el 1 de enero de 2008, de autónomos agrarios y trabajadores por cuenta ajena, igualmente dedicados a tareas agrarias, para esta autora se producía la situación de pluriempleo en el supuesto de un trabajador que realizara labores agrarias por cuenta de un empresario, en los términos señalados en el art. 2 de la Ley del Régimen Especial Agrario y art. 3 del RGEA, y simultáneamente, en régimen de autonomía según la concepción del autónomo agrario de los arts. 2 b de la Ley de Régimen Especial Agrario (reformado por la Ley 18/2007, de 4 de julio con efectos desde el 1 de agosto de 2007) y el art. 5 del RGEA.

7) Trabajador que lleva a cabo actividades marítimo pesqueras de modo subordinado, según lo previsto en el art. 2. a) del DRMAR- y, al tiempo como autónomo- en los términos señalados en el art. 2. b) del Decreto de Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

Por otro lado, **López Gandía**, se plantea la cuestión de si por analogía podría darse la situación de **pluriempleo** en caso de prestación de dos actividades por cuenta ajena para un mismo empresario.

Excepcionalmente, ante la laguna normativa al respecto, ya que los Reglamentos citados no hacen más que constatar una situación común o general, la doctrina judicial ha tenido que recurrir a la analogía admitiendo la posibilidad, aplicando las normas del pluriempleo: STSJ Castilla- La Mancha de 31 de julio de 2002, (R. 1844/2001);⁷³ 15 de abril, 21 de mayo, 9 y 18 de junio de 2003, (Ar. 1331, 3297, 3501 y 3981, respectivamente), relativas a trabajadores que prestaban servicios para la Universidad de Castilla La Mancha, como Personal no docente de Administración y Servicios, figurando como tales, en alta en la Seguridad Social, y al mismo tiempo, como Profesores Asociados a tiempo parcial, siendo dados de alta en el mismo RGSS, en concepto de tal actividad.

⁷³ AS 2003\907. Recurso de suplicación. 1844/2001. Se trata del supuesto de hecho de un profesor asociado a tiempo parcial de Universidad, que realizaba simultáneamente funciones administrativas, figurando en alta para la misma Universidad en dos códigos cuenta de cotización distintos. Aplicando la DA 1ª b) RD 28/08/1989 (RCL 1989,1994), normativa reguladora de la figura del profesor asociado, considera que si en el primer puesto o actividad principal el interesado está sujeto al RGSS, será entonces también alta por la segunda actividad de profesor asociado, en el RGSS y cotizará al mismo por la situación de desempleo.

Estas sentencias admiten que la situación de pluriempleo no sólo surge de la concurrencia de distintos empleadores, sino también de la realización de actividades diversas por un mismo trabajador para un mismo empleador, dando lugar a un encuadramiento múltiple, a la aplicación de las reglas específicas en materia de cotización y de prestaciones, ya que una interpretación razonable e integradora, debe conducir a una identificación de las situaciones en las que se presten servicios para distintas empleadoras y aquellas situaciones en las que por cuenta de una misma empresa, se presten actividades distintas, al menos a efectos del aseguramiento social. La base normativa en la que fundamentan tales conclusiones se encuentra en la DA 1ª RD 28/08/1989.⁷⁴

Otro supuesto diferente, sería el de un trabajador por cuenta ajena que desempeñara varias actividades *agrarias* por cuenta de uno, dos o más empresarios, ya que aunque parezca que la situación sería constitutiva de pluriempleo, debido a que la inscripción en el censo de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario corresponde al empresario, [quien debe comunicar la fecha prevista para la realización de la primera jornada real, (dentro de los 6 primeros días de cada mes natural), y el número de jornadas reales efectivamente desempeñadas por cada trabajador], la inscripción hace las veces de afiliación (art. 45.1.2º c y d RD 84/1996) y normalmente el empresario se limita a verificar si el trabajador ya está en el censo, por lo que no se produce el encuadramiento múltiple característico de la situación de pluriempleo.

4. Precisiones en el ámbito de algunos regímenes y sistemas especiales

La normativa de Seguridad Social regula expresamente la cotización en estos supuestos, tanto los topes máximos como su distribución, (art. 120.3 LGSS), pero podemos apreciar lagunas de regulación y ambigüedades en materia prestacional.

A priori sería posible que se efectuaran varios trabajos por cuenta ajena en el ámbito de algunos de los regímenes especiales, en tanto en cuanto la normativa sobre trabajo a tiempo parcial es aplicable tanto a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato fijo-discontinuo y contrato de relevo a tiempo parcial, incluidos además de en el ámbito de aplicación del Régimen General, del Régimen Especial de la Minería del Carbón, y los que trabajando por cuenta ajena estén encuadrados en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, ex disposición adicional 7ª. 2 LGSS, en la redacción dada por el art. 2.2 del RD ley 15/1998 de 27 de noviembre y RD 1131/2002 (art. 1).

⁷⁴ En contra de esta postura judicial, se pronuncian los autores **Rivas Vallejo, M. P., y Barbancho Tovillas, F.**, "*Efectos del pluriempleo y la pluriactividad sobre la pensión de jubilación en la doctrina jurisprudencial*". AAVV: "*Presente y futuro de la contratación laboral y de las pensiones*". Ed. Comares. Granada. 1ª ed. 2000. Pág. 301. Consideran que es necesario, para que se apliquen las normas sobre pluriempleo, que los servicios se presten para diferentes empresarios.

Pero tal regulación está pensada para un único trabajo a tiempo parcial y en caso de pluriempleo, no es aplicable en materia de acción protectora en caso de que el régimen de cotización sea tarifado, ya que las bases se encuentran normalizadas en el caso de la minería del carbón, y trabajadores del mar retribuidos a la parte.

Sin embargo, se considera que teóricamente cabe la posibilidad del pluriempleo, para los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores del Mar incluidos en el bloque de cotización 1º del art. 54 del RD 2064/1995, ya que la retribución a salario o a la parte de éstos, se produce por conceptos retributivos reales y el art. 52 RD 2064/1995 establece que las reglas de cotización aplicables a estos trabajadores, son las mismas que las correspondientes a los trabajadores del RGSS, remisión que se reitera en las órdenes TAS de cada año, por las que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, FOGASA y Formación Profesional, de cada Ley de Presupuestos Generales del Estado.⁷⁵

Tal y como se configura el encuadramiento dentro de cada régimen especial se suele excluir la posibilidad de acumular actividades por cuenta ajena y propia a la vez, además en actividades por cuenta propia se suele contemplar sólo una vez, tal como sucede en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y Trabajadores del Mar, no soliendo admitirse tampoco que la actividad por cuenta propia se efectúe a tiempo parcial.

Para determinar si se da la pluriactividad en el ámbito de los regímenes especiales, también hay que tener en cuenta la regulación específica de cada uno, puesto que si bien es cierto que algunos admiten la realización de trabajos por cuenta propia, ha de producirse cierta habitualidad para que se de el encuadramiento en tales regímenes.

Esto sucede en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, dado que la redacción vigente aportada por el art. 1 Ley 20/2007, exige la habitualidad,⁷⁶ es decir cierta profesionalidad, pero no se exige que la actividad independiente constituya un medio fundamental de vida, del que hayan de derivar los principales ingresos,⁷⁷ como sí sucede en el REA o en el REMAR; ni tampoco la exclusividad, no se impide la

⁷⁵ Art. 17 de la vigente Orden TIN 25/2010 de 12 de enero.

⁷⁶ Habitualidad significa la necesidad de que la actividad por cuenta propia se realice con continuidad y no de forma esporádica u ocasional o marginalmente sólo en los días de descanso, y con la periodicidad inherente a jornadas ordinarias de trabajo, y por tanto de manera profesional [STS de 21 de diciembre de 1987, (Ar. 9582)] y como medio fundamental de obtención de los propios ingresos. STS de 29 de octubre de 1997, (RJ 1997\7683); STS de 20 de marzo de 2007, (RJ 2007\3185); STS contencioso administrativo de 22 de diciembre de 1988, (RJ 1988\9310); STS contencioso administrativo de 21 de diciembre de 1987, (RJ 1987\9582).

⁷⁷ En el ámbito del concepto de principal fuente de ingresos, a falta de delimitación legal, la jurisprudencia en SSTS 29 de octubre de 1997 (Ar. 7683), 16 de mayo de 2001 (RJ 2001\5219), STS 2 de diciembre de 1988 (RJ 1988\9310) y 21 de diciembre de 1987, (RJ 1987\9582), consideran que cuando no existan otros datos, un dato indiciario es el que se alcancen los mínimos rendimientos del SMI en un año natural.

realización de actividades por cuenta ajena que den lugar al encuadramiento en otros regímenes.

La realización de la actividad por cuenta propia no impide el supuesto de pluriactividad, pues el trabajador autónomo puede simultanear el trabajo por cuenta propia con otras actividades por cuenta ajena y bajo el ámbito de organización y dirección de una empresa o por cuenta propia por las que el trabajador autónomo pudiera quedar incluido en cualquier régimen de la Seguridad Social, incluso en el supuesto de que aun siendo único el objeto de las dos actividades, en una concurra la condición de realizarse por cuenta ajena y en otra por cuenta propia.⁷⁸

Para **Fernández Prol**,⁷⁹ en base a la omisión del requisito de que constituya un medio fundamental de vida en el ámbito del RETA, no debe conectarse el requisito de la habitualidad con la concepción de la actividad autónoma como principal fuente de ingresos y para apreciar esta habitualidad no sería precisa la realización de un trabajo durante toda la jornada laboral diaria, ni durante todos o la mayor parte de los días laborales del año, sería suficiente con el desarrollo de una actividad de cierta entidad, no marginal ni esporádica, de forma constante en función de los requerimientos que precisen la naturaleza de la actividad.

Se aclara en esta sede, por considerarse la más idónea, que no es objeto de estudio de esta Tesis, el Régimen Especial de Estudiantes,⁸⁰ las razones son obvias, pero se efectúa una mención específica para disipar las eventuales dudas que pudiera plantearse el lector al respecto.

El principal argumento que me lleva a tal determinación, es que el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por RD 84/1996, básico en materia de pluriempleo y pluriactividad,⁸¹ se declara inaplicable al Régimen Especial de Estudiantes en su DA 3ª. 1, puesto que indica que no será de aplicación al colectivo incluido en el campo de aplicación del Seguro Escolar, lo dispuesto en el presente

⁷⁸ Circular de la Tesorería General de la Seguridad Social de 30 de noviembre de 1994.

⁷⁹ **Fernández Prol, F.**, “*Pluriempleo y pluriactividad simultánea en el sistema de Seguridad Social*”. Ed. Bomarzo. Albacete. 1ª ed. 2007. Pág. 64.

⁸⁰ **Sanz Merino, A.R.**, en “*Manual básico del sistema de la Seguridad Social*”. La Ley. Madrid. 1ª ed. Marzo 2010. Págs. 211-213. Considera no son trabajadores en sentido propio, no formando parte en principio del ámbito de aplicación de nuestro Sistema de Seguridad Social, que se caracteriza por ser profesional y contributivo, pero en virtud del art. 41 CE, se justifica y exige la extensión de su campo de aplicación a grupos sociales no profesionales, como el de los estudiantes, especialmente en aquellas situaciones en que puedan verse afectados por riesgos que afecten a su familia o en aquellos estadios de la formación en los que, por su edad o por la clase de estudio, se puede presumir que no queda del todo protegido a través del paraguas familiar.

La protección social de los estudiantes se inició en 1953, y el art. 10.2 f) de la LGSS, contempla este régimen, pero nunca ha llegado a desarrollarse específicamente, siguiendo vigente la normativa que instauró el Seguro Escolar de 1953.

⁸¹ como se ha analizado en el apartado 3 del epígrafe II de este capítulo, *Delimitaciones conceptuales*, págs. 45-51 de esta Tesis.

Reglamento, salvo lo establecido en el art. 16, sino que seguirá rigiéndose por la Ley de 17 de julio de 1953, sobre establecimiento del Seguro escolar en España, la Orden conjunta del Ministerio de Educación Nacional y de Trabajo, de 11 de agosto de 1953, por la que se aprueban los Estatutos de Mutualidad del Seguro Escolar y demás disposiciones complementarias.⁸²

Además, la cotización es de cuantía fija, y junto al estudiante, uno de los obligados es una entidad administrativa, el Ministerio de Educación u órgano autonómico equivalente, mientras que la acción protectora se basa en dos contingencias: la alteración de la salud y la debilidad económica sobrevenida con posterioridad al comienzo de los estudios.

Por otro lado, las prestaciones que se conceden aunque puedan tener la misma denominación, no son equiparables a las del resto de Regímenes, dado que la extensión de la asistencia sanitaria tiene carácter particular en este régimen y las cuantías de las prestaciones son muy reducidas, no procediendo las Leyes de presupuestos anuales a su actualización.

Las normas aplicables con carácter general a todos los Regímenes que integran el Sistema, difícilmente pueden aplicarse a este Régimen Especial, sobre todo, en lo relativo a la acción protectora, ya que las situaciones que éste protege y las prestaciones que contiene no son comparables en cuanto a su objeto y finalidad, con las que se conceden en el resto de Regímenes.

4.1. Trabajadores Autónomos

Con carácter preliminar, merece especial mención la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, que ha constituido un hito para los trabajadores autónomos en España, siendo una de las más importantes novedades de la citada Ley, el reconocimiento del trabajador autónomo económicamente dependiente.

El artículo 11.1 del Estatuto del Trabajo Autónomo define al trabajador autónomo económicamente dependiente como aquel trabajador autónomo que realiza su actividad económica o profesional para una empresa o cliente del que percibe al menos el 75% de sus ingresos y disponiendo el artículo 12.1 del mismo texto legal, que el contrato para la realización de la actividad económica o profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente celebrado entre éste y su cliente deberá formalizarse siempre por escrito y deberá ser registrado en la oficina pública correspondiente, no teniendo dicho registro carácter público.

El desarrollo reglamentario de las características de estos contratos, del Registro en el que han de inscribirse, así como las condiciones para que los representantes legales

⁸² Salvo en dispuesto en el art. 16.2, relativo a que *en el Registro de Empresarios se incluirán igualmente los datos relativos a los centros docentes en que se encuentren matriculados estudiantes comprendidos en el campo de aplicación del Seguro Escolar*, no se aplica el RD 84/1996 al Seguro Escolar.

de los trabajadores tengan acceso a la información de los contratos que su empresa celebre con trabajadores autónomos económicamente dependientes, entre otros aspectos, se efectuó por el RD 197/2009, de 23 de febrero, en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente, su registro y creación del Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.

A) El RETA y los supuestos de encuadramiento múltiple

Bajo mi punto de vista, el concepto de pluriempleo no es aplicable a los Trabajadores Autónomos,⁸³ porque en éstos no se admite la modalidad de trabajo a tiempo parcial, salvo cuando se produzca su encuadramiento en algún régimen de trabajadores por cuenta ajena, como es el caso de socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, socios de trabajo encuadrados en el Régimen de trabajadores por cuenta ajena del Régimen General o de los regímenes de trabajadores por cuenta ajena de regímenes especiales en los que se permita esta modalidad de cotización (RD 1278/2000 de 30 de julio y DA 6ª Ley 27/1999 de 16 de julio de cooperativas),⁸⁴ pero en este caso nos encontramos ante el supuesto de pluriactividad.

El concepto de trabajador autónomo, se establece en el art. 2.1 del Decreto 2530/1970, al considerar que se trata de la realización de forma habitual, personal y directa, de una actividad económica a título lucrativo, sin someterse por ello a contrato de trabajo, y aunque se utilizara el servicio remunerado de otras personas.

Una cuestión problemática en esta sede, es la determinación del concepto jurídico indeterminado de *habitualidad*, se excluirían por tanto los trabajos de carácter marginal, realizados esporádicamente, debiendo ser cotidianos.

La STS de 29 de octubre de 1997, (RJ 1997\7683);⁸⁵ en el supuesto de hecho de un subagente de seguros, considera que es un indicio de habitualidad el que los ingresos generados superen el importe anual del salario mínimo interprofesional.

Para apreciar el requisito de la habitualidad debe efectuarse una práctica de la actividad profesional desarrollada no esporádicamente sino con una cierta frecuencia o

⁸³ Se considera trabajador por cuenta propia o autónomo al que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, como medio fundamental de vida, sin sujeción por ella a un contrato de trabajo, y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas. Arts. 2.1 Decreto 2530/1970 y 1.1 Orden de 24 septiembre de la Tesorería General de la Seguridad Social de 30 de noviembre de 1994. SSTS 15 de marzo y 4 de junio de 1996, (Ar. 2437 y 4882), y 23 de marzo de 1998, (Ar. 2865).

⁸⁴ **López Gandía, J.**, “Cooperativas y Seguridad Social”. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Tomo II-2000, pág. 433.

⁸⁵ Sigue la jurisprudencia marcada por la STS, de la contencioso administrativo, de 21 de diciembre de 1987, (RJ 1987\9582) y STS de la sala de lo contencioso administrativo, de 22 de diciembre de 1988, (RJ 1988\9310).

En el mismo sentido, destaca la STS de 20 de marzo de 2007, (RJ 2007\3185); que considera procedente la baja en el RETA de un vendedor ambulante por el hecho de que los ingresos del trabajador no alcanzan el 75% del SMI.

continuidad, pero reconoce que las dificultades virtualmente insuperables de concreción y de prueba de las unidades temporales determinantes de la habitualidad han inclinado a los órganos jurisdiccionales a aceptar también como indicio de habitualidad el montante de la retribución.

Se reconoce en esta sentencia, que el hecho de superar el salario mínimo percibido en un año natural, podría constituir un indicador adecuado de habitualidad. Aunque se trate de una cifra prevista para la remuneración del trabajo asalariado, el legislador acude a ella con gran frecuencia como umbral de renta o de actividad en diversos campos de la política social y específicamente en materia de Seguridad Social, de forma que en la actual situación legal resulta probablemente el criterio operativo más efectivo a efectos de medir rentas o actividades.

La superación de esta cifra, que está fijada para la remuneración de una entera jornada ordinaria de trabajo, puede revelar también en su aplicación al trabajo por cuenta propia, y en concreto, al de los subagentes de seguros, la existencia de una actividad realizada con cierta permanencia y continuidad.

A diferencia del REA y del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, se omite en la conceptualización del RETA la alusión a la configuración de la actividad independiente como principal o fundamental medio de vida causante de los principales ingresos, por lo que puede interpretarse, que la realización simultánea del trabajo autónomo, con otro, aunque tenga un carácter predominante, no impediría el múltiple encuadramiento y por tanto, la pluriactividad.

En el caso del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, pese a que no hay norma con rango de ley que regule la cuestión, el art. 19.2 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto, consideraba que en caso de pluriactividad, la obligación de cotizar a este régimen especial sólo quedaba referida a la actividad que correspondiera según lo previsto en el art. 7 del mismo texto normativo.

Así pues, cuando se realizaran varias actividades por cuenta propia que fueran susceptibles de integración en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, la obligación de cotizar únicamente se referiría a las actividades que el interesado escogiera.⁸⁶

⁸⁶ Hay que matizar, que en la actualidad, dada la creación del Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, por la Ley 18/2007, de 4 de julio, en una sección especial del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, según el art. 41.1 párrafo 3º del RD 84/1996, en caso de que una de las actividades determinase la inclusión en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, el alta se practicará obligatoriamente por dicha actividad.

El párrafo 2º de este mismo artículo, establece que *en el supuesto de realización simultánea de dos o más actividades que den lugar a la inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el alta en dicho Régimen, así como la cotización a éste, serán únicas y se practicarán en los términos indicados por los artículos 46.3 y 47.4.4º de este Reglamento.*

En estos casos, se consideraba que el alta era única cualquiera que fuera la actividad donde se desarrollara aunque fueran varias, simultáneas o sucesivas y por ello no cabrían dos encuadramientos y cotizaciones en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, la primera actividad era la que determinaba el alta en caso de realizar varias simultáneas.

Estas normas fueron derogadas por la Orden de 22 de febrero de 1996 y RD 84/1996, dejando una laguna legal al respecto, pero debe entenderse que a efectos de cotización seguiría no siendo posible que esta fuera doble. Sería la primera actividad la que determinaría el alta en caso de realizarse varias simultáneamente.

Para **Fernández Prol**, la fórmula del alta y cotización únicas se ideó atendiendo al sistema propio de los años 70, caracterizado por una cobertura estándar y una cotización fija cualquiera que fuera el trabajo ejecutado, lo cuál generó algunas incongruencias en materia de acción protectora, (vgr: a efectos de la cobertura del accidente de trabajo en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos), ya que la protección de esta contingencia,⁸⁷ resultaba difícilmente encajable con la concepción de alta y cotización únicas en virtud de la actividad elegida por el autónomo de entre las que desempeñara.⁸⁸

Para esta autora,⁸⁹ la actividad determinante de la integración, debería ser tanto la elegida para generar el alta y la correlativa obligación de cotización, como las demás, aunque admite que no se podría deducir claramente del art. 3.2 RD 1273/2003; y reconoce que si el accidente laboral tiene lugar en otras actividades, el beneficiario percibiría la prestación, aunque la cuota que ingresara fuera por otro trabajo.

A su vez, esta cuota podría corresponderse o no, con la que tendría que haberse abonado en función de la actividad en la que efectivamente se actualizó el riesgo, ya que la cotización por contingencias profesionales es el resultado de aplicar a la base de cotización un porcentaje determinado en atención al tipo de actividad realizada.

⁸⁷ DA 34ª LGSS, introducida por la Ley 53/2002 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, posteriormente desarrollada por RD 1273/2003 de 10 de octubre. El accidente laboral protegido es, según el art. 3.2 del RD 1273/2003, aquel ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación del régimen especial.

Esta definición se completa con la contenida en el art. 26.3 de la Ley 20/2007 de 11 de julio por la que se aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo: “se entenderá por accidente de trabajo toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate”.

⁸⁸ En similar sentido, **López Gandía, J.**, “*Pluriactividad y Seguridad Social*”. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Núm. 7, abril 2005. Pág. 7. Para este autor, parece injusta una visión estrecha del concepto cuando no se admite una pluriactividad interna dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

⁸⁹ **Fernández Prol, F.**, “*Pluriempleo y pluriactividad simultánea en el sistema de Seguridad Social*”. Ed. Bomarzo. Albacete. 1ª ed. 2007. Pág. 43.

El art. 45.4 RD 2064/1995 de 22 de diciembre, se remite al anejo 2 RD 2930/1979 de 29 de diciembre, cuya tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social fue derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 42/2006 de 28 de diciembre de PGE para el año 2007 y sustituida por la prevista en la DA 4ª contenida en la misma Ley.

Para esta autora, resultaba incoherente y suscitaba dudas en el supuesto de acaecimiento de un accidente producido en la actividad con tarifa más elevada, pero no elegida por el autónomo.

Tras la reforma del art. 47.3 RD 84/1996, operada por el RD 1041/2005 de 5 de septiembre, se estableció que la inclusión y cobertura se practicarán por aquella de sus actividades a las que resulte aplicable el epígrafe de cotización más alto de entre los recogidos en el anejo 2 RD 2930/1979.⁹⁰

Si el autónomo optaba por la cobertura de contingencias profesionales, ya no procedía la elección de la actividad determinante de la integración, sino que obligatoriamente sería la que tuviera un epígrafe de cotización más elevado de los previstos por la DA 4ª de la Ley 42/2006 de 28 de diciembre.

El párrafo 2º del art. 41.1 del RD 84/1996, reformado por el 1041/2005 de 5 de septiembre, estableció que en los casos de realización de varias actividades que determinaran la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, el alta y la cotización al mismo serán únicas y se producirían por la actividad que eligiera el trabajador; salvo que éste hubiera optado por la cobertura de las contingencias profesionales, en cuyo caso, tal libertad de elección no existía y se sustituía por la obligación de efectuar en el momento de ejercitar su opción, una declaración de todas las actividades que realizara el interesado,⁹¹ quedando integrado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y siendo objeto de cobertura frente a dichas contingencias por aquella de tales actividades a que resultara de aplicación el epígrafe de cotización más alto entre los establecidos en el anejo 2 del RD 2930/1979 de 29 de diciembre.

En la actualidad, hay que tener en cuenta que tras la creación del Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, por la Ley 18/2007, de 4 de julio, en una sección especial del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, según el art. 41.1 párrafo 3º del RD 84/1996; en caso de que una de las actividades determinase la inclusión en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, el alta

⁹⁰ Bajo mi punto de vista, estas mismas consideraciones podrían considerarse vigentes para todos aquellos supuestos en los que no tuviera lugar el encuadramiento en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

⁹¹ El párrafo 2º ordinal 1º del apartado 3 del art. 47 RD 84/1996, establece que: *De no ejercitarse la opción a que se refiere el párrafo anterior, estos trabajadores podrán optar por acogerse a dicha protección mediante solicitud por escrito que deberá formularse antes del 1 de octubre de cada año, con efectos desde el día 1 de enero del año siguiente.*

se practicará obligatoriamente por dicha actividad, mientras que el párrafo 2º de este mismo artículo, establece que *en el supuesto de realización simultánea de dos o más actividades que den lugar a la inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el alta en dicho Régimen, así como la cotización a éste, serán únicas y se practicarán en los términos indicados por los artículos 46.3 y 47.4.4ª de este Reglamento.*

B) Especial mención a los profesionales colegiados y pluriactivos

La realización simultánea de un trabajo por cuenta propia que determine la inclusión en el RETA y de una actividad por cuenta ajena, que de lugar a la inclusión en otro régimen, constituye un supuesto frecuente de encuadramiento múltiple, sobre todo, en caso de profesionales liberales, ya que es relativamente habitual que desarrollen funciones simultáneamente tanto por cuenta ajena como propia.

Además se trata de un supuesto relevante contemplado en la jurisprudencia,⁹² determinando en el caso de un graduado social que ejercía su profesión en régimen liberal, estaba obligado a su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos aunque ya estuviera incorporado al Régimen General como graduado social de empresa a tiempo completo.⁹³

La inclusión de los profesionales liberales en la Seguridad Social fue problemática, ya que el RD 2504/1980 de 24 de octubre que dio una nueva redacción al art. 3 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto, por el que se regulaba el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, mantenía dentro de su ámbito aplicativo a quienes para el ejercicio de su actividad profesional necesitaran como requisito previo integrarse en un colegio o asociación profesional, pero a condición de que mediara solicitud de los órganos superiores de representación de dichas entidades y se acordara mediante OM.

El problema surgió porque los autónomos cuya actividad diera lugar a su inclusión en otros regímenes de la Seguridad Social, estaban excluidos del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, ex art. 5 Decreto 2530/1970.

Esta norma cimentó la idea de que el Régimen General prevalecía sobre el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos cuando la misma actividad se realizaba por cuenta propia y ajena.

⁹² Sempere Navarro, A. V., y Cavas Martínez F., “Jurisprudencia Social unificada 2000”. Aranzadi Editorial. Navarra. 1ª ed. 2000, pág. 473.

⁹³ STS 26 de octubre de 2000, (RJ 2000/9655). En supuestos similares idénticos pronunciamientos: SSTS 29 de enero de 1997, (RJ 1997/ 640); 30 de enero de 1997, (RJ 1997/1836); 18 de febrero de 1997, (RJ 1997/2158); 4, 5 y 24 de marzo de 1997, (RJ 1997, 2244, 2252 y 2616); 14 de abril de 1997, (RJ 1997/3061); 3 de julio de 1997, (RJ 1997/ 6135); 15 de junio 2000, (RJ 2000/5958).

El TS siguiendo el criterio que mantuvo con otros profesionales colegiados como los farmacéuticos titulares de servicios sanitarios, locales y oficina abierta al público,⁹⁴ explicaba los motivos que llevaban a la doble inclusión:

1. La actividad se desarrolla con despacho abierto al público, incardinable en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, al cumplir los requisitos del Decreto 2530/1970 y OM 24 septiembre de 1970, y de las normas específicas de la profesión, (Decreto 2551/1971 de 17 de septiembre y art. 1 Reglamento de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales, aprobado por RD 3549/1977 de 16 de diciembre), de colegiarse obligatoriamente antes de ejercer la profesión.

2. La exclusión del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, respecto de quienes vengan incluidos en otros regímenes, se condiciona a que se desempeñe una única actividad o trabajo que no deba dar lugar a una doble afiliación, ya que para el supuesto de un mismo trabajo, el art. 8.1 LGSS prohíbe expresamente la doble afiliación.

3. Si la actividad o trabajo se realiza por cuenta propia, es obligatorio el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos; y si se lleva a cabo dentro del ámbito de la organización y dirección de otra persona empleadora, procede la inclusión en el régimen que corresponda en función del sector productivo al que pertenezca la empresa.

Según el art. 2.2 de la Orden Ministerial de 24 septiembre de 1970, la inclusión obligatoria en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos no quedará afectada por la realización simultánea de otras actividades por cuenta ajena o propia que den lugar a su inclusión en alguno/s de los restantes regímenes de la Seguridad Social.

Estas normas aluden a la actividad y no a la profesión, no deben confundirse los conceptos de titulación profesional y actividad, son muy claros los límites entre el asesoramiento, gestión y defensa por cuenta propia que realiza el actor creando riqueza para sí como graduado social con despacho abierto al público y la actividad por cuenta ajena que desarrolla para la empresa que lo ocupa.

Por ello considera **Fernández Prol**, que una eventual excepción al principio de alta múltiple, tan sólo podría derivar de la regulación impeditiva del régimen concurrente, y en ningún caso, de la normativa del RETA.⁹⁵

⁹⁴ STS 26 de julio de 1991, (RJ 1991, 6839) y 22 de diciembre de 1992, (RJ 1992/10354).

⁹⁵ **Fernández Prol, F.**, *“Pluriempleo y pluriactividad simultánea en el sistema de Seguridad Social”*. Ed. Bomarzo. Albacete. 1ª ed. 2007. Pág. 61.

C) El Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios

Como ya se ha mencionado con anterioridad, dada la creación del Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, por la Ley 18/2007, de 4 de julio, en una sección especial del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en caso de que una de las actividades determinase la inclusión en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, el alta se practicará obligatoriamente por dicha actividad, según el art. 41.1 párrafo 3º del RD 84/1996; por lo que interpretando conjuntamente esta prescripción, con el párrafo 2º de este mismo artículo, que establece que *en el supuesto de realización simultánea de dos o más actividades que den lugar a la inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el alta en dicho Régimen, así como la cotización a éste, serán únicas y se practicarán en los términos indicados por los artículos 46.3 y 47.4.4ª de este Reglamento.*

Quedaría así zanjada la cuestión de si tendría lugar la pluriactividad en caso de que se realizaran simultáneamente labores agrarias por cuenta propia determinantes de la inclusión en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios y otras actividades por cuenta propia de distinta naturaleza incardinables en el RETA, siendo por tanto la respuesta negativa, en el sentido de que no se puede considerar que tuviera lugar la pluriactividad en tales supuestos, dando lugar al alta única en Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

El apartado 3 del art. 46 RD 84/1996, establece que cuando los trabajadores autónomos realicen simultáneamente dos o más actividades que den lugar a la inclusión en este Régimen Especial, su alta en él será única, debiendo declarar todas sus actividades en la solicitud de alta o, de producirse la pluriactividad después de ella, mediante la correspondiente variación de datos, en los términos y con los efectos señalados en los artículos 28 y 37 de este Reglamento. Del mismo modo se procederá en caso de que varíe o finalice su situación de pluriactividad.

El apartado 4 del art. 47 del RD 84/1996, relativo a la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en este Régimen Especial, establece en su ordinal 4º que en el caso de trabajadores que realicen varias actividades que den lugar a una única inclusión en este Régimen Especial, a que se refiere el artículo 46.3, la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se practicará por aquella de sus actividades a la que resulte aplicable el tipo de cotización más alto entre los recogidos en la tarifa de primas vigente.

4.2. Régimen Especial Agrario

Por la misma razón que en el supuesto del RETA, por no admitirse la modalidad de trabajo a tiempo parcial a efectos de cotización, ni de prestaciones, se excluye el pluriempleo en el Régimen Especial Agrario, además se excluye expresamente el pluriempleo, por el RDL 15/1998, la DA 7ª LGSS y en la Orden que todos los años regula la cotización a este régimen.

Se explica que las normas a tiempo parcial no se aplican, porque el trabajador cotiza además de por las jornadas reales trabajadas, (a las que tampoco se puede aplicar el régimen del trabajo a tiempo parcial), la cotización por los días trabajados, aunque sea posible que se ingrese una cuota fija por días y no por meses en algunos casos.⁹⁶

Hay que diferenciar el régimen jurídico transitorio de la Ley 18/2007, la situación anterior a su entrada en vigor (01/01/2008) y el aplicable a partir de esta fecha:

a) Según el régimen transitorio de la Ley 18/2007 y situación anterior a su entrada en vigor (01/01/2008): la realización de trabajos por cuenta ajena no impedía seguir encuadrado en el censo.

La Ley 36/2003, solucionó la duda de en qué tipo de actividad se encuadraría, incorporando al art. 6 Decreto 2123/1971, que los trabajadores agrarios que realizaran su actividad indistintamente por cuenta propia y ajena, estarían inscritos en la sección del censo correspondiente a los trabajadores por cuenta propia, por el mero hecho de ingresar las cuotas fijas correspondientes a esa condición, independientemente de la cotización por jornadas reales.

Prevalece la condición de trabajador por cuenta propia, por ser más elevada la cotización. Se exige habitualidad, medio fundamental de vida y obtención de los principales ingresos para atender sus necesidades. No es necesario que sean predominantes, aunque ocasionalmente realice otros trabajos no agrícolas.

b) A partir de 01/01/2008, se integró el Régimen Especial Agrario por cuenta propia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, como *Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia*.⁹⁷

Tras la entrada en vigor de la Ley 18/2007, de 4 de julio, desde el 1 de enero de 2008, al adicionarse un art. 47 bis al RGA, con la modificación del RD 84/1996 efectuada por el RD 1382/2008, que a su vez, desarrolla la Ley 18/2007, respecto a la inclusión y acreditación de los requisitos exigidos para el encuadramiento de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el Sistema Especial de Trabajadores Agrarios del RETA, se establece que la inclusión en este Sistema Especial como consecuencia de

⁹⁶ La cuota fija mensual que los trabajadores por cuenta ajena han de ingresar, se dividirá por 30 todos los meses a efectos de cotizar por días en aquellos casos en que el trabajador inicie o finalice su actividad, sin coincidir con el principio o fin del mes natural del art. 45.1.5º del RD 84/1996.

Según **Blasco Lahoz, JF., López Gandía, J., Mompaler Carrasco, M.A.**, “*Regímenes especiales de la Seguridad Social*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 8ª ed. 2007, pág. 231, parece referirse tanto a supuestos de realización de jornadas reales de trabajo, como a supuestos de reunir los requisitos para estar encuadrado como trabajador por cuenta ajena y abonar la cuota fija, pero no a los dos simultáneamente, pues en tal caso se abona la cuota fija por el período que corresponda y las de jornadas reales independientemente.

⁹⁷ Se va a sintetizar, la problemática de la aparición de este nuevo Sistema Especial en el seno del RETA, en materia de inclusión y encuadramiento, para posteriormente aclarar la cuestión de la posibilidad o no de la existencia de pluriactividad, en el documento principal, extrayendo el análisis de la obra de **Sanz Merino, A.R.**, “*Manual básico del sistema de la Seguridad Social*”. La Ley. Madrid. 1ª ed. Marzo 2010. Págs. 288-292.

la afiliación y el alta, inicial o sucesiva, en el RETA, se ajustará a lo dispuesto en el art. 46.2 RD 84/1996.

La inclusión solicitada por trabajadores que ya estuvieran en alta en el RETA tendrá efectos desde el día primero del mes siguiente a aquel en que se presente la respectiva solicitud.

A efectos de acreditar los requisitos exigidos para la inclusión en este Sistema Especial, el art. 2 de la Ley 18/2007, establece que los interesados, en el momento de presentar su solicitud de incorporación, deberán cumplimentar una declaración justificativa del cumplimiento de éstos, aportando tanto la documentación que acredite la titularidad, de al menos una explotación agraria, como la declaración del IRPF correspondiente al ejercicio anterior al de la petición de inclusión en este Sistema Especial, a menos que el interesado no hubiera estado obligado a presentar la declaración del IRPF, o que se solicitara la inclusión en este Sistema Especial por inicio de la actividad agraria.

La TGSS comprobará el cumplimiento de estos requisitos, y a esta comprobación quedará condicionada la validez de la inclusión en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

Los artículos 36.6 LGSS y 95.1 c) de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre, establecen que las Administraciones Tributarias, suministrarán a la TGSS, con periodicidad anual, información sobre los datos de las declaraciones del IRPF correspondientes a los trabajadores incluidos en este Sistema Especial, que permitan determinar su renta total y la parte de renta procedente de la actividad agraria, a la que se refiere el art. 2.1 Ley 18/2007:

a) Ser mayor de 18 años; b) ser titular de una explotación agraria; c) obtener al menos el 50% de su renta total de la realización de actividades agrarias u otras complementarias, siempre que la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria realizada en su explotación no sea inferior al 25% de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a actividades agrarias o complementarias de las mismas, sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total. (...).

Se podría interpretar que tendría lugar la pluriactividad, si por un lado estuviera encuadrado en el Régimen Especial Agrario por cuenta ajena, y por otro lado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, pero lo más coherente con la lógica del sistema sería seguir dando prioridad a la actividad por cuenta propia, para evitar una excesiva carga económica en el trabajador, aunque no hay pronunciamiento expreso al respecto.

Lo que no se admite es que dentro de un mismo régimen el hecho de realizar actividades por cuenta ajena y propia de lugar a la pluriactividad. Sólo habría un encuadramiento y una cotización en el régimen de trabajadores por cuenta propia de que se trate. Una clara ejemplificación de ello la encontramos en el ámbito del Régimen

Especial Agrario, el hecho de que se realicen trabajos por cuenta ajena no impide seguir encuadrado en el censo, puesto que el sistema de cotización se realiza por jornadas reales.⁹⁸

La diferencia estriba en que si es por cuenta ajena la cotización es fija, mientras que si lo es por cuenta propia, es distinta.

En el supuesto de un trabajador por cuenta ajena que desempeñara varias actividades *agrarias* por cuenta de uno, dos o más empresarios, la inscripción en el censo de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario corresponde al empresario, quien debe comunicar la fecha prevista para la realización de la primera jornada real, dentro de los 6 primeros días de cada mes natural, y el número de jornadas reales efectivamente desempeñadas por cada trabajador.

Sin embargo, la inscripción hace las veces de afiliación (art. 45.1.2ª c) y d) del RD 84/1996),⁹⁹ y normalmente el empresario se limita a verificar si el trabajador ya está inscrito en el censo, por lo que no se produce el encuadramiento múltiple característico de la situación de pluriempleo.

En el ámbito del Régimen Especial Agrario, el trabajador por cuenta ajena, es responsable de su cotización, ingresando una cuantía fija,¹⁰⁰ en concepto de cotización por contingencias comunes, independientemente de la retribución percibida, incluso en el caso de que trabaje por cuenta de dos o más empresarios, no se aplican los específicos sistemas de cotización que el RGSS establece para los contratos a tiempo parcial.

⁹⁸ Arts. 44.2 Decreto 2123/1971 y 42.1 RD 2064/1995.

⁹⁹ **Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza, J. L.,** *“Instituciones de Seguridad Social”*. Civitas. 18ª ed. 2002, pág. 533, concluyen que la inscripción surtirá los efectos propios de la afiliación y/o alta, por lo que la inscripción constituye un híbrido complejo, a caballo entre la afiliación única y obligatoria del Régimen General y el alta variable. La correspondencia entre el acto de inscripción en el censo y los actos de encuadramiento de afiliación y alta, se establece en el art. 45.1.3ª, c) y d) del RD 84/1996:

- La petición de la inclusión del trabajador en el censo por el empresario o por el trabajador por cuenta propia, equivaldrá a la solicitud de afiliación y/o alta.

- La comunicación por el empresario de la realización de jornadas reales equivale a la solicitud de inclusión en el censo, si el trabajador no figurara ya inscrito en el mismo.

- La inscripción inicial en el censo surtirá los efectos de afiliación al sistema de Seguridad Social para aquellos trabajadores que no estuvieran previamente afiliados, y su inclusión en el censo equivaldrá al alta, inicial o sucesiva, del trabajador en este régimen especial.

¹⁰⁰ Las bases mensuales de cotización para las diversas categorías profesionales, y el tipo aplicable a éstas se fija en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, y en las correspondientes Ordenes de cotización.

Se ingresará la cuantía que resulte de aplicar a la base diaria el porcentaje correspondiente, cualquiera que sea la duración de las jornadas

Al no producirse el encuadramiento múltiple, ni establecerse un régimen de cotización específico, no constituye pluriempleo el supuesto de un trabajador agrario asalariado por cuenta de dos o más empresarios.¹⁰¹

La problemática sería determinar en qué actividad se encuadraría. Esta cuestión se resolvió en la Ley 36/2003 de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica al incorporar al art. 6 del Decreto 2123/1971, que los trabajadores agrarios que realizaran su actividad indistintamente por cuenta ajena y propia, estarían inscritos en la sección del censo correspondiente a los trabajadores por cuenta propia, con el mero hecho de ingresar las cuotas fijas correspondientes a esa condición, independientemente de la cotización por jornadas reales y en caso de las contingencias profesionales a cargo del empresario, implicando la preeminencia de la condición de trabajador por cuenta propia, ya que la cotización es superior en éstos.

Mi opinión personal es que con la entrada en vigor de la Ley 18/2007, de 4 de julio, al pasar a integrarse este régimen especial agrario por cuenta propia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, aunque a primera vista pudiera parecer que se daría lugar la pluriactividad, ya que estaría encuadrado el trabajador, por un lado en el Régimen Especial Agrario por cuenta ajena, y por otro lado, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos como actividad agraria, sin embargo atendiendo al criterio de habitualidad y medio fundamental de vida, se podría dar un único encuadramiento, sin contravenir la normativa, en aquella actividad que cumpliera estas condiciones, de lo contrario, la carga sería excesiva para el trabajador.

De una interpretación conjunta de este criterio y del que se ha venido siguiendo a partir de la Ley 36/2003, la solución más idónea sería que se encuadrara exclusivamente al trabajador, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por actividades agrarias.

Para **Fernández Prol**,¹⁰² el art. 41 del RD 84/1996 de 26 de enero, y la consiguiente teoría del alta y cotización únicas, parece también de aplicación al supuesto de hecho, posterior al 1 de enero de 2008, (momento en el que se hizo efectiva la incorporación de autónomos agrarios al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos), de realización por el mismo trabajador, de actividades agrarias, (determinantes de la inclusión en el Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios), y realización de actividades autónomas “comunes”, determinantes de la integración en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

En este caso, al concurrir estas actividades, dado el carácter restrictivo que sigue revistiendo el Sistema Especial, el alta única en el Régimen Especial de Trabajadores

¹⁰¹ **Tudela Cambronero, G.**, en AAVV., Dir. **De La Villa Gil, L. E.**, “*Derecho de la Seguridad Social*”. Tirant lo Blanch. Valencia. 4ª ed. 2004. Pág. 740.

¹⁰² **Fernández Prol, F.**, “*Pluriempleo y pluriactividad simultánea en el sistema de Seguridad Social*”. Ed. Bomarzo. Albacete. 1ª ed. 2007. Pág. 41. Nota al pie de página nº 88.

Autónomos, con integración o no en el Sistema Especial, puede considerarse como la solución más probable. Por otro lado, las pensiones causadas resultarían hoy incompatibles.¹⁰³

Para **García Murcia y Rodríguez Cardo**,¹⁰⁴ la reforma del art. 41 RD 84/1996, efectuada por el RD 1382/2008, tiene el propósito de clarificar el régimen de encuadramiento, en los supuestos en que los trabajadores autónomos realizan simultáneamente varias actividades por cuenta propia. Técnicamente, para estos autores, no cabe pluriempleo en tal hipótesis, ya que el art. 7.4 RD 84/1996, limita esa categoría al ejercicio de varias actividades por cuenta ajena.

La persona que realice varias actividades por cuenta propia podrá estar dada de alta por cada una de ellas si fuera posible aplicar las reglas de pluriactividad (actividades por cuenta propia encuadradas en distintos regímenes, como el RETA y el RETM), pero en la medida en que tales actividades correspondan al mismo Régimen sólo cabrá el alta (y la cotización) por una de ellas, precisamente en aquella elegida por el interesado, como regla general (aunque el art. 47.3 RD 84/1996 precisa que en el supuesto de que el autónomo haya optado por la cobertura de las contingencias profesionales procederá la inclusión por la actividad que tenga previsto un epígrafe de cotización por contingencias profesionales más elevado).

En este contexto, la nueva redacción del art. 41.1 RD 84/1996, altera el orden de prelación que regía hasta el momento, al disponer que «en todo caso, si una de las actividades determinase la inclusión en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, el alta se practicará por dicha actividad».

En este régimen especial también es preciso además de la habitualidad, que constituya un medio fundamental de vida, que el trabajador, por cuenta ajena dedique su actividad predominantemente a tales labores y de ellas obtenga los principales ingresos para atender sus necesidades, aunque con carácter ocasional realice otros trabajos no específicamente agrícolas.

Tradicionalmente,¹⁰⁵ no se consideraba que hubiera un doble encuadramiento en caso de que el trabajador o sus familiares realizaran además de las tareas agrarias que constituyeran una fuente de ingresos, la explotación como titulares de un negocio

¹⁰³ **Desdentado Bonete, A. y Tejerina Alonso, J.L.**, *“La Seguridad Social de los trabajadores autónomos”*. Lex Nova. Valladolid. 1ª ed. 2004. Pág. 80.

¹⁰⁴ **García Murcia, J., Rodríguez Cardo, I.A.**, *“Comentario al RD 1382/2008, de 1 de agosto, de modificación parcial de la normativa reglamentaria de Seguridad Social”*. Editorial La Ley. Madrid. Derecho de los Negocios, Nº 217, Sección Relaciones Laborales, Octubre 2008. Documento en soporte electrónico: laleydigital.es. 39889/2008. Pág. 5.

¹⁰⁵ Durante la vigencia del D 3772/1972 de 23 de diciembre y la interpretación de la Circular núm. 5018 de 24 de marzo de 1995 de la TGSS. El art. 39.1 del RD 2064/1995, tras la reforma del RD 459/2002, obligaba a los trabajadores agrarios a solicitar la baja en el censo así como la exención de cotización en el régimen agrario en los supuestos de simultaneidad de actividades que dieran lugar al encuadramiento en otro régimen.

mercantil o industrial, considerando normalmente que prevalecía el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

La razón de ser de este encuadramiento era la tuición, ya que se consideraba, salvo prueba en contrario, que prevalecía el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, al considerarse que los ingresos más cuantiosos provenían de este régimen, ya que era problemática la prueba de la realidad de los ingresos en el régimen especial agrario, así que en la praxis se solía utilizar la actividad agraria para proceder a la inscripción en el censo y eludir el encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, por ser más costoso para el trabajador.

Así pues, en este régimen, el lucro era el criterio decisivo en detrimento de la habitualidad, en caso de que no se realizaran predominantemente otras actividades.

En este sentido, destaca el art. 11 de la Ley 20/2007 de 11 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo, que establece una novedad al establecer porcentualmente el importe de ingresos que hay que considerar para que se de el encuadramiento como trabajador económicamente dependiente: *“los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el art. 1.2 d) de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”*.

Tras la reforma del RD Ley 2/2003 de 25 de abril y de la Ley 36/2003 de 1 de noviembre, ambos de medidas de reforma económica, se permitió la pluriactividad,¹⁰⁶ delimitándose el concepto de *medio fundamental de vida* y dando un giro a la tradicional interpretación.¹⁰⁷

Con esta reforma, se modificó la regla tercera de la letra b) del artículo 2 de la LREA, reestructurando el concepto de medio fundamental de vida en el ámbito del REA, estableciendo que *cuando el trabajador sea o no cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado del titular de una explotación familiar, dedique predominantemente su actividad en la explotación agraria o fuera de ella labores agrarias, en forma personal y directa, se presumirá que las mismas constituyen su medio fundamental de vida a efectos de la inclusión en este Régimen Especial, siempre que de la actividad agraria se obtengan ingresos para atender sus propias*

¹⁰⁶ Como ya se permitía en el Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, que establece en su art. 2 la norma general del ámbito de aplicación del régimen en su apartado 3. *La inscripción de los trabajadores en el Régimen Especial Agrario podrá ser compatible con su alta en alguno de los otros Regímenes de la Seguridad Social”*.

¹⁰⁷ **Cavas Martínez, F.**, *“El Régimen Especial Agrario también se mueve”*. Revista Aranzadi Social, núm. 6, año 2003, pág. 31.

necesidades, o en su caso, las de la unidad familiar, aun cuando, con carácter ocasional o permanente realice otros trabajos no específicamente agrarios, determinantes o no de su inclusión en cualquier otro de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social.

Ya no se atiende a la prevalencia económica que impedía el doble encuadramiento en dos actividades, sino a la mera obtención de ingresos para atender sus necesidades o de su familia, (art. 10 RD Ley 2/2003), lo cuál implica la posibilidad de encuadramiento en el Régimen Especial Agrario, aunque se realizaran otros trabajos no agrarios que determinaran su inclusión en otro/s régimen/es de la Seguridad Social, ya sean con carácter ocasional, permanentes o incluso prevalentes.

Los ingresos en el Régimen Especial Agrario han de ser suficientes, no de escasa entidad y significación (ya no debían ser predominantes), para que proceda el encuadramiento en este régimen, según el RD Ley 2/2003 y la Ley 36/2003, ya que si el trabajador agrario acredita que realiza labores agrarias sólo ocasionalmente o no constituyeran medio fundamental de vida, quedaría excluido del Régimen Especial Agrario.

La finalidad es evitar el coste que supondría el doble encuadramiento pluriactivo. Frente al criterio de la exclusividad o del carácter predominante de una actividad como excluyente, en principio en el Régimen Especial Agrario predomina el posible encuadramiento simultáneo en este régimen y en otros.

Desde la entrada en vigor de la Ley 18/2007, de 4 de julio, la redacción del art. 3 del TR de la Ley 38/1966 de 31 de mayo, es la siguiente: *“los trabajadores agrarios por cuenta propia, así como el cónyuge y los parientes por consanguinidad y afinidad, hasta el tercer grado inclusive, del titular de la explotación agraria, que no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena, siempre que sean mayores de 18 años y realicen la actividad agraria de forma personal y directa en la correspondiente explotación familiar, pasarán a estar integrados en el sistema especial agrario de los trabajadores por cuenta propia”*.

Con esta reforma, al pasar a encuadrarse en el sistema especial agrario de trabajadores por cuenta propia, mi opinión personal es que en caso de simultanearse actividades agrarias por cuenta ajena y propia, no debería considerarse pluriactividad, (pese a que pudiera pensarse que procedería el encuadramiento por un lado en el Régimen Especial Agrario por cuenta ajena y por otro en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos como actividad agraria), ya que supondría una excesiva carga para el sujeto cotizante.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Esta Ley entró en vigor el 1 de enero de 2008, tal y como se establece en su D. Final 3ª, salvo determinadas disposiciones que entraron en vigor el 6 de julio 2007: la DT 1, relativa a la reducción de cuotas a favor de determinados familiares del titular de la explotación agraria, la DT 2, relativa a la

Fernández Prol,¹⁰⁹ considera otro posible supuesto: la pluriactividad temporalmente limitada, cuando el trabajador agrario, (por cuenta ajena), se dedique con carácter exclusivo e ininterrumpidamente a otras actividades no agrarias, durante períodos superiores a 6 meses naturales consecutivos.

Parte de la base del art. 45.1.4ª del RD 84/1996 que establece que *los trabajadores agrarios incluidos en este Régimen Especial que realicen, por un período superior a 6 meses, naturales y consecutivos, trabajos en virtud de los cuales hayan quedado encuadrados en un régimen distinto del Agrario de la Seguridad Social causando baja en éste, una vez hayan finalizado los trabajos citados o hubieren agotado las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social, incluidas las prestaciones y subsidios por desempleo a que tuvieran derecho por dichos trabajos, podrán solicitar y obtener su inscripción en el censo agrario de la Seguridad Social, sin necesidad de acreditar nuevamente los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida para la inclusión en el Régimen Especial Agrario, siempre que la solicitud se formule dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de finalización de los trabajos o de las prestaciones o subsidios indicados.*

Por otro lado, el art. 2.2 del Decreto 3772/1972,¹¹⁰ que permite que los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación puedan realizar “con carácter ocasional otros trabajos no específicamente agrícolas”, y el art. 2.3 de este mismo Decreto, señala que la “inscripción de los trabajadores en el Régimen Especial Agrario podrá ser compatible con su alta en alguno de los otros Regímenes de la Seguridad Social.”¹¹¹

Llevando a cabo una interpretación conjunta de estos preceptos, llega a la conclusión de que no supondrían una limitación de las situaciones de pluriactividad, sino que propician su prolongación hasta el período máximo marcado, (6 meses), aun cuando el trabajador agrario, se dedicara con carácter exclusivo e ininterrumpidamente, a otras actividades no agrarias, produciéndose una flexibilización del principio general de alta

consideración de la persona ligada de forma estable al titular de la explotación por relación de afectividad análoga a la conyugal, las letras a y b de la disposición derogatoria única.

¹⁰⁹ **Fernández Prol, F.**, “*Pluriempleo y pluriactividad simultánea en el sistema de Seguridad Social*”. Ed. Bomarzo. Albacete. 1ª ed. 2007. Pág. 91.

¹¹⁰ Respecto a la cuestión de la vigencia de este Decreto, se puede considerar que en virtud de la disposición derogatoria única de la Ley 18/2007, de 4 de julio, quedarían derogados todos los preceptos referidos a los trabajadores por cuenta propia contenidos en el Texto Refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, aprobado por el Decreto 2123/1971, de 23 de julio, lo que unido a que quedarán derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley, implicaría que sólo resultaría de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena.

¹¹¹ Apartado, 2 art. 2, Decreto 3772/1972. Se entenderá que concurren los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida, exigidos en el artículo 2 de la Ley de Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social de 23 de julio de 1971, cuando el trabajador dedique su actividad predominantemente a labores agrícolas, forestales o pecuarias, y de ella obtenga los principales ingresos para atender a sus propias necesidades y las de los familiares a su cargo, aun cuando con carácter ocasional realice otros trabajos no específicamente agrícolas. (...).

Apartado 3. La inscripción de los trabajadores en el Régimen Especial Agrario podrá ser compatible con su alta en alguno de los otros Regímenes de la Seguridad Social.

mientras concurren los requisitos de encuadramiento, cuya finalidad no es otra que atender a la típica temporalidad o eventualidad de las tareas agrarias.¹¹²

4.3. Régimen Especial de Empleados del Hogar

El art. 2.1 a) del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, establece que quedarán incluidos en este Régimen Especial de la Seguridad Social, en calidad de empleados del hogar, (...) que se dediquen en territorio nacional a servicios exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia, entre otros requisitos.

Este requisito, parece excluir encuadramientos simultáneos, en otros regímenes del sistema, si bien no impediría la pluriactividad sucesiva.

En relación a la cuestión de si realmente impide la pluriactividad simultánea, **Fernández Prol**,¹¹³ considera que el carácter exclusivo se refiere a los servicios desarrollados para uno o varios cabezas de familia, y no a la actividad en su conjunto, incluyendo la que se pudiera prestar para otros empleadores.

Los argumentos en los que se basa, para llegar a tal conclusión son que, en primer lugar, que considera que es más coherente con la regla general de que es obligatorio cursar el alta y cotizar por todas las actividades desarrolladas, cuando se encuentren comprendidas en el campo de aplicación de cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social, ex art. 7.4 RD 84/1996; y en segundo término, que carecería de fundamento legal la exclusión del REEH por el hecho de que el trabajador se encontrara en situación de pluriactividad.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que cuando el empleado del hogar preste sus servicios para uno o más cabezas de familia a tiempo parcial, será el propio trabajador el obligado a solicitar su afiliación, el alta y baja, acompañando, además de la documentación general exigible, el tiempo y demás condiciones de la prestación de servicios parciales y discontinuos.¹¹⁴

Este supuesto a simple vista se podría considerar como un ejemplo de pluriempleo, pero a efectos de la Seguridad Social se transforma en un trabajador por cuenta propia, al igual que sucede en el Régimen Especial Agrario, ya que el sujeto obligado a cotizar será exclusivamente el trabajador.¹¹⁵

¹¹² **Fernández Prol, F.**, *“Pluriempleo y pluriactividad simultánea en el sistema de Seguridad Social”*. Ed. Bomarzo. Albacete. 1ª ed. 2007. Págs. 96 y 97.

¹¹³ **Fernández Prol, F.**, *“Pluriempleo y pluriactividad simultánea en el sistema de Seguridad Social”*. Ed. Bomarzo. Albacete. 1ª ed. 2007. Pág. 101.

¹¹⁴ Art. 49.1.1 RD 84/1996, aunque sea de temporada, y también en el caso de contratos de duración determinada si se encuentra dentro de los comprendidos en el art. 15 ET.

¹¹⁵ Art. 46.2 RD 2064/1995.

Para algunos autores,¹¹⁶ se ha producido una asimilación de la protección del régimen especial de empleados del hogar a los trabajadores por cuenta propia.

En el momento en el que apareció la protección social para este colectivo, este tipo de trabajo estaba excluido del ordenamiento laboral, por lo que los mecanismos de protección se asimilaron a los trabajadores por cuenta propia, lo cuál podría considerarse como una desigualdad en estos trabajadores, en cuya relación laboral concurren las notas de dependencia y ajenidad del art. 1.1 ET.¹¹⁷

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional justifica las diferencias de trato en la acción protectora de los diferentes regímenes atendiendo al criterio del diverso sector profesional en que se encuadra el beneficiario. SSTC 39/1992, (RTC 1992, 39), STC 268/1993 de 20 de septiembre, recurso de amparo 1165/1993, (RTC 1993\268) y STC 377/1993 de 20 de diciembre, recurso de amparo 592/1991, (RTC 1993\377).

Mientras que en el ordenamiento laboral se reconoce a los empleados del hogar la laboralidad, sin embargo, las normas de Seguridad Social, emplean mecanismos de protección que asimilan a este colectivo con los trabajadores por cuenta propia.¹¹⁸

Según la STSJ Madrid de 18 de septiembre de 1997, (AS 2995), la obligación de cotizar a cargo del empleado del hogar, no sólo se da cuando los contratos son todos a tiempo parcial,¹¹⁹ sino también incluso cuando preste servicios parciales para un empleador por una jornada superior a la mitad de la jornada habitual de 40 horas semanales y a la vez preste servicios para otros amos de casa a tiempo parcial.¹²⁰

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el desarrollo de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en relación a cuidadores en el entorno familiar y cuidadores profesionales, efectuado por el RD 615/2007, ha repercutido en el ámbito de aplicación subjetivo del REEH, ya que de forma expresa, se excluye del mismo a los cuidadores profesionales, contratados mediante prestación económica, en los arts. 14.3, 17 y 19 de la Ley 39/2006.

¹¹⁶ **Pulmar Beltrán, N.**, *“La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social”*. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2001, pág. 146.

¹¹⁷ **Quesada Segura, R.**, *“El contrato del servicio doméstico”*. La Ley. Actualidad. Madrid. 1ª ed. 1991. Pág. 215.

¹¹⁸ **Pulmar Beltrán, N.**, *“La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social”*. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2001, pág. 153.

¹¹⁹ Sin embargo, hay que tener en cuenta que la normativa sobre trabajo a tiempo parcial es aplicable tanto a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato fijo-discontinuo y contrato de relevo a tiempo parcial, incluidos además de en el ámbito de aplicación del Régimen General, del Régimen Especial de la Minería del Carbón, y los que trabajando por cuenta ajena estén encuadrados en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, ex disposición adicional 7ª. 2 LGSS, en la redacción dada por el art. 2.2 del RD Ley 15/1998 de 27 de noviembre y RD 1131/2002 (art. 1), no menciona a los empleados del hogar.

¹²⁰ Esto puede desincentivar el pluriempleo, al no admitirse el doble encuadramiento y cotización, uno en exclusiva y otro parcial.

Para algunos autores,¹²¹ también hay que entender implícitamente excluidos de este régimen especial a los cuidadores no profesionales del entorno familiar, pues la norma que regula la Seguridad Social de los cuidadores de personas en situación de dependencia ha determinado su inclusión en el Régimen general, mediante la figura de un nuevo convenio especial, salvo en ciertos supuestos en que ya se esté incluido en el mismo o se trate de perceptores de desempleo, pensionistas de jubilación o incapacidad permanente o pensionistas de viudedad y a favor de familiares con 65 ó más años.¹²²

4.4. Altos Cargos Directivos

En cuanto a los Altos Cargos Directivos, hay que tener en cuenta que no pueden celebrar otros contratos con otras empresas, salvo autorización del empresario o pacto escrito en contrario.

La autorización del empresario se presume cuando la vinculación a otra entidad fuera pública y no se hubiese hecho exclusión de ella en el contrato especial de trabajo. Art. 8.1 RD 1382/1985.¹²³

El art. 97.2 k) de la Ley General de la Seguridad Social declara la inclusión obligatoria en el Régimen General de la Seguridad Social, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena de los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de estas en los términos establecidos en el apartado 1 de la DA 27ª de dicha Ley, cuando en el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de una sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores de la misma. Se trata de una ficción legal.¹²⁴

La Contestación de la TGSS nº 12/2000, de 18 de enero, considera que se presume la inclusión en el régimen especial del socio que además de participar en un 30% del capital social, esté prestando servicios para la empresa y sea pariente por

¹²¹ **López Gandía, J., Toscani Gimenez, D.**, “Reformas de la Seguridad Social 2007. Ley de medidas en materia de Seguridad Social (L 40/2007, de 4 de diciembre)”. Sistemática Memento. Dossier Práctico. Francis Lefebvre. Ediciones Francis Lefebvre, S.A.; Madrid. 1ª ed. Actualizada a 5 de diciembre de 2007. Pág. 309.

¹²² La Disposición Adicional 4ª de la Ley 39/2006, estableció que el Gobierno determinaría reglamentariamente la incorporación a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales en el Régimen que les corresponda, mandato que se llevó a cabo en el RD 615/2007, art. 2.

¹²³ Al alto cargo directivo se le podrán imponer sanciones en los términos pactados en el contrato cuando incumpla las obligaciones derivadas de la relación laboral especial. Las faltas impuestas al alto cargo cualquiera que sea su naturaleza, prescribirán a los 12 meses desde su comisión o desde que el empresario tuviera conocimiento de ellas.

Las faltas impuestas al alto cargo y sus correspondientes sanciones, podrán ser revisadas ante el orden jurisdiccional social. Art. 13 RD 1382/1985.

¹²⁴ En la STS de 23 de septiembre de 2003, (recurso de casación para unificación de doctrina nº 39/2003), (RJ 2003\7313), siendo titular de la dirección y gerencia, el alto cargo directivo, había sido dado de alta como asimilado a trabajador por cuenta ajena a tiempo parcial, ya que no participaba en su capital social ni figuraba como socio en ninguna de las 4 sociedades en las que figuraba como administrador.

consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado de otro socio que posee más del 50% (aunque esté casado en separación de bienes con él, presumiéndose por ello la convivencia).

Por otro lado la STSJ de Madrid de 24 de enero de 2002,¹²⁵ en el supuesto de un administrador de dos sociedades, se respetan las normas del pluriempleo, puesto que al asimilarse al trabajador por cuenta ajena se le atribuyen los mismos derechos y obligaciones, excepto la cobertura de desempleo y FOGASA, que se encuentran expresamente excluidas.

Muy interesante resulta que no se discute el que pueda estar dado de alta a tiempo completo en ambas empresas, puesto que como se fundamenta en la misma sentencia, el alta no tiene por qué circunscribirse exclusivamente a los casos de contrato a tiempo parcial del art. 12 ET, al no existir ninguna norma que expresamente lo disponga.¹²⁶

No hay razón para que el alta en el RGSS haya de ser inexcusablemente a tiempo completo, pudiendo darse un alta en proporción al tiempo de ocupación en dicha actividad.

- Respecto a la **conurrencia de una actividad retribuida de administración social y otra también retribuida de carácter laboral**, se plantearía la duda de las consecuencias de la retribución indirecta, al establecer el art. 97.2 k) LGSS, tras la Ley 50/1998, que la retribución puede ser directa o indirecta, produciéndose esta última cuando los administradores son retribuidos también por su condición de trabajadores por cuenta ajena de la sociedad.

Para **Desdentado Bonete y Desdentado Aroca**,¹²⁷ hay que considerar que la inclusión es única y limitada en el RGSS, como administrador social, considerando que es más razonable pensar que se ha pretendido establecer exclusivamente una norma

¹²⁵ Sentencia núm. 41/2002 de 24 de enero, (JUR 2002\87922).

¹²⁶ En el mismo sentido, STS de 4 de febrero de 1997, ya que contiene doctrina aplicable a este supuesto normativo introducido por el art. 34. 1 de la Ley 50/1998 de 30 de diciembre. Recurso de casación para unificación de doctrina núm. 2277/1996, (RJ 1997\975).

¹²⁷ **Desdentado Bonete, A., Desdentado Aroca, E.**, “*Administradores Sociales, Altos Cargos Directivos y Socios Trabajadores: Clasificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en la Seguridad Social*”. Ed. Lex Nova. Valladolid. 1ª ed., año 2000. Págs. 236 a 238.

Se considera que caben 3 posibles interpretaciones, ya se ha mencionado la que ellos consideran más apropiada, se mencionan acto seguido las otras dos, que son descartadas por estos autores:

1) Deslaboralización de la relación laboral común, o de alta dirección por absorción de la relación laboral en la mercantil de administración social.

2) Doble inclusión en el RGSS y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: también descartan esta teoría, que consistiría en que estaría incluido en el RGSS, por la actividad laboral de forma plena y de forma limitada por la de administración social.

Las razones por las que no la consideran apropiada son que se produciría una doble inclusión sin una base económica real, ya que sólo estaría retribuida la relación laboral, y produciría un funcionamiento anormal de las relaciones de Seguridad Social, además de una doble presión contributiva sobre una misma retribución y doble protección por la pérdida de una sola renta de activo.

sobre el encuadramiento en la Seguridad Social y se ha preferido la administración social sobre las otras actividades concurrentes para la misma sociedad, aunque la administración no sea una actividad con retribución específica. Se evita así la doble inclusión y el efecto de deslaboralización.

4.5. Régimen Especial de Trabajadores del Mar

Si se trata del Régimen Especial de Trabajadores del Mar o de la Minería del Carbón, como cabe la realización simultánea de actividades por cuenta ajena, manteniendo el alta en otros regímenes, estaríamos ante el supuesto de pluriactividad.

Para el encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, es preciso que constituya un medio fundamental de vida, presumiéndose *iuris tantum* que los ingresos no constituyen su principal medio de vida, cuando el trabajador o sus parientes hasta el tercer grado que convivan con él sean titulares de un negocio mercantil o industrial. En caso de realizarse otras tareas ocasionales, se estima que lo relevante es la entidad económica de estas.

El ámbito de aplicación de este Régimen Especial, fue reformado por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Su DA 16ª reformó el art. 2 b) de la LREMAR,¹²⁸ estableciendo para los trabajadores por cuenta propia de este régimen especial, que se presumirá que las actividades marítimo pesqueras, constituyen su medio fundamental de vida, a efectos de la inclusión de este Régimen Especial, siempre que de las mismas se obtengan ingresos para atender sus propias necesidades, o en su caso, las de la unidad familiar, aun cuando con carácter ocasional o permanente realicen otros trabajos no específicamente marítimo pesqueros determinantes o no de su inclusión en cualquier otro de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social.

Antes de la reforma del RD Ley 2/2003 de 25 de abril y de la Ley 36/2003 de 1 de noviembre, ambos de medidas de reforma económica, las situaciones de pluriactividad en las que el trabajador se encontrara en el REA o REMAR, y simultáneamente en otro régimen, podían recibir un tratamiento unitario, pero tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007, hay que tener en cuenta que la modificación del art. 2 b) del Decreto 2123/1971, sustituido por el art. 2 de la Ley 18/2007, de 4 de julio, determinaron en el ámbito del REA una regulación más permisiva de los supuestos de pluriactividad que no cabe extrapolar sin más al ámbito del mar.¹²⁹

Tras la reforma efectuada por la Ley 40/2007, resultaría inaplicable la solución que se venía aplicando con anterioridad a su entrada en vigor, de dar de alta en el RETA en

¹²⁸ Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar.

¹²⁹ **Fernández Prol, F.**, *“Pluriempleo y pluriactividad simultánea en el sistema de Seguridad Social”*. Ed. Bomarzo. Albacete. 1ª ed. 2007. Pág. 66.

defecto de alta en el REMAR, ya que la presunción de medio fundamental de vida, parece determinar la apertura del campo de aplicación del REMAR, en caso de trabajadores por cuenta propia pluriactivos, ya que éstos no parecen precisar obtener más ingresos de las actividades marítimo pesqueras que las demás concurrentes, basta con que obtengan ingresos para atender a sus propias necesidades o, en su caso, las de la unidad familiar, por lo que se puede considerar que la reforma efectuada por la Ley 40/2007, favorece el encuadramiento múltiple que caracteriza a la pluriactividad.

Otra cuestión sería la relativa a determinar si se daría el pluriempleo en el seno de este régimen especial, en caso de coexistir labores por cuenta propia y ajena.

A priori es posible que se efectúen varios trabajos por cuenta ajena en el ámbito de algunos de los regímenes especiales, en tanto en cuanto la normativa sobre trabajo a tiempo parcial es aplicable tanto a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato fijo-discontinuo y contrato de relevo a tiempo parcial, incluidos además de en el ámbito de aplicación del Régimen General, del Régimen Especial de la Minería del Carbón, y los que trabajando por cuenta ajena estén encuadrados en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, ex disposición adicional 7ª. 2 LGSS, en la redacción dada por el art. 2.2 del RD Ley 15/1998 de 27 de noviembre y RD 1131/2002 (art. 1).

Pero tal regulación está pensada para un único trabajo a tiempo parcial y en caso de pluriempleo, no es aplicable en materia de acción protectora en caso de que el régimen de cotización sea tarifado, ya que las bases se encuentran normalizadas en el caso de la minería del carbón, y trabajadores del mar retribuidos a la parte.

Sin embargo, se considera que teóricamente cabe la posibilidad del pluriempleo, para los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores del Mar incluidos en el bloque de cotización 1º del art. 54 del RD 2064/1995,¹³⁰ ya que la retribución a salario

¹³⁰ A efectos de la cotización y su consiguiente repercusión en la acción protectora, los trabajadores comprendidos en este Régimen Especial se clasificarán en tres grupos:

1. En el primer grupo se incluirán:

- 1º Los trabajadores por cuenta ajena retribuidos a salario, cualquiera que sea la actividad que realicen.
- 2º Los trabajadores por cuenta ajena retribuidos «a la parte» que coticen en iguales períodos y cuantías que los del apartado anterior y que son:
 - a) Los que presten servicio en embarcaciones dedicadas al transporte marítimo.
 - b) Los que trabajen en embarcaciones pesqueras de más de 150 toneladas de registro bruto.
 - c) Los no incluidos en los párrafos a) y b) anteriores que opten, de acuerdo con sus empresarios, por cotizar en la misma cuantía y forma que para los retribuidos a salario.

2. En el segundo grupo se incluirán los trabajadores retribuidos «a la parte» que presten servicios en embarcaciones pesqueras de más de 10 toneladas de registro bruto hasta 150 toneladas inclusive.

- 1º El grupo segundo A) comprende a aquellos trabajadores que presten servicios en embarcaciones pesqueras comprendidas entre 50,01 y 150 toneladas de registro bruto.
- 2º El grupo segundo B) comprende los trabajadores que presten servicios en embarcaciones pesqueras comprendidas entre 10,01 y 50 toneladas de registro bruto.

3. En el tercer grupo quedarán incluidos:

o a la parte de éstos, se produce por conceptos retributivos reales y el art. 52 RD 2064/1995 establece que las reglas de cotización aplicables a estos trabajadores, son las mismas que las correspondientes a los trabajadores del RGSS, remisión que se reitera en las órdenes TAS de cada año, por las que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, FOGASA y Formación Profesional, de cada Ley de Presupuestos Generales del Estado.¹³¹

Sin embargo, el art. 52.2 del RD 2064/1995 de 22 de diciembre, establece que *las bases de cotización respecto de los trabajadores incluidos en los grupos segundo y tercero de los apartados 2 y 3 del artículo 54, serán únicas, sin que se tomen en consideración las mínimas y máximas previstas para las restantes actividades. No obstante, dichas bases no podrán ser inferiores a las bases mínimas establecidas en cada ejercicio para las distintas categorías profesionales en el Régimen General de la Seguridad Social.*¹³²

Al respecto, considero que al existir la posibilidad de realizar actividades por cuenta ajena y propia en el seno de este mismo régimen, esta posibilidad no daría lugar a una doble alta, por cuenta ajena y propia, sino única alta, no tratándose ni de pluriempleo ni de pluriactividad, sino de alta única, ya que no están claros los límites entre el trabajo por cuenta propia y ajena en la práctica en este régimen.

Tal y como se configura el encuadramiento dentro de cada régimen especial se suele excluir la posibilidad de acumular actividades por cuenta ajena y propia a la vez, además en actividades por cuenta propia se suele contemplar sólo una vez, tal como sucede en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y Trabajadores del Mar, no soliendo admitirse tampoco que la actividad por cuenta propia se efectúe a tiempo parcial.

Lo que no se suele admitir es que dentro de un mismo régimen el hecho de realizar actividades por cuenta ajena y propia de lugar a la pluriactividad. Sólo habría un

1º Los trabajadores por cuenta propia o autónomos incluidos en este Régimen Especial.

2º En todo caso, los trabajadores retribuidos «a la parte» que presten servicios en embarcaciones pesqueras de hasta 10 toneladas de registro bruto.

¹³¹ Art. 17 de la vigente Orden TIN 25/2010 de 12 de enero.

¹³² El apartado 3 del mismo artículo establece que: “*En todo caso, para la determinación de las bases de cotización por contingencias comunes respecto de las empresas y trabajadores incluidos en los grupos segundo y tercero de los grupos de cotización establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 54, a las cantidades resultantes conforme a las normas establecidas en los números precedentes del presente artículo, se aplicarán los coeficientes correctores establecidos o que establezca el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a propuesta del Instituto Social de la Marina, oídas las organizaciones sindicales y empresariales respectivas, las cofradías de pescadores y las organizaciones de productores pesqueros.*

Dichos coeficientes correctores se fijarán teniendo en cuenta las características que concurran en las actividades comprendidas en dichos grupos y la capacidad económica de empresas y trabajadores”.

Los apartados 1 y 2 del art. 52 RD 2064/1995, fueron modificados, pasando a tener esta redacción, por el art. único 4 del RD 1890/1999, de 10 de diciembre.

encuadramiento y una cotización en el régimen de trabajadores por cuenta propia de que se trate.

Otra peculiaridad de este régimen especial, mencionable en esta sede, consiste en que no existen disposiciones que determinen la baja del trabajador en este Régimen, cuando se dedique, con carácter exclusivo e ininterrumpido a otra actividad por un período superior a 6 meses, con lo que consecuentemente, se puede considerar que en este régimen especial, el incumplimiento de los requisitos exigidos para la inclusión en su seno, daría lugar a la baja en el mismo, a diferencia de lo que sucede en el REA, según el art. 45.1.4º b) del RD 84/1996.¹³³

4.6. Régimen Especial de la Minería del Carbón

Como ya se ha mencionado conjuntamente con el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, en el apartado anterior, si se trata del Régimen Especial de la Minería del Carbón, al ser posible la realización simultánea de actividades por cuenta ajena manteniendo el alta en otros regímenes, estaríamos ante un supuesto de pluriactividad, y siguiendo el art. 41.1 del RD 84/1996, deberán solicitarse tantas altas como sean los regímenes en que se encuentren comprendidos.

Hay que tener en cuenta que en este régimen especial, además la obligación de cotizar, se establece en los mismos términos que en el Régimen General, por lo que es obligatoria para todos los sujetos integrados en el mismo, procediendo el empresario y el trabajador al abono de las cuotas correspondientes.

Siguiendo el art. 56 del RD 2064/1995, en este régimen especial, estarán sujetos a la obligación de cotizar los trabajadores por cuenta ajena que, en razón a la actividad que realicen, se encuentren incluidos en el campo de aplicación de dicho Régimen así como los empresarios incluidos en el mismo por cuya cuenta trabajen aquéllos.

4.7. Especial referencia a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado

Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, pueden optar entre el régimen correspondiente a trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia del régimen que corresponda en función de la actividad (DA 4ª LGSS y RD 225/1989 de 3 de marzo).

¹³³ Que establece que los trabajadores agrarios incluidos en este Régimen Especial que realicen, por un período superior a 6 meses, naturales y consecutivos, trabajos en virtud de los cuales hayan quedado encuadrados en un régimen distinto del Agrario de la Seguridad Social causando baja en éste, una vez hayan finalizado los trabajos citados o hubieren agotado las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social, incluidas las prestaciones y subsidios por desempleo a que tuvieran derecho por dichos trabajos, podrán solicitar y obtener su inscripción en el censo agrario de la Seguridad Social, sin necesidad de acreditar nuevamente los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida para la inclusión en el Régimen Especial Agrario, siempre que la solicitud se formule dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de finalización de los trabajos o de las prestaciones o subsidios indicados.

La opción opera respecto a los socios trabajadores, ya que la plantilla externa se ubica en el régimen general y opera en su totalidad tanto de los socios como de las formas de cotización y protección, ya sea a tiempo completo o parcial, según se establezca en sus estatutos, ya que debe formalizarse en estos y mantenerse durante 5 años.

La opción ha de realizarse entre el régimen de trabajadores por cuenta ajena y el de cuenta propia de la Seguridad Social o de la Mutualidad de Previsión Social o Mutua de Seguros. En caso de pluriactividad cabe doble encuadramiento y cotización.¹³⁴

Como ya se ha analizado a propósito del RETA, el concepto de pluriempleo no es aplicable a los Trabajadores Autónomos, porque en éstos no se admite la modalidad de trabajo a tiempo parcial, salvo cuando se produzca su encuadramiento en algún régimen de trabajadores por cuenta ajena, como es el caso de socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, socios de trabajo encuadrados en el Régimen de trabajadores por cuenta ajena del Régimen General o de los regímenes de trabajadores por cuenta ajena de regímenes especiales en los que se permita esta modalidad de cotización (RD 1278/2000 de 30 de julio y DA 6ª Ley 27/1999 de 16 de julio de cooperativas),¹³⁵ pero en este caso nos encontramos ante el supuesto de pluriactividad.

El apartado 3 del art. 41 del RD 84/1996,¹³⁶ establece que para la afiliación y alta de socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, el obligado al cumplimiento de dichas obligaciones, además de la documentación exigida con carácter general, deberá acompañar certificado de inscripción de la cooperativa en el registro correspondiente y copia de los estatutos en los que conste la opción de aquélla entre la asimilación de tales socios a trabajadores por cuenta propia o a trabajadores por cuenta ajena a efectos de su encuadramiento en los Regímenes del sistema de la Seguridad Social.

El art. 41.4 del RD 84/1996, establece que en las cooperativas en las que existan socios de trabajo o socios trabajadores asimilados a trabajadores por cuenta ajena cuya actividad se realice a tiempo parcial, deberá aportarse copia de los estatutos, del reglamento de régimen interno o certificación del acuerdo de la Asamblea o del Consejo Rector, en el que deberá figurar el número de horas de trabajo al día, a la semana, al mes o al año, la distribución horaria y su concreción mensual, semanal y diaria, con determinación de los días en los que los socios trabajadores o de trabajo deberán prestar servicios.

En el párrafo segundo de este art. 41.4, se considera que los mismos realizan su actividad a tiempo parcial cuando las horas de trabajo al día, a la semana, al mes o al

¹³⁴ **Blasco Lahoz, JF., López Gandía, J., Mompaler Carrasco, M.A.**, “Regímenes especiales de la Seguridad Social”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 8ª ed. 2007, pág. 50.

¹³⁵ **López Gandía, J.**, “Cooperativas y Seguridad Social”. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Tomo II-2000, pág. 433.

¹³⁶ Relativo a la pluriactividad, pluriempleo y opción previa a la inclusión en diversos Regímenes.

año, sean inferiores al 77 por 100 de la jornada a tiempo completo fijada en el convenio colectivo aplicable en el sector de actividad y ámbito geográfico de la cooperativa o, en su defecto, de la jornada laboral ordinaria máxima legal.

5. Conclusión

Con base a los argumentos que se han expuesto en torno a las peculiaridades en el ámbito de los Regímenes Especiales, podemos llegar a la conclusión, de que la situación de pluriempleo es la que se produce cuando en razón de la pertenencia a distintas empresas, la inclusión en el sistema lo es en exclusiva a través del RGSS,¹³⁷ o en exclusiva, en el sistema de trabajadores por cuenta ajena retribuidos a salario o a la parte del Régimen Especial del Mar, incluidos en el bloque de cotización 1º del art. 54 RD 2064/1995, mientras que la situación de pluriactividad se produce cuando el desempeño de distintas actividades, produce la inclusión del trabajador en distintos regímenes de la Seguridad Social.

Queda descartada la calificación de pluriempleado de quien desempeña varias actividades por cuenta propia determinantes de la integración en un mismo régimen, sea al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, Régimen Especial Agrario,¹³⁸ o Régimen Especial de Trabajadores del Mar.¹³⁹

En caso de desarrollo simultáneo de diversas actividades por cuenta propia, determinantes de la inclusión en idéntico régimen, resulta suficiente con una única alta en el mismo, y única cotización, en virtud de la actividad escogida por el interesado, por lo que tal situación no constituye, a efectos de la relación jurídica de la Seguridad Social, un supuesto de pluriempleo, ni de pluriactividad, ya que aunque los preceptos del Decreto 2530/1970 y de la Orden de 24 de septiembre de 1970,¹⁴⁰ que establecían el alta única, fueron derogados por el RD 84/1996, esta solución se mantiene en la actualidad para los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en base a los siguientes argumentos:

¹³⁷ **Martínez Robles, F.**, *“Particularidades de la pensión de jubilación en situación de pluriactividad”*. Revista Información Laboral. Legislación y convenios colectivos. Nº 2. Año 2005. Pág. 2. Considera que la situación de pluriempleo es la que se produce cuando en razón de la pertenencia a distintas empresas, la inclusión en el sistema lo es en exclusiva a través del RGSS, mientras que la situación de pluriactividad se produce cuando el desempeño de distintas actividades produce la inclusión del trabajador en distintos regímenes de la Seguridad Social.

¹³⁸ El art. 36.2 del RD 2064/1995 alude en singular a la base de cotización.

¹³⁹ El art. 52.2 del RD 2064/1995 hace referencia expresa a unas bases de cotización únicas.

¹⁴⁰ Artículos 7 de los preceptos citados: “el alta así como la cotización serán únicas para quienes realicen varias actividades de las que den lugar a la inclusión en el campo de aplicación de este Régimen Especial y corresponderán solamente a una de aquellas actividades que elija el propio interesado”.

Según el art. 19.2 de la OM de 1970, también derogado: “en caso de pluriactividad la obligación de cotizar a este Régimen especial quedará referida únicamente a la actividad que corresponda, de acuerdo con lo previsto en el art. 7”.

a) Atendiendo al art. 24 de la OM de 24 de septiembre de 1970, que establece que corresponde al trabajador autónomo la elección de la “base” de cotización, (en singular), lo que implica que no existen múltiples bases por varios trabajos determinantes de la integración en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

b) El RD 1041/2005 de 25 de septiembre, establece el alta y la cotización únicas, al añadir un segundo párrafo al art. 41.1 del RD 84/1996: “en el supuesto de realización simultánea de dos o más actividades que den lugar a la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos, el alta en dicho régimen, así como la cotización a éste, serán únicas y se practicarán por aquella de las actividades que elija el propio interesado”; por otro lado el RD 1382/2008, de 1 de agosto, ha introducido en este artículo que *en todo caso, si una de las actividades determinase la inclusión en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, el alta se practicará por dicha actividad.*

En materia de cobertura de contingencias profesionales en el marco del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, hay que tener en cuenta las novedades introducidas por la Ley 20/2007 de 11 de julio, por la que se aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo: la obligación de los trabajadores autónomos económicamente dependientes de incorporar, dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, ex art. 26.3. La misma obligación se impone a todos los trabajadores autónomos en aquellas actividades profesionales que el Gobierno determine en base al mayor riesgo de siniestralidad, ex apartado 2 de la DA 3ª.

III. El pluriempleo y la pluriactividad desde el punto de vista constitucional

1. La Constitución Española de 1978

Mientras que en las constituciones decimonónicas se realizaba un ambiguo reconocimiento del derecho a la libre elección de trabajo, (la libertad de trabajo ya fue consagrada por la Constitución de Cádiz de 1812), la CE de 1978 establece los principios básicos de la ordenación jurídica del trabajo y una serie de concretos derechos laborales de diverso contenido, entre otros derecho al trabajo, libre elección de profesión y oficio, promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia (art. 35).

Las cuestiones objeto de estudio son:

1) La constitucionalidad de las prohibiciones a la contratación o limitaciones directas e indirectas al pluriempleo y a la pluriactividad, ya sean establecidas por la Unión Europea, por normas con rango legal, por el gobierno, por los convenios

colectivos, (ya sea en forma de reservas de puestos de trabajo, políticas sociales de fomento de la contratación de desempleados y similares) o por vía contractual.

2) La eventual colisión con los artículos 38 y 35.1 de la Constitución, con el principio de libertad empresarial de contratación, a trabajadores desempleados o en activo (art. 38 CE) y desde la vertiente del trabajador, su derecho a desempeñar más de un puesto de trabajo (art. 35 CE).

2. Derechos fundamentales y libertades públicas

2.1. Características

Los derechos fundamentales tienen virtualidad plena a consecuencia de su incorporación al texto constitucional y no sólo la adquieren a partir de su concreción legislativa, (STC 170/1988 de 29 de septiembre); pero no pueden ser contemplados en abstracto, sino en función de cada una de las situaciones jurídicas concretas y en conexión con los ámbitos normativos que regulen cada una de ellas.¹⁴¹

Se configuran como componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico, presentando una doble dimensión: derechos subjetivos de los ciudadanos y elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional.

Ni los derechos fundamentales, ni los límites a que debe someterse su ejercicio, tienen carácter absoluto.¹⁴² Los derechos constitucionales, están limitados entre sí. La Constitución no impide al Estado proteger derechos o bienes jurídicos a costa del sacrificio de otros igualmente reconocidos y, por tanto, que el legislador pueda imponer limitaciones al contenido de los derechos constitucionales o a su ejercicio.

En tales supuestos, las limitaciones han de estar justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales¹⁴³ y, además, han de ser proporcionadas al fin perseguido con ellas, pues en otro caso incurrirían en la arbitrariedad proscrita por el art. 9.3 CE.¹⁴⁴

Si bien se pueden ver afectados derechos fundamentales como el derecho de igualdad del art. 14 de la CE,¹⁴⁵ (es muy frecuente el planteamiento de estas cuestiones, ante el diferente régimen jurídico aplicable a las situaciones de pluriempleo y a las de

¹⁴¹ STC 7/1983 de 14 de febrero, FJ nº 2 y 3, ponente Tomás y Valiente.

¹⁴² STC 254/1988, de 12 de abril FJ nº 1. Ponente Díez – Picazo y Ponce de León.

¹⁴³ STC 104/2000, de 13 de abril, F. J. 8 y las allí citadas.

¹⁴⁴ STC 11/1981, de 8 de abril, recurso de inconstitucionalidad 192/1980, F. 5, y las allí citadas.

¹⁴⁵ **Valdés Dal- Re, F.**, “*Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal*”. Editorial La Ley. Madrid. Revista Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Tomo II. 2003. En la pág. 51, afirma que “en el constitucionalismo moderno, las Constituciones ya nos son solo un pacto para la limitación del ejercicio del poder político, también son un pacto para la predeterminación de un programa de acción política de promoción de la igualdad y del bienestar de los ciudadanos”.

pluriactividad), en cuyo caso, cabría el tratamiento privilegiado al encontrarse regulado en la sección 1ª cap. II del Título I “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”).

La tutela de estos derechos puede ser invocada por el propio particular interesado ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (art. 53.2 CE).

Además se prevé para garantizar los derechos reconocidos en la sección 1ª, la posibilidad de interponer amparo¹⁴⁶ ante el propio TC (art. 161.1.b) CE), estando legitimados para interponerlo además de los interesados, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

2.2. Comparación entre el tratamiento jurídico de la situación de pluriempleo y la de pluriactividad en el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social, desde el punto de vista de la igualdad

A) Introducción

El principal derecho fundamental que puede verse afectado, debido al diferente tratamiento jurídico que se aplica a las situaciones de pluriempleo y a las de pluriactividad, es el derecho de igualdad.

El ordenamiento jurídico de Seguridad Social, ha ido adaptándose, aunque no sin dificultades, a las nuevas formas de organización del trabajo y a los diversos tipos de trabajo o actividades, desde un modelo profesional y contributivo, para tener en cuenta el esfuerzo contributivo de los trabajadores.

Desde los Pactos de Toledo, se han reforzado los principios de contribuidad y de proporcionalidad entre cotizaciones y prestaciones, pero casi siempre se parte de la realización de una única actividad.

B) Pronunciamientos del Tribunal Constitucional

Existe abundante jurisprudencia constitucional sobre el derecho de igualdad y el diferente tratamiento jurídico de las situaciones de pluriempleo con respecto a las de pluriactividad. Se destacan los siguientes pronunciamientos:

¹⁴⁶ “El recurso de amparo es un remedio subsidiario de protección de derechos y libertades públicas cuando los poderes públicos han violado tal deber” STC 18/1994 de 7 de febrero, FJ 6, Ponente: Gómez Ferrer Morant.

Está limitado por la CE y LOTC a la protección de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14-29 CE (STC 170/1988 de 29 de septiembre, FJ nº 1, ponente García – Mon y González-Regueral), más la objeción de conciencia del art. 30.2 CE (SSTC 165/1988 de 26 de septiembre FJ 2º, 36/1999 de 10 de mayo, FJ 4º y 88/2001 de 2 de abril FJ nº 6).

Ante el TC sólo pueden hacerse valer pretensiones dirigidas a restablecer o preservar los derechos y libertades protegidos por el recurso de amparo (STC 170/1998 de 29 de septiembre, FJ nº 1, ponente García – Mon y González- Regueral).

a) Desde la STC 22/1981 de 2 de julio, recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el TC ha venido declarando que “el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de forma que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen las mismas consecuencias jurídicas, y por ello veda la utilización de elementos de diferenciación que se puedan calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

Lo que prohíbe el principio de igualdad, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no estar fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

b) La STC 39/1992 de 30 de marzo,¹⁴⁷ trata la problemática del régimen jurídico diferenciado entre actividad única, pluriactividad y pluriempleo, así como la eventual conculcación del principio de igualdad en materia de cotización y de prestaciones.¹⁴⁸

El trabajador estaba dado de alta simultáneamente tanto en el Régimen General como en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Se aborda la comparación del régimen jurídico aplicable, la pluriactividad, con relación a los trabajadores que, pese a desempeñar varios puestos de trabajo sólo se vieran encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social (pluriempleo).

En el ámbito del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, para el caso de pluriactividad externa,¹⁴⁹ la cotización deberá realizarse de forma independiente, sin que puedan aplicarse las normas sobre cotización en caso de pluriempleo.

¹⁴⁷ Rec. 981/1989, (Ar. 39). El trabajador se encontraba afiliado tanto al RGSS, como al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, (pluriactividad), como consecuencia del doble alta y de la ampliación obligatoria a los autónomos de la cobertura por la contingencia de asistencia sanitaria, en virtud del RD 43/1984 de 4 de enero, el trabajador alegaba doble cotización por dicha contingencia por lo que solicitaba la devolución de las cotizaciones indebidamente ingresadas.

El trabajador argumentaba que de haberse tratado de un supuesto de pluriempleo, es decir si sólo hubiera estado incluido en el RGSS, al aplicarse los topes máximos de cotización y posterior prorrateo, la cuantía de la cotización global realizada habría sido inferior.

El TC justifica la diferencia de tratamiento en base a los siguientes argumentos:

a) existía diferencia entre las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, al considerar que el pluriempleo estaba regulado en el ordenamiento jurídico, y la pluriactividad solamente estaba admitida;

b) no existía relación entre la cuota de cotización y las contingencias protegidas, que se fundamentan en la progresiva separación del esquema contributivo.

¹⁴⁸ En el mismo sentido: STC 307/2006 de 23 de octubre, STC 27/1988 de 23 de febrero, STC 103/1984 de 12 de noviembre, STC 38/1995 de 13 de febrero, STC 191/2005 de 18 de julio, STC 125/2003 de 19 de junio (relativa al principio de igualdad ante la Ley y modulación de la posibilidad normativa de establecer regímenes jurídicos diferenciados cuando el legislador considera que existen diferencias entre categorías de personas) y STC 88/2005 de 18 de abril (sobre los requisitos de constitucionalidad de las diferencias de trato legislativo en los diferentes regímenes de Seguridad Social).

Esta diferente regulación entre las situaciones de pluriempleo y pluriactividad no fue considerada discriminatoria y por tanto inconstitucional por el TC.

No es posible equiparar los dos supuestos al tratarse de situaciones claramente diferenciadas, pues el pluriempleo supone la existencia de distintas actividades laborales, la implantación de un sistema de topes máximos y prorrateo entre las distintas empresas, y supone una cotización que puede fraccionarse en distintas cotizaciones (contingencias comunes, accidente de trabajo/ enfermedad profesional...), por lo que es relevante que existan mínimas diferencias entre las bases de cotización en situación de pluriempleo, pluriactividad o actividad única; y el principio de igualdad no queda lesionado al aplicar regímenes distintos a situaciones distintas.¹⁵⁰

Las diferencias de regulación que la Ley establece, (...), corresponden a diferencias reales entre ambos colectivos, que justifican la diferente regulación legal, y por tanto no supone lesión del principio de igualdad.

Además el TC, considera que la situación de pluriactivo, (en la que se encuentra el demandante, al estar encuadrado en el RGSS y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos), suele llevar aparejada mayor protección de la que disfruta el pluriempleado, ya que la pluriactividad, da lugar, en algunos casos a prestaciones diferenciadas y compatibles, además tiene derecho a optar, en su caso, entre la prestación de asistencia sanitaria que dispensen las distintas Entidades Gestoras. Para el TC queda así justificada la doble o múltiple cotización en los supuestos de pluriactividad.

Esta sentencia tuvo mucha repercusión, en los pronunciamientos de los TSJ, hasta la equiparación del régimen jurídico del pluriempleo y pluriactividad en relación con la determinación de las bases reguladoras, que tuvo lugar por la DA 38 LGSS, introducida por la Ley 36/2003, al admitir parcial y limitadamente para los supuestos de

¹⁴⁹ Según **Blasco Lahoz, JF., López Gandía, J., Mompaler Carrasco, M.A.**, “Regímenes especiales de la Seguridad Social”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 8ª ed. 2007, pág. 138, se denomina pluriactividad interna en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos a la situación en la que un trabajador realiza dos actividades por cuenta propia diferentes, mientras que será externa, cuando un trabajador realiza dos actividades distintas que conllevan el alta en dos o más regímenes de la Seguridad Social.

Mi opinión personal es que considero bastante discutible calificar como pluriactividad, a la realización de varias actividades por cuenta propia dentro del mismo régimen, ya que rige el principio de prohibición de inclusión múltiple obligatoria y no tendrían lugar múltiples altas, características de la pluriactividad.

¹⁵⁰ En el mismo sentido: SSTS de 18 de febrero de 1991, (Ar. 843); 14 de abril de 1992, (Ar. 2650); 3 de mayo, (Ar. 4017); 27 de septiembre de 1993, (Ar. 7043); 28 de enero 1997, (Ar. 1220); y 21 de marzo de 1997, (Ar. 2285).

En la STS de 28 de enero de 1997, (Ar. 1220); la sala de lo social del TS, considera que no es discriminatorio que los odontólogos y estomatólogos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y en el RGSS, por realizar dos actividades distintas, por cuenta propia y ajena, deban cotizar dos veces por la contingencia de asistencia sanitaria.

pluriactividad, la posibilidad de adición de bases de cotización a efectos de determinar la base reguladora.¹⁵¹

c) Como ha sintetizado la STC 125/2003, de 19 de junio, el principio de igualdad prohíbe al legislador configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se de trato distinto a personas que desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación, o impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación, de tal forma que al incluirlas incurre en arbitrariedad y sea por ello discriminatoria.

Sólo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable,¹⁵² por lo cuál toda alegación del derecho fundamental a la igualdad, precisa para su verificación un término de comparación frente al que la desigualdad se produzca.

Este elemento de contraste ha de consistir en una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos o grupos de ciudadanos. Por ello habrá que examinar si los supuestos de hecho aportados por el órgano judicial como término de comparación guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere.¹⁵³

d) Respecto al derecho a la igualdad en el ámbito de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, según la doctrina del TC sintetizada en la STC 197/2003 de 30 de octubre,¹⁵⁴ en su FJ 3, *“el art. 41 CE, convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales.*

No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule en atención a las circunstancias

¹⁵¹ **Ballester Pastor, M. A.**, *“El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de Seguridad Social”*. La Ley. Madrid. 1ª ed. Septiembre 2007. Pág. 56. La gran repercusión que tuvo esta sentencia del TC en el desarrollo de la posterior doctrina jurisprudencial, que mantuvo las diferencias penalizadoras de la pluriactividad, contrasta con el supuesto hipotético de que el recurso de amparo se hubiera planteado en momentos históricos posteriores, en que el TC ha sido más estricto con el juicio de razonabilidad por desigualdad ante la Ley.

¹⁵² STC 39/2002 de 14 de febrero, FJ 4.

¹⁵³ ATC 209/1985 de 20 de marzo FJ 2.

¹⁵⁴ En el mismo sentido: STC 213/2005 de 21 de julio, STC 186/2004 de 2 de noviembre.

*indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento”.*¹⁵⁵

e) Tras la STC 253/2004 de 21 de diciembre, se declaró inconstitucional el párrafo 2º del art. 12.4 ET, que establecía que para determinar los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas.

En el FJ 8º de esta sentencia, se argumenta que el principio de contribuidad que informa nuestro sistema de Seguridad Social, justifica que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social, se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa.

Lo que no parece justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, diferenciación que se considera arbitraria y que conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial.

f) Sobre el principio de igualdad en el caso de trabajadores pluriempleados en el marco de la prestación de desempleo, según la doctrina marcada por el TC en STC 213/2005 de 21 de julio,¹⁵⁶ comparando el trabajador que vea reducida temporalmente su jornada de trabajo por un período de regulación de empleo (no causaban derecho a prestación de desempleo) y la situación de los trabajadores pluriempleados que pierden uno de los empleos que venían desempeñando a tiempo parcial (tienen derecho a prestación de desempleo parcial, por la pérdida del empleo adicional).¹⁵⁷

¹⁵⁵ STC 65/1987 de 21 de mayo, FJ 17

¹⁵⁶ En el mismo sentido: Auto del pleno del TC 306/2008 de 7 de octubre. STC 88/2005 de 18 de abril.

¹⁵⁷ Destaca el comentario a esta sentencia efectuado por **Cabeza Pereiro, J.**, “*Consideraciones sobre el desempleo parcial. Con ocasión de la STC 213/2005, de 21 julio*”. Revista Actualidad Laboral, Nº 20, Sección Estudios, quincena del 16 al 30 de noviembre de 2005. Documento en soporte electrónico: laleydigital.es 5013/2005. Págs. 6-8. Consideraba este autor, que pese a lo razonable y previsible que era este pronunciamiento del Tribunal Constitucional, una cosa es que el art. 203.3 supere sin dificultad los estándares de constitucionalidad, ya se contemple desde el art. 41 desde el art. 14, o desde el art. 35 CE y otra muy distinta que el «sistema» español de protección por desempleo resulte muy discutible en su configuración y demande cambios urgentes.

Otros autores se pronuncian en torno a las diferencias existentes entre las situaciones de reducción temporal de jornada y las de pluriempleo, considerando que la razón para negar la existencia de identidad de situaciones entre estos casos, se apoya principalmente en que los pluriempleados pierden un empleo, viendo extinguida una determinada relación laboral. Además, en el pluriempleo existe una cotización para la cobertura del desempleo que, aunque bajo las reglas generales, son específicas, siendo más bien problemas de compatibilidad de prestaciones los que pueden presentarse cuando se pierde un empleo. Situación en nada identificable con la que se produce con la reducción definitiva de jornada. **García Paredes, M. L.**, “*Desempleo. Reducción definitiva de jornada y principio de igualdad*”. Actualidad

En esta sentencia,¹⁵⁸ el TC se pronuncia acerca del principio de igualdad y el derecho al trabajo, ante una cuestión de inconstitucionalidad planteada por supuesta vulneración de derechos fundamentales del apartado 3 del art. 203 LGSS, (desempleo) en la redacción dada por el art. 40 de la Ley 66/1997 de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por posible vulneración de los artículos 14 y 35 de la CE en relación con el art. 41 de la misma.

Esta sentencia alude en reiteradas ocasiones a la situación de pluriempleo y el principio de igualdad, considerando que no es exigible un tratamiento igual a la situación de los trabajadores desempleados que pierden uno de sus empleos por las diferencias existentes con la situación de desempleo parcial limitada a la reducción temporal de jornada autorizada por regulación de empleo.

“No constituyen situaciones comparables a efectos del art. 14 CE, las de un pluriempleado que pierde un empleo y un trabajador que ve reducida temporalmente su jornada de trabajo y su salario. El TC considera razonable que la regulación de las prestaciones por desempleo se dirija eficazmente a evitar la aparición de situaciones de desempleo que van a dar lugar a nuevas prestaciones”.

Por lo tanto, al no tratarse de situaciones iguales a efectos de aplicación del art. 14 CE, la del trabajador pluriempleado que pierde uno de sus empleos y la de quien manteniendo el suyo, ve reducida definitivamente su jornada de trabajo, no es criticable que ambas situaciones reciban un tratamiento diferenciado desde la lógica del sistema de protección por desempleo.

Además el hecho de que la ley no les otorgue el derecho a percibir prestaciones por desempleo parcial, según el TC en modo alguno afecta a su derecho individual al trabajo y a la estabilidad en el empleo constitucionalmente reconocido, que no se vería afectado ni aún en la hipótesis de que la forma de articulación del sistema de protección por desempleo pudiera influir en su decisión.

Para el TC, el art. 203.3 LGSS lo que hace es reconocer el acceso a la protección por desempleo parcial en las situaciones de reducción de la jornada de trabajo autorizadas por la autoridad laboral por un período de regulación de empleo y no reconocerlo en las situaciones de modificación sustancial de las condiciones de trabajo decididas por el empresario al amparo del art. 41 del ET, aunque la modificación consista en una reducción de la jornada de trabajo.

En la situación de pluriempleo, el trabajador pluriempleado tendrá derecho a la prestación de desempleo parcial por la pérdida de uno de los trabajos que viniera desempeñando, ya que la extinción de una relación laboral actúa en sentido favorable a

Laboral, Nº 20, Sección Sentencias Ejemplares, quincena del 16 al 30 de noviembre de 2005. Documento en soporte informático: laleydigital.es 4999/2005. Pág. 5.

¹⁵⁸ Rec. 4441/1998, ponente Pérez Tremps.

la lógica del sistema, puesto que el sistema de protección atiende básicamente a situaciones de carencia de empleo.

Por lo tanto se prohíbe utilizar como término de comparación el tratamiento de las situaciones de pluriempleo y de pluriactividad, y las reducciones de jornada, ya que los trabajadores pluriempleados, al perder uno de los empleos, se encuentran respecto al empleo perdido en una situación de desempleo total, que constituye la contingencia prevista en el art. 203.2 LGSS.

- El que la pérdida de uno de los empleos del trabajador pluriempleado, se pueda describir gráficamente como reducción de su tiempo de actividad laboral, no debe llevar a confundir la reducción del tiempo de actividad laboral, con la pérdida de uno de los empleos que venía desempeñando el trabajador pluriempleado, ni mucho menos exigir por aplicación del art. 14 de la CE un idéntico tratamiento jurídico, porque en el caso del trabajador pluriempleado la situación legal de desempleo no se produce por la reducción de su jornada de trabajo, sino por la extinción de su contrato.

- Lo propio de la igualdad es su carácter relacional, en virtud del cuál se requieren como presupuestos, que como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas,¹⁵⁹ y que las situaciones subjetivas que quieran compararse sean efectivamente homogéneas o equiparables, es decir que el término de comparación no resulte arbitrario.¹⁶⁰

- Así mismo es necesario para que se repute como constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, para evitar resultados excesivamente gravosos o desmedidos.¹⁶¹

- Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en una norma.¹⁶²

¹⁵⁹ STC 181/2000 de 29 de junio FJ 10

¹⁶⁰ SSTC 148/1986, de 25 de noviembre FJ 6, 29/1987 de 6 de marzo, FJ 5, 1/2001 de 15 de enero, FJ 3, 148/1986 de 25 de noviembre, FJ 6, 29/1987 de 6 de marzo, FJ 5, 1/2001 de 15 de enero, FJ 3

¹⁶¹ SSTC 200/2001 de 4 de octubre FJ 4 y 88/2005 de 18 de abril FJ 5.

¹⁶² STC 200/2001 de 4 de octubre, FJ 5.

C) Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina judicial

En las primeras sentencias del TS, en unificación de doctrina, relativas a la determinación de la base reguladora en los supuestos de pluriactividad, la doctrina judicial de los TSJ solía aplicar las reglas del pluriempleo a la determinación de la base reguladora, siguiendo la doctrina del Tribunal Central de Trabajo.¹⁶³

Las principales repercusiones de esta doctrina consistían en que había que aplicar analógicamente las normas del pluriempleo, contenidas en el art. 162.5 LSS, a la pluriactividad, para que se tuvieran en cuenta todas las bases que correspondían a las diversas actividades simultáneas.

De no aplicarse tales reglas, las cotizaciones realizadas simultáneamente a diversos regímenes, no podían originar diversas pensiones, al no cumplirse los requisitos, ni podían incrementar la pensión conforme a las reglas del cómputo recíproco, ya que por no ser sucesivas, (art. 4 RD 691/1991), no tenían repercusión en el ámbito prestacional.

Tras la STC 39/1992 de 30 de marzo, se dio un giro a la doctrina del TS, al establecer la legitimidad de la diferenciación de tratamiento entre el pluriempleo y la pluriactividad, conllevando la inaplicación de las normas sobre determinación de la base reguladora del pluriempleo a la situación de pluriactividad.

En pronunciamientos posteriores del TS, siguiendo la doctrina marcada por la STC 39/1992 de 30 de marzo, se profundiza más en la diferenciación:

- STS de 23 de septiembre de 1993, nº de recurso 3025/1992, (RJ 1993\7027): *“En materia de determinación de la base reguladora en el supuesto de pluriactividad, no supone laguna legal alguna, ya que el distinto tratamiento para el pluriempleo y la pluriactividad deriva de la duplicidad protectora que puede alcanzarse con esta última, manifestada por el devengo de dos pensiones por la misma contingencia”*.

- STS de 27 de septiembre de 1993, nº recurso 2396/1992, (RJ 1993\7043): *“La situación de pluriempleo determina en el RGSS y en los especiales que a él se remiten, un tratamiento integrado tanto en materia de cotización (distribución de topes entre las empresas), como en materia de prestaciones (cómputo de las cotizaciones realizadas en esos límites), que conduce a una prestación única.*

¹⁶³ STSJ País Vasco de 7 de abril de 1992, (AS 1992\1819); STSJ Castilla y León, Burgos de 6 de febrero de 1992, (AS 1992\571); STCT de 10 de enero de 1989, (RTCT 1989\916). Ésta última, es referente de la doctrina del TCT: establecía que la tarea de los Tribunales debe estar presidida por el principio de máxima homogeneidad entre el régimen general y los regímenes especiales (art. 10.5 LGSS), lo que alcanza también a los supuestos de encuadramiento en dos regímenes, ya que se trata de una de las situaciones excepcionales de las que trata la DT 7ª de la LGSS, puesto que la implantación de un sistema unitario así lo exige y considera como un problema intemporal, el supuesto de pluriactividad, que debe ser resuelto apoyándose en los principios inspiradores del sistema. A favor de esta sentencia del TCT, se pueden mencionar las siguientes sentencias: STS de 27 de septiembre de 1993, (RJ 1993\7043); STS de 20 de abril de 1993, (RJ 1993\3341) y STSJ Cataluña de 26 de octubre de 1992, (AS 1992\5154).

Por el contrario, la pluralidad de actividades en distintos regímenes no es objeto de este tratamiento integrado, por lo que en principio las cotizaciones independientes pueden generar prestaciones independientes”.

Desde que el art. 9.1.2º del RD 2064/1995 declaró inaplicable a la pluriactividad, las reglas del pluriempleo sobre adición de bases de cotización y topes máximos, quedó obsoleta la anterior doctrina jurisprudencial que admitió la aplicación a la pluriactividad de las normas sobre el pluriempleo en materia de determinación de bases reguladoras.

D) Diferenciación entre pluriempleo y pluriactividad en la normativa anterior a la DA 38 de la LGSS

El mencionado art. 9.1.2º del RD 2064/1995, ubicado entre las normas comunes del sistema, (y por ello aplicable también a los regímenes especiales), excluyó la aplicación de topes máximos únicos para cada base de cotización en los supuestos de pluriactividad, de forma que el límite máximo de las bases de cotización sería único para todas las actividades, categorías profesionales y contingencias comprendidas en el Régimen o en los Regímenes de que se trate y sería de aplicación cualquiera que fuera el número de horas trabajadas, incluidos los supuestos de pluriempleo, pero no los de pluriactividad.

El art. 120.3 LGSS limita la posibilidad de bases de cotización acumuladas para determinar la base reguladora del pluriempleo, ya que a la suma de bases de cotización de las diversas empresas, se aplica un tope máximo.

E) La asimilación entre pluriempleo y pluriactividad, en el mecanismo para determinar la base reguladora, tras la entrada en vigor de la DA 38 LGSS

A través de esta DA, que fue introducida por la Ley 36/2003 de 11 de noviembre y reformada por la Ley 30/2005 de 29 de diciembre, se hace posible la adición de las bases de cotización, en supuestos de pluriactividad, para determinar la base reguladora conforme al régimen que corresponda, de forma que cuando se acrediten cotizaciones a varios regímenes y no se cause derecho a pensión en uno de ellos, las bases de cotización acreditadas en este último, en régimen de pluriactividad, podrán ser acumuladas a las del régimen en que se cause la pensión exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, sin que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento.

Con la reforma operada por la Ley 30/2005, se ha suprimido la exigencia de la superposición final de 10 años inmediatos anteriores al hecho causante, que establecía la redacción originaria del RD Ley 2/2003 de 25 abril, lo cuál ha supuesto una considerable mejora para el trabajador pluriactivo.

Esta DA 38ª no es aplicable a las prestaciones que no sean pensiones, sino prestaciones temporales, suponiendo una diferencia con respecto a la situación de pluriempleo, ya que en ésta, procede la adición de bases, con independencia de qué

naturaleza tiene la prestación. Por otro lado, la adición de bases procede en el régimen en el que se cause la pensión.

Al quedar exenta la situación de pluriactividad de la aplicación de los topes máximos característicos del pluriempleo, se estableció otra diferencia entre pluriempleo y pluriactividad.

F) Conclusión

En el caso de la pluriactividad sucesiva, se han establecido mecanismos específicos para abordar problemas relativos a la acción protectora, ejemplo de ello, es el cómputo recíproco de cotizaciones,¹⁶⁴ incluso en caso de que ante los distintos requisitos y la diversidad de acciones protectoras existentes en los regímenes especiales dieran lugar a situaciones conflictivas, como puede suceder en caso de que no exista la misma contingencia en todos los regímenes de Seguridad Social implicados, o en el caso de que se exijan unos requisitos en un régimen y sin embargo, en otros no.¹⁶⁵

Sin embargo, en el caso de la pluriactividad simultánea, se suelen acoger de forma satisfactoria en el momento de la cotización, pero no sucede lo mismo, en materia de acción protectora. A la hora de acceder a las prestaciones se endurecen excesivamente los requisitos, lo cuál conlleva no valorar adecuadamente el esfuerzo contributivo realizado por el cotizante.

Si no se dan los requisitos para acceder a una de las pensiones, el ordenamiento sólo ha establecido tradicionalmente mecanismos correctores para evitar la pérdida del esfuerzo contributivo en las situaciones de pluriempleo, pero no en las de pluriactividad, creando una diferencia de tratamiento, si no inconstitucional, considerada injusta, por algunos autores,¹⁶⁶ desde el punto de vista del principio de contribuidad, al interpretar que la argumentación de la STC 39/1992, (RTC 1992, 39), para justificar la diferencia de tratamiento entre ambas situaciones, no es absoluta, ya que la acumulación de pensiones en la pluriactividad, está sujeta a muchos condicionantes en su origen, puesto que si existieran superposiciones en la cotización,

¹⁶⁴ Se refiere a las pensiones de común naturaleza que estén comprendidas en la acción protectora de los regímenes de cuyo cómputo recíproco se trate, (art. 1 RD 691/1991).

García Murcia, J., en el prólogo de **Ballester Pastor, M. A.**, *“El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de Seguridad Social”*. La Ley. Madrid. 1ª ed. Septiembre 2007. Págs. 21-23, considera que se trata de un instrumento privilegiado para detectar y valorar algunos de los rasgos estructurales fragmentados y complejos característicos de nuestra Seguridad Social y de una solución de emergencia en un sistema como el español, que persigue la unificación, pero que no termina de conseguirla.

¹⁶⁵ Por ejemplo, la jubilación anticipada existe en unos regímenes y en otros no, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y Régimen Especial Agrario se suele exigir estar al corriente en el pago de las cotizaciones.

¹⁶⁶ **López Gandía J.**, *“Pluriactividad y Seguridad Social”*. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 7, año 2005. Página 404. **Ballester Pastor, M. A.**, *“El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de Seguridad Social”*. La Ley. Madrid. 1ª ed. Septiembre 2007. Págs. 57 y 59.

sin que se reconocieran varias pensiones, se produciría un importante perjuicio en la cuantía de la prestación correspondiente.

La equiparación entre el pluriempleo y la pluriactividad, que se aprecia como tendencia en las reformas normativas de los últimos años, no ha sido una constante de momentos anteriores, ya que el legislador tradicionalmente ha regulado con mayor detenimiento la situación de pluriempleo, que la de pluriactividad, lo que supuso cierta imbrincación de las materias desde el punto de vista del tratamiento jurisprudencial, hasta la STC 39/1992 de 30 de marzo, a partir de la cuál, la tendencia se invirtió, hasta volver a producirse otro giro, esta vez legislativamente, tras la reforma del año 2003, por el RDL 2/2003 de 25 de abril, de medidas de reforma económica¹⁶⁷ y la Ley 36/2003 de 11 de noviembre, también de medidas de reforma económica,¹⁶⁸ que intentaron paliar las diferencias de tratamiento y equiparan el pluriempleo y la pluriactividad.

Pero esta equiparación no ha tenido en cuenta algunas diferencias importantes que existen en ambas situaciones: por ejemplo se ha aplicado a la acumulación de cotizaciones para la determinación de las bases reguladoras un límite propio del pluriempleo, el tope máximo de cotización, que no resulta adecuado, ni justo, en el supuesto de la pluriactividad.¹⁶⁹

3. Derechos constitucionales con rango ordinario, de específico contenido laboral

Los derechos constitucionales de específico contenido laboral se encuentran comprendidos en la sección 2ª capítulo II del Título I de la CE “De los derechos y deberes de los ciudadanos” y poseen un nivel de garantía media, en el sentido de que gozan de una protección genérica jurisdiccional ante la jurisdicción ordinaria.

3.1. Características

Los derechos constitucionales no revisten carácter absoluto, están limitados entre sí, no sólo desde su propia naturaleza, sino que también desde el sentido social que comportan.

¹⁶⁷ Art. 11. Ley 36/2003, que añade la DA 38ª a la LGSS. Efecto de las cotizaciones superpuestas en varios regímenes en orden a las pensiones de la Seguridad Social. Uno. *Cuando se acrediten cotizaciones a varios regímenes y no se cause derecho a pensión a uno de ellos, las bases de cotización acreditadas en este último, en régimen de pluriactividad, podrán ser acumuladas a las del Régimen en que se cause la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, sin que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento.*

¹⁶⁸ En el art. 11 se establece que se agrega una disposición adicional, la trigésima octava, al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en términos idénticos a los redactados en el art. 11 RDL 2/2003 de 25 de abril.

¹⁶⁹ **López Gandía J.**, “*Pluriactividad y Seguridad Social*”. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 7, año 2005. Pág. 404.

La Constitución no impide al Estado proteger derechos o bienes jurídicos a costa del sacrificio de otros igualmente reconocidos y, por tanto, que el legislador pueda imponer limitaciones al contenido de los derechos constitucionales o a su ejercicio.

En tales supuestos, esas limitaciones han de estar justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales,¹⁷⁰ y además han de ser proporcionadas al fin perseguido con ellas,¹⁷¹ pues en otro caso incurrirían en la arbitrariedad proscrita por el art. 9.3 CE.

Por otro lado, aun teniendo fundamento constitucional y resultando proporcionadas, las limitaciones del derecho constitucional establecidas por una Ley, pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y en su modo de aplicación.¹⁷²

Y ha de señalarse, asimismo, que no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, de 13 de abril, F. 7), sino que al mismo tiempo dicha Ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho constitucional así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio.¹⁷³

3.2. Especial consideración del derecho al trabajo y su significado y alcance en relación a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad

A) Delimitación conceptual entre derecho al trabajo y libertad de trabajo

En el texto constitucional español de 1978 la libertad de trabajo y el derecho al trabajo están claramente diferenciados, mientras la libertad supone proteger a los particulares de las intromisiones del Estado y de terceros en el trabajo, el derecho exige una actuación positiva por parte del Estado, en tanto se confiere a estos un derecho a un puesto de trabajo.

El Estado tiene la obligación de actuar para evitar los obstáculos que de hecho afecten a la libertad de trabajo, ex art. 9.2 CE, es decir llevará a cabo una política tendente a la creación de una situación económica potenciadora del crecimiento del empleo.¹⁷⁴

¹⁷⁰ STC 104/2000, de 13 de abril, F. 8 y las allí citadas.

¹⁷¹ SSTC 11/1981, de 8 de abril, F. 5, y 196/1987, F. 6, de 11 de diciembre de 1987.

¹⁷² STC 178/1985, de 19 de diciembre de 1985.

¹⁷³ SSTC 11/1981, de 8 de abril, F. 15; 142/1993, de 22 de abril, F. 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, F. 7.

¹⁷⁴ **Nevado Fernández, M. J.**, *“Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo”*. Tecnos. Colección Práctica Jurídica. Madrid. 1998, pág. 39. **Martín Valverde, A.**, *“Pleno empleo, derecho al*

El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajo,¹⁷⁵ aunque es la que constituye su núcleo fundamental, su contenido esencial mínimo.

El principio general sobre el modo en que debe desarrollarse la prestación laboral es la libertad de trabajo (el trabajador desarrollará su actividad productiva al servicio de uno o varios empresarios), pero la ley prevé excepciones, cuando se aprecie concurrencia desleal o cuando mediante compensación económica expresa se pacte la plena dedicación.

La STS de 12 de julio de 1988 (Ar. 5806) establece que la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y el deber y el derecho al trabajo deben ejercitarse respetando los derechos ajenos y conforme a las exigencias de la buena fe.¹⁷⁶

B) Las dos vertientes del derecho al trabajo

Hay que diferenciar dos manifestaciones del derecho al trabajo contenidos en el art. 35.1, por un lado, el derecho individual al trabajo, en su acepción de libertad de trabajar, y por otro, el derecho colectivo de los ciudadanos españoles a obtener un puesto de trabajo y una correlativa obligación del Estado de dar trabajo a todos.

Según establece la **STC 22/1981, de 2 de julio**, en su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, puesto que de no ser así, el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población conllevaría la negación del mismo derecho para los demás.

Según el TC tampoco se ve afectada la vertiente colectiva de este derecho, referida al desarrollo por los poderes públicos de una política orientada a la consecución del pleno empleo, (STC 22/1981 de 2 de julio, FJ 8), sino que más bien, a contrario sensu, sirven tanto la articulación de la posibilidad de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, como las medidas de acompañamiento social establecidas para los procesos de regulación temporal de empleo. Por todo ello, la no inclusión de otras situaciones, según el TC no vulnera ni el art. 14 ni el 35 de la CE.

Así pues el derecho al trabajo establecido en el art. 35.1 de la CE, hay que conectarlo con los artículos 40.1, que obliga a los poderes públicos a llevar a cabo una política orientada al pleno empleo, 131 que permite la planificación económica para atender a las necesidades colectivas y el 9.2, en virtud del cuál los poderes públicos deberán promover la igualdad sustancial entre los ciudadanos.

trabajo, deber de trabajar en la Constitución española” en AAVV. “*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*”, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1980, pág. 187.

¹⁷⁵ STS 7 de mayo de 1984, (Ar. 2972).

¹⁷⁶ En similar sentido se citan las siguientes sentencias STS de 5 de junio de 1990, (RJ 1990\5020) y STS 29 de marzo de 1990, (RJ 1990\2367).

El dilema se reduce a la opción entre el respeto absoluto a la libertad de trabajar y el derecho de todos al trabajo, produciéndose un conflicto de intereses. Pudiera darse el caso de que al optar por una política de pleno empleo se atentara contra la libertad individual de trabajo, al considerarse más importante proteger el primer interés jurídico.

Este es precisamente el argumento que justifica la constitucionalidad de las limitaciones y prohibiciones al pluriempleo y a la pluriactividad, ya que lo pretendido no sería conculcar el derecho al trabajo, sino garantizar el derecho al trabajo en sentido colectivo, sobre todo de los que se encuentren en situación más precaria.

Considero que el objetivo fundamental de estas medidas es la igualdad real de los ciudadanos, tratando de forma desigual situaciones distintas, es decir responde a fines de equidad, aplicando el art. 9.2 de la CE. De no ser así se estaría tergiversando el derecho al trabajo en detrimento de las políticas de empleo que lo que persiguen es el fomento del empleo de los desempleados, máxime en épocas de recesión económica cuando el empleo es uno de los bienes más preciados para la mayoría de la población, en cuyo caso es necesaria una política de solidaridad en el reparto del trabajo.

Estos son los argumentos que justifican las limitaciones y prohibiciones al pluriempleo y la pluriactividad, en resumen: proteger el interés del empresario para evitar la concurrencia desleal, la consecución del pleno empleo y el derecho al trabajo de los desempleados. Si se limita la realización de horas extraordinarias, con más razón deben imponerse límites a las situaciones objeto de estudio.¹⁷⁷

El derecho al trabajo puede considerarse un pilar del modelo constitucional en materia social, desde la perspectiva individual: el sentido más elemental del “deber de trabajar” que establece el art. 35.1 CE, se materializa en el hecho de que sobre el individuo recae la responsabilidad de sostenerse y satisfacer sus necesidades con su trabajo.

No existe un derecho a la vagancia, el derecho al trabajo se puede vincular con la autodeterminación y autorrealización humanas, lo que confirma la idea de que una vida digna sólo puede concebirse como una vida “ganada con el trabajo”. El libre desarrollo de la personalidad, contenido en el art. 10.1 CE, sobre el que se apoya la cláusula general de libertad, ha de encauzarse a través de la vida activa, (art. 35.1 CE), de manera que no cabe invocar la Constitución para tutelar la pereza.¹⁷⁸

Además, el derecho al trabajo constituye una manifestación concreta de la libertad del hombre y tiene su fundamento en la propia dignidad humana, con independencia del hecho de su proclamación en los textos constitucionales.

¹⁷⁷ En la STC 22/1981 de 2 de julio se establece que “El derecho al trabajo constitucionalmente protegido no garantiza en modo alguno que dicho trabajo se desarrolle en determinadas condiciones, no cabe considerar que se vulnere el art. 35 de la CE, ya que no influye ni limita ni impide el derecho al trabajo de quien se ha visto afectado por una disminución de ocupación”.

¹⁷⁸ **Mercader Uguina, J.R.**, *“Lecciones de Derecho del Trabajo”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2ª ed. 2009, págs. 51 y 52.

El derecho al trabajo presenta una configuración dual comprensiva tanto de un derecho social de prestación, como de un derecho de libertad, o libertad de trabajo. El TC recoge esta doctrina en la STC 22/1981, de 2 de julio, al mantener que el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, sino que presenta un doble aspecto, individual y colectivo.

La dimensión individual del derecho implica que todos tienen derecho a un puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, así como el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo,¹⁷⁹ entendido este derecho, no como derecho a permanecer indefinidamente en el desempeño del puesto de trabajo, sino como el derecho a no ser despedido de no existir justa causa, es decir, existencia de causa de despido.

El alcance del derecho al trabajo, por tanto, no puede ser otro que el de la individualización en el ámbito contractual de la protección a su ejercicio. Es decir de la supresión de trabas que de manera injustificada pudieran limitar su ejercicio en el ámbito contractual.

No se trata pues de un derecho de contenido positivo que proporcione una posición subjetiva de crédito frente a determinados sujetos. En la expresión constitucional el derecho al trabajo no dispone de sustantividad alguna en orden a facultar una eventual exigibilidad de condiciones en el mercado de trabajo que permitan el acceso individualizado a un puesto de trabajo.

La Constitución recoge este derecho entre los derechos y deberes de los ciudadanos, mientras que la habilitación de los recursos necesarios para ocupar un puesto de trabajo se encuentra recogida no en este artículo sino en el último inciso del art. 40.1, dentro de los principios rectores de la política social y económica, cuando ordena que “los poderes públicos orientarán su política hacia el pleno empleo”, lo que obviamente refiere un objetivo cuya consecución ha de beneficiar por supuesto la realización del derecho al trabajo pero que sustantivamente resulta ajeno a la declaración de este derecho.

Por ello se considera que la naturaleza jurídica del derecho al trabajo es más la de un principio general que la de derecho de contenido específico, en el sentido de que constituye la base que fundamenta la prohibición de cualquier medida que limite o condicione de manera injustificada un derecho atribuido a todos los españoles.

Pero que tal derecho se proclame en estos términos en el ámbito constitucional y que su aparición en el ET sea una réplica de los condicionantes con que allí se configura, no

¹⁷⁹ STC 20/1994, de 27 de enero; STC 103/2002, de 6 de mayo; STC 125/1994, de 25 de abril; STS sala de lo contencioso administrativo, de 11 de febrero de 2010, (RJ 2010\3336), referida esta última sentencia a la determinación de que la existencia de regímenes jurídicos para diferentes colectivos de trabajadores por cuenta ajena, no es contraria al principio de igualdad, siempre que ello esté justificado por las características especiales de cada tipo de trabajo.

implica detectar la existencia de situaciones que posibiliten su invocación cuando determinadas conductas en el desarrollo de la relación de trabajo resultaran contrarias a sus objetivos.

Es un instrumento de freno o impeditivo de decisiones empresariales o prácticas convencionales limitativas de su ejercicio. Su eficacia se manifiesta más en la defensa de la posición del trabajador frente a los poderes empresariales o frente al ejercicio extralimitado de las facultades negociadoras, que en sentido estrictamente positivo, delimitativo de conductas específicas a las que pudiera obligar.¹⁸⁰

Lo que no puede garantizar el legislador constitucional es que los recursos allegados efectivamente puedan ser suficientes para lograr el pleno empleo y, con ello, dar satisfacción completa al derecho de todos al trabajo.

C) El pluriempleo y la pluriactividad en el texto constitucional

La realización del trabajo en régimen de pluriempleo no solo no queda impedida, sino que constituye una expresión del derecho al trabajo recogido en el art. 35.1 de la Constitución, por lo que solo cuando aparecieran circunstancias que desnaturalizaran su ejercicio frustrando los intereses contractuales de cualquiera de las partes, se justificaría la aparición de excepciones o limitaciones al ejercicio de este derecho.

Por otro lado, el pluriempleo y la pluriactividad, no se encuentran prohibidos por la CE y como se pronuncia el TC en el FJ 2º de la STC 123/1992 de 28 de septiembre, las libertades públicas consagradas en la CE deben interpretarse en el sentido de que lo no prohibido expresamente por la Ley ha de considerarse permitido.

D) Fundamento de la constitucionalidad de las limitaciones y prohibiciones a pluriempleo y pluriactividad

1. Prevalencia de la vertiente colectiva sobre la individual, siendo su objetivo la igualdad real de los ciudadanos. Art. 9.2 CE, solidaridad en el reparto del trabajo. Consecución del pleno empleo.

2. Proteger el interés del empresario, para evitar la concurrencia desleal.

3. La libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y el derecho al trabajo deben ejercitarse respetando los derechos ajenos y conforme a las exigencias de la buena fe. STS 12/07/1988. (Ar. 5806), STS de 05/06/1990 (RJ 1990\5020), STS 29/03/1990 (RJ 1990\2367).

¹⁸⁰ **Alonso Olea M., y Montoya Melgar, A.**, *“El trabajo y la Constitución: estudios en homenaje al profesor Alonso Olea”*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Alfredo Montoya Melgar (coordinador). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones. Madrid. 2003. Pág. 473.

E) Pluriempleo, pluriactividad y derecho de promoción profesional

El derecho de promoción profesional es uno de los derechos instituidos en el art. 35.1 CE, junto al derecho al trabajo, la libre elección de profesión u oficio y el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y las de su familia.

Podría darse el caso de que el trabajador decida aceptar otro trabajo, dadas las características de las tareas o funciones a desempeñar, que se ajusten más a su perfil laboral, a su formación o incluso a sus preferencias, sin renunciar al anterior trabajo que venía desempeñando, dada la compatibilidad horaria, no conculcarse la buena fe contractual y no incurrir en competencia desleal, sin que se halla pactado la plena dedicación, ni la exclusividad, ni permanencia en la empresa, analizando las circunstancias concurrentes en cada supuesto de hecho concreto, lo cuál puede interpretarse como una promoción profesional, cuando menos, desde el punto de vista del trabajador.

Para que no se vulnere la buena fe contractual y no se califique de competencia desleal, deberá tratarse de un sector de actividades y unas tareas a desempeñar, distintas a las que se vengán desempeñando en la empresa para la que se estaban prestando servicios, y que se comunique a la primera empresa, tal situación.

F) Derecho a remuneración suficiente y principio de igualdad ante la ley

La finalidad del salario consiste en la satisfacción de las necesidades del trabajador y de su familia, según el art. 23.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Recomendación nº 135 de la OIT, sobre el objetivo de la fijación de los salarios mínimos.

En el ordenamiento jurídico interno español, se establece en el art. 35.1 de la CE, en conexión con los arts. 40 y 9.2 CE, trata de garantizar que el trabajador pueda vivir dignamente de un único empleo. STC 31/1984 de 7 de marzo. STC 119/2002 de 20 de mayo.

Cabría por tanto, plantear la problemática de la eventual colisión entre el principio de remuneración suficiente y las medidas contra el pluriempleo, puesto que puede interpretarse que si se prohíbe el pluriempleo a un trabajador con baja remuneración, siendo la razón de ser del trabajo proporcionar una vida digna al trabajador, lo más lógico sería que si no la obtiene con un solo empleo se buscaría otro, aunque la solución más idónea fuera conseguir un único trabajo mejor con salario digno y suficiente,¹⁸¹

¹⁸¹ Bajo mi punto de vista, esto no se corresponde con la realidad social, las empresas lo que buscan es maximizar los beneficios, y los salarios en la mayoría de los casos no logran satisfacer las necesidades de la mayoría de la población, si se prohibiera el pluriempleo y la pluriactividad en el sector privado, se potenciaría la economía sumergida.

pero si esto no fuera posible, la única opción que le quedaría sería la del pluriempleo o la pluriactividad.

El Derecho del Trabajo no puede prescindir del contexto económico y social en el que se inserta, siendo extremadamente sensible a la realidad vigente en cada momento y a la economía. Factores como las crisis económicas, la globalización de la economía, desempleo masivo y aparición de nuevas tecnologías han ido variando su contenido.

El salario tiene una doble dimensión: para el empresario es uno de los costes económicos de la fuerza de producción y por tanto afecta a la asignación eficiente de los recursos, constituyendo un factor que incide de forma significativa sobre el precio del producto o servicio prestado, mientras que para el trabajador es el precio de su fuerza de trabajo, con él ha de satisfacer sus necesidades propias y las de su familia.

Dado que la CE no establece un quantum del salario, es prácticamente imposible determinar la inconstitucionalidad de una norma por violación del art. 35 CE, a no ser que el salario cuya constitucionalidad se pusiera en cuestión fuera tan ridículo, que no hubiera duda alguna en cuanto a su insuficiencia.¹⁸²

Esta dificultad ha llevado a algunos autores a considerar, que pese a su formulación como derecho, la suficiencia remuneratoria estaría mejor ubicada en el Cap. III, Tít. I de la CE, referido a los principios rectores de la política social y económica que orientan la actividad de los poderes públicos, lo que llevaría a la más realista conclusión de que el derecho al salario suficiente, sólo podría ser invocado ante los órganos jurisdiccionales de acuerdo con lo dispuesto en las leyes que lo desarrollasen (artículo 53.3).¹⁸³

Según algunos autores,¹⁸⁴ se podría declarar la inconstitucionalidad de una Ley de desarrollo que infringiera gravemente los principios del Cap. III, Tít. I del texto constitucional, por posible inconstitucionalidad de una Ley que cercenara los contenidos constitucionales mínimos en materia de derechos laborales y de Seguridad Social (art. 40 y 41 CE), pero dudan de la posibilidad de controlar una actuación negativa del legislador, cuando incumple por omisión del mandato del constituyente.

El TC en sentencia 45/1989, de 20 de febrero, reconoce la ausencia de un recurso de inconstitucionalidad por omisión. La reserva legal del art. 53.1 CE en materia de derecho a una remuneración suficiente, queda supeditada por mandato de esta disposición, al respeto de su contenido esencial, concepto jurídico indeterminado que genera muchas dudas respecto a su alcance.

¹⁸² **LLompart Bennàssar, M.**, *“El salario: Concepto, estructura y cuantía”*. La Ley. Madrid. 1ª ed. 2007. Pág. 70.

¹⁸³ **Montoya Melgar, A.**, *“Ejercicios y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral”*. Revista de Política Social nº 121, enero-marzo 1979. Pág. 337.

¹⁸⁴ **Esteban, J., González Trevijano, P. J.**, *“Curso de Derecho Constitucional español”*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. 1992. Págs. 299 y 300.

El TC en STC 11/1981, de 8 de abril, ha entendido que el contenido esencial de un derecho subjetivo viene constituido por aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de pertenecer a ese tipo y tendría que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose.

El contenido esencial de un derecho hace referencia a aquella parte del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos. El problema es delimitar los contornos del contenido esencial de un derecho, lo cuál ha de resolverse caso por caso.¹⁸⁵

La STC 31/1984, de 7 de abril, considera que el sistema de determinación del mínimo salarial ha de completarse estableciendo unos sueldos salariales mínimos que den efectividad al mandato constitucional del art. 35.1. Lo esencial de este precepto es la habilitación al legislador para que regule la materia.

El artículo 35.1 CE también se refiere al derecho a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, en este sentido resultaría incongruente el prohibir el pluriempleo a los trabajadores de rentas bajas, o con rentas adecuadas al puesto de trabajo, pero que no sean suficientes para satisfacer sus necesidades y las de su familia.¹⁸⁶

Este imperativo se conecta con los artículos 40, 35.1 y 9.2 de la CE. Para el TC el derecho a una remuneración suficiente trata de garantizar que el trabajador pueda vivir dignamente de un único empleo.¹⁸⁷

El TC se ha pronunciado sobre el particular a propósito del salario mínimo interprofesional, cuando se establecía diferenciando trabajadores mayores y menores de edad, (tiene relevancia en el estudio puesto que era una causa de pluriempleo y pluriactividad, aunque fuera sumergido) en virtud del RD 124/1982 de 15 de enero, que ya había sido derogado en el momento de sustanciarse el recurso de amparo 234/1982 con sentencia 31/1984 de 7 de marzo. El SMI se fija en atención al desempeño de la jornada, no en base a circunstancias personales del trabajador.¹⁸⁸

El TC en su FJ 9 establece que el sistema normal de fijación del mínimo salarial, y en general del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los

¹⁸⁵ Carrasco Durán, M., Pérez Royo, J., *“Curso de Derecho Constitucional”*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 10ª ed. 2005. Pág. 583.

¹⁸⁶ De Sala Franco, T., *“El régimen jurídico del pluriempleo en el ordenamiento español”*. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Madrid. 1985. Pág. 20, prohibir el pluriempleo no sería una solución idónea para este autor, sino que lo que erradicaría el problema sería que los salarios fueran dignos, para no tener que recurrir al pluriempleo.

¹⁸⁷ STC 42/1990 de 15 de marzo, FJ 4.

¹⁸⁸ Si bien durante la vigencia del RD 124/1982, se diferenció a la baja, el SMI de los trabajadores menores de edad.

trabajadores y empresarios, mediante el ejercicio de la negociación colectiva proclamado en el art. 37.1 CE y que a nivel legislativo según lo previsto en el art. 35.2 se desarrolla en el ET (Tít. 3).

Tanto la regulación mínima estatal como en la que se deja a la responsabilidad de la autonomía colectiva de las partes sociales, hay que respetar el principio de igualdad de remuneraciones, excluyendo todo trato discriminatorio que implique violación de este principio.

El principio de igualdad implica la eliminación en el conjunto de los factores y condiciones retributivos para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye igual valor, de cualquier discriminación basada en circunstancias personales o sociales que mencionadas concretamente unas, (tales como por razón de sexo en el art. 35 y con ella otras en el art. 14), y aludidas otras en la genérica fórmula con la que se cierra el art. 14, son susceptibles de generar situaciones de discriminación.

El legislador ha considerado en el art. 17 ET, que la edad es una de las circunstancias subsumibles en la fórmula genérica, la discriminación queda vedada respecto de cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

4. Los principios rectores de la política social y económica

Otros aspectos que se pueden ver afectados en las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, son los principios de la política social y económica contenidos en el Cap. III Tít. I de la CE, que instauran deberes del Estado tales como orientar su política al pleno empleo, mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, limitar la jornada laboral, entre otros.

Estos principios sólo son invocables ante los Tribunales cuando hayan sido desarrollados por una ley (art. 53.3 CE), pero no son normas sin contenido, vinculan a los órganos judiciales STC 203/2000 de 24 de julio, FJ nº 4, reiterando el criterio de la SSTC 19/1982, de 5 de mayo, (FJ nº 6) y 126/1994 de 25 de abril, (FJ nº 2).¹⁸⁹

Los artículos 41 y 50 de la CE no imponen el establecimiento de un único sistema prestaciones fundado en principios idénticos, ni la regulación de los mismos requisitos o previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento de los derechos reconocibles al amparo de los principios constitucionales.¹⁹⁰

El art. 41 CE consagra un régimen público cuya preservación se considera imprescindible para asegurar los principios constitucionales, estableciéndose un núcleo indisponible por el legislador.¹⁹¹

¹⁸⁹ Sempere Navarro, A.V., Coord. San Martín Mazzucconi, C., *“Prontuario de Doctrina Social del Tribunal Constitucional (1981-2005)”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. Septiembre 2005, pág. 58.

¹⁹⁰ SSTC 65/1987 de 21 de mayo, FJ 17 y 149/2004 de 20 de septiembre, FJ 5 entre otras.

¹⁹¹ STC 37/1994 de 10 de febrero FJ 3.

Si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra CE asume en sus artículos 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva (ex art. 53.3 CE); sin embargo “el TC no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable”.¹⁹²

¹⁹² STC 184/1993 de 31 de mayo, FJ 6, STC 197/2003 de 30 de octubre FJ 6 in fine.

CAPÍTULO II Análisis de las situaciones desde la perspectiva del Derecho del Trabajo. Limitaciones al pluriempleo y a la pluriactividad en el sector privado español

I. LIMITACIONES DIRECTAS

1. Introducción

En cuanto a las limitaciones directas, se pueden mencionar las contenidas en el art. 17.3 del ET, que establece que el gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo.

Este artículo en su apartado 1, no se refiere al pluriempleo ni a la pluriactividad como una de las causas de discriminación prohibidas, no se prohíben las discriminaciones en el empleo que puedan consistir en una exclusión de contratación (vgr: pactos de plena dedicación) o limitación directa del pluriempleo o pluriactividad, tales como reservas de puesto, preferencias, o fomento de empleo de desempleados.

En el apartado. 2 se refiere a que podrán establecerse por Ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente.

Si interpretamos los apartados 2 y 3 de este artículo de forma conjunta, podemos llegar a la conclusión de que las exclusiones a la libre contratación, para que no tengan carácter discriminatorio, deben revestir la forma jurídica legal, (sólo por ley) y que las limitaciones a la contratación pueden establecerse por el Gobierno.

Por otro lado, opera como **límite directo** el art. 5.d) y 21.1 del ET, la prohibición de concurrencia desleal, y los pactos de plena dedicación. En los casos de competencia desleal y de incumplimiento del pacto de plena dedicación, el trabajador incurre en la causa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, ex art. 54.2.d) del ET, o de sanción disciplinaria menor, conforme al convenio colectivo aplicable, (art. 58 ET), mientras que el incumplimiento del pacto de no concurrencia post-contractual supondrá la pérdida de la compensación económica pactada, (art. 21.2 ET) y el abono de una indemnización al empresario por los daños y perjuicios causados.

En la normativa interna española existe un tope al tiempo de trabajo global, ordinario y extraordinario, cuando sea prestado a varias empresas, en lo establecido para menores de edad,¹⁹³ y para el transporte terrestre por carretera, ex art. 10 bis

¹⁹³ Art. 34.3 ET. “Los trabajadores menores de dieciocho años, no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos”, pero tampoco parece colisionar con el art. 6 de la Directiva 93/104 CE, debido a los amplios términos con que este se pronuncia.

introducido en el RD 1561/1995 de 21 de septiembre por el RD 902/2007 de 6 de julio, estableciendo límites al tiempo de trabajo y descanso, incluso cuando se trabaje para más de un empresario, (Exposición de Motivos del RD 902/2007), con el fin de proteger la seguridad y salud de los trabajadores móviles y la seguridad vial.¹⁹⁴

Estos dos límites se pueden considerar como directos, ya que el legislador establece expresamente los mismos.

Otros límites que se pueden considerar directos, son los marcados por el **RD 1001/2010** de 5 de agosto, por el que se establecen normas de seguridad aeronáutica en relación con los tiempos de actividad y los requisitos de descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo.

Este RD, desarrolla la **Ley 9/2010**, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo.¹⁹⁵

Montoya Melgar, A., Galiana Moreno, J. M., Sempere Navarro, A.V., Ríos Salmerón, B., *“Comentarios al Estatuto de los trabajadores”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 6ª ed. 2005, pág. 236.

Por otro lado, en la STC 213/2005 de 21 de julio rec. 4441/1998, se menciona que “el ordenamiento no contempla la situación de pluriempleo, ni en el momento del nacimiento de la relación laboral ni respecto a su dinámica y desarrollo, con excepción de la jornada máxima establecida por razones de salud y seguridad en el caso de los menores de edad (art. 34.3 ET)”.

¹⁹⁴ Art. único. Dos del RD 902/2007 de 6 de julio, que añade un art. 10 bis al RD 1561/1995 de 21 de septiembre:

1. “Cuando mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se hubiera establecido la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, la duración del tiempo de trabajo efectivo de los trabajadores móviles no podrá superar las 48 horas semanales de promedio en cómputo cuatrimestral, ni exceder en ningún caso de las 60 horas semanales.

“El período de referencia de cuatro meses establecido en el párrafo anterior podrá ser ampliado hasta un máximo de seis meses mediante convenio colectivo sectorial de ámbito estatal, siempre que dicha ampliación se fundamente en la existencia de razones objetivas o técnicas o de organización del trabajo”.

2. “Cuando, sin tener la calificación de trabajador nocturno conforme a lo previsto en el artículo 36.1 del ET, un trabajador realice trabajo nocturno, su jornada de trabajo diaria no podrá exceder de 10 horas por cada período de 24.

3. “En el tiempo de trabajo de los trabajadores móviles se incluirán todas las horas trabajadas para uno o más empresarios en el período considerado. A tal efecto el empresario solicitará por escrito al trabajador el cómputo de tiempo de trabajo efectuado para otros empresarios. El trabajador facilitará estos datos por escrito”. (...)

5. “El empresario será responsable de llevar un registro del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles. Este registro se conservará, al menos, durante tres años después de que finalice el período considerado. El empresario estará obligado a facilitar a los trabajadores móviles que así lo soliciten una copia del registro de las horas trabajadas”.

¹⁹⁵ Aunque expresamente no se mencionan las situaciones de pluriempleo y pluriactividad en sus textos, al establecer límites tan estrictos a la ordenación del tiempo de trabajo, se hace prácticamente inviable la posibilidad del pluriempleo y/o pluriactividad.

2. La buena fe contractual como principio básico de la prohibición de concurrencia

El contrato de trabajo genera una serie de obligaciones recíprocas, siendo el trabajador deudor del empresario al asumir una serie de deberes, una manifestación de estos es el *deber de buena fe contractual*,¹⁹⁶ siendo este un concepto jurídico indeterminado y amplio, con diferentes valoraciones doctrinales.

Constituye un límite general al actuar humano tal y como se configura en el art. 7.1 Cc. y en el art. 1258 del mismo Código, creando deberes no estrictamente pactados adicionalmente a los contractualmente acordados o accesorios al deber principal de prestación.¹⁹⁷

La buena fe del art. 1258 Cc., constituye una fuente de creación *secundum legem* que habilita al juez para la creación del Derecho, en la medida en que los comportamientos conformes a la buena fe no son susceptibles de determinación de forma apriorística y dependen de las circunstancias particulares de cada caso, corresponde al juez determinar si el comportamiento es adecuado a la buena fe para cada situación singular.

Esta ductilidad de la buena fe, puede llegar a convertirse en uno de sus principales riesgos, ya que una interpretación judicial amplia no debe conllevar a judicialización del Derecho o arbitrariedad judicial.¹⁹⁸

Para evitar estos efectos hay que tener en cuenta unos parámetros objetivos es decir un modelo de comportamiento que aunque no esté formulado legalmente vive en la conciencia social y al que deben ajustarse los comportamientos individuales, un estándar de conducta ajustado a los imperativos éticos exigibles de acuerdo con la conciencia social imperante.

Se trata de un Principio General del Derecho equivalente a lealtad, honorabilidad y confianza. STS 26/02/1991, (RJ 1991/875), STS 13/03/1991, (RJ 1991\1851), STS 30/04/1991 (RJ 1991\3398), STSJ Andalucía Sevilla núm. 2987/2009 de 10 de septiembre (AS 2009\2815).

Según la STS 22 de mayo de 1986, (RJ 1986\2609), la buena fe, en su sentido objetivo, constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, un

¹⁹⁶ **Burgos Giner, M.A.**, “La incapacidad temporal y el trabajo en situación de pluriempleo como causa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual: comentario a la STSJ País Vasco de 10 de junio de 2003”. Revista Aranzadi Social, nº 13, 2003, pág. 46. Si se examina el texto en soporte de tomo sería la pág. 2785.

¹⁹⁷ **Ruiz de Velasco, J.M.**, “La buena fe como principio rector del ordenamiento jurídico español en relación con las prohibiciones del fraude de ley y el abuso del derecho”. Editorial Reus. Madrid. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 72, 1976, págs. 561 y ss.

¹⁹⁸ **Nogueira Guastavino, M.**, “La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo”. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 1997, pág. 125.

principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (*artículos 7.1 y 1.258 del Código Civil*), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza; y es cierto también que en el Derecho Laboral hay mandatos legales que imponen un cumplimiento contractual de acuerdo con la buena fe, (*artículos 5 a) y 20.2 del Estatuto*).

La jurisprudencia ha precisado que la buena fe se traduce en una actitud de lealtad, honorabilidad, probidad y confianza que es exigible a las partes que conforman una determinada relación laboral. STS 4 de marzo de 1991, (RJ 1991,1822).¹⁹⁹

Se caracteriza por ser un concepto jurídico amplio e indeterminado, un límite general al actuar humano. Es uno de los deberes que asume el trabajador al suscribir el contrato de trabajo. Art. 5 a) y 20.2 ET.

En el ámbito laboral, aparece como deber básico del trabajador en el art. 5 a) ET, al señalar que ha de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo conforme a las exigencias de la buena fe.

La relación laboral genera obligaciones recíprocas entre empresario y trabajador, obligándose a que se desarrollen conforme a las exigencias de la buena fe, (art. 20.2 ET), específicamente en el trabajador, hasta el punto que la transgresión de este deber se tipifica como una de las causas de despido disciplinario, ex art. 54.2 d) ET,²⁰⁰ pero no existe un deber genérico de lealtad con un significado omnicompreensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues sería incompatible con el sistema constitucional de relaciones laborales.²⁰¹

La exigencia de buena fe no debe confundirse con la existencia de un genérico deber de lealtad como sujeción indiferenciada del trabajador al interés empresarial, ya que

¹⁹⁹ En el mismo sentido: STS 26/02/1991, (RJ 1991/875), STS 13/03/1991, (RJ 1991\1851), STS 30/04/1991 (RJ 1991\3398), STSJ Andalucía Sevilla núm. 2987/2009 de 10 de septiembre (AS 2009\2815).

²⁰⁰ STC 197/1998 de 13 de octubre FJ 2.

²⁰¹ STC 241/1999 de 20 de diciembre; SSTC 94/1995 de 19 de junio, FJ 5, 204/1997 de 25 de noviembre FJ 2, 241/1999 de 20 de diciembre FJ 4. Destacan los siguientes pronunciamientos del TC: STC 181/2006 de 19 de junio, sobre los límites de la libertad de expresión en el ámbito laboral, Auto TC 423/2004 de 4 de noviembre, STC 101/2003 de 2 de junio, sobre los límites del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Relativos a la transgresión de la buena fe contractual, destacan los siguientes pronunciamientos del TS: STS de 7 de octubre de 2008, (RJ 2008\8243); STS de 20 de abril de 2009, (RJ 2009\3832); STS de 4 de diciembre de 2007, (RJ 2008\1973).

resultaría contradicho por la propia realidad de un conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional.²⁰²

El parámetro de la buena fe no sólo se limita a la correcta ejecución de la prestación principal de trabajar, sino que también juega una función integradora capaz de crear obligaciones accesorias, no previstas ni por la ley ni por las partes pero que aparecen como instrumentalmente indispensables para la realización del interés contractual de la otra parte y para la evitación de perjuicios innecesarios eventualmente derivados de la actuación de las partes.²⁰³

La doctrina del TS,²⁰⁴ considera que la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, y ha ido delimitando y adaptando el concepto al devenir de los tiempos, considerándolo como normas de conducta tales como lealtad, confianza y honorabilidad,²⁰⁵ considerando como conductas vulneradoras de la obligación gran diversidad de las mismas, llegando a considerar la doctrina que la transgresión de la buena fe contractual no es sino una cajón desastre, al tener cabida en la conducta causante del despido disciplinario instaurado en el art. 54.2.d) ET, multitud de conductas del trabajador como incumplimiento de uno de los deberes básicos del trabajador ex art. 5 a) y 20. 2 ET.²⁰⁶

Sin embargo, la STSJ País Vasco de 25 de abril de 2006, rec. 737/2006,²⁰⁷ considera que no existe transgresión de la buena fe contractual, cuando un trabajador que ya se encontraba en situación de pluriempleo, accede a la situación de incapacidad temporal y obtiene parte de baja médica para uno sólo de los trabajos continuando la prestación de servicios en el otro, dado que se trataba de dos profesiones distintas.

La baja en uno depende del concreto trabajo que se desempeñe y no consta como hecho probado la intención de embaucar o confundir al médico, constando el hecho de

²⁰² STC 120/1983 de 15 de diciembre, FJ 2. STC 134/1994 de 9 de mayo, se han superado anteriores concepciones comunitarias que apelaban a un deber de fidelidad a la empresa por parte del trabajador, proyectándose un concepto propio del Derecho Matrimonial al contrato de trabajo, en el que la bigamia está permitida, al permitirse el pluriempleo. Anteriormente se regulaba la cuestión, ya derogada, en el art. 70 LCT de 1944.

²⁰³ **García Murcia, J.**, *“Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual”*. Ed. La Ley. Madrid. Revista Actualidad Laboral. Nº 24, año 1990. Madrid. Pág. 293.

²⁰⁴ STS de 18 de mayo de 1987, (RJ 1987\3725); 30 de octubre de 1989, (RJ 1989\7462) y 26 de febrero de 1991, (RJ 1991\875).

²⁰⁵ STS 21 de enero de 1986, (RJ 1986\ 312); 22 de mayo de 1986, (RJ 1986\ 2609) y 26 de enero de 1987, (RJ 1987\130).

²⁰⁶ En este sentido la STSJ Aragón de 27 de julio de 2001, (R. 643/2001); considera que cuando el trabajador que encontrándose en situación de incapacidad temporal, y realiza trabajos por cuenta ajena o propia o incluso actividades no laborales o de recreo está realizando una conducta desleal dañosa para el empresario, en el sentido de que la baja se encamina a obtener la pronta recuperación en el plazo más breve posible. Con su actuación el trabajador puede prolongar la enfermedad.

²⁰⁷ Ref. CISS JS691774. A contrario sensu de la sentencia mencionada en la nota a pie de página inmediata anterior.

la compatibilidad de los dos trabajos, que había sido aceptada por el empresario con anterioridad.

La negociación colectiva sobre el deber de no concurrencia dispone de un amplio margen de intervención y presenta su interés más que en la función reguladora de las correspondientes obligaciones del trabajador, (cuya formulación ya se encuentra contenida en la propia norma legal, además de implícita en la determinación del principio de buena fe y los deberes de lealtad del trabajador), para determinar los supuestos que resulten contrarios al deber de no competencia o para desarrollar el alcance de las situaciones eventualmente autorizadas. Más aún teniendo en cuenta la variedad de situaciones que ofrecen los supuestos de concurrencia, tanto durante la vigencia del contrato como para después de extinguida la relación laboral por su determinación por las partes contratantes.

Además, dentro de la causa genérica que establece el art. 54.2 d) del ET, la transgresión de la buena fe contractual, para **Conde Marín**,²⁰⁸ se encuentra otra singular, el abuso de confianza, estableciendo la especialidad en el aprovechamiento, por parte del trabajador, de una determinada posición de confianza que se mantiene con el empleador y que, en cierta manera, disminuye la capacidad de alerta de éste pues tiene la seguridad aunque sea desde un punto de vista subjetivo, de que la persona contratada actuará con corrección y honestidad.

Se trataría de una modalidad cualificada o específica de la violación del deber de buena fe, que consistiría en el desvío de la utilización de las facultades conferidas, con lesión o riesgo para los intereses de la empresa.²⁰⁹

Determinados puestos de trabajo se basan en una especial confianza, como los altos directivos de empresas, empleados al servicio del hogar familiar, o mediadores en operaciones mercantiles, pero no sólo a ellos les es exigible la lealtad, buena fe y diligencia debida, sino que también afectaría a otros sectores, como los empleados de banca.

²⁰⁸ **Conde Marín, E.**, “*La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*”. La Ley. 1ª ed. Septiembre de 2007. Págs. 381 y 382.

²⁰⁹ La TSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), en la sentencia núm. 1260/2010 de 18 marzo, (AS 2010\1060); establece la procedencia del despido por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en un supuesto de irregularidades bancarias.

Considera que el trabajador ha utilizado su posición privilegiada en el banco y la confianza de la empresa en él como director, para conceder tarjetas de crédito y otros productos financieros a clientes vinculados, excediéndose de sus atribuciones y saltándose los procedimientos establecidos al efecto por el banco; y la circunstancia de que la empleadora no hubiese padecido perjuicio económico alguno no impide encuadrar los hechos enjuiciados en el art. 54.2 d) del E.T.- en cuanto es suficiente para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral.

En el mismo sentido: STSJ Murcia, núm. 532/2010, de 16 de julio, (JUR 2010\296179), estima que el trabajador comete un abuso de confianza por trabajar en lugar no asignado y sacar de forma no autorizada unos palés; STSJ de Madrid, núm. 487/2007, de 2 de julio, (AS 2008\924).

Otra manifestación de este deber de buena fe es la contenida en el art. 5 d) ET: *no concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta Ley*, que se concreta en los arts. 21 y 54.2 ET, siendo preciso, por tanto, acudir a los preceptos relativos a esta materia para determinar el alcance de este deber.

3. Competencia Desleal.

3.1. Introducción

La realización del trabajo en régimen de pluriempleo no solo no queda impedida sino que constituye una expresión del derecho al trabajo recogido en el art. 35.1 de la Constitución, por lo que solo cuando aparecieran circunstancias que desnaturalizaran su ejercicio, frustrando los intereses contractuales de cualquiera de las partes, se justificaría la aparición de excepciones o limitaciones al ejercicio de este derecho.

La prohibición de concurrencia desleal, siguiendo el apartado 1 del art. 21 ET, no precisa pacto alguno que la imponga, ni le afectan los demás requisitos que este mismo artículo establece para el supuesto de los pactos específicos.

No es preciso que exista indicación alguna (expresa o tácita) del empresario limitando el ejercicio de la actividad concurrente, ni que su eficacia quede sujeta a la formulación de pacto específico en el contrato, ni le afectan los demás requisitos que el art. 21 establece para los pactos específicos. Basta con demostrar que la actividad desarrollada por el trabajador concurre con la de la empresa para incumplir la obligación del trabajador, a la que se encuentra sometido por la mera suscripción del contrato.

La concurrencia desleal del art. 21 es la concreción del deber de no concurrencia del art. 5 d) ET, que se remite a los términos fijados en esta Ley y se considera como transgresión de la buena fe contractual y por tanto como causa de despido disciplinario por la vía del art. 54.2 d) ET al no existir una tipificación específica del supuesto.²¹⁰

Como ya hemos afirmado a lo largo de este estudio, el trabajador tiene derecho a pluriemplearse, ya que así se desprende de los arts. 21.1 ET y 110.2 LGSS, siendo titular de los mismos derechos y obligaciones en todas las empresas a las que preste servicios, con la precisión de que este pluriempleo debe ser conocido por el empresario, para no incurrir, de mediar concurrencia desleal o de existir pacto de plena dedicación, en causa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual ex art. 54.2. d) ET.

²¹⁰ AAVV. Dir. **Monereo Pérez, J. L.**, “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”. Ed. Comares. Colección Comentarios a la Legislación Social. Granada. 1ª ed. 1998. Pág. 324.

Burgos Giner,²¹¹ en su comentario a la STSJ País Vasco de 10 de junio de 2003, (AS 2003, 2354), llega a la conclusión de que no se aprecia la subsunción en esta causa de despido disciplinario, porque la situación de pluriempleo era conocida por la empresa, pese a que el trabajador se encontraba en situación de Incapacidad Temporal en la empresa para la que primero prestó los servicios, y continuó prestando servicios en la otra empresa, siendo además actividades similares.

Lo que prohíbe el art. 21.1 ET, es que la posible concurrencia de prestaciones de trabajo para varios empleadores, produzca perjuicio efectivo para alguno de ellos, por la actuación desleal del trabajador, lo que supone el hecho de que se trabaje para otro empresario que compite con el primero.

La razón de ser de la prohibición estriba en la eventual desviación de clientes y el potencial o real perjuicio para el empresario, no sólo porque la empresa remunera al trabajador por sus servicios, sino porque le facilita medios para adquirir experiencias y perfeccionamiento profesionales con la finalidad de que redunden en su propio beneficio, como si se tratara de una inversión.

El apartado 1 del art. 21 ET establece que “no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal”, pero no concreta qué se entiende por competencia desleal. La delimitación conceptual ha sido efectuada por la jurisprudencia y la doctrina judicial.

Gala Durán entiende, ante la carencia de definición legal de qué debe entenderse por concurrencia desleal, que se considera como tal, la actividad coincidente con la de la empresa para la que se trabaja, exigiéndose asimismo que esa actividad perjudique al empresario y se realice utilizando medios irregulares desde un punto de vista industrial o mercantil, resultando, por tanto, una competencia contraria al juego limpio y honesto del tráfico económico.²¹²

En determinadas relaciones de carácter especial se extrema esta exigencia de no competencia:

1) Personal de alta dirección: según el art. 8 RD 1382/1985, existe la regla general de prohibición de realizar otros contratos de trabajo, salvo que exista la autorización del empresario o pacto escrito en contrario.

2) Representantes de comercio: El art. 9 f) RD 1438/1985, prohíbe prestar servicios a empresas competidoras. En el apartado b) de este mismo art. se establece el

²¹¹ **Burgos Giner, M. A.**, “La incapacidad temporal y el trabajo en situación de pluriempleo como causa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual”. Comentario a la STSJ País Vasco de 10 de junio de 2003. (AS 2003, 2354). Revista Aranzadi Social nº 13, año 2003. Págs. 46 y 47. Si se consulta en versión tomo, serían las páginas 2785 y 2786.

²¹² **Gala Durán, C.**, en AAVV, Dir. **Del Rey Guanter, G.**, “Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia”. La Ley. Madrid. 1ª ed. 2005. Pág. 348.

deber de desarrollar su actividad de promoción de manera correcta, evitando cualquier actuación que pueda suponer competencia desleal con otras empresas.

Tiene gran relevancia la negociación colectiva para determinar los supuestos contrarios al deber de no competencia y el alcance de las situaciones que se autoricen.

La configuración de las circunstancias que determinen la existencia de conducta desleal para el trabajador o el margen de disponibilidad de que disponga este, (en el caso de que no se hubiera pactado la plena dedicación), es algo difícilmente determinable a priori y con carácter general, debiendo recurrir a las delimitaciones jurisprudenciales, así como a la doctrina judicial.

3.2. Delimitaciones jurisprudenciales y de doctrina judicial

1. Aunque la ley se refiere solamente al trabajo por cuenta ajena (“para diversos empresarios”), puede haber competencia desleal tanto cuando se trabaje por cuenta ajena como propia. STS 29 de marzo de 1990, (RJ 1990\2367).

2. La excesiva amplitud del término competencia desleal viene delimitada por la relevancia de las circunstancias concurrentes y la ocultación o falta de consentimiento del empleador, que deben analizarse en cada caso. STS 22/03/1991, (RJ 1991\1889).²¹³

Se trata de un elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal del trabajador respecto de la empresa que no sólo remunera un trabajo, sino que también facilita medios para adquirir experiencia y profesional que luego aquél pretende utilizar en su propio provecho y en perjuicio de los intereses de su empresa, lo que ocurre, por ejemplo:

a) si se usan los conocimientos adquiridos en una empresa para favorecer la actividad de la empresa concurrente o para desviar la clientela de una a otra. STS 8/03/1991, (RJ 1991\1890).²¹⁴

b) si se desarrollan las actividades aprovechando datos internos de la empresa, que conoce por su trabajo interno en ésta, ya sea sobre su sistema organizativo o de producción o sobre la relación clientes- proveedores que puedan provocar un potencial perjuicio, alterando la libre competencia, y aventajando la segunda actividad. STS 29/03/1990, (RJ 1990/2367).²¹⁵

²¹³ En el mismo sentido: STS 22 de noviembre de 2007, (RJ 2008\1034); STS 25 de abril de 1988, (RJ 1988\3017); STSJ C. Valenciana 2091/2009 de 23 de junio, (AS 2009\1923).

²¹⁴ La concurrencia implica una actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado, por parte del trabajador, que entra en competencia económica con el empresario, por incidir en un mismo ámbito de mercado, en el que se disputa un mismo potencial de clientes.

En sentido similar: STS 22 de noviembre de 2007, (RJ 2008\1034) y STS 29 de marzo de 1990, (RJ 1990\2367).

²¹⁵ Otras sentencias a favor son las siguientes: STS de 8 de marzo de 1991, (RJ 1991\1840); STS de 22 de septiembre de 1988, (RJ 1988\7097); STS de 12 de julio de 1988, (RJ 1988\5806); STSJ de Madrid núm.

3. El art. 35 de la CE no ampara la realización de actividades competitivas con su empresario. STS de 28 de noviembre de 1990, (RJ 1990\8615). Para que haya competencia desleal ha de tratarse de trabajos en el mismo sector de actividad.

Según la STS 22 de octubre de 1990, (RJ 1990\7932), la concurrencia se da cuando se despliega una actividad productiva en empresa distinta y que tiene el mismo objeto que la que realiza la competencia, pues, en una economía de mercado libre concurren y compiten todas las empresas que se dedican a un mismo objeto en un mismo ámbito, y la deslealtad se da cuando la empresa no presta su consentimiento, sin que sea preciso un perjuicio económico acreditado.

Con carácter general, ha de aceptarse que cualquier actividad que sea coincidente con la desarrollada por la empresa, reúne los caracteres como para ser considerada competitiva y por tanto no amparada bajo el principio de la libertad de trabajo, cuyo ejercicio en todo caso fundamenta la existencia del anterior compromiso asumido por el trabajador.

No basta pues con el mero ejercicio de una actividad laboral para otra empresa, sino que es preciso que la desarrollada simultáneamente sea de naturaleza igual o análoga a la que practica la empresa.

El TS la ha definido como *“aquella actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado por parte del trabajador, que entra en competencia económica con el empresario por incidir en un mismo ámbito de mercado en el que se disputa un mismo potencial de clientes, produciéndose tal competencia no sólo por el despliegue de una actividad profesional al servicio de otras empresas de la competencia, sino igualmente participando como accionista en empresas competidoras o cooperando en la constitución de una empresa nueva dedicada a la misma actividad”*. STS. 8 de marzo de 1991, (RJ, 1991\1840); STS de 28 de mayo de 1987, (RJ. 1897\3908) y 22 de octubre de 1990, (RJ. 1990\7707).

El TS declaró en la ST de 22 de octubre de 1990, (RJ 1990\7932), que “si bien es cierto como la Sala tiene declarado,²¹⁶ que es deber básico del trabajador, no concurrir en la actividad de la empresa, como previene el art. 5 d) del ET, estableciendo el art. 21.1, que la plena dedicación a una sola empresa vendrá impuesta, cuando la actividad plural en trabajo o negocios similares perjudique al empresario y genere por ello una consecuencia desleal o competencia ilícita del trabajador,²¹⁷ implicando la violación de esos deberes básicos una transgresión de la buena fe contractual constitutiva de un incumplimiento contractual que justifica el despido, también lo es que dicha

134/2007 de 14 de febrero, (JUR 2007\153135); STSJ Navarra núm. 133/2008 de 5 de junio, (AS 2008\1994).

²¹⁶ STS de 26 de diciembre de 1989, (RJ 1989, 9082); 27 de septiembre de 1989, (RJ 1989/6529) y 18 de julio de 1989, (RJ 1989/5874)

²¹⁷ STS 16 de diciembre de 1986, (RJ 1986\7087).

prohibición de no concurrencia, está subordinada a los límites que el referido art. 21 ET establece.²¹⁸

No basta con que exista concurrencia en la misma actividad, sino que además es necesario que la misma sea desleal, para cuya determinación es preciso atender a los elementos objetivos del relato histórico, sin que pueda ni deba acudirse a conjeturas, ya que lo que se juzga es si la actividad en la otra empresa revela una infidelidad en el servicio que presta o si la base de su actuación son los conocimientos obtenidos en su trabajo.

Si esto no es así, no se produce quebranto del principio de buena fe, elemento básico de la contratación y necesario para que pueda prosperar el despido decretado. Además es doctrina de la Sala que ha de acreditarse la falta de fidelidad en el cumplimiento de las obligaciones impuestas para que se estime un ejercicio abusivo de aquél.

En la STS de 22 de marzo de 1991, (RJ 1991\1889), se establece que lo característico de la falta laboral de competencia desleal, es el elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal del trabajador, respecto de la empresa que no sólo remunera un trabajo, sino que también le facilita medios para adquirir experiencia y perfeccionamiento profesional que luego aquél pretende utilizar en su propio provecho y en desmérito o perjuicio para los intereses de su empresa.²¹⁹

4. Hay competencia desleal si se usan los conocimientos adquiridos en una empresa para favorecer la actividad de la empresa concurrente o para desviar la clientela de una a otra [STS de 17 de diciembre de 1990, (RJ 1990\9800); o de 8 de marzo de 1991, (RJ 1991\1840)],²²⁰ y no en caso contrario, [STS 22 de octubre de 1990, (AR. 7520/1990)].

Más aún, el incumplimiento del trabajador adquiere una especial significación cuando la actividad desarrollada supone un aprovechamiento individual de las capacidades, contactos con la clientela o cualquier otro tipo de habilidad proporcionada

²¹⁸ Como recogen las sentencias de 19 de julio de 1985, (RJ 1985\3820) y de 13 de mayo de 1986, (RJ 1986\2541).

²¹⁹ En el mismo sentido: STS 22 de noviembre de 2007, (RJ 2008\1034); STS 25 de abril de 1988, (RJ 1988\3017); STSJ C. Valenciana 2091/2009 de 23 de junio, (AS 2009\1923).

En base a esta doctrina jurisprudencial el TSJ de Extremadura en ST 796/2003 de 31 de diciembre, (AS 2004\1588), considera que el despido es improcedente, en caso de pluriempleo en la misma actividad en localidades diferentes, pese a desarrollar la misma actividad empresarial, al entender que no compite en el mismo ámbito de mercado en el que se dispute un mismo potencial de clientes.

En términos similares se pronuncia el TSJ de Madrid en ST de 24 de febrero de 2004, (JUR 2004\238988); cuando un trabajador utiliza dos días libres para desarrollar la misma actividad en otra zona y no se acredita por el empresario la falta de fidelidad en el cumplimiento de las obligaciones impuestas para que se estime perjuicio abusivo de aquél y la actividad no requería especiales conocimientos técnicos ni una específica formación adquirida con la demandada.

²²⁰ La concurrencia implica una actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado, por parte del trabajador, que entra en competencia económica con el empresario, por incidir en un mismo ámbito de mercado, en el que se disputa un mismo potencial de clientes.

En sentido similar: STS 22 de noviembre de 2007, (RJ 2008\1034) y STS 29 de marzo de 1990, (RJ 1990\2367).

por la empresa ya que *“lo característico de la falta laboral de competencia desleal es el elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal del trabajador respecto de la empresa que no sólo remunera un trabajo, sino que también le facilita medios para adquirir experiencia y perfeccionamiento profesional que luego aquél pretende utilizar en su propio provecho y en desmérito o perjuicio para los intereses de su empresa”*. STS de 22 de marzo de 1991, (RJ 1991/1889).

Según la STS 29 de marzo de 1990, (RJ 1990/2367); existe concurrencia desleal cuando las otras actividades se desarrollan dentro del mismo plano en que efectúa las suyas la empleadora, realizando aquellas con olvido de las exigencias de la buena fe, mediante el aprovechamiento de datos internos de la empresa que los conoce por su trabajo en ésta y que, al versar sobre su sistema organizativo o de producción o referirse a la relación de proveedores o clientes, pueden ocasionar un potencial perjuicio, por alterar el juego de la libre competencia, a través de proporcionar una visión de ventaja para la segunda actividad.²²¹

El TC también se ha pronunciado sobre el particular en la STC 192/2003, de 27 de octubre, en el siguiente sentido: “Si se prueba transgresión de la buena fe contractual, constituye un incumplimiento grave y culpable que el art. 54. 2 d) del Estatuto de los Trabajadores configura como causa de despido disciplinario, para cuya apreciación no se exige la existencia de lucro personal ni haber causado daños a la empresa. Debe declararse la procedencia del despido acordado por la demandada de conformidad con el art. 55.3 y 4 ET y ello con los efectos previstos en el art. 55.7 ET”, si bien es precisa la existencia de una relación laboral; violación de los deberes de fidelidad; y, en definitiva, que el trabajador actúe con conocimiento de que su conducta vulnere tal obligación.²²²

No basta, por ello, con que ésta se produzca en la misma actividad, sino que, además, es necesario que la misma sea desleal, para cuya determinación es preciso atender a los elementos objetivos del relato histórico, sin que pueda ni deba acudirse a conjeturas, pues lo que se juzga es si la actividad en la otra finca revela una infidelidad en el servicio que presta al demandado, o si la base de su actuación sean los conocimientos obtenidos en su trabajo, porque si esto no es así, no se produce quebranto del principio de la buena fe, elemento básico de la contratación, y necesario para que pueda prosperar el despido decretado.

5. No basta la actividad esporádica para considerar que existe competencia desleal, debe ser una actividad habitual. STC 192/2003 de 27 de octubre.

²²¹ Otras sentencias a favor son las siguientes: STS de 8 de marzo de 1991, (RJ 1991\1840); STS de 22 de septiembre de 1988, (RJ 1988\7097); STS de 12 de julio de 1988, (RJ 1988\5806); STSJ de Madrid núm. 134/2007 de 14 de febrero, (JUR 2007\153135); STSJ Navarra núm. 133/2008 de 5 de junio, (AS 2008\1994).

²²² A favor: STSJ País Vasco, núm. 2403/2007, de 25 de septiembre, (AS 2008\40); STSJ de Madrid, núm. 918/2006, de 28 de noviembre, (AS 2007\523); STSJ Extremadura, núm. 796/2003, de 31 de diciembre, (AS 2004\1588).

6. Es necesario para su apreciación que el empresario no haya prestado su consentimiento, ni expresa, ni tácitamente, para que el trabajador preste servicios en otra empresa. STS 5 abril de 1990, (RJ 1990\3110).²²³

7. No es necesario que existan beneficios directos para el trabajador, ni que se haya iniciado la actividad, bastan los meros actos de preparación, que evidencien una intencionalidad suficiente del trabajador, intencionalidad que no ha de ser dolosa necesariamente. STS 5 de junio de 1990, (RJ 1990\5020).²²⁴

En la sentencia del TSJ de Extremadura de 15 de febrero de 2005, (rec. 841/2004),²²⁵ se estima procedente el despido disciplinario basado en transgresión de la buena fe contractual, pese a no haberse materializado la puesta en marcha y funcionamiento de una nueva empresa, debido a que el trabajador estuvo realizando actividades para la empresa de la que era socio durante una situación de incapacidad temporal, estimándose la conducta como grave y culpable.

8. No se requiere que existan perjuicios reales en la empresa, basta que sea en potencia y además esto se presume iuris tantum, si el trabajador presta servicios en actividades idénticas o análogas. STS de 8 de marzo 1991, (RJ 1991\1840).

El TS al valorar la concurrencia desleal como quebranto de la buena fe contractual, en esta sentencia exige que la actividad concurrente del trabajador, “aunque no haya originado un perjuicio objetivado (...) sí incida en el ámbito de mercado de la empresa, significando una auténtica competencia, y ésta se valora como desleal, bien, porque la perfección profesional que el trabajador adquirió en su relación laboral es utilizada en contra de su principal (...), bien con un carácter más mesurado, para calificar de desleal

²²³ STSJ País Vasco núm. 2403\2007 de 25 de septiembre, (AS 2008\40); STSJ Extremadura núm. 796/2003 de 31 de diciembre, (AS 2004\1588); STSJ País Vasco 2403/2007 de 25 de septiembre, (AS 2008\40); STSJ Madrid núm. 918/2006 de 28 de noviembre, (AS 2007\523).

Esta última sentencia, enlaza la cuestión del pluriempleo con el derecho fundamental a la dignidad de la persona, entendida ésta como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación a sí mismo y su entorno, capacidad de autodeterminación consciente y responsable de su propia vida, así como el libre desarrollo de su personalidad, (art. 10.1 CE).

²²⁴ En el mismo sentido: STSJ Extremadura 15/02/2005, (JUR 2005\91763) que establece que deben concurrir 3 elementos para apreciar la existencia de competencia desleal:

1). Existencia, por parte del trabajador, de una actividad económica en satisfacción de su propio interés y en competencia con la de la empresa por desarrollarse ambas dentro del mismo ámbito mercantil.

2) La utilización de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio.

3) Que tal utilización redunde en demérito o perjuicio para los intereses de dicha empresa.

Esta doctrina judicial, se relaciona con la establecida en la STSJ Castilla La Mancha núm. 539/2004 de 31 de marzo (AS 2004\1560), y jurisprudencia recogida en las sentencias del TS 18 de noviembre 1983, 7 de febrero y 17 de abril de 1984.

En el supuesto fáctico de la STSJ de Extremadura mencionada, no se llegó a ejercer actividad económica concurrente, pero se establece que no es necesario que se haya materializado la puesta en marcha y funcionamiento de la empresa, para apreciar la existencia de competencia desleal.

²²⁵ Ref. CISS: JS656121.

la concurrencia, se exige que el puesto que el trabajador desempeña en la empresa signifique por su categoría o función, la posesión de datos internos de la empresa que constituyan una potenciación de la actividad competitiva, y por ello mismo, una deslealtad en la libre concurrencia del mercado”. “En todo caso, y como es obvio, es necesario para que se dé la competencia desleal la ausencia del consentimiento expreso ó tácito del empresario”.²²⁶

Ha de tratarse de trabajos en el mismo sector de actividad: la que sea coincidente o análoga con la desarrollada por la empresa. STS 22 de octubre de 1990, (RJ 1990\7932).²²⁷

La existencia de actividad concurrente, produce efectos incondicionados en cuanto a la calificación del incumplimiento del trabajador. Ello trae como consecuencia que no es preciso que el desempeño simultáneo de otro trabajo produzca perjuicios directos ni indirectos al empresario, ni aún cuando de alguna forma pudiese demostrarse la existencia de beneficios para la empresa. Por el contrario, basta a tal fin con el hecho de que sea coincidente o similar a la actividad que el empresario viniera desarrollando.

En este sentido la doctrina de los tribunales viene estimando que la deslealtad se produce: “...por el solo hecho de llevar a cabo alguna de tales conductas, con independencia de que se hayan causado perjuicios o beneficios para la empresa para la que se trabaja”. STSJ Andalucía, Málaga, 30 de enero 2004, (RJ 2004/1316).

Y de igual modo tampoco es preciso que la actividad se desarrolle para otra empresa, por lo que también cuando el trabajador es el titular de la misma se cumple el presupuesto de la prohibición: “...estimándose objeto de concurrencia tanto la prestación efectuada a otros empresarios como la actividad por cuenta propia de la misma actividad productiva del empresario”.

“Actividad empresarial que sería perfectamente legítima de haberse desarrollado en un ámbito territorial claramente diferenciado del que constituye el mercado de la empleadora, dirigida a distinta clientela y sin entrar en conflicto con los intereses empresariales (...),pero que se convierte en causa de despido disciplinario, cuando se realiza en clara competencia con la misma y con la finalidad de utilizar los

²²⁶ La STSJ Castilla-La Mancha núm. 987/2010 de 17 de junio, (JUR 2010\266677). Califica el despido como improcedente, al considerar que por no causar perjuicios a la empresa, la concurrencia no es desleal.

“En el caso de autos el actor es única y exclusivamente vigilante de seguridad -sin otra cualificación que requiera especiales conocimientos técnicos en su formación, poseyendo únicamente el mismo la habilitación legal para ejercer su actividad y que además -a criterio de esta parte recurrente- no existe perjuicio económico alguno ni ha sido acreditado por la recurrida, además de estar amparado el trabajador por el artículo 35.1 CE en su decisión de realizar horas extras o no, y todo ello teniendo muy en cuenta que el recurrente en ningún momento recibe de la empresa contraprestación económica alguna por no concurrir, ni llega a nacer ningún tipo de pacto en este sentido”.

²²⁷ STS 22/10/1990, (RJ 1990\7932). A favor: STSJ Extremadura núm. 796/2003 de 31 de diciembre, (AS 2004\1588); STSJ C. Valenciana núm. 2091/2009 de 23 de junio, (AS 2009\1923); STSJ Madrid núm. 795/2005 de 5 de octubre, (AS 2005\3118).

conocimientos de mercado y los contactos realizados durante la prestación de servicios, para conseguir captar la clientela que hasta ahora acude a sus instalaciones". STSJ Cataluña, 29 de octubre de 2002, (AS 2002/3465).

9. Los meros contactos o conversaciones del trabajador con una empresa de la competencia, no constituyen competencia desleal. STS 17 de diciembre de 1990, (RJ 1990\9800).²²⁸

10. La prohibición abarca también los períodos de vacaciones,²²⁹ los períodos de excedencia voluntaria,²³⁰ [STS 3 de octubre de 1990, (RJ 1990\7526)];²³¹ o de suspensión del contrato por cualquier causa,²³² STS 14 de mayo de 1986, (RJ 1986\2555); sobre una suspensión de contrato por razones disciplinarias: STS de 8 de julio de 1983, (RJ 1983\3745) sobre suspensión del contrato por incapacidad temporal del trabajador).

Pero la STSJ País Vasco 25/04/2006, (AS 2006\1778); no aprecia transgresión de la buena fe contractual, cuando un trabajador, en situación de pluriempleo anterior, pasa a la situación de incapacidad temporal y obtiene baja médica para uno sólo de los trabajos, continuando la prestación de servicios en el otro, al tratarse de dos profesiones distintas, uno que requería esfuerzo físico y otro sedentario, estaba incapacitado temporalmente para un trabajo pero no para el otro.²³³

11. La concurrencia prohibida es la desleal, por tal ha de entenderse, de manera primordial, aquella que resulta competitiva con la actividad de la empresa para la que presta servicios el trabajador.

De aquí que sean las circunstancias concurrentes en cada caso las que determinen la existencia de la deslealtad en el ejercicio de una actividad profesional al margen de cual

²²⁸ Autos del TS de 11 de septiembre de 2008, (JUR 2008\343512); 11 de marzo de 2010, (JUR 2010\123660); 5 de noviembre de 2008, (JUR 2008\387382).

²²⁹ Auto TS de 10 de marzo de 2010, (JUR 2010\131732). Si bien, en principio, el pluriempleo durante las vacaciones está permitido, no es lícito, entre otras circunstancias, cuando se efectúa competencia desleal, como tiene lugar en el caso enjuiciado. Durante las vacaciones en otro país, la trabajadora creó una sociedad con el mismo nombre y objeto social que la entidad para la que venía prestando servicios, y utilizaba medios materiales de ésta para sus propios intereses, desviando fondos en su propio beneficio.

²³⁰ STS 22/11/2007, (RJ 2008\1034); durante la excedencia voluntaria, el trabajador, desempeñó actividades competitivas prestando servicios para empresa de la competencia. STS 14 de mayo de 2008, (RJ 2008\5093); Auto TS 11 de febrero de 2010, (JUR 2010\96023); Auto TS 16 de abril de 2009, (JUR 2009\255893).

²³¹ En el mismo sentido, y en el ámbito de la excedencia voluntaria, destaca la doctrina judicial siguiente: STSJ Galicia de 25 de marzo de 1992, (AS 1992\1254); STSJ Islas Baleares, núm. 120/1994 de 4 de mayo, (AS 1994\1842).

²³² Un ejemplos de concurrencia desleal durante suspensión de empleo y sueldo, se narra en la STS 14 de mayo de 1986 (RJ 1986\2555), y en el caso de tratarse de personal de alta dirección, en la STS 20 de noviembre de 2002 (RJ 2003\2699).

²³³ En el mismo sentido: STSJ Madrid núm. 832/2006 de 31 de octubre, (AS 2007\173); STSJ Asturias núm. 1911/2006 de 9 de junio, (AS 2007\104). Estas sentencias además reflejan la necesidad de que un incumplimiento sea grave y culpable para que opere como cause de despido.

sea la que en concreto desarrolle para la empresa: “...ya que lo que se juzga es si la actividad del trabajador en la otra empresa, revela una infidelidad en el servicio que presta al demandado o si la base de su actuación sean los conocimientos obtenidos en su trabajo en este último; si esto no es así, no se produce quebranto del principio de la buena fe, elemento básico de la contratación y necesario para que pueda prosperar el despido decretado, y porque también es doctrina de la Sala que en caso de pluriempleo, figura admitida, salvo en concurrencia desleal o el pacto de plena dedicación ha de acreditarse, la falta de fidelidad ya dicha en el cumplimiento de las obligaciones impuestas, para que se estime un ejercicio abusivo de aquél” STS 13 de mayo de 1986, (RJ 1986\2541).

Esta exigencia, impide apreciar la existencia deslealtad cuando, por ejemplo, la concurrencia se produce respecto de actividades que no consta que se vinieran desarrollando por la empresa para la que se trabaja. STSJ de Madrid, de 8 de febrero de 2005, (AS 2005\156).

Siguiendo esta misma sentencia, los requisitos para la apreciación de concurrencia desleal se han sintetizado, advirtiendo que “es preciso que concurren tres elementos:

1º) *la existencia por parte del trabajador de una actividad económica en satisfacción de su propio interés y en competencia con la de la empresa por desarrollarse ambas dentro del mismo ámbito mercantil;*

2º) *la utilización de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio y*

3º) *que tal utilización redunde en desmérito o perjuicio para los intereses de dicha empresa”*

Así pues, no se aprecia transgresión de la buena fe contractual, en la STSJ Madrid de 30 de noviembre de 2004,²³⁴ (JUR 2005\20551); al no quedar probada la participación del trabajador en alguna empresa que incida en el ámbito de intereses de la empresa originaria.²³⁵

12. En la STSJ País Vasco de 25 de abril de 2006, rec. 737/2006,²³⁶ se considera que no existe transgresión de la buena fe contractual, cuando un trabajador que ya se encontraba en situación de pluriempleo, accede a la situación de incapacidad temporal y obtiene parte de baja médica para uno sólo de los trabajos continuando la prestación de servicios en el otro, dado que se trataba de dos profesiones distintas.

²³⁴ Recurso de suplicación 4218/2004. Sentencia núm. 1066/2004.

²³⁵ Esta sentencia se remite a la doctrina del TS, contenida en la sentencia de 8 de marzo de 1991, en la que se estima que *la concurrencia implica una actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado, por parte del trabajador, que entra en competencia económica con el empresario por incidir en un mismo ámbito de mercado en el que se disputa un mismo potencial de clientes.*

²³⁶ Ref. CISS JS691774.

La baja en uno depende del concreto trabajo que se desempeñe y no consta como hecho probado la intención de embaucar o confundir al médico, constando el hecho de la compatibilidad de los dos trabajos, que había sido aceptada por el empresario con anterioridad.

Sin embargo, la STSJ Aragón de 27 de julio de 2001, (R. 643/2001); considera que cuando el trabajador que encontrándose en situación de incapacidad temporal, y realiza trabajos por cuenta ajena o propia o incluso actividades no laborales o de recreo está realizando una conducta desleal dañosa para el empresario, en el sentido de que la baja se encamina a obtener la pronta recuperación en el plazo más breve posible. Con su actuación el trabajador puede prolongar la enfermedad.

13. En la STSJ Canarias, Las Palmas de Gran Canaria de 22 de marzo de 2002, (AS 2002\2630);²³⁷ se considera que el despido es nulo, ya que el retraso en el puesto de trabajo no es causa de despido, y se considera la compatibilidad del trabajo con otras actividades que no obstaculizan ni perjudican al primer trabajo, ya que en el convenio colectivo se autoriza expresamente la situación, pese a no solicitarse la compatibilidad.

14. Destaca también el supuesto contemplado en la STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2001, (AS 2002\893);²³⁸ un trabajador utilizó un único día de horas sindicales en beneficio propio desempeñando trabajos en otra empresa, ajenas a sus labores de representación, considerando el TSJ que esta conducta es reprobable y merecedora de sanción, pero no que la sanción a imponer sea el despido disciplinario, debido a la falta de habitualidad y continuidad.

El TS ha venido declarando en tales supuestos, que el uso indebido del crédito horario, por atentar al interés de los representados y quebrantar los postulados de la buena fe y lealtad recíprocamente exigibles en la relación laboral, podría constituir un ilícito laboral sancionable, de ahí deriva el deber de justificación que posibilita la depuración de la conducta observada. SSTS de 12 de febrero de 1990, (RJ 1990\896) y 21 de enero de 1991, (RJ 1991\66).

Pero también ha señalado el mismo Tribunal, que la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente, conduce a interpretar de modo restrictivo la facultad disciplinaria del empresario, que sólo podrá alcanzar el despido en supuestos excepcionales, en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el artículo 68. e) a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual, es decir con una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen un cuerpo coherente con los representados y que esta conducta esté acreditada con pruebas y que el empresario no haya empleado una vigilancia que atente a la libertad de su

²³⁷ Recurso de suplicación 1221/2001. Sentencia núm. 282/2002.

²³⁸ Recurso de suplicación 4914/2001. Sentencia núm. 9939/2001.

función. SSTS de 2 de noviembre 1989, (RJ 1989\7987) y 19 de febrero de 1990, (RJ 1990\1111).

También es doctrina del TS, la que considera que la condición de representante de los trabajadores, no puede convertirse en un elemento agravante de los incumplimientos contractuales frente a la empresa, porque la atribución de esta representación lo que genera es una serie de facultades y obligaciones del representante hacia los representados, pero sin que de esta atribución sea posible derivar una exigencia mayor de diligencia en la prestación de trabajo o de buena fe en la ejecución del contrato, exigencia que no sólo carece de fundamento legal, sino que podría convertirse en un elemento gravemente perturbador del correcto ejercicio de una acción representativa. STS de 14 de mayo de 1990, (RJ 1990\4317).

15. El despido disciplinario ha de revestir unas formalidades ex art. 55.1 ET, la empresa debe concretar los detalles de la conducta que se atribuyen al trabajador, con independencia de la valoración jurídica que puedan merecer los hechos que se le atribuyen.

Según la STS de 30 de enero de 1989, (RJ 1989\316), que matiza el alcance de las formalidades de la carta de despido, debe prevalecer una lectura finalista de las situaciones, de manera que la omisión de algún aspecto sólo afecte a la resolución empresarial, si genera indefensión.

3.3. Conclusión

- La excesiva amplitud del término competencia desleal viene delimitada por la relevancia de las circunstancias concurrentes y la ocultación o falta de consentimiento del empleador, como circunstancias individualizadas, deben analizarse en cada caso. STS 7 de marzo de 1990, (RJ 1990\1773) y de 22 de marzo de 1991, (RJ 1991\1889). La prohibición, por tanto, encuentra su justificación en la exigencia normativa de que (en los supuestos de hecho de las sentencias mencionadas), se estimara la “competencia desleal”.

- No existe otra indicación en la norma sobre lo que deba entenderse por esta, lo que obliga a remitir a los estándares de conducta la determinación en cada caso de lo que constituya el ejercicio desleal de una actividad profesional.

- La buena fe, la lealtad a la empresa y el cumplimiento de los deberes de colaboración en la productividad han de perfilar los contornos de aquellas actividades cuyo ejercicio resulte contrario a los intereses empresariales.

De ahí que el incumplimiento de este deber encuentre su tipificación en la descripción de la causa de despido recogida en el art. 54.1. d) ET que se refiere al “fraude, deslealtad o abuso de confianza en el desempeño del trabajo”.

- Por otra parte, la prohibición legal se establece de modo absoluto e incondicionado frente al ejercicio de cualquier actividad en la que concurran los caracteres indicados.

La Ley 3/1991 de 10 de enero, determina la concurrencia desleal cuando es contraria a las exigencias de la buena fe (art. 4).²³⁹

Quiere ello decir que no es preciso que exista indicación alguna (expresa o tácita) por parte del empresario limitando el ejercicio de la actividad concurrente ni menos aún que su eficacia quede sujeta a la formulación de pacto específico en el contrato.

Basta con la demostración de que la actividad desarrollada por el trabajador sea concurrente con la de la empresa, para que se entienda incumplida la obligación del trabajador, sometido a sus exigencias por la mera suscripción del compromiso laboral.

- En determinadas relaciones de carácter especial, se extrema esta exigencia de no competencia, así el art. 8 RD 1382/1985 de 1 de agosto relativo al personal de alta dirección, establece la regla general de prohibición de realizar otros contratos de trabajo, salvo que exista la autorización del empresario o pacto escrito en contrario; o el art. 9 f) RD 1438/1985 de 1 de agosto, que establece que las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo o ventura de aquellos (representantes de comercio), tienen prohibido prestar servicios a empresas competidoras, mientras que en el apartado b) de este mismo artículo se establece el deber de desarrollar su actividad de promoción de manera correcta, evitando cualquier actuación que pueda suponer competencia desleal con otras empresas.²⁴⁰

4. Pactos de Plena Dedicación

Contemplados en los apartados 1 y 3, del art. 21 del ET, consiste en un pacto de ejercicio de la actividad profesional en exclusiva, es decir, excluyendo el desempeño de cualquier otro tipo de trabajo. El art. 21.1 condiciona el ejercicio de la libertad de trabajo, entendida como pluriempleo, en segundo lugar, a la existencia del “pacto de plena dedicación”.

Se trata de una figura de originaria extracción funcionarial (dedicación a “tiempo completo”), entendida como ejercicio de la actividad profesional en régimen de dedicación exclusiva para la empresa contratante y excluyente del desempeño de cualquier otro tipo de trabajo, en sentido amplio, ya sea en régimen laboral o mediante pactos de Derecho común.²⁴¹

²³⁹ **Nevado Fernández, M. J.**, “Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo”. Madrid. 1ª ed. 1998. Págs. 66 y 78 a 85. **Nogueira Guastavino, M.**, “La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo”. Ed. Aranzadi. Navarra. 1º ed. 1997. Págs. 148 a 175.

²⁴⁰ STSJ Cataluña de 15 de marzo de 1996, (Ar. 1879), en un supuesto de despido por concurrencia desleal de un agente de ventas.

²⁴¹ Como se ha puesto de relieve anteriormente, la prohibición de trabajar para otros existe sin este pacto, si el trabajo implica concurrencia desleal. STS 16 diciembre de 1986, (RJ 1986\7492) y 29 de marzo de 1990, (RJ 1990\2367).

Mientras que la prohibición de competencia surge por mandato de la ley, la plena dedicación requiere un pacto específico en tal sentido, [STS 13 de mayo de 1986, (RJ 1986\ 2541)],²⁴² cuyo contenido queda sujeto a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, con la única limitación de exigirse compensación económica expresa.²⁴³

Las diferencias entre ambos supuestos son evidentes: con respecto al derecho a la libre concurrencia ínsito en el derecho al trabajo, en la primera hipótesis se prohíbe ex lege la concurrencia desleal, mientras que en la segunda lo que se excluye mediante pacto es la concurrencia lícita, eliminándose la posibilidad de pluriempleo o pluriactividad. Se trata, de un pacto en el que el trabajador renuncia temporalmente al derecho a pluriemplearse y por ello el legislador exige que el sacrificio económico del trabajador que renuncia a otro u otros empleos concurrentes sea compensado con cargo al empresario.²⁴⁴

El alcance de estas obligaciones no es coincidente: mientras la prohibición legal se identifica en exclusiva con la competencia desleal, el pacto se puede extender a todo tipo de concurrencia, sea desleal o no, pues bastará que se acuerde la plena dedicación del trabajador a cambio de una compensación económica.

El pacto de dedicación exclusiva, en suma, no repara en la naturaleza de las posibles actividades que pueda desarrollar el trabajador, tratando de asegurar el aprovechamiento de toda su capacidad productiva por una sola empresa. Con todo, siendo esa la función principal, el pacto de plena dedicación extiende la prohibición de competencia, más allá de la que pudiera calificarse como desleal, obligando incluso al trabajador a abstenerse de realizar cualquier actividad para otro empleador.²⁴⁵

En cualquier caso, cuando no quepa constatar comisión de la conducta vedada por la norma, ni medie pacto de exclusividad, será necesario reconocer la total libertad del trabajador a la hora de ejercer su legítimo derecho al pluriempleo, [STS 28 noviembre

Para **Montoya Melgar, A.**, “*Pluriempleo pese a pacto de dedicación exclusiva y libertad de expresión*”. *Comentario a la STC 125/2007 de 21 de mayo*. Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 137/2008. Pág. 183, esta cláusula establece la prohibición de contratar en sentido amplio ya sea en régimen laboral o mediante pactos de Derecho común.

²⁴² A favor: STSJ Madrid de 11 de octubre de 1994, (AS 1994\4096); STSJ Galicia de 21 de junio de 1993, (AS 1993\2937).

²⁴³ **Nevado Fernández, M. J.**, “*Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo*”. Tecnos. Madrid. 1ª ed. 1998. Págs. 131 a 192.

²⁴⁴ **Luján Alcaraz, J.**, “*La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales*”. Revista Aranzadi Social núm. 3/2009. Documento en soporte informático. Base de datos. Westlaw.encuentra. BIB 2009\457. Págs. 5 y 6.

²⁴⁵ **Val de Tena, A.L.**, “*El incumplimiento del deber de no concurrencia como justa causa de despido disciplinario*”. Revista Aranzadi Social, año 2000, paraf. 69. Base de datos Westlaw.encuentra. Archivo en soporte informático. BIB 2000\2004. Pág. 1.

1990, (RJ 1990\ 8613)],²⁴⁶ si bien cabe encontrar supuestos legales ajenos a tal facultad.
247

Si se efectúa este pacto, el trabajador está impedido de trabajar por cuenta propia o ajena durante la vigencia del contrato, quedando por tanto prohibido el pluriempleo, independientemente de que exista o no competencia desleal, aunque ese deber de no concurrencia también puede ser violado en ocasiones, a causa del pacto de plena dedicación. STSJ Cataluña de 8 de abril de 2003, rec. de suplicación 4598/2002, (AS 2003\2255).²⁴⁸

Supone una limitación a la libertad de profesión u oficio del trabajador, consagrada en el art. 35 CE, de ahí que se requieran una serie de exigencias para su validez:

1. No puede imponerse unilateralmente por el empresario, sino que ha de ser consecuencia de un pacto. Como cualquier pacto, su suscripción es voluntaria, no se le puede obligar a firmarlo, ni ser despedido ni sancionado por no hacerlo.

2. El pacto ha de ser expreso, la forma del pacto no viene prevista en la ley, pudiendo ser por escrito o verbal, a diferencia de otros pactos como el de prueba o de permanencia, en los que sí se exige la forma escrita, pero a efectos probatorios conviene que se realice por escrito.

Cuestiones tales como la cuantía de la compensación económica o la duración del pacto, que son importantes para la determinación posterior del cumplimiento del pacto o de la fijación de la indemnización debida al término del contrato, si no se formalizaran por escrito, el medio de prueba podría ser el recibo de salarios, donde debería constar el complemento de exclusividad. Sin embargo, para la ruptura del pacto, sí se precisa que se formalice por escrito.²⁴⁹

3. No tiene fijada duración determinada ni máxima ni mínima, no está prefijada por la ley, pudiendo ser temporal o indefinido, a voluntad de las partes. Puede coincidir

²⁴⁶ A favor: STSJ Galicia de 4 de diciembre de 1996, (AS 1996\4569); STSJ Castilla y León, Valladolid de 14 de mayo de 2002, (AS 2002\3164); STSJ Islas Baleares núm. 147/1997, de 22 de marzo, (AS 1997\1009).

²⁴⁷ Altos cargos directivos: no podrán celebrar otros contratos con otras empresas, salvo autorización del empresario o pacto escrito en contrario. La autorización del empresario se presume cuando la vinculación a otra entidad fuera pública y no se hubiese hecho exclusión de ella en el contrato especial de trabajo. Art. 8.1 RD 1382/1985.

Representantes de comercio: tienen expresamente vedada la posibilidad de prestar servicios a empresas competidoras. Art. 9 f) RD 1438/1985, suponiendo una mayor restricción que la prevista para la relación laboral común, en la cual la concurrencia queda prohibida únicamente cuando sea desleal.

²⁴⁸ En el mismo sentido: STSJ Madrid núm. 986/2005, de 20 de diciembre, (JUR 2006\64665); STSJ Com. Valenciana núm. 1356/2006, de 25 de abril, (AS 2006\2718).

Destacan los recientes pronunciamientos de doctrina judicial siguientes: STSJ Comunidad Valenciana, núm. 1477/2010, de 18 de mayo, (JUR 2010\298597); STSJ Madrid, núm. 401/2010, de 13 de mayo, (JUR 2010\229614); STSJ Cataluña núm. 3125/2010, de 29 de abril, (JUR 2010\299157).

²⁴⁹ **Quesada Segura, R.**, en AAVV. Dir. **Monereo Pérez, J. L.**, “*Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*”. Ed. Comares. Colección comentarios a la legislación social. Granada. 1ª ed. Octubre de 1998. Pág. 328.

con la duración total del contrato o limitarse en el tiempo. STS 21 marzo 1990, (RJ 1990\2203).²⁵⁰

Tampoco existe un momento preestablecido para realizar el pacto, se puede efectuar tanto al inicio de la relación laboral, como en cualquier momento de la vigencia del contrato.

4. Puesto que la existencia de estos pactos supone la aceptación de compromisos que pasan por una limitación de la libertad de trabajo, el precepto impone el condicionante de su “compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan”.

La validez de estos pactos queda, por tanto, condicionada a la existencia de dicha compensación; la determinación de cuya cuantía la norma delega en la voluntad de las partes, sin perjuicio de su expresa indicación en el contrato.

De todas formas, no parece que la autonomía contractual actúe sin límite mínimo alguno en la fijación de los términos de dicha compensación, debiendo entenderse que el criterio de proporcionalidad en razón al sacrificio impuesto al trabajador deberá ponderar, según las circunstancias de cada caso (cualificación del trabajador, razonabilidad de la prohibición, etc.), su ajuste y adecuación.

- La compensación económica se determinará tanto en su cuantía como en su periodicidad por las partes, sin más límites que los establecidos, en su caso por el convenio colectivo aplicable.

- La inexistencia de fijación expresa de compensación económica determina la nulidad del pacto. STSJ Cataluña 13 de marzo de 2001. (Recurso de suplicación 7475/2000, AS 2001\1029).²⁵¹

- La compensación económica tendrá la consideración de percepción extrasalarial a todos los efectos.

- Si la compensación económica fuera abonada periódicamente, (vgr: mensualmente), la extinción del pacto de no concurrencia operará “ex nunc”, suprimiendo en lo sucesivo el devengo de los complementos en cuestión.

Si el pacto de no concurrencia hubiera sido acompañado de una indemnización global y a tanto alzado y ésta se hubiera hecho efectiva, surgen problemas para

²⁵⁰ Sentencias a favor: STS de 6 de marzo de 1991, (RJ 1991/1835); STS de 14 de marzo de 1989, (RJ 1989/1841); STSJ Madrid núm. 134/2007 de 14 de febrero, (JUR 2007\153135); STSJ Navarra núm. 133/2008, de 5 de junio, (AS 2008\1994); STSJ Galicia de 20 de junio de 1992, (AS 1992\3054).

²⁵¹ Un comentario a esta sentencia se efectúa por **Castillo Fernández, M.**, “*La prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo: el pacto de exclusividad o plena dedicación*”. Aranzadi Social núm. 6/2001, paraf. 23. Base de datos Westlaw.encuentra. Archivo en soporte informático. BIB 2001\868.

Relacionada con esta sentencia en el ámbito de la autonomía de la voluntad, se puede citar la STSJ de Cataluña núm. 4820/2000, de 1 de junio, (AS 2000\3042); aunque se refiere en este caso, al supuesto de pacto de permanencia en la empresa por especialización profesional.

determinar la devolución parcial de dicha compensación a consecuencia de la posterior rescisión del pacto, especialmente si el contrato fuera indefinido y la no concurrencia se hubiera pactado para toda la duración de éste.²⁵²

- Será posible pactar otras compensaciones distintas de la económica (jornada, horarios, vacaciones, etc...), pero con carácter cumulativo, no alternativo.

- El incumplimiento del pago de la compensación económica libera al trabajador de su obligación de exclusividad.

5. Por otra parte, ha de tenerse presente que sobre toda esta materia planea la afectación del principio de libertad de trabajo.

Ello motiva que la norma, aún aceptando la validez del pacto, mantenga siempre abierta la posibilidad de que el trabajador recupere su libertad profesional en cualquier momento.²⁵³

Para ello, el apartado 3 del art. 21 determina que el trabajador podrá hacerlo, sin condicionante alguno en cuanto al tiempo mínimo de permanencia en la empresa, con el requisito de comunicarlo con un preaviso de 30 días por escrito.

En tal caso, el trabajador perderá la compensación económica “u otros derechos vinculados a la plena dedicación”. Se entiende, naturalmente que a partir del momento en que este recupere su libertad profesional, en orden a compatibilizar su trabajo con otro (autónomo o por cuenta ajena), fuera de la empresa.

Siguiendo el art. 21.3 ET, cabe estimar que la indemnización, en estos casos, se limitará generalmente a la pérdida de la compensación pactada correspondiente al período incumplido, con devolución de la ya cobrada correspondiente al mismo, pues será difícil que el incumplimiento cause otros.²⁵⁴

La sentencia del TSJ de Madrid, de 8 de octubre de 2002, (AS 2003, 921); revoca la condena de un trabajador por no haber incumplido éste un pacto de esa clase y reduce la de otro, por haber afectado su incumplimiento a un período menor al tenido en cuenta.

²⁵² Montoya Melgar, A., Galiana Moreno, J.M., Sempere Navarro, A.V., Ríos Salmerón, B., “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”. Thomson Aranzadi. Navarra. 5ª ed. Año 2003. Pág. 146.

²⁵³ Una excepción a esta libertad de rescisión del contrato la encontramos en la relación laboral de carácter especial de los artistas en espectáculos públicos, ya que el art. 6.4 RD 1435/1985 de 1 de agosto, prohíbe la rescisión unilateral del pacto de plena dedicación durante su vigencia, previendo para el caso de su ruptura una indemnización por daños y perjuicios a favor del empresario que será fijada, si el contrato no ha establecido otra cosa, por el órgano judicial competente con ponderación de determinadas circunstancias, como el tiempo de duración previsto, la cuantía de la compensación percibida por el artista y en general, la lesión producida por el incumplimiento contractual.

²⁵⁴ Díaz de Rábago Villar, M., “Pretensiones indemnizatorias de daños y perjuicios por los empresarios frente a sus trabajadores”. Reflexión sobre la procedencia y exposición sistemática de pronunciamientos del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia. Revista Aranzadi Social, núm. 21/2008. Base de datos Westlaw.encuentra. Archivo en soporte informático. BIB 2008\3092. Pág. 9.

6. Las acciones derivadas del incumplimiento del pacto prescriben al año, contado a partir del momento en que el pacto dejó de estar vigente. STSJ Cataluña 13 de marzo de 2001.²⁵⁵

7. En caso de pluriempleo, pese a la suscripción del pacto de plena dedicación, destaca la STC 125/2007 de 21 de mayo,²⁵⁶ en recurso de amparo por supuesta vulneración de la libertad de expresión.

El supuesto de hecho parte de relaciones laborales caracterizadas por la existencia de cláusulas de exclusividad, por la cuál diversos trabajadores de un periódico recibían una compensación económica, pero pese a ello, prestaban servicios retribuidos en otros medios de comunicación, con la aquiescencia tácita del primer empleador, hasta que en un determinado momento, en el cuál se produjo un episodio conflictivo, (consistente en unas declaraciones dañosas para el prestigio del periódico, en uno de los otros medios de comunicación en los que prestaba servicios el actor), la dirección del periódico comunicó a los redactores que percibían complementos de dedicación exclusiva, que no podrían, en lo sucesivo, realizar otras colaboraciones, sin autorización expresa de la dirección.

Los redactores carecían de derecho a contratar simultáneamente sus servicios con cualquier otra entidad, pero no cumplían la obligación de exclusividad, al parecer con la aquiescencia tácita de la dirección del periódico.

Para **Montoya Melgar**,²⁵⁷ ese beneficio contrario a la Ley y al contrato, no quedó incorporado como derecho adquirido al patrimonio jurídico de los trabajadores afectados, estando la dirección del periódico obligada a respetarlo. La empresa estaba legitimada para actuar no sólo exigiendo a los trabajadores la necesidad de una autorización para eximirse del cumplimiento, sino que también estaría legitimada para actuar exigiendo a los trabajadores el cumplimiento de la cláusula contractual por ellos suscrita.

El art. 21.1 ET tiene naturaleza de norma legal imperativa²⁵⁸ y prohíbe el pluriempleo cuando se pacta la plena dedicación, la mera práctica en contrario no es

²⁵⁵ Recurso de suplicación 7475/2000, (AS 2001\1029).

²⁵⁶ Sala 1ª, recurso de amparo nº 1609/2005. BOE de 22 de junio de 2007.

²⁵⁷ **Montoya Melgar, A.**, “*Pluriempleo pese a pacto de dedicación exclusiva y libertad de expresión*”. *Comentario a la STC 125/2007 de 21 de mayo*. Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo. Núm. 137/2008. Pág. 184.

²⁵⁸ **Ballester Laguna, F.**, “*La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*”. Ed. Comares. Granada. 1ª ed. 2001. Págs. 175 y 176. La exención de cumplimiento de obligaciones laborales de Derecho necesario, no puede ser la finalidad de la condición más beneficiosa. Aunque se partiera del reconocimiento general de que la exención de obligaciones puede constituir un mayor favor, este autor admite restrictivamente la existencia de deberes laborales en sentido estricto, como es el caso de la prohibición de concurrir con la actividad de la empresa, en los términos que establecen los arts. 5 d y 21.1 ET.

suficiente para generar una condición más beneficiosa vinculante en lo sucesivo para las partes.

Aunque en la práctica parece que pudiera fundarse en un acuerdo tácito, tal acuerdo contravendría lo dispuesto en la Ley y en el contrato y sería inhábil para desplazar definitivamente a éstos, por lo que esta práctica no podría impedir al empresario reaccionar, exigiendo el cumplimiento de la Ley o del contrato, o la fórmula más leve por él adoptada, condicionando a autorización expresa, la ruptura del deber de plena dedicación.

La aquiescencia tácita por parte del empresario respecto del cumplimiento del contrato y de la Ley, no puede considerarse como una renuncia definitiva al derecho que contrato y Ley le reconocen.

8. El pacto de no concurrencia o de plena dedicación excluyente del pluriempleo, es rescindible por el trabajador, facultad que no se concede al empresario.²⁵⁹

El único requisito es que la rescisión debe ser preavisada, y tendrá como consecuencia la pérdida de los beneficios.

Si la compensación económica fuera abonada periódicamente (vgr: devengo mensual), la extinción del pacto de no concurrencia operaría suprimiendo en lo sucesivo el devengo de los complementos en cuestión, mientras que si se tratara de una indemnización global y a tanto alzado, y ésta se hubiera hecho efectiva, surgen complicados problemas para determinar la devolución parcial de dicha compensación a consecuencia de la ulterior rescisión del pacto, especialmente si el contrato fuera indefinido y la no concurrencia se hubiera pactado para toda la duración de éste.

9. En algunas relaciones laborales especiales existe una regulación específica: personal de alta dirección, personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas, relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos.²⁶⁰

a) Personal de alta dirección: No podrá celebrar otros contratos de trabajo con otras empresas, salvo que lo autorice el empresario o que se pacte lo contrario por escrito. La autorización se presume cuando la vinculación a otra entidad sea pública y no se haya hecho exclusión de ella en el contrato.²⁶¹

Montoya Melgar, A., “Pluriempleo pese a pacto de dedicación exclusiva y libertad de expresión”. *Comentario a la STC 125/2007 de 21 de mayo*. Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo. Núm. 137/2008. Pág. 184.

²⁵⁹ **Montoya Melgar, A., Galiana Moreno, J.M., Sempere Navarro, A.V., Ríos Salmerón, B.,** “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”. Thomson Aranzadi. Navarra. 7ª ed. Abril 2007. Págs. 161 y 162.

²⁶⁰ AAVV. Coord. **Del Rey Guanter, S., Gala Durán, C.,** “Estatuto de los trabajadores comentado y con jurisprudencia”. La Ley. Madrid. 1ª ed. 2005, págs. 356 y 357.

²⁶¹ Art. 8.1 RD 1382/1985.

En los altos cargos directivos, hay un régimen singular, al no exigirse pacto por ser inherente (aunque puede excluirse por pacto expreso o tácito) y, por ello, no requerir compensación específica, lo que hará extremadamente difícil exigir responsabilidad indemnizatoria por las dificultades de probar la relación de causalidad con los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pretende.²⁶²

b) Personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas: Están obligados a no prestar servicios para las empresas competidoras, según el art. 9 f) RD 1438/1985.

c) Relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos: art. 10.4 RD 1435/1985. El pacto debe estar expresamente contemplado en el contrato y no puede ser rescindido unilateralmente por el artista durante su vigencia.

La compensación económica por el mismo podrá ser expresa o quedar englobada en la retribución a percibir.²⁶³

5. Límites directos relativos a la ordenación del tiempo de trabajo

La necesidad de limitar la jornada de trabajo apareció y se mantiene como una exigencia esencial para la tutela de la persona del trabajador, y a través de la paralela garantía de tiempos de descanso diario, semanal o anual, se abre la posibilidad de permitirle la recuperación de la capacidad física que el trabajo consume, y la del desarrollo integral de la persona, garantizando tiempo libre suficiente para atender su vida privada y familiar.²⁶⁴

²⁶² **Díaz de Rábago Villar, M.**, “Pretensiones indemnizatorias de daños y perjuicios por los empresarios frente a sus trabajadores”. Reflexión sobre la procedencia y exposición sistemática de pronunciamientos del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia. Revista Aranzadi Social, núm. 21/2008. Base de datos Westlaw.encuentra. Archivo en soporte informático. BIB 2008\3092. Pág. 9.

Para un mayor ahondamiento, en el ámbito de los altos cargos directivos, destaca **Matorras Díaz-Caneja, A.**, “Altos cargos y doble vínculo: crítica a los “excesos” de la doctrina del vínculo”. Revista Aranzadi Social, núm. 3/2010. Base de datos Westlaw.encuentra. Archivo en soporte informático. BIB 2010\743.

²⁶³ Relativo al pacto de plena dedicación para los artistas en espectáculos públicos, destaca el Convenio colectivo de Teatro, Circo y Variedades, para actores y actrices de Cataluña, años 2006-2009, código de convenio 7902205, Resolución TRE/3920/2009, de 27 noviembre. LCAT\2010\129. DO. Generalitat de Catalunya 22 febrero 2010, núm. 5572. Art. 10.2. “Cuando así lo acuerden las partes el contrato contemplará los pactos de exclusividad y/o permanencia en la empresa previstos legalmente, que sólo surtirán efectos una vez superado el período de prueba. En estos casos el contrato deberá contener la compensación específica para cada concepto y las derivadas de su incumplimiento total o parcial.

También se establecerán en el contrato de trabajo las cláusulas de garantía de su cumplimiento que las partes acuerden”.

²⁶⁴ AAVV. Coordinador: **Goerlich Peset, J.M.**, “El tiempo de trabajo en la negociación colectiva”. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid. 1ª ed. Octubre 2008. Págs. 18 y 19.

El tiempo de trabajo fue el asunto de la primera norma internacional del trabajo, a través del Convenio sobre las horas de trabajo (industria) de 1919, (núm. 1) y sigue siendo de gran importancia hoy día, pero la introducción de modificaciones en los ordenamientos del tiempo de trabajo en las economías en transición y en desarrollo, no es un asunto sencillo.

El tiempo de trabajo supone un reto, al ser técnicamente complejo y estar altamente polarizado según los puntos de vista de los diferentes actores: trabajadores, empleadores y sus organizaciones.²⁶⁵

En la elaboración de políticas adecuadas sobre el tiempo de trabajo, han de tenerse en cuenta las necesidades y circunstancias del país en el que se implementarán, lo que incluye su nivel de desarrollo, las relaciones laborales y sistemas legales y las tradiciones culturales y sociales.

La interacción entre salarios y tiempo de trabajo es crucial para la reducción de las jornadas laborales, y debe abordarse de forma holística, si se quieren conseguir políticas eficientes sobre ordenación del tiempo de trabajo.

Sería necesaria una regulación protectora sólida, que fuera ampliamente aplicada y respetada, como marco básico dentro del cuál se ordenen las horas de trabajo en las economías en transición y desarrollo, siendo muy importante el diálogo social para escuchar las necesidades y preferencias de los trabajadores y se actúe en consecuencia, para reforzar la productividad de las empresas y permitir que los trabajadores y empleadores trabajen juntos hacia la consecución de los tipos de empresas y economías de alta cualificación y calidad.

Las políticas de limitación de la jornada tienen valor en sí mismas y en una dimensión que trasciende los intereses individuales, en relación a los posibles efectos que puede tener en relación con el reparto del empleo disponible, siendo un instrumento de política de empleo.

El tiempo de trabajo cumple una función poliédrica,²⁶⁶ en el sentido de que tiene consecuencias plurales e incluso contradictorias, si se refiere a la duración de la relación laboral, la tendencia hasta la década de los 80 sería la tendencia a su indefinición, mientras que la actual sería la opuesta, la tendencia a reducir el tiempo exigible de actividad, lo cuál posibilitaría la prestación de servicios para varios empresarios.

²⁶⁵ **Sangheon Lee, Deirdre McCann, John C. Messenger**, *“El tiempo de trabajo en el mundo. Tendencias en horas de trabajo, leyes y políticas en una perspectiva global comparativa”*. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. Año 2008. 1ª ed. Informes OIT nº 79. Págs. 220 y 221.

²⁶⁶ **Tudela Cambroner, G., y Valdeolivas García, Y.**, *“Tiempo de trabajo y flexibilidad laboral”*. Fundación alternativas. Documentos de Trabajo. Laboratorio de alternativas. Madrid. Revista nº 72 Septiembre año 2005. Pág. 7. Archivo en soporte informático.

Además existen intereses relacionados con la flexibilización de la distribución en el tiempo de la jornada de trabajo. Tanto a los trabajadores como a los empresarios les interesa una distribución flexible de la jornada de trabajo, a los primeros porque les facilita la adaptación para la obtención de tiempo libre, el cuál pueden destinar a las finalidades que estimen oportunas, ya sea pluriempleo, ocio, estudio, etc..., mientras que para los empresarios, debido a las transformaciones en el sistema económico y productivo, incorporándose las nuevas tecnologías, e incrementándose el sector terciario, estas necesidades de flexibilización y adaptabilidad a las necesidades de las empresas se han incrementado.

Si la jornada es mayor, es partida y rígida o incluso se establece un horario a turnos rotativos, se limitan o incluso impiden, las posibilidades del pluriempleo y pluriactividad.

5.1. Normas de Derecho Comunitario derivado: especial referencia a la propuesta de modificación de la Directiva 2003/88 CE

A) La Directiva 2003/88 CE de 4 de noviembre de 2003, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo

De entrada en vigor el 2 de agosto de 2004,²⁶⁷ tiene por objeto la creación de un equilibrio entre el objetivo principal de seguridad y salud de los trabajadores, por una parte, y las necesidades de una economía europea moderna, por otra.

Prevé entre sus materias principales la regulación del descanso. El descanso no es en su contenido un tema menor, sino todo lo contrario, su articulado consagra expresamente la eficacia de los descansos laborales al aclararse que la Directiva “(...) *se aplicará: [entre otras materias] a los períodos mínimos de descanso diario, [y] de descanso semanal (...)*”. Art. 1.2 a).

Asimismo, la Directiva comunitaria también realiza la conexión de los descansos laborales en el régimen jurídico de la jornada laboral, puesto que afirma que se entiende por reposo laboral “(...) *todo período que no sea tiempo de trabajo*”.

Ha tenido en cuenta los períodos de reposo laboral, al abordar la regulación de las pausas dentro de la jornada y del descanso diario y semanal. Asimismo, alude expresamente al «período de descanso», e incide frontalmente en el descanso laboral como contenido de la relación de trabajo digno de tutela, intentando ordenar los momentos de disposición de los servicios del trabajador.

De igual modo, se conecta la organización del tiempo de trabajo con el descanso, ya que existe una preocupación latente en la intención del legislador comunitario de contemplar como máxima de su ordenación la adecuación del trabajo al hombre.

²⁶⁷ DO L 299/9 de 18.11.2003.

Establece en el art. 3, respecto al descanso diario, (descanso mínimo entre jornadas), que *los Estados miembros adoptarán las medidas para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas.*

El art. 5 establece que *los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten por cada período de 7 días, de un período de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el art. 3.*

El art. 6 de esta Directiva se refiere al descanso semanal. *Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección de la seguridad y salud de los trabajadores:*

a) Se limite la duración del tiempo de trabajo semanal por medio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales.

b) La duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias por cada período de 7 días.

Junto a los preceptos que regulan de forma específica los descansos laborales, la Directiva aborda otros aspectos como el período de referencia del descanso semanal (art. 16) y las excepciones del descanso semanal y diario (art. 17).

Precisamente, la flexibilidad en la ordenación de las interrupciones diaria y semanal de la prestación de servicios viene avalada por la regulación comunitaria, cuyo art. 17.3 prevé la posibilidad de exceptuar el régimen de los descansos laborales (en concreto arts. 3 a 5, 8 y 16).

Los Estados miembros únicamente podrán establecer excepciones a lo dispuesto en los arts. 3 (del descanso diario), 4 (pausas), 5 (descanso semanal) y 16 (período de referencia del descanso), cuando las características especiales de la actividad realizada no tengan una duración medida y/o establecida previamente. [STJCE de 3 de octubre de 2000 (TJCE 2000, 234)].

La característica esencial de esta norma ha sido introducir, en los sistemas laborales de los Estados de la Unión, la flexibilidad laboral en la ordenación del tiempo de trabajo, así como la contribución definitiva a la globalización de la jornada y sus descansos en el espacio europeo.²⁶⁸

²⁶⁸ **López Ahumada, J. E.**, “Insuficiente transposición de las Disposiciones mínimas en materia de tiempo de trabajo y descanso: incumplimiento de la Directiva 93/104/CE (LCEur 1993, 4042) por parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”. Aranzadi Social parágrafo. 59. Año 2006. Westlaw.es encuentra. BIB 2006\1623. Pág. 5.

Especial mención merecen en la materia:

1. El Informe de la Comisión sobre el funcionamiento de las disposiciones de la Directiva 2003/88/CE aplicables a los trabajadores «off-shore» [COM (2006) 853 final - no publicado en el Diario Oficial]

En la Directiva 2003/88/CE se había previsto que la Comisión revisara, a más tardar el 1 de agosto de 2005, el funcionamiento de las disposiciones aplicables a la salud y la seguridad de los trabajadores «off-shore» a fin de presentar, en su caso, las modificaciones apropiadas.

En el informe se observa que, en lo que se refiere a los trabajadores «off-shore», la mayor parte de los Estados miembros han aplicado las disposiciones sobre el descanso diario, las pausas, el descanso semanal y el trabajo nocturno, a pesar de que existía la posibilidad de introducir excepciones para este tipo de trabajadores. El Reino Unido es el único miembro que ha recurrido plenamente a la posibilidad de introducir excepciones.

Por otra parte, en los casos en que los Estados miembros han recurrido a convenios colectivos a fin de poner en práctica las disposiciones de la Directiva, se observa que en estos convenios se prevén regímenes más favorables que las disposiciones mínimas de la Directiva.

Habida cuenta de que la mayor parte de los Estados miembros consideran que las disposiciones de la Directiva son adecuadas y que los interlocutores sociales no se han pronunciado tras la consulta emprendida por la Comisión, ésta considera que no se precisa ninguna modificación.

2. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo [COM (2004) 607 final - no publicada en el Diario Oficial]

La propuesta de modificación de esta Directiva, abarca entre otros aspectos, que el límite de las 48 horas de jornada semanal máxima del art. 6, se pretende aplicar a los supuestos en los que el trabajador sea titular de más de una relación laboral, lo cual está relacionado directamente con las situaciones de pluriempleo y pluriactividad.

Se prevé la posibilidad de derogar las disposiciones que establecen los periodos de descanso diario, (art. 3), en 11 horas consecutivas por cada 24 horas de trabajo, y semanal (art. 5) de 24 horas más las 11 horas de descanso diario por cada periodo de 7 días, siempre que se establezca un periodo de descanso compensatorio, cuyo disfrute deberá ser garantizado en un plazo razonable no superior a 72 horas. Se plantea el problema de cómo interpretar el concepto de «período razonable» dentro del cual debe disfrutarse el descanso compensatorio.

La Comisión propuso lo siguiente:

- Subordinar los acuerdos de renuncia (*opt-out*) a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas a convenios colectivos además de al consentimiento del trabajador.
- Incluir dos nuevas definiciones: “*tiempo de atención continuada*”: período activo en que el trabajador tiene la obligación de permanecer en el lugar de trabajo; se considera como tiempo de trabajo; “*período inactivo del tiempo de atención continuada*”: no se considera tiempo de trabajo salvo en caso de que la legislación nacional estipule lo contrario.
- Mantener el período de referencia para calcular la media del tiempo de trabajo semanal en cuatro meses. Los Estados miembros podrán ampliar este período a un año a condición de consultar a los interlocutores sociales interesados y de fomentar el diálogo social.

Esta Directiva está siendo objeto de reforma, pero varios años de discusión y negociación en el seno de las instituciones europeas no han logrado aunar las posturas ampliamente distanciadas de las distintas partes con intereses en la cuestión.

Amplias divergencias se plantean entre la Comisión y el Parlamento europeos, presentando puntos de vista muy diversos. Pero también entre los propios países miembros de la Unión Europea, abocados, si continúan manteniéndose en sus posiciones actuales, a un largo y arduo proceso negociador ante la necesidad de alcanzar un acuerdo aceptado por (y aceptable para) la mayoría.

En el ámbito europeo, la Presidencia del Comité de Empleo, con fecha 5 de diciembre de 2005, presentó en una propuesta de compromiso,²⁶⁹ modificaciones al texto de la propuesta de la Comisión de modificación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2003/88 CE.

Se prevé la posibilidad de derogar las disposiciones que establecen los períodos de descanso diario del art. 3, en 11 horas consecutivas por cada 24 horas de trabajo, y semanal (arts. 5 y 6) de 24 horas más las 11 horas de descanso diario por cada período de 7 días, siempre que se establezca un período de descanso compensatorio, cuyo disfrute deberá ser garantizado en un plazo razonable no superior a 72 horas.

El problema radica en determinar cómo interpretar el período razonable dentro del cuál debe disfrutarse el descanso compensatorio.

La Comisión incluyó, como alternativa, en uno de los Considerandos, que el ámbito de aplicación de las Directivas sobre ordenación de tiempo de trabajo y, en este caso concreto, las limitaciones a la jornada de trabajo semanal, serán de aplicación a los trabajadores, tal como se definen en la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989,

²⁶⁹ COM (2004) 607 final - no publicada en el Diario Oficial.

relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, se va a aplicar el límite de las 48 horas de jornada semanal máxima a los supuestos en los que el trabajador sea titular de más de una relación laboral.²⁷⁰

En lo que se refiere a las situaciones de pluriempleo, una enmienda del Parlamento Europeo propone incorporar un artículo nuevo para establecer que «*cuando se trate de trabajadores que tengan más de un contrato de trabajo (...) el tiempo de trabajo será la suma de los tiempos trabajados en cada uno de los contratos*», y por tanto, el límite de 48 horas semanales de jornada máxima de trabajo ha de aplicarse, también, a las situaciones de pluriempleo.

Son tres los motivos fundamentales que han dado lugar a este arduo proceso negociador: qué debe entenderse por tiempo de trabajo efectivo, la ampliación del período de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria y la eliminación de la posibilidad del ejercicio por parte de los estados miembros de la cláusula “opt-out”.

• Respecto al **tiempo de trabajo efectivo**, se incluyen dos nuevas definiciones:

- **“tiempo de atención continuada”**: período activo en que el trabajador tiene la obligación de permanecer en el lugar de trabajo que se considera como tiempo de trabajo.

- **“período inactivo del tiempo de atención continuada”**: no se considera tiempo de trabajo salvo en caso de que la legislación nacional estipule lo contrario.

• En cuanto a la **cláusula “opt-out”**, se trata de la posibilidad de los Estados miembros de inaplicar el límite máximo de 48 horas de trabajo semanal establecido en el artículo 6. b) de la Directiva 2003/88/CE: *“la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días”*.

Además, el artículo 22 de la referida Directiva recoge la opción de los Estados miembros –siempre que garanticen la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores- de *“no aplicar el artículo 6, a condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar que:*

a) ningún empresario solicite a un trabajador que trabaje más de 48 horas en el transcurso de un período de siete días (...) salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo;

b) ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo;

²⁷⁰ **Colina Robledo, M.**, en su artículo *“Consejo de empleo, política social, sanidad y consumidores (EPSSCO)”*. Revista del Ministerio De Trabajo y Asuntos Sociales, nº 62 Derecho Social Internacional y Comunitario, año 2006, págs. 267 y 268.

c) el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo;

d) los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes (...);

e) El empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de 48 horas (...).”

Varias son las razones que se apuntan por parte de los distintos interlocutores que promueven la eliminación de la cláusula de “opt-out” (el Parlamento Europeo –con el Informe Cercas como pilar fundamental- y algunos Estados miembros de la UE –entre ellos España, Francia, Bélgica y Finlandia-, así como todas las organizaciones sindicales europeas):

- Por un lado, razones basadas propiamente en la seguridad y salud de los trabajadores. Y es que difícilmente puede fomentarse una cultura de prevención de riesgos laborales si se incrementa la duración de la jornada laboral, aumentándose con ello el cansancio físico y psíquico de los trabajadores y, con ello, el riesgo de acaecimiento de accidentes laborales.
- Por otro lado, existen también argumentos para dudar de la real y efectiva libertad del trabajador a la hora de consentir la realización de un exceso de horas de trabajo. Y ello porque el trabajador puede sentirse en cierto modo presionado a la firma por el deseo de conseguir un puesto de trabajo o por el miedo a perder su puesto actual.
- Además, se alega que si la tendencia actual en el ámbito laboral se dirige hacia la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en nada favorece esa meta el mantenimiento de una situación en la que los trabajadores podrían trabajar un número de horas excesivo e incompatible con una vida personal y familiar adecuada.

La Comisión propone el mantenimiento de la cláusula existente, aunque con un régimen más estricto en sus condiciones de aplicación. Señala este organismo que la reforma de la Directiva 2003/88/CE ha de pretender los siguientes objetivos: alto nivel de protección de los trabajadores, mayor flexibilidad empresarial en tiempo de trabajo, mayor compatibilidad entre vida laboral y familiar, así como evitar las limitaciones empresariales irrazonables, en especial para las PYMES.

Como medio para alcanzar dichos objetivos, la Comisión plantea un sistema dual de alternativas, y así, si existe un acuerdo sobre “opt-out” entre los agentes sociales, el trabajador podrá posteriormente de manera individual acogerse al mismo; en caso contrario, el trabajador seguirá manteniendo su derecho al “opt-out” pero con unos requisitos adicionales para evitar abusos empresariales y asegurar la libertad y voluntariedad de la elección del trabajador.

Entre estos requisitos se encuentran la exigencia de que el consentimiento del trabajador sea dado de forma escrita y nunca al comienzo de la relación laboral ni durante el período de prueba.

La propuesta de la Comisión Europea introduce aún más criterios de flexibilización de jornada. Así, con respecto al cómputo de la jornada semanal máxima de 48 horas, como quiera que *“las disposiciones relativas al período de referencia deben también revisarse, con objeto de simplificar el régimen existente y adaptarlo mejor a las necesidades de las empresas y los trabajadores”* (...) *“los Estados miembros podrán ampliar este período a un año, a reserva de la consulta de los interlocutores sociales interesados y de que se impulse el diálogo social en esta materia.”*

Con el límite de que *“ningún trabajador pueda trabajar más de 65 horas en el transcurso de un período de siete días, a menos que el convenio colectivo o el acuerdo entre interlocutores sociales disponga lo contrario”*.

“La no aplicación del artículo 6 será posible únicamente cuando se autorice mediante un convenio colectivo o un acuerdo celebrado entre interlocutores sociales al nivel adecuado”.

Para **Martín Puebla:**²⁷¹

1. Es necesario que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para limitar la duración semanal del trabajo a través de la normativa estatal o de la negociación colectiva, de tal forma que la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada periodo de siete días.

2. Aunque el encabezado del art. 6, se refiere a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, los Estados sólo están obligados a respetar una duración media, lo que posibilita duraciones superiores a la media dentro de un determinado periodo de referencia.

3. El periodo de referencia a estos efectos no puede superar cuatro meses [art. 16. b)], lo que hace posible que los Estados prevean duraciones máximas del trabajo superiores a 48 horas semanales siempre que en periodos de cuatro meses no se supere la duración media de 48 horas semanales y se respeten los periodos mínimos de descanso diario y semanal, en relación con el cual se prevé también un periodo de referencia que no exceda de 14 días [art. 16 a)].

4. De forma adicional, el art. 17 de la directiva contempla un importante número de excepciones que relativizan aún más el alcance de esta prescripción.

²⁷¹ **Martín Puebla, E.**, *“El fallido proceso de revisión de la Directiva comunitaria sobre la ordenación del tiempo de trabajo”*. Editorial Aranzadi S.A., 2010. Aranzadi Social núm. 22/2010, parte estudio. Documento en soporte electrónico: Westlaw.es. BIB 2010\367). Pág. 3.

B) Existe una conexión de las normas mínimas de descanso con la salud laboral en el Derecho Comunitario Derivado. Desde un primer momento, en el Derecho derivado comunitario existe una estrecha unión entre los descansos de los empleados tutelados por la Directiva 2003/88/CE y la Directiva Marco reguladora de la salud laboral, Directiva 89/391/CEE del Consejo (DOCE de 29 de junio).

La aplicación de la Directiva marco 89/391/CEE impulsó la promoción de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo sin contemplar directamente la alusión a la jornada de trabajo.²⁷²

No obstante, la tutela de las condiciones de jornada y descanso es una consecuencia directa de la salud laboral y, por tanto, la aplicación de la Directiva marco se entendía como complemento necesario de la Directiva 93/104/CE.

Así, esta normativa comunitaria de ordenación del tiempo de trabajo recogía como principio inspirador de su regulación la seguridad, la higiene y la salud de los trabajadores en su parte expositiva. (Considerandos 1º, 3º y 4º).

La Directiva 89/391/CEE tiene como finalidad esencial promover la mejora de las condiciones de ejecución de la prestación de servicios para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en sus puestos de trabajo.

Y para ello el legislador comunitario ha previsto como condiciones laborales esenciales para la consecución de dicha finalidad la necesidad del disfrute de una serie de períodos mínimos de descanso laboral, como son las pausas dentro de la jornada diaria, el descanso diario, semanal y las vacaciones anuales.

La ordenación del tiempo de trabajo debe contemplar, en aras de la tutela de la salud laboral de los trabajadores, la garantía de unos períodos mínimos de descanso necesario, puesto que se debe garantizar la adecuación de los períodos de actividad a las necesidades psicofísicas del trabajador; la acomodación de los períodos de descanso a las características de la función y del puesto de trabajo.

²⁷² Esta Directiva ha experimentado modificaciones en virtud de la Directiva 2007/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, DO L 165 de 26/06/2007; por la que se simplifican y racionalizan los informes y su aplicación práctica, insertando un art. 17 bis a la primera, teniendo de fecha límite de interposición por parte de los Estados miembros, el 31/12/2012.

5.2. Límites directos en normas de Derecho interno español sobre jornada máxima legal, descanso mínimo entre jornadas y descanso semanal

A). Precisiones introductorias sobre la consideración de estas normas como límites o la negación de tal naturaleza. Regla general de consideración como límite para el empresario strictu sensu

Se plantea la cuestión de si las normas sobre **jornada máxima legal** deben considerarse como un límite para el empresario o si van referidas al trabajador. En caso de que se refirieran al trabajador, supondría un límite absoluto que el mismo no podría sobrepasar en cómputo global para todas las empresas en las que preste sus servicios.²⁷³

Según algunos autores,²⁷⁴ la limitación de la duración temporal se refiere a las obligaciones del trabajador con un empresario, con la finalidad de que el trabajador pueda dedicar el tiempo que le quede a los fines que estime oportunos: descanso, relaciones familiares, pluriempleo, etc..., suponiendo un límite a los poderes empresariales.²⁷⁵

Por otro lado, si bien existen ciertos límites, podemos considerar, que la flexibilización actual es amplia, de modo que algunas las facetas del tiempo de trabajo se ven afectadas por normas dirigidas a facilitar, en mayor o menor medida, la gestión

²⁷³ Parece más acertada la tesis que considera que la limitación de la duración temporal se refiere a las obligaciones del trabajador con un empresario, para que el trabajador pueda dedicar el tiempo libre a los fines que estime oportunos, suponiendo un límite a los poderes empresariales ya que no hay en la normativa interna española (salvo si prosperara la propuesta de modificación de la Directiva mencionada en el apartado anterior), un tope al tiempo de trabajo global, cuando sea prestado a varias empresas, salvo los supuestos que se mencionan en este apartado, y que se consideran directos, ya que o bien el legislador establece expresamente los mismos como límites al pluriempleo y/o pluriactividad, o su finalidad se puede deducir claramente llevando a cabo una interpretación teleológica y sistemática de la normativa reguladora.

²⁷⁴ AAVV Dir. **Martín Valverde A. y García Murcia J.**, “*Tratado práctico de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*”. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2002. Parágrafo nº 2003.

²⁷⁵ Aunque la duración máxima legal de la jornada ordinaria sigue establecida con carácter general en cuarenta horas semanales de trabajo efectivo (art. 34, nº 1, ET), de promedio en cómputo anual, los Tribunales han aceptado como concreción de esa jornada máxima el promedio de 1826 horas y 27 minutos de trabajo efectivo descontando vacaciones y descansos. STSJ Madrid de 30-10-1990, (AS 1990 2592). En esta determinación hay que respetar además las siguientes reglas, ex art. 34.3 ET:

- El nº de horas diarias de trabajo efectivo no puede ser superior a 9, aunque se puede superar por convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores siempre que se respete el descanso mínimo entre jornadas.

- La fijación de un límite máximo de las horas ordinarias que se pueden realizar al día ha pasado a tener, a raíz de la reforma de 1994, un carácter supletorio y dispositivo para la autonomía colectiva y en relación con los trabajadores que hayan cumplido los dieciocho años.

- Hay que respetar el descanso mínimo semanal de día y medio a la semana.

de éste por parte de la empresa, permitiendo distribuciones del mismo, que antes eran inviables legalmente.²⁷⁶

Ello debe ponerse en conexión con otro factor de flexibilización, que es el de la admisión legal expresa en el art. 34, nº 2, (anteriormente sólo implícita), de la posibilidad de que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores -pacto de empresa- se establezca una distribución irregular de la jornada a lo largo del año.

En virtud del acuerdo colectivo que disponga tal distribución irregular, que en todo caso deberá respetar los períodos mínimos de descanso diario y semanal, los trabajadores que hayan cumplido los dieciocho años podrían quedar sometidos a jornadas diarias o semanales superiores, respectivamente, a las **nueve** o **cuarenta horas** ordinarias de trabajo efectivo.

Lo primero, por la dispositividad propia de ese límite de las nueve horas; lo segundo, porque lo que exige el legislador no obliga a que ninguna semana de trabajo supere las mencionadas cuarenta horas, sino que el promedio de la duración de la jornada ordinaria correspondiente a la totalidad de las semanas del año no rebase aquéllas (art. 34, nº 1, párrafo segundo ET), de modo que semanas de más de cuarenta horas ordinarias de trabajo efectivo habrán de figurar precedidas o seguidas de otras de duración inferior.²⁷⁷

Hay que tener en cuenta, que el Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, puede establecer ampliaciones o limitaciones de jornada para aquellos trabajos o sectores que así lo exijan debido a sus peculiaridades (art. 34.7 ET).

Salvo que concurrieran limitaciones directas, en principio no constituirían un límite referido al trabajador, en el sentido de limitar sus posibilidades de pluriempleo y/o pluriactividad.

Estas excepciones se conocen como jornadas especiales, y son desarrolladas en el apartado III. 2, del capítulo II de esta Tesis donde se consideran como aparentes límites a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, descartando el carácter limitativo de estas situaciones, al considerar que no se trataría de tales límites en el sentido de

²⁷⁶ **Colina Robledo, M.**, “Normativa sobre tiempo de trabajo en el ámbito de la Comunidad Europea”, AA VV. “Estudios sobre la jornada de trabajo”. ACARL. Madrid. 1º ed. 1991, pág. 73. La flexibilidad del régimen de los descansos en el trabajo se ha realizado, con las posibilidades de acumulación y compensación de los descansos laborales. Sin embargo, esta técnica de disfrute irregular del tiempo de trabajo no se adaptaría a la máxima de un reposo laboral efectivo, siendo, en definitiva, un supuesto de incidencia en la salud laboral de los trabajadores.

²⁷⁷ **Gárate Castro, J.**, “Tendencias generales sobre la ordenación del tiempo de trabajo”. Revista Xurídica Galega. Nº 22, 1999, pág. 33. **Díaz Moliner, R.**, “Guía Práctica para la prevención de riesgos laborales”. Lex Nova. Valladolid. 1ª ed. 1999. Págs. 323 y 324.

referirse a la facultad del trabajador de pluriemplearse, sino que se conciben como un límite al empresario en el supuesto de un único empleo.

Por lo tanto, considero que las limitaciones de carácter directo, pueden considerarse *númerus clausus*; salvo que entrara en vigor la propuesta de modificación de la Directiva 2003/88 CE,²⁷⁸ o concurrieran las limitaciones a la ordenación del tiempo de trabajo establecidas con carácter directo para los menores de edad, transporte terrestre por carretera, o para la seguridad del tráfico aéreo en el caso de los controladores civiles aéreos.

Se podría concluir que excepto en tales supuestos, se trataría de un límite concebido realmente para el empresario, en supuestos de un único empleo. Los únicos límites relativos a jornada máxima legal que en puridad se van a considerar como directos son los relativos a menores de edad, transporte terrestre por carretera y seguridad del tráfico aéreo civil para los controladores aéreos.

Parece más acertada la tesis que considera que la limitación de la duración temporal se refiere a las obligaciones del trabajador con un empresario, para que el trabajador pueda dedicar el tiempo libre a los fines que estime oportunos, suponiendo un límite a los poderes empresariales ya que no hay en la normativa interna española, (salvo si prosperara la propuesta de modificación de la Directiva mencionada en el apartado anterior), un tope al tiempo de trabajo global, cuando sea prestado a varias empresas, salvo los supuestos que se mencionan en este apartado, y que se consideran directos, bien porque expresamente se alude en la normativa reguladora a que el límite se aplica a la prestación de servicios para varios empresarios, como sucede en los dos primeros casos, o porque aunque no se menciona expresamente, se deduce inequívocamente que es esa la finalidad de la normativa que los contempla, llevando a cabo una interpretación teleológica y sistemática de la misma, lo que ocurre con los controladores aéreos civiles.

B) Excepciones. Especial mención a limitaciones directas relativas a supuestos concretos

No hay en la normativa interna española un tope al tiempo de trabajo global, ordinario y extraordinario, cuando sea prestado a varias empresas, salvo lo establecido para menores de edad, en el art. 34.3 ET, para el transporte terrestre por carretera, ex art. 10 bis introducido en el RD 1561/1995 de 21 de septiembre por el RD 902/2007 de 6 de julio, estableciendo límites al tiempo de trabajo y descanso, incluso cuando se trabaje para más de un empresario, (Exposición de Motivos del RD 902/2007), con el fin de proteger la seguridad y salud de los trabajadores móviles y la seguridad vial, así como lo establecido por el art. 3 de la Ley 9/2010 de 14 de abril y su desarrollo reglamentario

²⁷⁸ En los términos analizados en el Capítulo II; I. Limitaciones Directas. 5.1 A) 2. Págs. 135 a 139 de esta Tesis.

efectuado por el Real Decreto 1001/2010, de 5 de agosto, que establece normas de seguridad aeronáutica en relación con los tiempos de actividad y los requisitos de descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo.

Estos casos pueden considerarse ejemplos de limitaciones directas a los supuestos de pluriempleo y pluriactividad, ya que en el caso de los dos primeros son establecidos de forma expresa y rotunda por el legislador, mientras que en el de los controladores civiles de tránsito aéreo puede deducirse, aunque no se mencione expresamente al pluriempleo y a la pluriactividad, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma que contempla los límites, y efectuando una interpretación teleológica y sistemática de los preceptos que establecen las consecuencias del incumplimiento.

a) Menores de edad

Respecto a la jornada máxima, el art. 34.3 ET, establece que *“los trabajadores menores de dieciocho años, no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos”*.

Efectuando una interpretación literal del precepto, es indiscutible que constituye un límite directo al pluriempleo y a la pluriactividad.²⁷⁹

Para algunos autores,²⁸⁰ esta prescripción no parece colisionar con el art. 6 de la Directiva 93/104 CE, debido a los amplios términos con que este se pronuncia.

Por otro lado en la STC 213/2005 de 21 de julio rec. 4441/1998, se menciona que “el ordenamiento no contempla la situación de pluriempleo, ni en el momento del nacimiento de la relación laboral ni respecto a su dinámica y desarrollo, con excepción de la jornada máxima establecida por razones de salud y seguridad en el caso de los menores de edad, (art. 34.3 ET)”.

Hay que tener en cuenta que la duración del descanso semanal de los menores de 18 años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos, según el art. 37.1 ET, pero no se alude expresamente como sí sucede en el caso de la jornada máxima, a que el límite sea aplicable cuando se presten servicios para varios empresarios.

²⁷⁹ Se trata de un límite categórico, pues dentro de esa jornada máxima debe computarse, de darse el caso, el tiempo dedicado a la formación y, en el supuesto de pluriempleo, las horas realizadas con cada uno de los empleadores para quienes trabaje. **Fernández Prieto, M.**, *“Reducción de jornada y posibilidad de acumular el tiempo de reducción”*. Editorial Aranzadi, S.A. Aranzadi Social núm. 16/2006 (Estudio). Documento en soporte electrónico: Westlaw.es. BIB 2006\1620. Pág. 6.

²⁸⁰ **Montoya Melgar, A., Galiana Moreno, J. M., Sempere Navarro, A.V., Ríos Salmerón, B.**, *“Comentarios al Estatuto de los trabajadores”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 6ª ed. 2005, pág. 236.

b) Transporte terrestre por carretera

En el ámbito del transporte terrestre por carretera, en el **RD 902/2007 de 6 de julio**, se establecen límites absolutos y directos a la duración de la jornada de trabajo y a la duración media de la misma en períodos de referencia inferiores al año, en supuestos de distribución irregular de la jornada de trabajo a lo largo del año, estableciendo que la duración del tiempo de trabajo efectivo de los trabajadores móviles no podrá superar las 48 horas semanales de promedio en cómputo cuatrimestral ni exceder en ningún caso de las 60 horas semanales, límites que hasta entonces eran inexistentes.

Se limita la duración máxima del trabajo nocturno, y se incluyen dentro de estos límites el tiempo trabajado para más de un empresario.

El nuevo art. 10 bis que se añade al RD 1561/1995, de 21 de septiembre, tiene por objeto sistematizar para los trabajadores móviles de todo el sector de transporte terrestre por carretera, los límites de su tiempo de trabajo y descanso, incluso cuando se trabaje para más de un empresario.

La modificación del artículo 11 del RD 1561/1995, tiene en cuenta la entrada en vigor del Reglamento 561/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006.

Para ello, en lugar de introducir aquí los períodos mínimos de conducción y descansos de los conductores de transportes interurbanos, se opta por hacer una remisión a los límites previstos en la norma comunitaria, garantizando el mismo tratamiento.

- El art. único **dos** del Real Decreto 902/2007, de 6 julio, añade un art. 10 bis al RD 1561/1995 de 21 de septiembre:

Límites del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles

1. “Sin perjuicio del respeto a la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo prevista en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores y a los períodos mínimos de descanso diario y semanal, previstos en este Real Decreto con el fin de proteger la salud y la seguridad de los trabajadores móviles y la seguridad vial, *cuando mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se hubiera establecido la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, la duración del tiempo de trabajo efectivo de los trabajadores móviles **no podrá superar las cuarenta y ocho horas semanales de promedio en cómputo cuatrimestral ni exceder en ningún caso de las sesenta horas semanales.***”

El período de referencia de cuatro meses establecido en el párrafo anterior podrá ser ampliado hasta un máximo de seis meses mediante convenio colectivo sectorial de ámbito estatal, siempre que dicha ampliación se fundamente en la existencia de razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo.

2. Cuando, sin tener la calificación de trabajador nocturno conforme a lo previsto en el artículo 36.1 del Estatuto de los Trabajadores, un trabajador realice trabajo nocturno, su jornada de trabajo diaria no podrá exceder de **diez horas** por cada período de veinticuatro.

En ningún caso la retribución específica del trabajo nocturno, determinada conforme a lo previsto en el artículo 36.2 del Estatuto de los Trabajadores, podrá poner en peligro la seguridad vial.

3. En el tiempo de trabajo de los trabajadores móviles *se incluirán todas las horas trabajadas para uno o más empresarios en el período considerado*. A tal efecto el empresario solicitará por escrito al trabajador el cómputo de tiempo de trabajo efectuado para otros empresarios. El trabajador facilitará estos datos por escrito.

Sin perjuicio de lo que se establezca en la negociación colectiva, en los contratos de trabajo podrá determinarse la forma de cumplimiento de las obligaciones previstas en este apartado.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11, los trabajadores móviles interrumpirán con un período de descanso la jornada continuada que exceda de seis horas consecutivas. La pausa será de duración no inferior a treinta minutos. Cuando el tiempo total de trabajo sea superior a nueve horas diarias, la pausa será, como mínimo, de cuarenta y cinco minutos.

Las fracciones en que, en su caso, se dividan estos períodos no podrán tener una duración inferior a quince minutos, salvo en aquellas rutas de transporte regular de viajeros cuyo recorrido no exceda de cincuenta kilómetros.

5. El empresario será responsable de llevar un registro del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles. Este registro se conservará, al menos, durante tres años después de que finalice el período considerado. El empresario estará obligado a facilitar a los trabajadores móviles que así lo soliciten una copia del registro de las horas trabajadas”.

- A efectos del cómputo del tiempo de trabajo analizado en el art. único dos del RD 902/2007, de 6 julio, que introduce el art. 10 bis al Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, hay que observar las prescripciones del art. único **uno**, que modifica al art. 10 RD 1561/1995, con el siguiente tenor literal:

Tiempo de trabajo en los transportes por carretera

1. “Serán de aplicación en el transporte por carretera las disposiciones comunes contenidas en el artículo 8 de este Real Decreto, con las particularidades que se contemplan en este artículo y en los siguientes.

2. Las disposiciones del artículo 8 sobre tiempos de trabajo efectivo y de presencia serán de aplicación en el transporte por carretera a los trabajadores móviles,

entendiendo por éstos a cualquier trabajador que forma parte del personal que se desplaza y que está al servicio de una empresa que efectúa servicios de transporte.

A tal efecto, serán trabajadores móviles en el transporte por carretera los conductores, ayudantes, cobradores y demás personal auxiliar de viaje en el vehículo que realice trabajos en relación con el mismo, sus pasajeros o su carga, tanto en las empresas del sector de transporte por carretera, ya sean urbanos o interurbanos y de viajeros o mercancías, como en las integradas en otros sectores que realicen tales actividades de transporte o alguna de las auxiliares anteriormente citadas.²⁸¹

3. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8.1, se entienden comprendidos dentro del tiempo de trabajo efectivo los períodos durante los que el trabajador móvil no puede disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en el lugar de trabajo dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando las tareas relacionadas con el servicio, incluidos, en particular, los períodos de espera de carga y descarga cuando no se conozca de antemano su duración previsible.

4. Se entienden comprendidos dentro del tiempo de presencia, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8.1, los períodos distintos de las pausas y de los descansos, durante los que el trabajador móvil no lleva a cabo ninguna actividad de conducción u otros trabajos y no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo, pero tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos.

En particular, siempre que concurren las circunstancias anteriores y, conforme a lo señalado, no constituyan una pausa o un descanso, serán considerados tiempo de presencia los siguientes períodos:

a) Los períodos durante los cuales el trabajador acompañe a un vehículo transportado en transbordador o tren.

b) Los períodos de espera en fronteras o los causados por las prohibiciones de circular. El trabajador móvil deberá conocer de antemano los períodos señalados en los párrafos a) y b) y su previsible duración. A tal fin, salvo que en los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal se acuerden otros términos y condiciones, el empresario comunicará al trabajador por cualquier medio admitido en derecho la existencia y duración previsible de los indicados períodos con anterioridad a la partida. En caso contrario, esos períodos serán considerados como de tiempo de trabajo efectivo.

c) Las dos primeras horas de cada período de espera de carga o de descarga. La tercera hora y siguientes se considerarán tiempo de trabajo efectivo, salvo que se conozca de antemano su duración previsible en las condiciones pactadas en los convenios colectivos de ámbito estatal o, en su defecto, de ámbito inferior.

²⁸¹ Este apartado 2º, es por tanto clarificador del ámbito subjetivo de aplicación del RD 902/2007, de 6 julio.

d) Los períodos de tiempo en los que un trabajador móvil que conduce en equipo permanezca sentado o acostado en una litera durante la circulación en el vehículo.

5. Los períodos de tiempo de presencia indicados en el apartado 4 de este artículo se computarán para determinar el límite de horas semanales que se establece en el artículo 8.3.

No obstante, el período de un mes que se toma como referencia en el indicado artículo 8.3, podrá ampliarse hasta un máximo de dos meses mediante convenio colectivo sectorial de ámbito estatal, siempre que dicha ampliación se fundamente en la existencia de razones objetivas o técnicas o de organización del trabajo, tales como el carácter internacional de los servicios de transporte.

6. Los trabajadores móviles deberán ser informados por los empresarios de la normativa legal, reglamentaria o convencional, de los posibles acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, así como de las demás reglas aplicables en la empresa que afecten a la regulación de su tiempo de trabajo. A tal efecto, deberán tener a disposición de los mismos un ejemplar de la indicada regulación”.

- Por otro lado, hay que tener en cuenta que el art. único Tres del RD 902/2007, de 6 julio, modifica el artículo 11 del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, que queda redactado del siguiente modo:

Límites del tiempo de conducción en los transportes por carretera

“Los períodos máximos de conducción diarios y semanales y los descansos mínimos entre jornadas y semanal de los conductores de transportes interurbanos deberán respetar los límites establecidos en el Reglamento (CE) núm. 561/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 3821/85 y (CE) núm. 2135/98 del Consejo y se deroga el Reglamento (CEE) 3820/85 del Consejo”.

La Disposición Final Segunda de este RD 902/2007, de 6 julio, faculta a los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales y de Fomento, en el ámbito de sus respectivas competencias, para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación del presente Real Decreto.

Esta facultad de desarrollo ha sido ejercitada, entre otras normas,²⁸² por el **RD 1163/2009 de 10 de julio**, por el que se modifica el RD 640/2007 de 18 de mayo,²⁸³ por

²⁸² Se pueden mencionar también por orden cronológico inverso las siguientes normas:

- RD 919/2010, de 16 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres para adaptarlo a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

el que se establecen excepciones a la obligatoriedad de las normas sobre tiempos de conducción y descanso y el uso del tacógrafo en el transporte por carretera.

- Especial mención merece la **Resolución de 5 de junio de 2009, de la Dirección General de Transporte Terrestre**, por la que se modifica la de 19 de abril de 2007, que establece los controles mínimos sobre las jornadas de trabajo de los conductores en el transporte por carretera.

Esta Resolución incorpora al ordenamiento jurídico español las Directivas 2009/4/CE y 2009/5/CE de la Comisión, de 23 y 30 de enero de 2009, relativas, respectivamente, a las medidas para prevenir y detectar la manipulación de los datos del tacógrafo, y al establecimiento de directrices comunes para clasificar las infracciones de forma armonizada con objeto de poder evaluar el riesgo de las empresas en base al número y gravedad de las infracciones cometidas por aquéllas.

Ambas Directivas modifican la Directiva 2006/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo, sobre las condiciones mínimas para la aplicación de los Reglamentos del Consejo (CEE) nº 3820/85, sustituido por el Reglamento (CE) 561/06 y (CEE), nº 3821/85 en lo que respecta a la legislación social relativa a las actividades de transporte por carretera y por la que se deroga la Directiva 88/599/CEE del Consejo.

Con estas modificaciones se introducen en el procedimiento de control medidas específicas dirigidas a comprobar los equipos con el fin evitar la instalación de dispositivos concebidos para cometer fraudes contra el sistema y, por otra parte, se

- Aunque no afecta a aspectos laborales, se menciona la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías.

- Orden FOM/3509/2009, de 23 de diciembre, por la que se establece un régimen transitorio para la rehabilitación de autorización de transporte de mercancías por carretera.

- Orden FOM/3370/2009, de 2 de diciembre, por la que se determinan los órganos competentes para el otorgamiento y la tramitación de las ayudas para la formación en el transporte por carretera y para las sociedades de garantía recíproca que operen en este sector.

- Orden FOM/3218/2009 de 17 de noviembre, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de ayudas a transportistas autónomos por carretera que abandonen la actividad.

²⁸³ En el Real Decreto 640/2007, de 18 de mayo, se establecieron normas sobre tiempos de conducción y descanso y sobre el uso del tacógrafo en el sector de los transportes por carretera, en aplicación del Reglamento (CE) núm. 561/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 3821/85 y (CE) núm. 2135/98 y se deroga el Reglamento (CEE) núm. 3820/85 del Consejo.

De conformidad con el citado Reglamento, los Estados miembros pueden dispensar de la aplicación de sus normas a los vehículos que circulen exclusivamente en islas cuya superficie no supere los 2.300 kilómetros cuadrados y que no estén unidas al resto del territorio nacional por ningún puente, vado o túnel abierto a los vehículos de motor.

En uso de esta habilitación, el citado Real Decreto 640/2007 excluyó a los transportes íntegramente desarrollados en islas cuya superficie no superase los 1.500 kilómetros cuadrados.

Teniendo en cuenta la mejora para la seguridad en el transporte que implica el cumplimiento de las normas sobre tiempos de conducción y descanso, se ha considerado oportuno limitar esta excepción a las islas que no superen los 250 kilómetros cuadrados, lo que incluye prácticamente todas las Islas Canarias y Menorca e Ibiza, lo que se ha efectuado a través del RD 1163/2009 de 10 de julio.

establece una nueva lista de infracciones más detallada que las divide en función de su gravedad a efectos de la clasificación de riesgos de las empresas infractoras, efectos que son meramente internos para la inspección de transportes y no afectan a la clasificación de las infracciones para la imposición de sanciones.

c) Normas de seguridad aeronáutica civil sobre tiempos de actividad y requisitos de descanso

No se pueden obviar las recientes limitaciones directas a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, establecidas por el **RD 1001/2010** de 5 de agosto, por el que se establecen normas de seguridad aeronáutica en relación con los tiempos de actividad y los requisitos de descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo.

Este RD, desarrolla la **Ley 9/2010**, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo.

Aunque expresamente no se mencionan las situaciones de pluriempleo y pluriactividad en sus textos, al establecer tantos límites de ordenación del tiempo de trabajo, hacen prácticamente inviable la posibilidad del pluriempleo y/o pluriactividad. Una cuestión problemática sería el control del cumplimiento de estas normas de descanso obligatorio.

En la normativa anterior no se encontraba una previsión expresa similar a la contemplada para el transporte terrestre por carretera, (entre otros motivos porque era anterior a ésta), que aludiera a la aplicación de los límites, cuando se prestaran servicios para varios empresarios, en el ámbito de la aviación civil,²⁸⁴ pese a que pudiera estar en juego la seguridad del tráfico aéreo.

La reforma operada por el RD 294/2004 de 20 de febrero, de modificación del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, no aludía expresamente a las situaciones de pluriempleo, ni de pluriactividad, ni de forma genérica a la prestación de servicios para varios empresarios.²⁸⁵

²⁸⁴ La regulación del tiempo de trabajo de los trabajadores de la aviación civil, en el ámbito comunitario, se contiene en normas distintas en función del colectivo de que se trate: el personal de tierra queda incluido en la Directiva 2000/34/CE y el personal de vuelo en la Directiva 2000/79/CE.

²⁸⁵ Las modificaciones que se incorporaron al RD 1561/1995, afectaron tanto al título como a la estructura y contenido de la subsección 4.a Así, por una parte, dicha subsección pasó a denominarse «Transporte y trabajos aéreos» para englobar todas las actividades relacionadas con la aviación civil y no sólo las de transporte, como ocurría hasta entonces.

En cuanto a su estructura, se modificó pasando a estar constituida por dos artículos, experimentando modificaciones su contenido, aunque sólo referidas al personal de vuelo y se concretaron, básicamente, en la limitación anual del tiempo de trabajo y del tiempo de vuelo, los días libres a disfrutar anualmente como descanso semanal y fiestas laborales, así como ciertos aspectos sobre organización y programación

En la **Ley 9/2010**, de 14 de abril, no se alude expresamente al pluriempleo y a la pluriactividad, pero implícitamente se puede interpretar o deducir que el espíritu de la norma pretende aplicar un límite directo no sólo al empresario, sino también al trabajador en este supuesto concreto, llevando a cabo una interpretación teleológica y sistemática.

A favor de esta teoría, se puede argumentar que puede deducirse tal naturaleza al amparo de lo dispuesto en el **art. 4** de esta Ley, relativo a los incumplimientos, que no sólo se imputan al empresario, (en este caso, proveedores de servicios de tránsito aéreo), sino que en su apartado 2, se pronuncia expresamente sobre los incumplimientos del personal al servicio del proveedor civil de servicios de tránsito aéreo, estableciendo que se calificarán como muy graves cuando afecten negativamente a la seguridad o menoscaben de forma grave o reiterada la eficacia o la continuidad de la prestación de los servicios, dando lugar a las sanciones determinadas en la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea y a las responsabilidades civiles que procedan.

Asimismo, estas conductas serán causa de despido disciplinario por parte del proveedor de servicios de tránsito aéreo. Si el proveedor de servicios tuviera que tramitar un expediente previo al despido disciplinario, el acuerdo de incoación podrá disponer la suspensión provisional de empleo y sueldo del trabajador afectado.

Siendo las consecuencias del incumplimiento tan graves, no se puede concluir de otra forma, indudablemente estas limitaciones tienen un carácter directo predicable no sólo al empresario, sino al trabajador, operando por tanto como límite directo al pluriempleo y a la pluriactividad, aunque la regulación no mencione expresamente estas situaciones.

Por otro lado, aunque relativo a la jubilación, la Disposición Adicional 4ª de la Ley 9/2010, sobre límites al desempeño de funciones operativas, situación de reserva activa y jubilación, establece para el período de reserva activa, que *la realización de otro trabajo por cuenta propia o ajena supondrá la rescisión de la relación contractual con el proveedor de servicios de tránsito aéreo por renuncia del trabajador.*

de las operaciones de vuelo. También se incorporó la definición de aquellos conceptos necesarios para limitar adecuadamente los tiempos máximos de trabajo y de vuelo.

El artículo único añadió una nueva DA al Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, la 6ª, en la que se contiene un principio de coordinación y colaboración en las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Dirección General de Aviación Civil, cada una dentro del ámbito de sus competencias, en relación con los posibles incumplimientos del tiempo de trabajo y descanso del personal aeronáutico.

Art. único. Uno. 3. El tiempo máximo de trabajo anual del personal de vuelo será de 2.000 horas, de las cuales el tiempo de vuelo no podrá exceder de 900 horas. Se incluirán en ese tiempo máximo aquellos supuestos que, de conformidad con el artículo 8, sean conceptuables como tiempo de presencia y que se determinen en los convenios colectivos. En defecto de convenio colectivo, sólo se incluirán aquellos supuestos en que el personal de vuelo esté a la inmediata disposición del empresario, sin realizar función alguna y en lugar señalado por éste, a la espera de la asignación de cualquier actividad.

La implementación de la Ley y la efectiva liberalización en los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, exige establecer las condiciones de seguridad operacional en las tareas de control de tránsito aéreo que garanticen la prestación segura de estos servicios, al tiempo que permite ordenar y racionalizar el trabajo de las dependencias de control con la suficiente flexibilidad.²⁸⁶

Con este objetivo y el de asegurar el necesario descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo, el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 14 de abril, establece los tiempos de actividad y descanso de estos profesionales aeronáuticos, estableciendo, no obstante, en su disposición final tercera, una habilitación al Gobierno para regular, previa consulta a los sindicatos más representativos a nivel estatal y a las organizaciones profesionales sectoriales, el tiempo de actividad y descanso de los controladores de tránsito aéreo.

El **RD 1001/2010**, de 5 de agosto, establece:

- Los períodos máximos de actividad aeronáutica, entendiéndose por tal aquella en la que el controlador de tránsito aéreo ejerce de forma efectiva las atribuciones de la anotación de unidad de su licencia, en una posición operacional, en adelante actividad operacional, así como los descansos parciales, la imaginaria realizada en el lugar de trabajo y el tiempo dedicado a la formación de unidad realizada con tráfico real. Arts. 5 a 9.

- Se regulan los períodos máximos de actividad aeronáutica consecutivos que puede realizar un controlador de tránsito aéreo y los tiempos mínimos de descanso. Arts. 6, 10, 11 y 12.

- La actividad operacional se aborda imponiendo la realización de descansos parciales de duración variable en función de las cargas de trabajo. Arts. 1, 4, 7, 8, 9, 11, 13, 16, 17, y 19.

- Se establecen reglas específicas en relación con la actividad nocturna, de madrugada o matinal, definiendo éstas en función de las horas entre las que transcurre o de la hora de comienzo de la actividad. La hora tomada en consideración para la definición de la actividad como nocturna, de madrugada o matinal, en todo caso, es la hora local del puesto de trabajo. Arts. 10, 13 y Disposición Adicional única.

- Se regulan los períodos máximos de imaginaria y se contempla la formación práctica de trabajo usando simuladores que, aún cuando no tiene la consideración de actividad aeronáutica, sí se computará como tiempo de trabajo efectivo.

- Atendiendo a la necesidad de garantizar la seguridad y continuidad del tránsito aéreo prevé que, ante circunstancias excepcionales no programables, el proveedor designado para la prestación de estos servicios bajo la supervisión de la Agencia Estatal

²⁸⁶ Exposición de Motivos del RD 1001/2010 de 5 de agosto por el que se establecen normas de seguridad aeronáutica en relación con los tiempos de actividad y los requisitos de descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo.

de Seguridad Aérea; pueda modificar, con los límites previstos y con carácter temporal, los períodos de actividad aeronáutica y los descansos. Art. 16.

- Asimismo, y para el supuesto de circunstancias excepcionales de carácter programable, se habilita a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea para autorizar al proveedor de servicios programaciones que permitan atender las necesidades del tráfico. Art. 17.

- Como medida complementaria se regulan las condiciones de las áreas de descanso y las instalaciones necesarias para atender las necesidades ordinarias derivadas de la permanencia en el lugar de trabajo. Art. 15.

- Se complementa la regulación vigente estableciendo qué actividades forman parte del tiempo de trabajo efectivo, (arts. 9, 14 y Disposición Adicional única) y cuáles del tiempo de presencia, (Disposición Adicional única), de los controladores de tránsito aéreo.

Estos límites enlazan con otros, unos directo como es el caso de la fatiga considerada como riesgo psicosocial, y el deber de rendimiento del trabajador, así como con los pactos de permanencia en la empresa, que en sí mismo considerado y por sí sólo, en esta tesis es considerado como límite indirecto, ya que esta novedosa normativa resulta de aplicación no sólo a los controladores habilitados y certificados, sino que también afecta a los alumnos de control de tránsito aéreo en fase de instrucción, con los que cabría la posibilidad de que se hubiera pactado la permanencia mediante la contratación individual.²⁸⁷

En caso de concurrir el pacto de permanencia en el ámbito de los alumnos de control de tránsito aéreo en fase de instrucción, operaría como límite directo, dado el específico sector en el que se desarrollara el pacto, siendo la causa directa el sector en el que se desenvuelve, al igual que ocurriría en caso de concurrir el pacto de permanencia, en el sector del transporte terrestre por carretera, o por razones subjetivas, si el trabajador fuera menor de edad.

²⁸⁷ Art. 2. RD 1001/2010, de 5 de agosto. Lo dispuesto en este Real Decreto será de aplicación a los proveedores civiles de servicios de control de tránsito aéreo designados para la prestación de estos servicios, a los controladores civiles de tránsito aéreo que presten servicios de control de tránsito aéreo para dichos proveedores y a los titulares de una licencia civil de alumno controlador de tránsito aéreo durante la formación de unidad realizada con tráfico aéreo real.

6. El deber de rendimiento y diligencia del trabajador

6.1. Concepto de rendimiento y diligencia

En nuestro ordenamiento jurídico no encontramos más que una imprecisa alusión del art. 1104 del Código Civil, a que cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de observarse en su cumplimiento, se exigirá la que corresponde a un buen padre de familia, lo que hoy en día resulta de dudosa virtualidad.

Ante la indefinición legal del ordenamiento jurídico respecto a lo que debe entenderse por rendimiento o diligencia debidas en la relación laboral, se han construido por la doctrina dos conceptos, uno de índole subjetiva y otra objetiva.²⁸⁸

La concepción objetiva atiende más a la diligencia como actividad o modo de obrar, mientras que la subjetiva se refiere a la actitud de la persona, la voluntad, el deseo y grado de colaboración que se evidencian.

Se puede considerar que el rendimiento tiene tres vertientes:

- 1) Cuantitativa: relativa a la cantidad de resultados obtenidos.
- 2) Cualitativa: capacidad técnica o pericia que hace a un empleado particularmente apto para ejecutar una concreta actividad, y que la condiciona de manera clara.
- 3) Deber del trabajador de conservar sus facultades personales para el buen desempeño del trabajo, la salvaguardia del rendimiento, que tiene lugar especialmente en el tiempo libre del trabajador.

El art. 54.2 e) ET establece como causa de despido disciplinario la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, en caso de ser grave y culpable.

La fijación del grado o intensidad con que deberán cumplirse tales obligaciones, ha de ser fijada por las disposiciones legales, los convenios colectivos, el contrato de trabajo o los usos y costumbres, a las que debe ajustarse el rendimiento del trabajador, ya que cuando experimente disminuciones continuadas y voluntarias puede provocar el despido del trabajador.

Se podría considerar que nuestro sistema de relaciones laborales, sólo considera reprochables al trabajador las disminuciones en los resultados cuantitativos de su trabajo que evidencian más allá de toda duda, una actitud negativa o inhibicionista, o desinterés absoluto en relación a la consecución de la pericia adecuada o la conservación de las aptitudes profesionales necesarias.

²⁸⁸ AAVV. Dir. **Molero Manglano, C.**, “Manual de Derecho del Trabajo”. Thomson Reuters. Civitas. Aranzadi. Navarra. 9ª ed. 2009. Págs. 393 y 394.

Para **Molero Manglano**, se refiere a un descenso notable y brusco en el nivel de rendimiento habitual, que se produce a partir de un momento dado y que tiene la duración suficiente como para no considerarse pasajero.

No es tanto que el trabajador no rinda, sino que voluntariamente baje notablemente en su rendimiento habitual. Es muy difícil acreditar esta causa y es la menos utilizada, porque exige una referencia a un rendimiento anterior, un término de comparación, que aparezca dentro de condiciones homogéneas, que permita objetivamente cuantificarla y que exista intencionalidad del trabajador.²⁸⁹

6.2. Prueba de la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado

La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado es causa de despido disciplinario, requiriendo que se produzca una efectiva disminución en el rendimiento y que ésta se produzca por voluntad dolosa o negligente del trabajador, (sin perjuicio de que cuando ocurra por causas ajenas a la voluntad del trabajador, quepa acudir al despido objetivo por ineptitud del trabajador),²⁹⁰ debiéndose acreditar que no es ocasional o coyuntural.²⁹¹

Se observan dificultades para que el despido por disminución del rendimiento sea fructífero, exigiéndose una voluntariedad, una ausencia de antecedentes, falta de modificaciones en el puesto de trabajo, requiriendo un gran esfuerzo probatorio, con la finalidad de acreditar que el trabajador está por debajo de lo que le es exigible, de lo que él mismo ha rendido en otros períodos de tiempo y de la comparación con el rendimiento del resto de compañeros.

No es tanto que el trabajador no rinda, sino que voluntariamente baje notablemente en su rendimiento habitual. Es muy difícil acreditar esta causa y es la menos utilizada, porque exige una referencia a un rendimiento anterior, un término de comparación, que aparezca dentro de condiciones homogéneas, que permita objetivamente cuantificarla y que exista intencionalidad del trabajador.

²⁸⁹ AAVV. Dir. **Molero Manglano, C.**, “Manual de Derecho del Trabajo”. Thomson Reuters. Civitas. Aranzadi. Navarra. 9ª ed. 2009. Págs 643 y 644.

²⁹⁰ **Mercader Uguina, J.R.**, “Lecciones de Derecho del Trabajo”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2ª ed. 2009. Págs. 535 y 536. Según el apartado a) del art. 52 ET, tanto la ineptitud conocida como la sobrevenida con posterioridad a la colocación efectiva del trabajador en la empresa, pueden causar la extinción del contrato, pero la existente con anterioridad al cumplimiento del período de prueba, no puede alegarse con posterioridad a su cumplimiento, ya que se considera que el empresario tuvo oportunidad de detectar la aptitud del trabajador y desistir libremente del contrato.

La ineptitud supone una falta de habilidad ya sea por falta de formación, de actualización, pérdida de facultades, imputables al trabajador, (no imputables a falta de medios), afectando de forma permanente, de suficiente entidad, independiente de la voluntad consciente del sujeto.

²⁹¹ **Cruz Villalón, J.**, “Compendio de Derecho del Trabajo”. Tecnos. Madrid. 2ª ed. 2009. Págs. 388 y 389.

Este gran esfuerzo probatorio se pone de manifiesto en abundante jurisprudencia y doctrina judicial que se pronuncia sobre el tema. A título ejemplificativo, se analizan las siguientes sentencias:

- STSJ Galicia, núm. 188/2010 de 26 de enero, (AS 2010\316); determina la falta de acreditación de los hechos que se imputan en la carta de despido. En el momento de la contratación el actor realizó promesas y adquirió compromisos que eran imposibles de cumplir y a sabiendas de la empresa, porque no tenía la capacidad necesaria para desarrollar su contrato de trabajo y la función para la cuál fue contratado. *Esto podría haber dado lugar a un despido objetivo por ineptitud sobrevenida, ex art. 52 a) del ET, pero no a la pretensión de nulidad contractual por vicios en el consentimiento, que no se han producido, ni prueba del dolo, ni promesas incumplidas.*

El actor tenía unas facultades que el demandado valoró para su contratación y otra cosa es que a la empresa no le guste cómo lleva a cabo el trabajo o que esperase más y mejor y tuviera mayores expectativas pero la decepción no justifica ni el error ni el vicio del consentimiento.

Se trata de un despido improcedente, el contrato de trabajo sólo ha durado 3 meses y en ese tiempo, el actor ha contactado con numerosas empresas buscando potenciales clientes y desarrollando una labor, que aunque la empresa considere insuficiente, por no haber realizado muchas otras de las funciones de las encomendadas o que le correspondían por su cargo, esto no justifica que su conducta sea constitutiva de indisciplina o desobediencia en el trabajo, ni transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza ni disminución continuada y voluntaria en el rendimiento, cuando el Tribunal Supremo respecto de esta causa de despido entiende que:

“La causa viene legalmente matizada por dos esenciales caracteres, cuales son el de la voluntariedad y el de la continuidad o permanencia en el bajo rendimiento productivo obtenido por el trabajador al que se sanciona disciplinariamente. El indicado descenso en la productividad ha de tener su causa en un comportamiento voluntario del trabajador, tendente a originar un perjuicio a la empresa, aspecto este subjetivo de la infracción laboral que no ha de presumirse sino que ha de quedar suficientemente probado. STS 27/11/89 (RJ 1989, 8261)”.

- STSJ País Vasco, núm. 51/2009 de 20 de enero, (JUR 2009\334788); *no es válida la pretensión que formula la empresa, y en la que quiere probar la veracidad de la carta de despido, concretando extremos que no ha detallado ni especificado, pues su actividad no versa propiamente sobre una conducta de bajo rendimiento voluntario de la trabajadora, y ello debe realizarse a través de vías de defensa diferentes, como pueden ser, una práctica constante de la empresa o manifestada en actos semejantes de sanción a otros trabajadores, o la presentación de quejas de clientes, o por la misma jerarquía empresarial, compañeros o sujetos implicados.*

En cuanto al término de comparación, puede ser el rendimiento pactado, el rendimiento anterior del propio trabajador, o bien el de otro u otros que desempeñen

tareas semejantes, en igual tiempo y condiciones, sin desconocer en cualquier caso, el grado de aleatoriedad que puede existir en ciertas tareas o actividades.

El Auto de inadmisión de recurso de casación para unificación de doctrina, del TS de 8 de abril de 2010, (JUR 2010\173976); sobre despido disciplinario por disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal del trabajo, además de declarar la falta de contradicción, establece que en el supuesto de la sentencia recurrida, consta la media de los resultados obtenidos por el resto de los trabajadores en el mismo periodo de tiempo y también que los del actor no llegaban a esa media, mientras que en el caso de la sentencia de contraste falta precisamente la prueba sobre ese elemento comparativo en los meses anteriores a aquel en que se imputa la disminución del rendimiento, sin que tampoco se acrediten los hechos imputados en el periodo de tiempo concreto, tratándose además de un trabajador con bastante más antigüedad que el recurrente y que nunca ha sido objeto de amonestación alguna.

Por otra parte, esta Sala viene declarando reiteradamente que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del ET no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico [SSTS de 15 y 29 de enero de 1997, (R. 952/1996 y 3461/1995); 6 de Julio de 2004, (R. 5346/2003); 24 de mayo de 2005, (R. 1728/2004); 8 de junio de 2006, (R. 5165/2004) y 18 de diciembre de 2007, (R. 4301/2006)].²⁹²

Resulta difícil medir el rendimiento del trabajador, salvo en trabajos que sean muy mecanizados o en cadenas de producción.

La voluntariedad requiere culpa y ausencia de justificación. Se presume la culpa cuando no consta ningún motivo ajeno al trabajador, pero que sea atribuible a razones familiares o personales.

Respecto a la continuidad de la disminución, también resulta difícil de determinar el momento a partir del cuál hay que considerar la reducción, podría bastar una cierta reiteración en el comportamiento, excluyendo supuestos momentáneos, y verificar una persistencia en la conducta. No se exige un período dilatado, se ha llegado a apreciar la continuidad no sólo en unas semanas, sino incluso en unos pocos días, cuando los supuestos son claros.

El pacto sobre rendimiento y su determinación en la cláusula de un contrato es válido siempre que no sea abusivo, como resulta del art. 49.1. b) e inciso final del 54.2.

²⁹² En sentido similar, Auto TS de 14 de enero de 2010, (JUR 2010\59384); Auto TS 15 de diciembre de 2009, (JUR 2010\67093); Auto TS de 5 de marzo de 2009, (JUR 2009\2203).

e) del ET, que alude al rendimiento del trabajo normal o pactado. STSJ de Madrid núm. 523/2006 de 11 de septiembre, (JUR 2007\39604).²⁹³

Específicamente relativas al **pluriempleo** y despido disciplinario por falta de rendimiento, se pueden citar las siguientes sentencias:

- La STSJ Andalucía, Sevilla, núm. 2309/2009 de 16 de junio, (AS 2009\2248), declara improcedente el despido de un trabajador, en situación de pluriempleo conocido y consentido por la empresa, que lo había despedido al considerar que *tanto por el tiempo empleado en la ejecución de otro trabajo, como por el invertido en los desplazamientos de ida y vuelta al lugar de trabajo, hacían absolutamente incompatible el desempeño del mismo con su actividad y rendimiento en la empresa*. El principal argumento es que la situación de pluriempleo era conocida y consentida por la empresa y no considera probada la reducción del rendimiento que alegaba la empresa.²⁹⁴

6.3. Facultad de control del empresario

Este deber del trabajador, tiene su contrapartida en la facultad de control del empresario, contenida en el art. 20.3 del ET: *“El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y de control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”*.²⁹⁵

En cuanto a la vigilancia y control para comprobar el cumplimiento laboral, se permite la utilización de cualquier medida o medio, sin excluir a priori, ninguno de los actualmente imaginables o desarrollables en el futuro conforme a nuevas tecnologías, condicionando los mismos al respeto de ciertos derechos de los trabajadores, que pueden limitar notablemente la facultad empresarial.²⁹⁶

En primer lugar, el control debe efectuarse guardando en su adopción la consideración debida a su dignidad humana, respeto a la privacidad e intimidad personal ex art. 18.1 CE, debiéndose buscar el equilibrio entre intereses contrapuestos: por un lado, el lugar de trabajo es un espacio público, en el que el trabajador no puede reclamar que se tome plenamente en consideración su intimidad, el empleado

²⁹³ Y las allí citadas, entre otras, STS de 23 de marzo de 1993, (RJ 1993\2895); STS 23 de febrero de 1990, (RJ 1990\1215); STS de 20 de octubre de 1986, (RJ 1986\6660). En el mismo sentido: STSJ País Vasco de 24 de octubre de 2000, (JUR 2001\44965).

²⁹⁴ En similar sentido: STSJ Galicia núm. de 26 de marzo de 2007, (AS 2007\2822); STSJ Madrid de 5 de octubre de 2005, núm. 795/2005, (AS 2005\3118); STSJ Castilla La Mancha, núm. 1816/2002 de 11 de noviembre, (JUR 2003\100315); STSJ Castilla y León, Valladolid, núm. 1307/2007 de 13 de julio, (JUR 2007\307288).

²⁹⁵ En este apartado se analiza esta facultad del empresario, contemplada en el art. 20.3 ET, como contrapartida al deber del trabajador y se pone en relación con el mismo.

²⁹⁶ **Cruz Villalón, J.**, “Compendio de Derecho del Trabajo”. Tecnos. Madrid. 2ª ed. 2009. Págs. 202-204.

compromete su propia persona en la ejecución del trabajo y el empresario necesita vigilar para controlar la prestación del servicio, por lo que hay que acudir a criterios finalistas de la utilidad que tengan los medios en relación a los fines que se pretenden lograr, así como proporcionalidad entre la información obtenida con ese control y el menoscabo sufrido por el trabajador en su intimidad.

Especial mención requiere en materia de rendimiento, la exigencia de que los controles empresariales han de tener en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, dado que la condición de discapacitado afecta a las tareas que le son exigibles, a la calidad del resultado así como a la intensidad del rendimiento que le es exigible.

6.4. Requisitos formales del despido disciplinario

Se analizan en este apartado los requisitos formales que ha de cumplir el despido, puesto que para que el despido disciplinario sea eficaz, ha de cumplir unos requisitos formales, que pueden imponerse tanto por la normativa de rango legal, como por el convenio colectivo que resulte de aplicación.

Debe ser notificado por escrito al trabajador, ex art. 55.1 ET, y puede efectuarse por cualquier medio que permita al trabajador conocer la voluntad del empresario en toda su extensión: tener seguridad en la identidad del remitente, comprobar la veracidad del contenido de la misma, así como permitir al empresario constatar que la comunicación ha sido recibida por su destinatario, (vgr: carta de despido, telegrama, acta notarial).

Es necesario que la notificación se efectúe dentro de un determinado plazo, 60 días a contar desde la fecha en que la empresa adquiriera conocimiento del incumplimiento y, en cualquier caso, antes de los 6 meses desde que la falta se hubiese cometido, ex art. 60.2 ET.

El empresario puede solicitar al trabajador que firme el recibí de la carta, pero la ausencia de firma no impide que pueda ser demostrada la recepción de la notificación, por otro medio que tenga carácter fehaciente. La firma del recibí tampoco puede interpretarse como conformidad con los incumplimientos que se le imputan ni aceptación de la licitud del despido decidido unilateralmente por el empleador.²⁹⁷

Además de contener la notificación de la voluntad extintiva empresarial, debe enumerar los hechos constitutivos de la infracción laboral que se le imputa, ex art. 55.1 ET, lo que dota de garantías al trabajador para que pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que considere convenientes para su defensa. Además tiene relevancia procesal, ya que sólo se admitirán motivos de

²⁹⁷ **Cruz Villalón, J.**, *“Compendio de Derecho del Trabajo”*. Tecnos. Madrid. 2ª ed. 2009. Págs. 391-394.

oposición a la demanda contenidos en la comunicación escrita del despido, ex art. 105.2 LPL.

No es necesario que en la comunicación se contenga la calificación jurídica de los hechos que se le imputan, ni una remisión expresa a alguna de las causas tipificadas legalmente o por convenio colectivo.

Según el art. 55.1 ET, ha de contener la fecha a partir de la cuál surte efectos el despido, no imponiéndose para los despidos disciplinarios plazo de preaviso alguno. Es a partir de ese momento, cuando se extinguen las obligaciones contractuales de ambas partes y se empieza a computar el plazo de caducidad para interponer demanda de impugnación.

Hay que proporcionar además la propuesta de liquidación de las cantidades adeudadas, pudiendo el trabajador solicitar la presencia de un representante de los trabajadores en el momento de la firma del finiquito, ex art. 49.2 ET. El empresario está obligado a informar a los representantes de los trabajadores del despido disciplinario, dado que el despido se considera una sanción por falta muy grave, ex art. 64.4 ET.

Cuando el despido afecte a una empresa o centro de trabajo que tenga más de 250 trabajadores y el trabajador esté afiliado a un sindicato con suficiente representatividad como para tener designado un delegado sindical en la empresa o centro de trabajo, si al empresario le consta esta circunstancia, de forma previa a la notificación del despido, debe consultar al sindicato correspondiente, ex arts. 55.1 ET y 10.3.3 LOLS, teniendo esta consulta carácter preceptivo, pero no vinculante.

Si el trabajador a despedir fuera representante legal de los trabajadores, previamente se abrirá un expediente contradictorio, con audiencia al interesado y al resto de miembros de la representación de los trabajadores, en el que deberán ser informados y podrán formular alegaciones.

La recepción por parte del trabajador de la cantidad objeto de la liquidación, por sí sola no comporta aquiescencia de trabajador a la licitud de la extinción del contrato.

El art. 55.1 ET establece la posibilidad de que estos requisitos formales se incrementen por la vía de la negociación colectiva.

Si el despido se efectúa sin respetar adecuadamente las formalidades establecidas, el empresario podrá realizar un nuevo despido, observando los requisitos omitidos inicialmente; en el plazo improrrogable de 20 días desde la fecha del primer despido, se permiten subsanar las irregularidades del despido anterior, ex art. 55.2 ET.

Lo que se produce es una revocación por parte del empresario de su primer despido, dejándolo sin efectos, y realizando otro nuevo. Durante el período transcurrido entre el primer y segundo despido, el empresario debe poner a disposición del trabajador los salarios dejados de percibir por el trabajador, devengados en los días intermedios, en los cuales también deberá mantenerle en situación de alta en Seguridad Social, así como, la

parte proporcional de las pagas extraordinarias y de las vacaciones que hasta la fecha no haya disfrutado el trabajador.

6.5. Impugnación y calificación judicial del despido disciplinario

En este apartado se analizan aspectos procesales y las diferentes calificaciones que puede revestir el despido por estas causas: procedente, improcedente o nulo, en función de las circunstancias concurrentes.

El trabajador tiene un plazo de caducidad de 20 días para demandar judicialmente por despido al empresario, a contar desde la fecha del despido, art. 59.3 ET, o en el caso de que la comunicación de despido se reciba con posterioridad a la fecha de éste, desde el día siguiente a la recepción de la carta.

Este plazo queda suspendido con la presentación ante el SMAC de la solicitud de conciliación o por la reclamación administrativa previa, cuando se trate de un empresario público, ex arts. 65.1 y 73 LPL.

El ejercicio efectivo de esta acción permite la calificación judicial del despido y la determinación de sus efectos.²⁹⁸

En cuanto a la calificación del despido, el art. 55.3 del ET establece que el despido puede ser calificado de procedente, improcedente o nulo.

a) Se considera **procedente** el despido, cuando el empresario haya acreditado el incumplimiento alegado, según el art. 55.4 ET. Cuando queden probados los hechos alegados, su gravedad y la culpabilidad del trabajador.

De calificarse como procedente, se convalidaría la extinción del contrato, el art. 55.7 ET establece que sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación, quedando las partes libres de sus respectivas obligaciones, salvo las que hubieran nacido con anterioridad. El trabajador puede solicitar, si reúne los requisitos exigidos, la prestación de desempleo, según el art. 208.1.1 c) LGSS.

b) Se considera **improcedente** en las siguientes circunstancias: cuando el empresario no acredite el incumplimiento alegado en su comunicación escrita al trabajador o cuando el incumplimiento acreditado no sea grave y culpable, según el art. 54.1 ET; así como los despidos realizados sin observar los requisitos formales exigidos, según establece el art. 55.4 ET.

Como ya se ha comentado con anterioridad, para evitar la declaración de improcedencia por inobservancia de los requisitos formales exigidos, el art. 55.2 ET, permite que el empresario que incumpla alguna de las formalidades establecidas en el art. 55.1 ET, realice en el plazo de 20 días a contar desde el día siguiente del anterior

²⁹⁸ Mercader Uguina, J.R., "Lecciones de Derecho del Trabajo". Tirant Lo Blanch. Valencia. 2ª ed. 2009. Págs. 529-534.

despido con deficiencias formales, y hasta el momento de la interposición de la demanda por el trabajador, un nuevo despido en el que se observen los requisitos formales exigidos.

Este despido sólo surte efectos desde su fecha, por lo que debe mantener al trabajador en alta en la Seguridad Social durante esos días, pudiéndose dar lugar una situación de pluriempleo, si el trabajador buscara y lograra otro empleo durante ese lapso temporal.

Tras la calificación como improcedente, se condena al empresario a que opte entre el abono de las indemnizaciones marcadas por la ley o la readmisión del trabajador, en las condiciones anteriores al despido, ex arts 56.1 ET y 110.1 LPL.

Según el art. 110.3 LPL, la opción debe ejercitarse mediante escrito o comparecencia en el juzgado en un plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia. Transcurrido este plazo sin ejercer la opción, se entiende que el empresario opta por la readmisión. Art. 56.3 ET.

c) Se considera **nulo** el despido:

1- Cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE y en la Ley, o cuando se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Arts. 55.5 ET y 108.2 LPL.

En estos casos, según el art. 108.3 LPL, el juez debe pronunciarse sobre la legitimidad o no de la causa alegada, independientemente de la forma del despido, de manera que si se justificara la causa alegada por el empresario, no guardando relación con los motivos aducidos por el art. 55 ET, el despido se declararía procedente por el juez, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación. Art. 55.7 ET.

Si se considerara probada la discriminación o la lesión de derechos fundamentales, prevalece la calificación de nulidad sobre la de improcedencia, en caso de que además hubiera defectos de forma.

2- Cuando tenga lugar el despido durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento, o paternidad a que se refiere el art. 45.1 d) ET, o el notificado en fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período. Art. 55.5 a) ET.

Según el apartado b) del art. 55.5 ET, también se considerará nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión antes referido, y el de los trabajadores que hayan solicitado alguno de los permisos que mencionan los arts. 37.4 y 5 ET, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia establecida en el art. 46.3 ET.

Todo ello, se entiende sin perjuicio de que se declarara la procedencia del despido por motivos ajenos al embarazo, permisos y excedencias mencionados.

3. Cuando se trate de trabajadores que hayan reingresado al trabajo tras finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de 9 meses desde la fecha del nacimiento, adopción o acogimiento del hijo. Art. 55.5 c) ET.

4. En el caso de despidos disciplinarios, cuando no existe causa que lo justifique y se produzca respecto a trabajadoras víctimas de violencia de género por ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de sus tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley. Art. 55 b) ET.

De considerarse nulo el despido, por alguna de las 4 categorías de causas anteriormente mencionadas, el empresario está obligado a la readmisión inmediata del trabajador, abonando los salarios dejados de percibir, ex art. 55.6 ET y 113 LPL.

Si se recurriera la sentencia declarativa de la nulidad del despido, el art. 113 LPL establece que debe ejecutarse de forma provisional, por lo que el empresario está obligado a pagar la misma retribución que estuviera pagando al trabajador antes del despido, estando el trabajador obligado a continuar con la prestación de servicios, salvo que el empresario prefiera hacer el abono sin contraprestación alguna, ex art. 295 LPL.

El art. 209.4 LGSS, establece que en el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir la relación, se entenderá, por sí misma, sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo.

En caso de existir período que corresponda a salarios de tramitación, el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período, que deberá constar en el certificado de empresa. Resulta de aplicación en los supuestos en que se hayan abonado salarios de tramitación antes del reconocimiento del derecho a la prestación de desempleo. La acreditación del cese se produce no sólo con la carta de despido, sino mediante el acta de conciliación o la resolución judicial, en caso de que se haya impugnado.²⁹⁹

²⁹⁹ El art. 209.1 LGSS establece que el derecho nacerá a partir de la situación legal de desempleo, siempre que se solicite dentro de los 15 días siguientes. Si se solicita después, se perderían los días intermedios entre el inicio de la situación y el momento de la solicitud, la cuál requiere la inscripción del solicitante como demandante de empleo y firma por parte del desempleado del compromiso de actividad.

7. Límites derivados de la protección de la salud de los trabajadores: Prevención de Riesgos Laborales

7.1. Riesgos Psicosociales

La OIT define los riesgos psicosociales como las interacciones entre el contenido, la organización y la gestión del trabajo y las condiciones ambientales, por un lado, y las funciones y necesidades de los trabajadores, por otro. Estas interacciones podrían ejercer una influencia nociva en la salud de los trabajadores a través de sus percepciones y experiencia.³⁰⁰

Si un trabajador con un único empleo puede verse afectado por situaciones expuestas a riesgos psicosociales y padecer sus consecuencias, con más probabilidades, y/o en mayor grado, se vería incurso en estas patologías, un trabajador pluriempleado y/o pluriactivo, dada su presumible mayor exposición a los riesgos que puedan dar lugar a éste, ya sea por el mayor tiempo de exposición a los riesgos laborales, por su mayor frecuencia y/o mayor intensidad.

Así pues, podrían considerarse como límites a las situaciones de pluriempleo y/o pluriactividad, en el sentido de que pueden cohibir al trabajador de la decisión de pluriemplearse o realizar simultáneamente varias actividades laborales;³⁰¹ y por otro lado, en cualquier caso, operarían como límites directos a los empresarios para los que prestara servicios en cada una de las actividades individualmente consideradas.

Los riesgos psicosociales constituyen una de las áreas definidas en la Ley de Prevención, junto con las que afectan a la seguridad, la higiene y la ergonomía; pero sus planteamientos y soluciones se prestan a más interpretaciones y a criterios menos objetivos que en el resto de disciplinas.

El problema ha de centrarse en la evaluación de riesgos, puesto que es la primera actividad exigible a cualquier empresario para proteger a sus trabajadores, y las evaluaciones de riesgos se basan, entre otros medios, en cuestionarios que sistemáticamente exponen las características del riesgo evaluado.

³⁰⁰ Organización Internacional del Trabajo (OIT)- Organización Mundial de la Salud, (OMS); “*Psychosocial factors at work: Recognition and control*”. ILO/WHO Joint Committee. Ginebra: OIT; 1984, series núm. 56. Informe fruto de la 9ª sesión del Comité Conjunto de ambas organizaciones, celebrada del 8 al 24 de septiembre de 1984. En la LPRL no encontramos ninguna referencia expresa al concepto de riesgo psicosocial, tan sólo una definición genérica de riesgo laboral, en su art. 4.2.

³⁰¹ En esta materia, se plantea la cuestión de hasta qué punto la autonomía de la voluntad del trabajador, en su decisión de realizar múltiples actividades simultáneas, podría entrar en colisión con las normas de prevención de riesgos laborales, partiendo del supuesto de no concurrir otros límites directos al pluriempleo y/o pluriactividad.

Como el riesgo psicosocial está ligado a factores muy subjetivos de la persona y de la organización empresarial, son de difícil cuantificación.³⁰²

En el ámbito de aplicación de la legislación de seguridad y salud, respecto a los riesgos psicosociales se parte de la idea de analizar de forma objetiva cuáles son los factores de la organización y ordenación del trabajo que originan un riesgo para la salud, con el fin de prevenir su producción y del análisis de las medidas que protejan y rehabiliten a las personas dañadas, teniendo por tanto un carácter muy amplio e interdisciplinar, siendo preciso acudir no sólo a conocimientos teóricos, sino también prácticos, que permitan al legislador y al resto de poderes públicos efectuar su labor.

Es lo que se analiza en este epígrafe, de forma detallada, incorporando medidas preventivas y de protección.

En este apartado se efectúa un análisis de los riesgos que pueden tener más conexión con las situaciones de pluriempleo y pluriactividad.³⁰³

Se trata de algunos riesgos psicosociales tales como la fatiga, el estrés laboral, del síndrome del “Burn Out” y otros síndromes o trastornos psicológicos que pueden acentuarse con el pluriempleo o pluriactividad, tales como la work addiction; la ergodependencia, y el síndrome de fatiga informativa o tecnoestrés; tanto su definición, características, medidas preventivas y de protección así como su tratamiento jurídico en el sistema de fuentes y en la jurisprudencia y doctrina judicial.

A) Fatiga

La fatiga se define como el resultado de la exposición a unas exigencias de trabajo durante un cierto tiempo. Se traduce en una alteración temporal de la eficiencia funcional mental y física de la persona y está en función de la actividad precedente.

Es un mecanismo regulador del organismo en cuanto que es indicador de la necesidad de descanso para recuperar la capacidad habitual de respuesta. Puede ser de distinta intensidad, desde ligera, hasta el agotamiento y se recupera con el descanso. La incidencia se da en el estado de alerta, dándose una reducción en la capacidad de atención y concentración.

La fatiga como carga mental del trabajo se desarrolla en la NTP 445.³⁰⁴ La fatiga que sigue a la realización prolongada de tareas de procesamiento de datos e informaciones

³⁰² **De Bona Numancia, J.M.**, “*Los Riesgos Psicosociales: sus causas y su prevención desde la perspectiva empresarial y sindical. (Mesa Redonda)*”; en **Agustí Juliá, J.**, “*Riesgos Psicosociales y su incidencia en las Relaciones Laborales y de Seguridad Social*”. Edita el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. XII-2004. 1ª ed. Año 2005. Págs. 450-460.

³⁰³ Se va a circunscribir el análisis de los riesgos laborales, a los que tienen una relación más directa con las situaciones objeto de estudio de esta obra, el pluriempleo y la pluriactividad. Además, indirectamente, estos riesgos a su vez pueden ser fuente de otros accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

puede afectar negativamente a las capacidades de análisis de datos, de toma de decisiones y de concentración mental; en ocasiones, se traduce en una forma de realización del trabajo propia de personas inexpertas con errores que, a simple vista, parecen inexplicables, aunque la persona no considere que su eficiencia sea menor.

Es un factor causal importante de algunos errores en la actividad y podría considerarse la fatiga como el escalón inmediato anterior a muchos accidentes laborales.

También es centro de interés el llamado lapsus. La persona que realiza trabajos que requieren toda su atención y vigilancia durante prolongados períodos de tiempo está expuesta a lapsus o bloqueos que actúan como mecanismos automáticos de regulación del organismo frente a la fatiga.

La frecuencia y duración de estos bloqueos aumenta conforme se prolonga en el tiempo la exigencia de atención y de procesamiento de información. Estos lapsus pueden generar desde una disminución del rendimiento en el trabajo, hasta fallos graves. Por añadidura, en estas circunstancias no hay un verdadero descanso ni recuperación del organismo.

En general, es el absentismo laboral de corta duración, el que más se relaciona con la fatiga mental o nerviosa. Se trata de ausencias que pueden ser de algunas horas o de unos pocos días y que no tienen un substrato de patología física identificada; la fatiga está relacionada con alteraciones de la salud como causa y como consecuencia.

En estados de fatiga mental, la persona puede referir cansancio, dolores erráticos de tipo músculo-esquelético, dolores de cabeza, molestias digestivas, etc... y las ausencias de corta duración se deben a una necesidad del propio cuerpo para descansar; sin embargo, esta forma de recuperación sólo será efectiva durante un período breve de tiempo, si es que las condiciones que fomentan la aparición de la fatiga se mantienen sin cambios.

B) Estrés laboral

1. Concepto y relevancia actual

Se puede conceptualizar el estrés laboral, como un conjunto de reacciones emocionales, cognitivas, fisiológicas y del comportamiento a ciertos aspectos adversos o nocivos del contenido, la organización o el entorno de trabajo. No obstante, **Velázquez Fernández**,³⁰⁵ considera que el concepto de estrés laboral no aparece en el ordenamiento jurídico y que resulta de difícil precisión científica.

³⁰⁴ **De Arquer, M. I.**, “Carga mental del trabajo: fatiga”. NTP 445. Archivo en soporte electrónico, publica el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Centro Nacional de Condiciones de Trabajo.

³⁰⁵ **Velázquez Fernández, M.**, “Mobbing, violencia física y estrés en el trabajo. Aspectos Jurídicos de los Riesgos Psicosociales”. Ediciones Gestión 2000. Planeta de Agostini Profesional y Formación, S.L.

Es un estado que se caracteriza por altos niveles de excitación y de angustia, con la consecuente sensación de no poder hacer frente a la situación.³⁰⁶

El estrés en el trabajo puede afectar a cualquier persona de cualquier nivel, puede aparecer en cualquier sector y en una organización de cualquier tamaño y además de afectar a la salud y la seguridad de las personas, repercute tanto en las organizaciones como en las economías nacionales.

Es el segundo problema de salud más común en el trabajo y afecta al 22% de los trabajadores de la UE-27 (en 2005), siendo probable que aumente el número de personas que sufren dolencias relacionadas con el estrés provocadas o agravadas por el trabajo.³⁰⁷

El mundo del trabajo, en constante evolución, impone cada vez mayores demandas a los trabajadores debido a la racionalización y la externalización, la creciente necesidad de flexibilidad de las funciones y cualificaciones, el aumento de los contratos temporales, la creciente inseguridad en el trabajo y la intensificación de éste (que supone una mayor carga de trabajo y más presión), y el desequilibrio entre la vida laboral y familiar.

El estrés puede provocar enfermedades y sufrimiento a las personas, tanto en su trabajo como en el hogar. Puede igualmente poner en peligro la seguridad en el lugar de trabajo y contribuir a otros problemas de salud laboral, como los trastornos musculoesqueléticos. Además, afecta de forma importante a los resultados de las organizaciones.

La reducción del estrés laboral y los riesgos psicosociales no es sólo una obligación moral, sino también un imperativo legal. Justifican también la necesidad de reducción del estrés sólidos argumentos económicos: se calcula que, en el año 2002, el coste económico anual del estrés laboral en la UE-15 fue de 20.000 millones de euros.

El estrés laboral puede tratarse de forma lógica y sistemática como otros problemas de salud y seguridad. En todo el territorio de la Unión Europea existen numerosos ejemplos prácticos de cómo hacerle frente. Con el planteamiento correcto es posible mantener a los trabajadores libres de estrés.

Barcelona. 1ª ed. Año 2005. Pág. 79. Además para este autor, el estrés no sería en ningún caso, un efecto final de la exposición a riesgos psicosociales, sino un precursor de ese efecto, que no sería otro que el de la provocación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por lo que considera que el estrés como tal, carecería de consecuencias jurídicas, pero que aún así, sería posible considerarlo no tanto como tal, sino con relación a los factores que lo originan.

³⁰⁶ **Levi, L., Costa, J., Philips, F., Richard, O.**, “*Guía sobre el estrés relacionado con el trabajo ¿la “sal de la vida” o el “beso de la muerte”?*”. Comisión Europea. Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales. Unidad D.6. 1999. Archivo en soporte informático. Pág. 14.

³⁰⁷ Fuente: Web de la **European Agency for Safety and Health at Work**; ruta: Inicio → Temas → Estrés y riesgos psicosociales.

2. Factores desencadenantes del estrés laboral

Entre los factores de estrés relacionados con el trabajo, o lo que es lo mismo, condiciones de trabajo potencialmente estresantes, **Kasl**,³⁰⁸ considera entre otros, como una dimensión del trabajo que hay que considerar a estos efectos, el **pluriempleo**, dentro de la categoría de los aspectos temporales de la jornada laboral y del propio trabajo.

La Nota Técnica de prevención del INSHT nº 318: “*El estrés: proceso de generación en el ámbito laboral*”,³⁰⁹ considera que los estresores exteriores se pueden sintetizar en 16 factores: 1) sobrecarga de trabajo, 2) volumen, magnitud o complejidad de la tarea, 3) infracarga de trabajo, 4) infrautilización de habilidades, 5) repetitividad, 6) ritmo de trabajo, 7) ambigüedad de rol, 8) conflicto de rol, 9) relaciones personales, 10) inseguridad en el trabajo, 11) promoción, 12) falta de participación, 13) estricto control por parte de los superiores, 14) cambios en la organización con gran esfuerzo adaptativo por el trabajador no facilitado por la empresa, 15) responsabilidad elevada, y 16) ambiente físico de trabajo no favorable a la ejecución adecuada de tareas que generan un sentimiento de amenaza en él.

También tienen incidencia las características de la persona del trabajador, encontrándose más expuestos las personas con interés desmesurado por la perfección y logro de metas elevadas, implicación profunda en su profesión, hasta el punto de considerar el trabajo como el centro de su propia vida, lo que se conoce como personalidad tipo A.

La interrelación que se da entre las demandas del trabajo y las características de la persona no es de carácter automático ni es una comparación de carácter objetivo, sino que está mediatizada por la particular percepción que el individuo tiene de ella y, por lo tanto, es influenciada por aspectos subjetivos. Es más, en la generación del estrés la significación e incluso la existencia de una posible situación de desajuste o desequilibrio proviene de la apreciación que el sujeto haga de esa situación.

³⁰⁸ **Kasl, S.V., Rapp, S.**, “*Stress, health and well-being: The role of individual differences*”, en la obra de **Cooper, C.L., y Payne, R.**, “*Personality and Stress: Individual differences in the stress process*”. John Wiley & Sons, Ltd. 1991. Hoboken. New Jersey. USA. Cap. 11.

Kasl, S.V., “*Assessing health risk in the work setting*”, en **Schroeder, H.E.**, “*New directions in health psychology assessment*”. Hemisphere Publishing. Washington. 1991. Págs. 95-125.

³⁰⁹ Redactada por **Martín Daza, F.**, archivo en soporte electrónico, publica el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Centro Nacional de Condiciones de Trabajo. Págs. 2, 3, 4 y 6. En ella se menciona el concepto de estrés elaborado por **Mc Grath**: “*El estrés es un desequilibrio sustancial (percibido) entre la demanda y la capacidad de respuesta (del individuo) bajo condiciones en la que el fracaso ante esta demanda posee importantes consecuencias (percibidas)*”.

Esta definición hace referencia a un proceso homeostático que es resultado del balance entre las demandas de la realidad y la capacidad de respuesta del individuo, siendo modulado este balance por la percepción que el individuo tiene de sí mismo y del mundo.

Por esto en la generación del estrés es muy importante comprender como el sujeto experimenta sus necesidades, deseos y expectativas en relación con lo que el entorno ofrece o demanda.

El objetivo de todas estas transacciones que se dan entre el individuo y la realidad es la búsqueda del equilibrio, de la adaptación a la realidad. Cuando este proceso de interacción tiene éxito, la tensión que provoca es vivida por el sujeto como motivadora y satisfactoria.

El estrés no es más que el producto del fracaso del individuo en su intento de buscar un ajuste con la realidad, de adaptarse al entorno, de tener un mínimo control sobre sí mismo, sobre el mundo y sobre su futuro inmediato.³¹⁰

Otros factores de la personalidad que pueden incentivar el estrés, son: dependencia cuando haya que tomar decisiones, ansiedad, introversión, rigidez, inexistencia de correlación entre la formación, destrezas o conocimientos adquiridos, la experiencia y la capacidad intelectual o física de la persona y el puesto de trabajo desempeñado, la mala condición física y malos hábitos de salud.

Aspectos que se pueden considerar como posibles estresores son las necesidades del individuo, aspiraciones, expectativas, valores, debido a una descompensación o a una deficiente correspondencia entre la capacidad o la habilidad del individuo y las expectativas o aspiraciones de ese individuo.

3. Efectos del estrés sobre la salud de los trabajadores

El estrés de corta duración (vgr: para cumplir un plazo), no suele constituir un problema, e incluso puede ayudar a las personas a desarrollar al máximo su potencial. Es lo que se conoce como **eustrés**.

El estrés se convierte en un riesgo para la seguridad y la salud cuando se prolonga en el tiempo y resulta muy intenso, de forma que el malestar que ocasiona en el trabajador, se somatiza, desencadenando el resto de dolencias y la sintomatología que se va a explicar acto seguido. Es lo que se denomina **distrés**.

El efecto del estrés sobre la salud es múltiple, ya que provoca las más variadas dolencias, entre las que se encuentran úlceras, alta presión arterial, trastornos músculo esqueléticos, cefaleas, problemas cardiovasculares, ataques de miocardio o incluso la muerte, además de los trastornos psíquicos de los que derivan los anteriores, así como los trastornos depresivos, el síndrome de “burn out”, trastornos del sueño, etc...

El bajo rendimiento, el absentismo y la alta rotación laborales se encuentran íntimamente ligados al estrés laboral.³¹¹

³¹⁰ Lo característico del estrés es la vivencia de una situación que el individuo no puede controlar, que le supera, como una emoción dolorosa, un sentimiento de angustia, un miedo al futuro.

La experiencia del estrés puede alterar la manera de sentir, pensar y comportarse de una persona y algunos de sus síntomas son los siguientes:³¹²

- En la organización: absentismo, elevada tasa de rotación del personal, falta de puntualidad, problemas de disciplina, acoso, disminución de la productividad, accidentes, errores y aumento de los costes de indemnizaciones o de atención sanitaria.

- En la persona: a) reacciones emocionales (irritabilidad, ansiedad, problemas de sueño, depresión, hipocondría, alienación, agotamiento); b) reacciones cognitivas (dificultad para concentrarse, recordar, aprender nuevas cosas, tomar decisiones); c) reacciones en la conducta (consumo de drogas, alcohol y tabaco; conducta destructiva), y d) reacciones fisiológicas (problemas de espalda, debilitamiento del sistema inmunológico, úlceras, cardiopatías, hipertensión).

El mayor campo de acción para combatir el estrés se encuentra en la prevención y protección de los riesgos laborales, sobre todo, en lo concerniente a la organización y ordenación del trabajo como factor causante de este proceso, así como en las formas de rehabilitación y recuperación de la persona afectada.

4. Medidas Preventivas

El mayor campo de acción para combatir el estrés se encuentra en la prevención y protección de los riesgos laborales, especialmente en todo lo concerniente a la organización y ordenación del trabajo como factor causante de este proceso y en lo relativo a las formas de rehabilitación y recuperación de la persona dañada.

Dentro de la acción preventiva, como ya hemos adelantado, es muy importante tener en cuenta la evaluación de riesgos psicosociales, lo que implica identificar y medir las exposiciones laborales a factores de riesgo para la salud. Una vez evaluados, y analizados, se pueden adoptar, entre otras, las siguientes medidas preventivas:

1. Informar de forma clara el trabajo a realizar: procedimientos operativos, objetivos a alcanzar, medios materiales de que se dispone y responsabilidades. La falta de definición de lo que se espera de un individuo, el hecho de que su rol sea ambiguo, es un factor importante en la generación de estrés, dado que la falta de información se traduce en una sensación de incertidumbre y amenaza.

2. Asegurarse de que las tareas sean compatibles con las capacidades y los recursos de los individuos y proporcionar la formación necesaria para realizarlas de forma competente, tanto al inicio del trabajo como cuando se produzcan cambios.

³¹¹ **Agustí Juliá, J.**, *“Riesgos Psicosociales y su incidencia en las Relaciones Laborales y de Seguridad Social”*. Edita el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. XII-2004. 1ª ed. Año 2005. Págs. 270, 271 y 272.

³¹² Fuente: Web de la **European Agency for Safety and Health at Work**; ruta: Inicio → Temas → Estrés y riesgos psicosociales.

También hay que informar detalladamente sobre el significado y consecuencias de los cambios, cuando tengan lugar, para evitar preocupaciones innecesarias, recabando la opinión de los afectados, con la finalidad de que se sientan partícipes de las decisiones adoptadas.

3. Evitar ambigüedades en cuestiones como la duración del contrato de trabajo y las posibilidades de promoción profesional. Potenciar el aprendizaje permanente y la estabilidad de empleo.
4. Establecer rotación de tareas y funciones en actividades monótonas y las que se caractericen por una exigencia de producción muy elevada (vgr: tareas de producción en cadena).
5. Facilitar el tiempo que sea preciso para realizar las tareas correctamente, evitando plazos de entrega ajustados y presiones. Prever pausas y descansos en las tareas especialmente arduas, ya sean físicas o mentales y planificar el trabajo teniendo en cuenta los imprevistos sin prolongar excesivamente el horario laboral.
6. Incentivar las iniciativas de los trabajadores para la autoevaluación de su actividad: forma de realizarla, calidad de los resultados, cómo solucionar problemas, tiempos de descanso, elección de turnos, etc. Las posibilidades de intervención del personal sobre la tarea incrementan la satisfacción en el trabajo.
7. Explicar la función que tiene el trabajo de cada individuo en relación con toda la organización, para que se valore su importancia dentro del conjunto de la actividad de la empresa. El hecho de conocer el sentido que tiene la tarea asignada, es positivo para la ejecución del trabajo.
8. Controlar la carga de trabajo. Tanto un exceso de trabajo como una escasa actividad pueden convertirse en fuentes de estrés. Ocurre lo mismo cuando el individuo se siente incapaz de realizar una tarea o cuando ésta no ofrece la posibilidad de aplicar las capacidades de la persona. Habría que redistribuir las tareas o rediseñar su contenido con la finalidad de que sean más motivadoras.
9. Fomentar la participación y la comunicación en la empresa a través de los canales que sean más idóneos para cada organización.

C) Síndrome de “burn out”

El burn out es considerado en la actualidad como uno de los daños laborales de carácter psicosocial más importantes. Es un proceso que surge como consecuencia del estrés laboral crónico en el cual se combinan variables de carácter individual, social y organizacional. Se trata de un síndrome con connotaciones afectivas negativas que afecta a los trabajadores en distintos niveles: personal, social y laboral.³¹³

³¹³ **Bresó Esteve, E., Salanova, M., Schaufeli, W., Nogareda, C.**, “*Síndrome de estar quemado por el trabajo “Burnout” (III): Instrumento de medición*”. NPT 732. Archivo en soporte electrónico, publica el

Una definición actualizada y ampliamente aceptada del término es la propuesta por **Maslach, Schaufeli y Leiter** en el año 2001;³¹⁴ quienes lo definen como *"una respuesta prolongada a estresores crónicos a nivel personal y relacional en el trabajo, determinado a partir de las dimensiones conocidas como agotamiento, cinismo e ineficacia profesional"*.

En esta definición queda patente el carácter tridimensional del síndrome de burn out entendiéndolo que afecta, por una lado a un nivel personal (*agotamiento: sensación de no poder da más de sí a nivel emocional*) por otro lado, a un nivel social (*cinismo: actitud distante ante el trabajo, las personas objeto del mismo, así como los compañeros/as de trabajo*) y finalmente, a nivel profesional (*ineficacia profesional: sensación de no hacer adecuadamente las tareas y ser incompetente en el trabajo*).

La diferencia con el estrés laboral radica en el proceso de desarrollo, mientras que el estrés hace referencia a procesos relativamente breves, el burn out es considerado la consecuencia de una situación prolongada de desajuste entre las demandas y los recursos laborales. Además, el burn out implica el desarrollo de actitudes negativas hacia el trabajo y el estrés no necesariamente.

No obstante, tanto estrés como burn out son fruto de la falta de balance entre la demanda y la capacidad de respuesta del individuo considerándose una consecuencia emocionalmente negativa en el estado mental del trabajador (NTP 318).

Respecto a la diferencia entre burn out y fatiga: la recuperación de la fatiga por parte del trabajador es relativamente rápida, mientras que la recuperación del burn out es mucho más lenta y costosa emocionalmente.

La fatiga suele ir acompañada de sentimientos de competencia y realización personal, mientras que el burn out conlleva una auto-evaluación negativa y sentimiento de ineficacia laboral.

D) Otros síndromes o trastornos psicológicos que pueden acentuarse con el pluriempleo o pluriactividad

Se pueden mencionar:

1 - La **work-addiction**, o síndrome de fatiga crónica,³¹⁵ se trata de un cuadro de estrés laboral, cuya sintomatología se caracteriza por cefaleas, cansancio permanente, falta de memoria, irritabilidad, disminución en la capacidad del sistema de defensas contra enfermedades, (inmunológico), entre otros.

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Centro Nacional de Condiciones de Trabajo. Págs. 1-5.

³¹⁴ **Maslach, C., Schaufeli, W. B., y Leiter, M. P.**, "Job burnout". Annual Review of Psychology 52. California. USA. Año 2001. Págs. 397-422.

³¹⁵ Otras denominaciones clínicas son: encefalomiélitis miálgica o síndrome de disfunción inmunológica.

La fatiga crónica se diagnostica cuando una persona se muestra agotada por un período de seis meses, cuando el cansancio no desaparece con el reposo y cuando se muestran cuatro de los siguientes síntomas durante más de medio año: pérdida de la memoria reciente o incapacidad para concentrarse, molestias en la garganta, ganglios linfáticos hinchados, dificultad para dormir y descansar, dolor de cabeza, el cansancio se prolonga más de un día después de realizar algún esfuerzo físico.

Se identifica una persona con adicción cuando trabaja muchísimo, más de lo que las prescripciones de su trabajo le exigen. Además, se esfuerza más de lo que es esperado por sus superiores, descuidando, de esta forma, su salud y su vida extralaboral.³¹⁶

Se puede definir, como un daño psicosocial caracterizado por el trabajo excesivo debido fundamentalmente a una irresistible necesidad o impulso de trabajar constantemente.

Es un “daño” psicosocial porque el trabajador no se siente bien, presentando síntomas de estrés y malestar psicológico. Además, estos problemas pueden afectar al ambiente social (vgr: conflictos con los compañeros, disminución del rendimiento) y extralaboral (vgr: conflictos con familia/amigos).

El trabajo excesivo debido a esa necesidad irresistible de trabajar constantemente y la compulsión por trabajar son las dimensiones principales que definen la adicción al trabajo. La adicción no termina cuando acaba la jornada laboral, sino que resulta una característica usual que los adictos se lleven trabajo a casa, trabajen los fines de semana, durante las vacaciones e incluso estando enfermos (esto es, el así llamado “presentismo”).

Todo ello se engloba dentro de lo que se ha denominado el “trabajo extra” de los adictos. Además, aún sin estar realizando una tarea física y visible, es muy probable que el adicto permanezca pensando en temas laborales.

2 - La ***ergodependencia***, consiste en la tensión que el trabajador siente por su trabajo, impidiéndole descansar durante grandes períodos de tiempo. La intensa necesidad de estas personas de trabajar todo el tiempo y no poder parar de hacerlo durante tiempos prolongados, hace que sufran de una grave depresión.

Se trata de personas adictas al trabajo, que por más que lo intenten no pueden dejar de lado sus labores durante mucho tiempo, porque tienen un sentimiento de vacío. Debido a eso, estas personas no pueden disfrutar de realizar otra actividad que no sea trabajar, es decir, que no se dan el descanso necesario para cualquier actividad de ocio.

³¹⁶ Para un mayor ahondamiento, se puede consultar, **Salanova, M., Del Líbano, M., Llorens, S., Schaufeli, W.B., Fidalgo, M.**, “*La adición al trabajo*”. Nota Técnica de Prevención nº 759, del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo de España, de cuya pág. 1, en soporte electrónico, se ha extraído este texto.

Como medidas preventivas destacan las técnicas de relajación, la búsqueda de actividades extralaborales que sean de su propio agrado y que les permitan distraerse del trabajo.

3 - Síndrome de fatiga informativa o Tecnoestrés

Aparece en personas que deben trabajar largas jornadas con nuevas tecnologías hacia las que termina por tener mayor o menor grado de dependencia.³¹⁷

El tecnoestrés se puede iniciar a la vez que se aprende a hacer uso de las nuevas tecnologías, ya que muchos trabajadores se ven obligados a adquirir nuevos conocimientos a marchas forzadas, sin cometer errores y bajo la presión de quienes desempeñan cargos superiores, por lo que es común que se experimenten ansiedad, inseguridad y sentimiento de incompetencia, lo que puede desencadenar, sobre todo en personas de mayor edad, aversión hacia las nuevas herramientas (tecnofobia), e incluso solicitar cambio de puesto.

Además, cuando se logra cierto dominio en el uso de la tecnología o cuando ésta no represente un problema, es habitual que el trabajador se dedique a experimentar sobre las posibilidades y atracciones que ofrecen estos medios, incurriendo paulatinamente en hábitos repetitivos y sin sentido: consultar decenas de veces por día su correo electrónico, navegar por Internet sin saber qué está buscando, estar siempre pendiente del teléfono móvil, etc...

A esto se añaden manifestaciones físicas como dolor en cuello, espalda, brazos y hombros, ojos irritados, dificultad para conciliar el sueño, nerviosismo y mala digestión, en tanto que anímicamente se presenta un hecho curioso: como en otros casos de estrés, la persona luce confundida y agotada, pero también parece copiar la manera en que trabaja el ordenador, de modo que todo el tiempo desea actuar deprisa, pretende realizar varias actividades a la vez y procura desempeñarse con exagerada precisión; por ello, no tolera los errores (cuando son propios hay gran decepción y depresión) y corre el riesgo de perder su identidad al obligarse a ser como una máquina.

Es común que este síndrome llegue a ocasionar, de forma secundaria: alteraciones en el ritmo cardiaco e hipertensión (aumento en la presión sanguínea), gastritis y úlcera (inflamación y perforación de la pared estomacal, respectivamente), problemas de concentración y pérdida de memoria, aumento de la agresividad y nerviosismo, mareos, distanciamiento de la pareja, familia y amistades, trastornos del sueño.

Además, el tecnoestrés, mantenido por largo tiempo, también puede ocasionar otros síndromes, en concreto los de fatiga crónica y de desgaste profesional.

³¹⁷ Salanova Soria, M., Llorens, S., Cifre Gallego, E., Nogareda Cuixart, C., "Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial". Nota Técnica de Prevención. Nº 730. INSHT. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Centro Nacional de Condiciones de Trabajo. Archivo en soporte electrónico.

7.2. Tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales

A) Desde el punto de vista **constitucional**, el art. 40.2 CE recoge un principio de atribución a los poderes públicos de velar por la seguridad y salud en el trabajo, donde destaca su ubicación sistemática, en el seno de los principios rectores de la política social y económica. Además, toda la normativa relacionada con esta materia se enlaza directamente con el derecho a la vida y a la integridad física, contenidos en el art. 15 de la CE, con rango de derecho fundamental.

Por otro lado, los riesgos psicosociales objeto de estudio, podrían vulnerar el derecho a la integridad física y moral, contenido en el art. 15 de la CE. Vgr: en un supuesto de estrés laboral, al actuar como precursor de una enfermedad, que puede ser mental o física, o de un accidente, el problema sería determinar la relación de causalidad.

B) Derecho Comunitario

De la presencia de España en la Unión Europea se deriva, la necesidad de armonizar nuestra política con la naciente política comunitaria en esta materia, preocupada, cada vez en mayor medida, por el estudio y tratamiento de la prevención de los riesgos derivados del trabajo.

Prueba de ello fue la modificación del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea por la llamada Acta Única, a tenor de cuyo artículo 118 a), se establece que los Estados miembros vienen, desde su entrada en vigor, promoviendo la mejora del medio de trabajo para conseguir el objetivo antes citado de armonización en el progreso de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores.

Este objetivo se ha visto reforzado en el Tratado de la Unión Europea mediante el procedimiento que en el mismo se contempla para la adopción, a través de Directivas, de disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente.³¹⁸

Consecuencia ello ha sido la creación de un acervo jurídico europeo sobre protección de la salud de los trabajadores en el trabajo. De las Directivas que lo configuran, la más significativa es, la 89/391/CEE, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, que contiene el marco jurídico general en el que opera la política de prevención comunitaria.

Destacan también en esta materia, las Directivas 92/85/CEE, 94/33/CEE y 91/383/CEE, relativas a la protección de la maternidad y de los jóvenes y al tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal, así como la 2003/88 CE.

³¹⁸ Exposición de Motivos de la LPRL. Ley 31/1995 de 8 de noviembre.

a)- La Directiva Marco 89/391/CEE, fijó los principios y obligaciones básicas sobre Seguridad y Salud en el Trabajo comunes para todos los países de la UE. En relación más estrecha con los riesgos psicosociales objeto de estudio, destacan:

- El art. 6 que establece la necesidad de que el empresario lleve a cabo una gestión de los riesgos, que resulta de aplicación directa incluso a aquellos riesgos para los que el legislador nacional no hubiera previsto ninguna medida concreta o específica.

- En el apartado 2 de este mismo art. 6, se precisa que el empresario aplicará las medidas con arreglo a unos principios generales y entre ellos se encuentra el de adaptar el trabajo a la persona.

- En este mismo artículo, se establece la obligación del empresario de planificar la prevención buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de factores ambientales en el trabajo.

b) La Directiva 2003/88/CE, sobre ordenación del tiempo de trabajo,³¹⁹ afecta a los riesgos psicosociales en materia de trabajo nocturno y a turnos y la carga y ritmo de trabajo.³²⁰

Respecto al trabajo nocturno, en el preámbulo de esta Directiva se menciona entre otros aspectos, que procede limitar su duración, incluidas las horas extraordinarias, siendo importante que estos trabajadores disfruten de una evaluación gratuita de su salud, previa a su incorporación y posteriormente, a intervalos regulares, siendo necesario que los trabajadores nocturnos que padezcan problemas de salud sean trasladados, cuando sea posible, a un trabajo diurno para que sean aptos. (Art. 9).

La situación de los trabajadores nocturnos y por turnos exige que el nivel de su protección en materia de seguridad y salud esté adaptado a la naturaleza de sus trabajos respectivos y que los servicios y medios de protección y de prevención tengan una organización y un funcionamiento eficaces.

El art. 8 establece que hay que limitar la duración del trabajo nocturno, especialmente cuando el trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes.

El preámbulo de esta Directiva, también admite, respecto al ritmo de trabajo, que las características del trabajo pueden tener efectos perjudiciales para la seguridad y la salud de los trabajadores, la organización del trabajo con arreglo a cierto ritmo debe tener en cuenta el principio general de adecuación del trabajo a la persona.

³¹⁹ ya analizada en sede de limitaciones al pluriempleo y pluriactividad, págs. 134-141 de esta Tesis.

³²⁰ **Velázquez Fernández, M.**, *“Mobbing, violencia física y estrés en el trabajo. Aspectos Jurídicos de los Riesgos Psicosociales”*. Ediciones Gestión 2000. Planeta de Agostini Profesional y Formación, S.L. Barcelona. 1ª ed. Año 2005. Págs. 92 y 93.

Por otro lado, el art. 13 de esta Directiva, establece que los Estados han de adoptar medidas para que los empresarios que prevean organizar el trabajo con arreglo a cierto ritmo, tengan en cuenta el principio general de adecuación del trabajo a la persona, para atenuar el trabajo monótono y el acompasado, en función del tipo de actividad y de los requisitos en materia de seguridad y salud, especialmente en lo que se refiere a las pausas durante el tiempo de trabajo.

C) Normativa interna española con rango infraconstitucional

1. Estatuto de los Trabajadores

En cuanto al **ET**, se puede considerar que tienen relación con los riesgos psicosociales, los siguientes preceptos:

- Art. 4.2, que establece derechos laborales de los trabajadores. En su apartado d), se prevé el derecho de los trabajadores a su integridad física, y en la medida en que los riesgos psicosociales pueden ser precursores de accidentes o enfermedades, tendrían relación con el mismo.
- Art. 19.1, derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo.
- Art. 20.3, la dirección y control de la actividad laboral debe guardar en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana. (...).
- Art. 39.3. La movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional, teniendo el derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice. (...).
- Art. 50.1, resolución del contrato de trabajo por modificaciones sustanciales del mismo que redunden en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad.

2. Ley de Prevención de Riesgos Laborales

La LPRL transpone al Derecho español la Directiva 89/391/CEE, (relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, que contiene el marco jurídico general en el que opera la política de prevención comunitaria), al tiempo que incorpora disposiciones de otras Directivas cuya materia exige o aconseja la transposición en una norma de rango legal, como son las Directivas 92/85/CEE, 94/33/CEE y 91/383/CEE, relativas a la protección de la maternidad y de los jóvenes y al tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal.³²¹

³²¹ Exposición de Motivos de la LPRL 31/1995 de 8 de noviembre.

Así pues, el mandato constitucional contenido en el artículo 40.2 de nuestra Constitución y la comunidad jurídica establecida por la Unión Europea en esta materia, configuran el soporte básico en que se asienta la LPRL.

Junto a ello, nuestros propios compromisos contraídos con la Organización Internacional del Trabajo a partir de la ratificación del Convenio 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, enriquecen el contenido del texto legal al incorporar sus prescripciones y darles el rango legal adecuado dentro de nuestro sistema jurídico.

a) Ámbito subjetivo de aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales

Debido a que la prevención de riesgos laborales afecta a la totalidad de la actividad económica y laboral, la tendencia es la de ampliar al máximo el ámbito subjetivo de aplicación de su normativa reguladora.³²²

Ciñéndonos al ámbito privado, en principio, siguiendo el art. 3 de la LPRL, ésta resulta de aplicación al conjunto de trabajadores sometidos a una relación laboral sujeta a la legislación laboral, incluyendo tanto a los regulados por el ET como a los calificados como relación laboral especial, exceptuando los comprendidos dentro de la relación laboral de carácter especial del personal al servicio del hogar familiar, aunque el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene, (art. 3.4 LPRL).

Respecto a los autónomos, aunque sea con ciertas limitaciones, la norma también pretende extender su aplicación al trabajo autónomo, sobre todo cuando la actividad profesional se ejecuta en el contexto de la descentralización productiva, a través de contratas que determinan la ejecución del trabajo en los centros de trabajo o establecimientos de la empresa del cliente, (art. 24 LPRL y art. 8 Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo).

Igualmente serán aplicables a las sociedades cooperativas, constituidas de acuerdo con la legislación que les sea de aplicación, en las que existan socios cuya actividad consista en la prestación de un trabajo personal, con las peculiaridades derivadas de su normativa específica, ex art. 3.1 LPRL.

La norma es consciente de que otros empresarios, sin tener la condición de empleadores de los trabajadores, pueden incidir con su actividad sobre los riesgos profesionales de tales empleados, por lo que se establecen algunas obligaciones específicas para fabricantes, importadores y suministradores, ex arts. 3.1 y 41 LPRL.

³²² **Cruz Villalón, J.**, *“Compendio de Derecho del Trabajo”*. Tecnos. Madrid. 2ª ed. 2009. Págs. 287-289.

b) Síntesis de aspectos relevantes de la LPRL en relación a los riesgos psicosociales

La LPRL establece los principios generales sobre prevención de riesgos profesionales para proteger la seguridad y salud: eliminar o disminuir los riesgos laborales, la información, consulta, participación equilibrada y formación de los trabajadores en materia preventiva.

De los derechos que establece la ley y que tienen relación con los riesgos psicosociales, podemos citar entre otros, los contenidos en los artículos siguientes:

- **Art. 14.1**, derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y correlativo deber del empresario.

- **Art. 14.2**: *En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta Ley.*

El empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo.

Con respecto a este deber de protección del empresario, la doctrina judicial ha llegado a afirmar que es incondicionado, y prácticamente ilimitado, debiéndose adoptar las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran, dispensándose esa protección aun en supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador.³²³

Por su parte, el Convenio 155 de la OIT, establece que la obligación de los empleadores de garantizar lugares, operaciones y procesos seguros ha de articularse, en

³²³ STSJ Cataluña de 30 de septiembre de 2003, (JUR 2003\236788); STSJ Asturias núm. 1267/2006, de 21 de abril, (AS 2007\23); STS de 5 de diciembre de 2006, (RJ 2006\8188); STS de 9 de octubre de 2006, (RJ 2006\6532); STS de 8 de octubre de 2004, (RJ 2004\7591).

la medida de lo razonable y factible, aunque ese carácter razonable cede con frecuencia ante un planteamiento cuasi-objetivo de la responsabilidad empresarial, a resultas de actas de la Inspección de Trabajo, recargos de prestaciones, etc...³²⁴

- **Art. 15. 1 d)**, recoge el principio de adaptabilidad del trabajo a la persona, en particular, en lo referente a la concepción de los puestos de trabajo, a la elección de los equipos y métodos de trabajo y de producción, tratando de atenuar el trabajo monótono y repetitivo y minorar los efectos del mismo en la salud.

- **Art. 16:** Relativo al Plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva.

La existencia o no de riesgos psicosociales se comprueba analizando la evaluación de riesgos y las medidas que la empresa haya adoptado según los resultados de la evaluación.

Si hay riesgos psicosociales y no se han adoptado por parte de la empresa las medidas adecuadas, la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, debe establecer diligencia en el Libro de Visitas mediante el correspondiente requerimiento, y en su caso, incoar el correspondiente procedimiento sancionador, con el acta de infracción que recoja la infracción detectada.

3. Ley General de la Seguridad Social

Desde el punto de vista de la LGSS, dado el origen laboral de los síntomas que se han explicado, para que se considere que tienen carácter profesional, debe probarse la relación causal directa entre el trabajo y la patología, y no en otros factores exógenos al trabajo, debiendo determinarse por criterios objetivos, sobre la base de unas concretas lesiones acreditadas.

Para que el trabajador sea acreedor de una indemnización dirigida a compensar el daño sufrido en concepto de contingencia profesional, es necesario que se produzca alguna de las situaciones de las que se pueda predicar la calificación de profesional, según los arts. 115 y 116 de la LGSS: una situación de incapacidad temporal, incapacidad permanente, o el fallecimiento del trabajador, de las que puedan surgir unas prestaciones.

En el ámbito probatorio de la relación de causalidad entre el trabajo y la patología, que ha de ser directa, ya sea mediata o inmediata, los riesgos psicosociales pueden subsumirse en el apartado 1, en el 2, o incluso en el 3º del art. 115 LGSS, pudiendo así distinguir los siguientes supuestos:³²⁵

³²⁴ AAVV. Dir. **Molero Manglano, C.**, *“Manual de Derecho del Trabajo”*. Thomson Reuters. Civitas. Aranzadi. Navarra. 9ª ed. 2009. Pág. 377.

³²⁵ **Rivas Vallejo, P.**, *“Seguridad Social y Riesgos Psicosociales: su calificación como contingencia profesional”*, en **Agustí Juliá, J.**, *“Riesgos Psicosociales y su incidencia en las Relaciones Laborales y*

a) Manifestaciones súbitas y violentas del estrés laboral o de cualquier otro riesgo, (vgr: infarto de miocardio): se aplicaría la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS, si tienen lugar en el tiempo y lugar de trabajo, liberando al trabajador de la carga de la prueba del nexo de causalidad, tanto si se tratara de accidentes como de enfermedades, salvo que se trate de una enfermedad, que en sí misma excluya su carácter laboral, pero en este tipo de riesgos resultaría muy difícil de determinar por su naturaleza psicosocial, o por acontecer hechos que rompan el nexo causal.

Al respecto, destaca la STS de 23 de enero de 1998, (RJ 1998\1008); que califica de accidente de trabajo, mediante la presunción de laboralidad, en un supuesto de infarto de miocardio, con molestias anteriores a la incorporación al trabajo, estimando el recurso de casación para unificación de doctrina.

Esta sentencia, recoge la jurisprudencia reiterada de las siguientes sentencias del TS: STS de 22 de marzo de 1985, (RJ 1985\1374), 25 de septiembre de 1986, (RJ 1986\5175), 29 de septiembre de 1986, (RJ 1986\5202), 4 de noviembre de 1988, (RJ 1988\8529) y 27 de octubre de 1992, (RJ 1992\7844), que pese a las fechas de las que datan, se puede considerar que mantienen relevancia actual.

En síntesis, se establece que: *“Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad de trabajo surgida en tiempo y lugar de prestación de servicios, la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen su nexo causal”*.

“Son numerosas las sentencias que han afirmado la presunción de laboralidad no sólo a los accidentes en sentido estricto, o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo por agentes patológicos internos o externos”.

“Es de conocimiento común, que el esfuerzo de trabajo es con frecuencia un factor desencadenante o coadyuvante en la producción del infarto de miocardio. Para desvirtuar la presunción de laboralidad de una enfermedad de trabajo, no es suficiente que se hubieran producido síntomas de la misma en fechas o momentos inmediatamente precedentes al episodio de infarto agudo”.

b) Enfermedades de aparición lenta y progresiva: tanto enfermedades que se entienden como accidente de trabajo, cuya relación de causalidad quedara acreditada por el trabajador y otro grupo constituido por las contraídas en el desempeño de cargos electivos de carácter sindical, (del art. 115.2 b), las enfermedades de trabajo no incluidas expresamente en la lista de enfermedades profesionales, siempre que se

demuestre el carácter laboral de aquéllas, (ex apartados e y c del mismo art. 115.2), y las enfermedades que el trabajador ya padeciera con anterioridad, pero se vean agravadas como consecuencia del trabajo, ex art. 115.2 f.³²⁶

- Se aplicaría al apartado **e** del art. **115.2** LGSS cuando no existan factores externos al trabajo, sino que éste y sus circunstancias sean los únicos elementos causantes de la patología.

- Se aplica el apartado **f** del art. **115.2** LGSS cuando algún acontecimiento súbito y violento constitutivo de un accidente de trabajo o cualquier otro evento o enfermedad que haya recibido la calificación de accidente de trabajo se encuentre en el origen del trastorno o patología que con posterioridad se desarrolle y se esté enjuiciando.

- Se aplica el art. **115.3** LGSS, en caso de que se trate de una manifestación súbita de una enfermedad, que acontezca en tiempo y lugar de trabajo, salvo que se acredite que no hay relación alguna con el trabajo.

Resulta relevante en la interpretación del apartado 3 del art. 115 LGSS, la doctrina judicial marcada por la STSJ Cataluña núm. 1103/2010 de 9 de febrero, (JUR 2010\157271), que desestima la consideración de accidente de trabajo en misión, en el supuesto de hecho del fallecimiento por insuficiencia cardio-respiratoria y cardiopatía isquémica, al no concurrir ni el tiempo ni lugar de trabajo, produciéndose durante el descanso del trabajador en un hotel.

Los argumentos que fundamentan tal resolución son los siguientes: *“No puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión, el trabajador se encuentra en el tiempo y lugar de trabajo, aunque se trate de períodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado”*.

Esta sentencia del TSJ de Cataluña, reitera la doctrina jurisprudencial marcada por las sentencias del Tribunal Supremo siguientes: STS 30 de junio de 2004, (RCUD 4211/2003); 16 de julio de 2004, (RCUD 3484/2003); y las allí citadas, entre otras las siguientes: STS 4 de julio de 1995, (RCUD 1499/1994); 20 de marzo de 1997, (RCUD 2726/1996); 30 de mayo de 2002, (RCUD 1639/2000); y que a su vez se pueden sintetizar en los siguientes razonamientos:

1. La presunción de laboralidad del accidente o dolencia de trabajo establecida en el art. 115.3 LGSS, sólo alcanza a los accidentes acaecidos en el tiempo y lugar de trabajo, pero no a los ocurridos en el trayecto de ida al trabajo o vuelta del mismo.

2. La asimilación a accidente de trabajo sufrido “in itinere” se limita a los accidentes en sentido estricto, esto es, a las lesiones súbitas y violentas producidas por

³²⁶ Destaca la STS de 27 de febrero de 2008, (RJ 2008\1546), que reitera la jurisprudencia marcada por las sentencias del TS de 9 de mayo de 2006, (RJ 2006\3037) y 7 de octubre de 2003, (RJ 2003\7724).

un agente externo y no a las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y manera de manifestación.

Para estas enfermedades que se manifiestan en el trayecto del domicilio al trabajo, (precisa la sentencia de 30 de junio de 2004, anteriormente citada), la calificación como accidente de trabajo, depende de que quede acreditada la relación causal con el trabajo.

Un problema adicional que puede plantearse a la hora de determinar el nexo causal, es el transcurso del tiempo hasta que aparecen los síntomas de la enfermedad o trastorno.

Una cuestión paradójica es la imposibilidad de calificación de los riesgos psicosociales como enfermedad profesional, su atipificación y exclusión del cuadro de enfermedades profesionales del RD 1995/1978, ya que al no incluirse expresamente en el mismo, su calificación, si su etiología es laboral, pasa a ser la de accidente de trabajo, pese a que sea una “enfermedad del trabajo”.³²⁷

4. Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social

La LISOS, establece como infracción grave en su art. 12, entre otras, las siguientes conductas u omisiones:

- No llevar a cabo las evaluaciones de riesgos, y en su caso, sus actualizaciones y revisiones. (...).
- No realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia de la salud de los trabajadores, o no comunicar su resultado a los trabajadores afectados.
- Incumplir la obligación de efectuar la planificación de la actividad preventiva o no realizar el seguimiento de la misma (...).
- La adscripción de trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales (...), salvo que se trate de infracción muy grave, ex art. 13 del mismo texto normativo.
- El incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores sobre los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables, salvo que se trate de infracción muy grave, ex art. 13 del mismo texto normativo.
- Incumplimiento de derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

³²⁷ Se han expuesto las líneas principales del régimen jurídico de estas contingencias. En el apartado 7.4. de este mismo epígrafe, denominado *Tratamiento jurisprudencial y de doctrina judicial de los riesgos psicosociales objeto de estudio*, págs. 187-190 de esta Tesis, se efectúa un análisis de pronunciamientos recientes sobre las patologías principales que podrían ocasionarse y/o agravarse concurriendo las situaciones de pluriempleo o pluriactividad.

- No proporcionar la formación o los medios adecuados para el desarrollo de sus funciones a los trabajadores designados para las actividades de prevención y a los delegados de prevención, etc...

El art. 13 del mismo texto legal, establece las infracciones muy graves, mientras que las sanciones correspondientes a estas infracciones se contemplan en el art. 40.

El incumplimiento de la legislación laboral puede servir de base o ser causa última de una situación de estrés laboral. Específicamente referidos a las actuaciones sancionadoras ante las situaciones de estrés laboral, se pueden mencionar las siguientes infracciones:³²⁸

a) Transgresión de los límites legales sobre jornada laboral. Las situaciones de estrés pueden ser la consecuencia directa o indirecta de la transgresión de los límites legales o pactados de jornada, horas extraordinarias, trabajo nocturno, descansos, vacaciones, permisos y en general, tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 23 y 34 a 38 del ET, cometándose una infracción grave, según lo establecido en el art. 7.5 de la LISOS.

b) Vulneración del procedimiento establecido en el art. 41 ET, en cambios organizativos que afecten al trabajador relativos a sistemas de trabajo y rendimiento, régimen de jornada, sistemas de remuneración o funciones.

Si el empresario no sigue los cauces establecidos en el art. 41 ET, estaría incurriendo en la infracción grave prevista en el art. 7.6 LISOS.

c) Vulneración de los derechos básicos de la relación laboral: como puede ser el de ocupación efectiva, del art. 4.2 a) ET, o el de promoción y formación profesional contenido en el art. 4.2 b) del ET.

Su conculcación podría constituir una infracción grave, ex art. 7.10 de la LISOS.

d) Infracción por falta de vigilancia sanitaria de trabajos nocturnos: previsión contemplada en el art. 36.4 ET, en virtud de la cuál, el trabajador nocturno ha de disponer de una evaluación gratuita de su salud antes de su afectación al trabajo nocturno, y a intervalos regulares con posterioridad al inicio de esta modalidad de prestación de servicios.

En caso de infringirse, se trataría de una infracción grave, prevista en el art. 12.2 de la LISOS.

e) Falta de adecuación de la salud del trabajador al trabajo nocturno: Según el art. 36.4 ET, los trabajadores que tengan un problema de salud ligado al hecho de su trabajo nocturno, tienen derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno para el que sean profesionalmente aptos.

³²⁸ **Velázquez Fernández, M.**, “*Mobbing, violencia física y estrés en el trabajo. Aspectos Jurídicos de los Riesgos Psicosociales*”. Ediciones Gestión 2000. Planeta de Agostini Profesional y Formación, S.L. Barcelona. 1ª ed. Año 2005. Págs. 239-241.

En caso de incumplirse, se podría dar lugar a la infracción grave prevista en el art. 12.7 LISOS o excepcionalmente en el art. 13.4 LISOS como infracción muy grave.

f) Infracción por trabajos monótonos o ritmo inadecuado:

El incumplimiento de lo previsto en el art. 36.5 ET y 15.1 d) de la LPRL, podría dar lugar a la infracción tipificada en el art. 12.16 de la LISOS, así como la prevista en el art. 12.1 de la misma Ley.

5. Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social

Las funciones de control y vigilancia de la legislación laboral, de prevención de riesgos laborales, de seguridad social y de trabajo de extranjeros, entre otras, corresponden a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Los riesgos psicosociales, podrían por sí mismos activar todos los mecanismos de actuación típicos de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, previstos en la Ley 42/1997, dado su carácter poliédrico e interdisciplinar, pudiendo ser objeto de requerimiento, advertencia o inicio de un procedimiento sancionador frente al empresario ex art. 3.1 LOITSS.

También pueden ser objeto de mediación, conciliación y arbitraje en los conflictos laborales que tenga atribuida legalmente la Inspección, ex art. 3.3 LOITSS. Destaca además la función informadora a las Administraciones Públicas de la Inspección contenida en el art. 3.2 de la misma Ley.

7.3. Tratamiento jurisprudencial y de doctrina judicial de los riesgos psicosociales objeto de estudio

A) Síndrome de Fatiga Crónica

- STSJ Cataluña, sentencia núm. 9326/2004 de 29 de diciembre, (JUR 2005\55828) y STSJ Cataluña, sentencia núm. 2570/2006 de 24 de marzo, (JUR 2006\241222). No consideran como profesional el síndrome de fatiga crónica, no está incluida en el cuadro de enfermedades profesionales y se considera que tampoco puede aceptarse que la enfermedad sea accidente de trabajo, en base a que el art. 115.2 e) de la LGSS sólo considera accidentes aquellas enfermedades que no sean propiamente profesionales contraídas por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la realización del mismo, prueba que en el caso planteado no se ha practicado. Se considera por tanto, que la fatiga crónica se deriva de enfermedad común.

- STSJ Madrid, sentencia núm. 608/2005 de 30 de mayo, (JUR 2006\14467). Se trata de un supuesto de Incapacidad Permanente Absoluta, derivado de fatiga crónica invalidante, de más de 6 meses de evolución y que limita la actividad diaria en más del

50%, (primer criterio de diagnóstico), cefalea recurrente, no causado por otros procedimientos médicos que pudieran inducirla, tales como enfermedades infecciosas crónicas, hepáticas, endocrinas y psiquiátricas, tales como la depresión mayor.

Esta sentencia, recoge indicadores biológicos (por ello empíricamente verificables y objetivos), de la fatiga crónica. Entre otros protocolos de medición de la patología se enumeran los siguientes: cociente Rnasal/Rnasa, (que en condiciones normales sería < a 0,5), siendo la actividad de la Rnasa, en condiciones normales, de 50, el test de ejercicio físico, como el estudio de disfunción neurocognitiva, valorado a través de una bacteria neuropsicológica (Waiss-Escalas Wessler para adultos), que pone de manifiesto dificultad en la atención y concentración y memoria y problemas en el procesamiento de la información, entre otros.

- STSJ Murcia, sentencia núm. 1185/2006 de 11 de diciembre, (JUR 2007\83426) y STSJ Murcia, sentencia núm. 1140/2006 de 27 de noviembre, (JUR 2007\60773), confirman la calificación como enfermedad común.

B) Estrés laboral

- STSJ Andalucía, Sevilla, núm. 1722/2008 de 15 de mayo, (JUR 2009\151060). Enfermedades contraídas con motivo de la realización del trabajo. Se considera accidente laboral, no exigiendo que la situación derive de una concreta y determinada actuación laboral, bastando que tenga causa en el ejercicio de la actividad profesional.

- En la STS de 18 de enero de 2005, (RJ 2005\1157), se enjuicia el supuesto de hecho de un ertzaina que siendo objeto de agresiones materiales y verbales por elementos del entorno abertzale, causó baja por IT calificada ab initio como derivada de enfermedad común por reacción aguda al estrés, que posteriormente se diagnosticó como trastorno adaptativo con alteración mixta de las emociones y de la conducta, lo que implica el reconocimiento de estresores objetivos en su entorno, que han superado la capacidad del sujeto para un afrontamiento eficiente.

El demandante solicitó la consideración de la IT como derivada de accidente de trabajo ante el INSS, que consideró que era enfermedad común. Finalmente se estima el recurso de casación y se considera que deriva de accidente laboral, al amparo del art. 115. 2 e) de la LGSS.³²⁹

- STS de 9 de diciembre de 2009, (RJ 2010\373); se califica como accidente de trabajo un supuesto de estrés laboral, posteriormente diagnosticado como trastorno adaptativo con síntomas de ansiedad.

³²⁹ En similar sentido, se pueden citar las siguientes sentencias: STSJ País Vasco de 16 de octubre de 2001, (JUR 2002\80295); STSJ País Vasco de 11 de octubre de 2005, (AS 2005\2742); STSJ Extremadura núm. 237/2005 de 20 de abril, (AS 2005\1026); STSJ Andalucía, Sevilla, núm. 1722/2008 de 15 de mayo, (JUR 2009\151060).

C) Burn- Out

- STSJ Andalucía, Granada, sentencia núm. 29/2007, de 10 de enero, (AS 2008\53); en un supuesto de Incapacidad Temporal, califica el hecho causante como accidente de trabajo, en un supuesto de Burn- Out.³³⁰

- En sentido contrario, desestimando la consideración de accidente de trabajo, por inexistencia de prueba de que tenga como causa exclusiva el trabajo, podemos citar la siguiente sentencia: STSJ Comunidad Valenciana, núm. 2213/2006 de 21 de junio, (AS 2006\3450).³³¹ “*Las denominadas enfermedades del trabajo, entre ellas las psíquicas, se integran por un elemento intencional lesivo, que en el caso del burn out en principio, está ausente*”.

Se describe la patología y su sintomatología: “*Se trata de un síndrome de agotamiento mental y físico intenso, resultado de un estrés laboral crónico o frustración, prolongado y que según tanto la Psicología del Trabajo, como la Medicina Forense, se trata de un trastorno de adaptación del individuo al ámbito laboral, cuya caracterización reside en el cansancio emocional, (pérdida progresiva de energía, desgaste, agotamiento y fatiga emocional)*.”

El quemado por el trabajo, se ha dicho, tiene fuerzas, pero no ganas, la despersonalización, manifestada en la falta de realización personal, sentimientos de frustración, inutilidad, desinterés progresivo hacia el trabajo, con rutinización de tareas, aislamiento del entorno laboral y social y frecuentemente, ansiedad, depresión (trastorno psíquico adaptativo crónico)”.

También abarca las posibles causas del problema: “*Respecto a sus causas, se apuntan como estresores laborales desencadenantes los vinculados al puesto de trabajo y las variables de carácter personal. Entre los primeros se señalan la categoría profesional, las funciones desempeñadas, o la escasez de personal*. STSJ Navarra de 23 de marzo de 2004, (AS 2004\1072).

Considera que no existe prueba de que tenga como causa exclusiva el trabajo, el actor no ha acreditado relación causal entre la depresión y el trabajo desempeñado,

³³⁰ En el mismo sentido: STSJ Cataluña, núm. 477/2005 de 20 de enero, (AS 2005\31); STSJ Cataluña, núm. 5356/2006 de 12 de julio, (AS 2007\1445); STSJ Castilla La Mancha, núm. 1844/2005 de 30 de diciembre, (AS 2005\3712); estima que la incapacidad temporal, (atendiendo a los hechos declarados probados y considera que los expertos, médicos y psicólogos, entienden que el origen de esta perturbación tanto física como psicológica que padece el recurrente), tiene origen laboral. STSJ País Vasco, núm. 2662/1999, de 2 de noviembre, (AS 1999\4212).

³³¹ A favor: STSJ Cataluña, núm. 1145/2008 de 16 de febrero, (JUR 2008\137477), que tampoco considera accidente de trabajo el síndrome de desgaste profesional, por falta de prueba; STSJ Andalucía, Granada, núm. 3471/2006 de 13 de diciembre, (JUR 2007\180557); STSJ Navarra núm. 210/2009 de 8 de septiembre, (AS 2009\2808), considera que es enfermedad común, en un supuesto de problemas de tensión física/mental, que no encaja en patologías descritas y calificadas como enfermedades del trabajo, no existiendo evidencias suficientes de la relación causal con el cuadro que desencadenó la Incapacidad Temporal. STSJ Extremadura, núm. 67/2005 de 27 de enero, (AS 2005\82).

según el art. 115.2 e), no existe presunción legal, sino que hay que acreditar la relación causal entre las secuelas clínicas y su origen. Resulta necesaria, por parte del actor, la prueba del nexos causal.

- Destaca la STSJ Extremadura núm. 603/2009, de 14 de diciembre, (AS 2010\53); según la cuál no cabe duda de que el suicidio tuvo su causa en el trabajo, incluso aunque tuvo lugar en sitio distinto al que era lugar habitual de trabajo, y la tarea que el trabajador estaba desempeñando tampoco era habitual, pero el art. 115.2 c) de la LGSS, contempla el accidente de trabajo en misión.

Son tiempo y lugar de trabajo a los efectos de la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS, el tiempo de trabajo efectivo sin restricción o reserva al horario ordinario o normal de actividad y el lugar en que se está por razón de la actividad encomendada. Se amplía la presunción a todo el tiempo en que el trabajador, en consideración a la prestación de sus servicios, aparece sometido a las decisiones de la empresa. STS de 4 de mayo de 1998, (RJ 1998\4091).

8. Prohibiciones y limitaciones contempladas en la negociación colectiva

Desde la negociación colectiva se han adoptado determinados incentivos a la creación o el mantenimiento de los puestos de trabajo, a través de mecanismos acordados entre los interlocutores sociales e incorporados en los convenios bajo la fórmula de las genéricamente llamadas cláusulas de empleo, entre otras medidas para imponer límites al pluriempleo dentro del ámbito de disposición material que permite el art. 85 ET.³³²

Son cláusulas de reparto del empleo³³³ que pretenden incidir indirectamente en la creación de empleo incorporando medidas que puedan favorecer el reparto del empleo existente, por medio de procedimientos como la eliminación del pluriempleo, la reducción de jornada, el control de las horas extraordinarias, la jubilación anticipada obligatoria o voluntaria, o la jubilación parcial con contrato de relevo. A ello pueden añadirse cláusulas de contratación de colectivos específicos en relación con el empleo vacante.

³³² **Sempere Navarro, A.V., Nicolás Franco, A.**, “*Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva*”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 33 de agosto del 2001. Págs. 123 a 149. Dentro del ámbito de disposición material que permite el art. 85 ET, se han impuesto limitaciones al pluriempleo, bajo la fórmula de las cláusulas de reparto del empleo, que pretenden incidir indirectamente en la creación de empleo, mediante la eliminación del pluriempleo, reducción de jornada, limitación de horas extraordinarias, entre otras técnicas.

³³³ **Navarro Nieto, F.**, “*Guía sobre el empleo*”. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. 2006. Documento en archivo electrónico. Pág. 21. En la clasificación de cláusulas que establece, las clasifica dentro de las cláusulas de reparto del empleo. Estas cláusulas tienen una limitada incidencia en la negociación colectiva estatal, al alcanzar sólo al 5% de los convenios en 2003.

Se plantea la cuestión de la legalidad e incluso constitucionalidad de estas cláusulas, ya que en cuanto a que el convenio colectivo tiene un valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas con mayor rango jerárquico, ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en la CE,³³⁴ y la ley, ya que en razón a su superior posición jerárquica, puede limitar la negociación colectiva.³³⁵

Como ya se ha analizado en los apartados anteriores, el pluriempleo no está prohibido por la CE, y si no se dan los supuestos de concurrencia desleal, u otras limitaciones directas ya analizadas en esta Tesis, sería más que cuestionable la legitimidad de su proscripción por vía convencional.

Además se cuestiona el alcance de la eficacia jurídica de las cláusulas convencionales que prohíben la contratación de pluriempleados, puesto que el art. 17.2 del ET reserva a la ley el establecimiento de las exclusiones de contratación, mientras que se reserva al Gobierno en el art. 17. 3, la fijación de *medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo, que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo*, como medidas de fomento del empleo de trabajadores desempleados, surgiendo el problema interpretativo siguiente:

a) Se podría evaluar la posibilidad del planteamiento de la nulidad parcial del convenio, en base al art. 164.3 TRLPL, limitándose la declaración judicial a expulsar del ordenamiento jurídico los preceptos convencionales que conculcaran la legalidad vigente o lesionaran gravemente el interés de terceros, dejando, en su caso, la validez del resto del convenio colectivo en su vertiente estatutaria.³³⁶

Ante este tipo de nulidad, el respeto a la autonomía colectiva de las partes negociadoras, impide al órgano jurisdiccional que proceda a la sustitución de los preceptos convencionales declarados nulos, por otros ajustados al ordenamiento jurídico.

El contenido de la sentencia se debe ajustar estrictamente al contenido de las pretensiones de los sujetos demandantes, de lo contrario, si resuelve sobre aspectos que no consistan en el petitum de la demanda, se conculcaría el principio de congruencia, por *ultrapetitum*.³³⁷

Según la STC 109/1985 de 8 de octubre y la STC 32/1986 de 21 de febrero, serán siempre las partes negociadoras quienes deben decidir si mantienen el convenio colectivo tal y como ha quedado tras la decisión judicial, si lo revisan mediante una

³³⁴ SSTC 28/1992 de 9 de marzo, 92/1992 de 11 de junio FJ nº 4.

³³⁵ STC 58/1985 de 30 de abril FJ nº 3 g.

³³⁶ **Rivera Sánchez, J.R.**, “*El proceso de impugnación de convenios colectivos*”. Publicaciones de la Universidad de Alicante. 5ª ed. 2002. Págs. 218 y 219.

³³⁷ **Rodríguez Santos, B.**, “*Comentarios a la LPL*”. Lex Nova. Valladolid. 1ª ed. 1991. Tomo III. Pág. 323.

renegociación del convenio colectivo, o finalmente si adoptan un acuerdo que derogue ante tempus el convenio colectivo impugnado.³³⁸

La anulación ante tempus de la totalidad del convenio colectivo es una facultad de que disponen las partes negociadoras, si proceden de mutuo acuerdo, con independencia de que en el propio convenio colectivo hayan incluido las cláusulas de vinculación a la totalidad.

Las cláusulas de vinculación a la totalidad, se diferencian de las cláusulas de indivisibilidad del convenio, ya que estas últimas no expresan la voluntad de las partes de reelaborar el convenio cuando éste adolece de un vicio que provoca su nulidad, sino que pretenden evitar que, a propósito de los conflictos sobre interpretación y aplicación, la regulación establecida en el convenio colectivo quede postergada por otra norma anterior o concurrente más favorable.

Por otro lado, la STCT de 27 de febrero de 1987, (Ar. 4595), asevera que jamás el acatamiento de la Ley puede llevar consigo el incumplimiento de lo voluntariamente pactado y tampoco puede servir de cobertura para disuadir a los sujetos legitimados de presentar demandas de impugnación de convenios colectivos que pongan de manifiesto la presencia de preceptos ilegales o lesivos a terceros.

Alonso Olea y Casas Bahamonde,³³⁹ consideran que la cláusula de vinculación a la totalidad, no es incompatible con la nulidad parcial, ya que carecen de virtualidad para forzar al Juez o Tribunal que declara la nulidad parcial de un convenio colectivo, por el hecho de que éste la incluya.

Por ello, estos autores interpretan este tipo de cláusulas como un precepto dirigido a la obtención de un acuerdo consistente en dejar sin efecto el convenio colectivo aquejado de nulidad parcial, y en su caso, proceder a la negociación de un nuevo convenio colectivo, estableciendo una facultad de declarar la nulidad total del mismo a las partes firmantes, debiendo abstenerse el órgano judicial de denunciar nulidad total del convenio, si sólo se solicitaba la declaración de una nulidad que afectaba a determinados preceptos del convenio.

b) La STC de 8 de abril de 1981, (Ar. 11), en su FJ 14, establece que *cuando el compromiso de no ejercitar el derecho se establece obteniendo a cambio determinadas compensaciones, no se puede decir que un pacto como este, que es un pacto de paz laboral, sea ilícito y menos aún contrario a la CE.*

Los pactos de paz laboral establecidos en un convenio colectivo no constituyen una genuina renuncia, que es siempre de carácter definitivo e irrevocable, en tanto que

³³⁸ **Ojeda Avilés, A.**, “La doctrina del equilibrio interno del convenio”. Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 31, año 1987, pág. 345.

³³⁹ **Alonso Olea, M., y Casas Baamonde, M.E.**, “Validez, impugnación, aplicación e interpretación del convenio colectivo. En torno a los artículos 90 y 91”. Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 100, año 2000. Pág. 1586.

dichos pactos tienen una duración temporal y transitoria, coincidente con la duración del convenio.

No queda afectado además el derecho en sí mismo, sino sólo su ejercicio mediante la asunción de un compromiso que en caso de incumplirse, entraña las consiguientes consecuencias.

López Aguilar,³⁴⁰ considera que esta sentencia del TC proclama la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas, pero introduciendo ciertas matizaciones, porque distingue entre la inadmisibilidad de la renuncia al derecho y la admisibilidad de otras renunciaciones menores.

La validez de la dejación de facultades componentes de un derecho o libertad exigirá una operación de balance por la que se contraste la admisibilidad o no de tal renuncia parcial, respecto de otros valores o bienes constitucionales dignos de protección.

Cuando el contenido esencial viene concebido en el art. 53.1 de la CE, como un límite a la actividad legislativa que regule el ejercicio del derecho o libertad en cuestión, con más razón ha de operar este límite en caso de que la disposición de aquellos tenga lugar vía autonomía negocial, debiendo cumplir unos requisitos:

- 1) La disposición del derecho debe efectuarse respetando su contenido esencial.
- 2) Ha de ser compensada.
- 3) Debe ser temporal.
- 4) Que no afecte a la titularidad del derecho en sí mismo, sino sólo a su ejercicio.
- 5) Debe estar justificada en la defensa de otros derechos constitucionales.

Según **De Sala Franco**,³⁴¹ dependerá de la ratio perseguida por la ley, si se entiende que el interés protegido por la norma es la libertad individual de trabajo y la libertad contractual empresarial, el precepto constituirá un límite de Derecho necesario absoluto limitativo de la negociación colectiva por razones de orden público.

Pero si el interés es el de contribuir a una política de pleno empleo, (lo que este autor considera más ajustado a la CE), es decir, la protección del derecho al trabajo en su dimensión colectiva, no se le podría impedir a la negociación colectiva el llegar a un acuerdo para combatir el pluriempleo, en aras de la solidaridad.

Por ello entiende este autor, que en este artículo lo que se produce es realmente un reparto de funciones entre el legislativo y el Gobierno, que no afectaría a la negociación colectiva, por lo que, bajo mi punto de vista, aboga por una interpretación teleológica en detrimento de la interpretación literal.

³⁴⁰ **López Aguilar, J.F.**, *“Derechos fundamentales y libertad negocial. Sobre el espacio constitucional para la autonomía de la voluntad entre particulares”*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid 1990, págs. 118 y 119.

³⁴¹ **De Sala Franco, T.**, *“El Régimen jurídico del pluriempleo en el ordenamiento español”*. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid. 1ª ed. 1985. Pág. 29.

Respecto a la cuestión relativa al alcance de la eficacia jurídica de las cláusulas convencionales de prohibición de contratación de pluriempleados, atendiendo al art. 21 del ET, no deberían impedir el mismo a los trabajadores ya contratados, que posteriormente pudieran devenir en pluriempleados.

En el caso del pluriempleo, se trata de estipulaciones que, por lo general, establecen una prohibición de contratación de personal ya empleado en otra empresa a tiempo completo, (lo que se controla a través de los boletines de cotización a la Seguridad Social) o de trabajadores ya jubilados.

Se pueden citar como ejemplos de este tipo de clausulado, al Convenio Colectivo General Estatal de Seguros y Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, 2008-2011,³⁴² y al Convenio Colectivo del sector del mueble y la madera de Cantabria, 2009- 2012.³⁴³

A veces tal previsión viene configurada como mera recomendación de carácter general, como se establece en el convenio colectivo del Grupo de Marroquinería, Cueros Repujados y Similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia.³⁴⁴

Normalmente se trata de cláusulas de prohibición de contratar a trabajadores que dispongan de otra ocupación retribuida y a tiempo completo. Se diferencia entre contrataciones a tiempo completo y en régimen de jornada parcial, admitiéndose un nuevo contrato, si no llega a superarse el umbral de la jornada máxima, como sucede en el Convenio Estatal de Estaciones de Servicio.³⁴⁵

³⁴² Código convenio: 9904625. BOE 297 de 10/12/2008. Art. 85. Instrumentos de política activa de empleo sectorial. 1. *“Durante la vigencia del presente convenio, las empresas afectadas no podrán establecer contratos laborales a jornada completa con personal que mantenga una relación laboral a jornada normal en otro sector, o esté en situación de jubilación, con vigilancia por las partes del cumplimiento de la normativa sobre pluriempleo”*.

³⁴³ Resolución de 24 de abril de 2009, Westlaw.es encuentra LCTB 2009\148, con vigencia desde el 1 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012. Art. 38. *“Las Empresas afectadas por el presente Convenio contratarán directamente y a través de las Oficinas de Empleo del INEM o de aquellas otras legalmente autorizadas, a los trabajadores a su servicio, y no podrán contratar, tanto en jornada normal como en régimen de pluriempleo, a trabajadores que perciban cualquier tipo de pensión de jubilación o que estén en activo contratados en jornada completa por cualquiera otras Empresas”*.

³⁴⁴ Código de convenio: 9903385, (RCL 2009\1292), Resolución de 9 de junio de 2009, BOE de 27 de junio de 2009, núm. 155; con vigencia desde el 1 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010, en su art. 41, relativo al pluriempleo, establece de forma genérica que *“Ante el grave problema que supone el nivel de desempleo en el Sector, ambas partes acuerdan procurar evitar que los puestos de trabajo de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo sean ocupados por trabajadores que ya estén ocupando simultáneamente otros puestos de trabajo en otras empresas”*.

³⁴⁵ Cód. conv. 9901995, BOE núm. 73 de 26/03/2007, Resolución de 8 de marzo de 2007; (RCL\2007\615); vigencia desde el 1 de enero de 2006 hasta 31 de diciembre de 2009, tácitamente prorrogado, art. 45: *“Los firmantes del presente Convenio estiman conveniente erradicar el pluriempleo como regla general. En este sentido, las empresas no llevarán a efecto contrataciones de trabajo a personas pluriempleadas que estén contratadas a jornada completa en otra empresa. Sí podrán hacerlo, sin embargo, cuando dicha contratación se efectúe en jornada de trabajo a tiempo parcial, siempre que en conjunto no supere la jornada ordinaria de trabajo”*.

Dentro del sector de transporte de mercancías por carretera, con la finalidad de crear empleo entre los trabajadores desempleados, algunos de los convenios colectivos incluyen entre sus acuerdos cláusulas que tratan de limitar e incluso erradicar el pluriempleo.³⁴⁶

La finalidad de erradicar el pluriempleo, se ha generalizado, asumiendo compromisos tales como los que se expresan en los siguientes convenios colectivos:

- Convenio Colectivo de transporte de mercancías por carretera y agencias de transporte de Álava,³⁴⁷ que en su art. 35 establece *“las empresas del sector vinculadas por el presente convenio asumen el compromiso de no contratar a ningún trabajador en régimen de pluriempleo, en tanto permanezca vigente la contratación a tiempo parcial”*.

- Convenio Colectivo de transportes de mercancías por carretera y logística de Barcelona,³⁴⁸ art. 36: *“las empresas se comprometen a no contratar trabajadores que presten servicios en jornada completa en una empresa y cuyo contrato supondría situación de pluriempleo. En ningún caso la suma de las dos jornadas podrá suponer que se superen 8 horas diarias”*.

- Convenio Colectivo de transporte de mercancías por carretera de Cáceres,³⁴⁹ art. 6, *“las partes firmantes de este convenio estiman conveniente erradicar el pluriempleo como norma general”*.

Exhaustivamente se pronuncia el convenio colectivo extraestatutario de eficacia limitada para la actividad de transporte de mercancías por carretera de La Rioja, para los años 2008-2010,³⁵⁰ art. 15, que tras acordar que las partes firmantes del convenio estiman conveniente no fomentar el pluriempleo en el ámbito de aplicación del presente convenio, expresan las razones de interés general que les llevan a disponer dicho acuerdo, como: erradicar y combatir por todos los medios legales existentes el pluriempleo ilegal que se da en la actualidad, porque impide que trabajadores en paro accedan a un puesto de trabajo; por el carácter de competencia desleal que el empresario empleador de esta mano de obra ejerce sobre el resto de empresarios que hacen uso de los procedimientos legales.

³⁴⁶ **Sempere Navarro, A. V., Chico Sánchez, M. I., Crisanto Castañeda, A. C.**, *“La negociación colectiva en el Sector del Transporte por Carretera”*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. (Actualización 2005). Archivo en soporte informático. Pág. 30.

³⁴⁷ Resolución de 28 de noviembre de 2006. Delegación Territorial de Trabajo Álava. BO Territorio Histórico de Álava de 12 de enero de 2007, núm. 5 separata. (LEG \2007\112). Art. 35.

³⁴⁸ Resolución TRE/3058/2007 de 13 de septiembre. (LCAT/2007/592). Servicios Territoriales Barcelona. DO Generalitat Catalunya. 16 de octubre de 2007, núm. 4988.

³⁴⁹ Cód. convenio 1000425. Resolución de 9 de enero de 2009, (LEG \2009\142). Dirección General de Trabajo. DO Extremadura de 26 de enero de 2009, núm. 16.

³⁵⁰ Código convenio 2600405. Resolución de 16 de diciembre de 2008, (LLR/2008/336). Dirección General de Trabajo. BO La Rioja de 24 de diciembre de 2008, núm. 165.

Cuantas irregularidades sean conocidas, serán tratadas por la Comisión Paritaria del presente convenio. Además se estima que es preciso aplicar con el máximo rigor las sanciones previstas en la legislación vigente en los casos de trabajadores no dados de alta en la Seguridad Social, por estar dado ya de alta en otra empresa.

Para coadyuvar al objetivo de controlar el pluriempleo se considera esencial el cumplimiento exacto del requisito de dar a conocer a los representantes sindicales los impresos TC-1 y TC-2 de cotización a la Seguridad Social así como lo establecido en el artículo 64.1.5 del RD Leg 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. El incumplimiento de esta obligación se considerará falta grave a efectos de su sanción por la Autoridad Laboral.

Todas las empresas del Sector, sin excepción, se obligan a entregar a sus trabajadores una copia del modelo de contrato que a cualquier trabajador le haya sido establecido.

Cuestión nada sencilla de resolver es la de determinar cuál será la consecuencia jurídica si se incumple esta previsión, además de la derivada de tal infracción normativa; es decir no parece que al plano contractual pueda llegarse para postular la nulidad (parcial o total) del exceso contratado.³⁵¹

A estos efectos, se considera esencial el cumplimiento del requisito de dar conocimiento a los representantes legales de los trabajadores de los contratos de trabajo que se utilicen en la empresa, así como los boletines de cotización a la Seguridad Social y los documentos relativos a la terminación de la relación laboral, conforme dispone el art. 64.1.5 del Estatuto de los Trabajadores.³⁵²

No queda claro en un número significativo de casos, si la intención de las partes del convenio es imponer una cláusula normativa o más bien la cláusula debe ser entendida como un compromiso obligacional que debe servir de referencia en niveles inferiores.³⁵³

³⁵¹ **Sempere Navarro, A.V., Nicolás Franco, A.**, “Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 33 de agosto del 2001. Pág. 183.

³⁵² XV Convenio Colectivo de la Industria Química, cód. convenio 9904235. Resolución de 9 de agosto de 2007, BOE 29 de agosto de 2007, núm. 207, (RCL 2007, 1639); prorrogado hasta 31 de diciembre de 2010 por Resolución de 24 de marzo de 2010. (RCL 2010/983), art. 14: “Los firmantes del presente Convenio, estiman conveniente erradicar el pluriempleo como regla general.

Por ello, y para coadyuvar al objetivo de controlar el pluriempleo, se considera esencial el cumplimiento exacto del requisito de dar a conocer para su examen a los representantes de los trabajadores, los boletines de cotización a la Seguridad Social, y los documentos relativos a la terminación de la relación laboral, conforme dispone el artículo 64.1.5 del Estatuto de los Trabajadores.

En este sentido, las empresas no llevarán a efecto contrataciones de trabajo a personas pluriempleadas que estén contratadas a jornada completa en otra empresa. Sí podrán hacerlo, sin embargo, cuando dicha contratación se efectúe en jornadas de trabajo a tiempo parcial, siempre que en conjunto no superen la jornada ordinaria de trabajo”.

³⁵³ Convenio colectivo General de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo, para los años 2008-2011, cód. convenio 9904625, publicado en el BOE de 10 de

Esto último puede deducirse de redacciones a veces abiertas, por ejemplo, indicando, después de la afirmación de la prohibición en los términos expuestos, que el objetivo es el de “erradicar el pluriempleo como regla general”.³⁵⁴

En otros casos el carácter normativo de la cláusula no admite duda al indicarse que “como medida de fomento del empleo, a partir de la entrada en vigor del convenio quedará prohibida la contratación de personal en régimen de pluriempleo”.³⁵⁵

Algún convenio remite expresamente a la comisión mixta del convenio la adopción de las medidas concretas de aplicación de la cláusula de prohibición de contratación de pluriempleados.³⁵⁶

∞ Ejemplificación de cláusulas de eliminación del pluriempleo:

• Cláusula tipo: *Los firmantes del presente Convenio estiman conveniente erradicar el pluriempleo como regla general. Las partes del convenio adoptarán las iniciativas adecuadas para trasladar a sus respectivas organizaciones en niveles inferiores de*

diciembre de 2008, núm. 297. Resolución de 21 de noviembre de 2008. (RCL\2008\2067); art. 85.1: “Durante la vigencia del presente convenio, las empresas afectadas no podrán establecer contratos laborales a jornada completa con personal que mantenga una relación laboral a jornada normal en otro sector, o esté en situación de jubilación, con vigilancia por las partes del cumplimiento de la normativa sobre pluriempleo”.

³⁵⁴ Convenio Colectivo Estatal de Estaciones de Servicio, código de Convenio núm. 9901995. Resolución de 8 marzo 2007. (RCL\2007\615); art. 45: “Los firmantes del presente Convenio, estiman conveniente erradicar el pluriempleo como regla general. En este sentido, las empresas no llevarán a efecto contrataciones de trabajo a personas pluriempleadas que estén contratadas a jornada completa en otra Empresa. Sí podrán hacerlo, sin embargo, cuando dicha contratación se efectúe en jornada de trabajo a tiempo parcial, siempre que en conjunto no supere la jornada ordinaria de trabajo.”

Convenio Colectivo Estatal para Industrias del Curtido, Correas y Cueros Industriales y Curtición de Pieles para Peletería, Código de Convenio nº 9901465. Resolución de la Dirección General de Trabajo 16 de noviembre 2007. (RCL\2007\2168); Disposición Transitoria 3ª: “Las partes firmantes de este acuerdo estiman conveniente erradicar el pluriempleo, como regla general. A estos efectos se estima necesario que se apliquen con el máximo rigor las sanciones previstas en la legislación vigente en los casos de personal no dado de alta en la Seguridad Social, por estar dados de alta ya en otra empresa.

Por coadyuvar el objetivo de controlar el pluriempleo, se considera esencial el cumplimiento exacto del requisito de dar a conocer a la representación sindical los boletines de cotización a la Seguridad Social, así como los modelos de contrato de trabajo escritos que se utilicen en la empresa, así como los documentos relativos a la terminación de la relación laboral, conforme dispone el artículo 64.1.5 del ET. El incumplimiento de esta obligación se considerará falta grave a efectos de su sanción por la autoridad laboral”.

³⁵⁵ Convenio Colectivo marco estatal para empresas Organizadoras del Juego del Bingo. Cód. Conv. nº 9901905; Resolución de 21 octubre 2008, (RCL\2008\1832). BOE 4 noviembre 2008, núm. 266. Art. 12.

³⁵⁶ Convenio para Aguas de Riego de Granada, Cód. Conv. nº 1800435. Acuerdo de 31 mayo 2004, (LEG\2004\2598), BO. Granada 17 junio 2004, núm. 115, art. 23. “Las partes, conscientes del grave problema que supone para crear empleo el egoísmo del pluriempleo de algunos trabajadores y en tanto en cuanto los mismos perciban en las Comunidades el salario por jornada completa, sea cual fuere el horario que de hecho realicen según Ley de usos y costumbres, se acuerda realizar todas aquellas actividades y gestiones ante la Administración, Juzgados y Tribunales competentes encaminadas a erradicar lo anteriormente expuesto, en beneficio general de todo el sector de agua y en especial de la parte obrera. A tal fin la Comisión Mixta acordará las medidas necesarias para ponerlo en práctica de inmediato y tendrá poder de denunciar a todos los efectos, y sin perjuicio de las actividades que al mismo fin deban adoptar las Asociaciones empresariales, Comunidades de Regantes, empresarios y trabajadores por sí mismos”.

negociación o a las empresas del sector la relevancia de esta medida para avanzar en el objetivo del reparto del empleo.

- Cláusula declarativa en los convenios de sector.

Cláusula tipo:

“Ante el problema que supone el nivel de desempleo en el Sector, ambas partes acuerdan procurar evitar que los puestos de trabajo de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo sean ocupados por trabajadores que ya estén ocupando simultáneamente otros puestos de trabajo en otras empresas”.

- Cláusula de recomendación en los convenios de sector.

Cláusula tipo:

Durante la vigencia del presente Convenio las empresas afectadas no podrán establecer contratos laborales a jornada completa con personal que mantenga con otra empresa una relación laboral a tiempo completo.

A estos efectos, deberán ponerse en conocimiento de los representantes legales de los trabajadores los contratos de trabajo que se utilicen en la empresa, así como los boletines de cotización a la Seguridad Social y los documentos relativos a la terminación de la relación laboral, conforme dispone el art. 64.1.5 del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante, podrán ser objeto de contratación los trabajadores pluriempleados, cuando dicha contratación se efectúe en jornadas de trabajo a tiempo parcial, siempre que la situación de pluriempleo no conlleve la superación de la jornada ordinaria de trabajo vigente en el ámbito del convenio.

Pero no todas las alusiones al pluriempleo son en términos de limitación o exclusión del mismo, el vigente Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales del Principado de Asturias para el año 2007,³⁵⁷ que en su art. 7 establece, a propósito del disfrute de vacaciones cuando el trabajador se encuentre en situación de pluriempleo:

Art. 7. Cuando un trabajador preste sus servicios en régimen de pluriempleo, las empresas afectadas, regularán con los Comités de Empresa o Delegados de Personal un sistema de vacaciones, procurando adoptar un reparto de las mismas que permita al pluriemplado disfrutarlas en el mismo período vacacional, sin perjuicio de los derechos reconocidos a determinados colectivos de trabajadores.

³⁵⁷ Código: 3300735, Expediente: C-29/07, Resolución de 27 de julio de 2007. BO. del Principado de Asturias 25 de agosto de 2007, núm. 199. WestLaw.es encuentra. (LPAS\2007\295). En términos similares se pronunciaba la Resolución de 7 de agosto de 2000, de la Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo, por la que se ordenaba la inscripción del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales del Principado de Asturias para 2000, 2001 y 2002, en el Registro de Convenios Colectivos, también en su art. 7.

En tales supuestos de pluriempleo, a falta de acuerdo del trabajador con sus respectivas empresas, prevalecerá para todas ellas, el período vacacional que le sea asignado por aquella empresa en la que mayor porcentaje de jornada realizase, viniendo obligadas las restantes empresas a respetar dicho período.

Este mismo convenio, en su art. 14, establece respecto a las prendas de trabajo, que el personal obrero que, por razón de su actividad, no reciba calzado de la empresa, tendrá derecho a un plus de ayuda de 23,48 euros anuales para el 2007, de 24,43 euros anuales para el 2008 y de 26,27 euros anuales para el 2009, que se hará efectivo mediante su inclusión en la nómina correspondiente al mes de febrero. En el supuesto de trabajadores en régimen de pluriempleo, este plus habrá de abonarse íntegramente en cada una de las empresas.

En el art. 18 se determina que el personal que viniese prestando servicios en dos o más centros o contratas, deberá pasar a la situación legal de pluriempleo, cuando, con ocasión del cambio de titularidad de una de ellas, hubiera de llegar a depender de dos o más empresarios.

Por otro lado, respecto a la Incapacidad Temporal, el art. 32, relativo a compensaciones en situación de Incapacidad Temporal: *Las empresas complementarían las prestaciones de incapacidad temporal de la Seguridad Social hasta garantizar el cien por cien de las retribuciones salariales del trabajador en los siguientes supuestos:*

1. *En las situaciones de accidente laboral o enfermedad profesional del trabajador, a partir del inicio del proceso y en tanto el trabajador permanezca en Incapacidad Temporal. En los casos de pluriempleo, cuando la Incapacidad Temporal sea derivada de accidente de trabajo, cada una de las empresas en que preste servicios el trabajador abonará el complemento hasta el 100% de sus retribuciones salariales.*

II. LIMITACIONES INDIRECTAS

1. Modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo, relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo

1.1. Relación con las situaciones de pluriempleo y pluriactividad

Se consideran como límites indirectos, dado que derivarían de circunstancias fácticas, no previstas como límites expresamente por los poderes públicos.

Un trabajador que inicialmente se encontrara en situación de pluriempleo o pluriactividad, al que se modificara una condición sustancial relacionada con la ordenación del tiempo de trabajo, como puede ser un cambio horario en una de las empresas para las que presta servicios, lo que suele constituir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41.2 ET,³⁵⁸ le podría resultar imposible continuar prestando los demás servicios que viniera desempeñando en régimen de pluriempleo o pluriactividad.

Si no se ha pactado la plena dedicación y no ha mediado compensación económica, se podría estar vulnerando el derecho a la libertad de trabajo, y conllevaría un perjuicio económico para él.

En relación a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, también podría suceder que estando un trabajador en alguna de estas situaciones, en una de las empresas para las que prestara servicios, se modificara la distribución de la jornada, y diera lugar a la imposibilidad de que el trabajador continuara prestando servicios para la otra u otras empresas, o del desarrollo del trabajo que pudiera desempeñar por cuenta propia. Estas modificaciones se consideran como límite indirecto, ya que serían las circunstancias concretas del caso, las que darían lugar a la imposibilidad fáctica del desempeño del pluriempleo y/o pluriactividad.

El art. 34 ET, dispone un régimen singular de determinación para dos cuestiones relacionadas con la distribución de la jornada: la distribución de la jornada de forma

³⁵⁸ Se vería mermada la viabilidad de la situación de pluriempleo o de pluriactividad si se efectuara una modificación en los horarios, lo cuál constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en virtud del art. 41.2 ET, si bien un cambio horario de escasa trascendencia no se considera como tal, al igual que tampoco merece esta calificación un cambio horario que aumenta los días laborables reduciendo las horas de trabajo diario.

El TS en sentencia de 22 de julio de 1995, (Ar. 6325), diferencia jornada y horario, al definir la jornada como aquella que determina nítidamente el nº de horas de que se trate y el horario como aquel que precisa el tiempo exacto que en cada día se ha de prestar servicio.

En relación a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, puede suceder que estando un trabajador en alguna de estas situaciones, en una de las empresas para las que preste servicios, se modifiquen los horarios y de lugar a la imposibilidad de que el trabajador continúe prestando servicios para la otra u otras empresas, o con el trabajo que pudiera desempeñar por cuenta propia.

En este sentido, considero, que si no ha habido pacto de plena dedicación y no ha mediado compensación económica se podría estar vulnerando el derecho a la libertad de trabajo, en caso de que se cambien los horarios de trabajo.

irregular a lo largo del año y sobre la distribución del tiempo de trabajo diario que permita rebasar las 9 horas diarias ordinarias, que según los arts. 34.2 y 3.2º ET, se determinarán por convenio colectivo, o en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Existiría la posibilidad de acuerdo entre trabajador y empresario, por el que se distribuyera la jornada de tal forma que se pudieran compatibilizar los trabajos que se vinieran desempeñando, ya que si no se ha pactado la plena dedicación y no ha mediado compensación económica, se podría vulnerar el derecho a la libertad de trabajo.³⁵⁹

Además, las partes contratantes de cualquier contrato, y por ende, de un contrato de trabajo,³⁶⁰ tienen la posibilidad de modificar bilateralmente las cláusulas incorporadas al mismo, (arts. 1203.1º y 1255 Cc.), siempre que concurren los mismos requisitos de consentimiento, objeto y causa que fueron exigidos para el nacimiento de la relación laboral (art. 1231 y ss. Cc.), y que en su actuación no establezcan en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos. Art. 3.1 c) ET.³⁶¹

³⁵⁹ **Rodríguez Pastor, G.**, *“La modificación del horario de trabajo”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. Colección laboral nº 59. 1ª ed. 1998. Pág. 20, nota a pie de página nº 16, considera que excepcionalmente podría determinarse como condición más beneficiosa por pacto individual expreso entre empresario y trabajador.

Para este profesor, (págs. 20 y 26 de la misma obra), la modificación de cualesquiera de estas dos materias implica una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por lo que en principio debería realizarse según lo previsto en el art. 41 ET, pero dada la vigencia del art. 34 ET, sin embargo, se podría llegar a otra conclusión de que quedara al margen del art. 41 ET, en base a dos argumentos:

1) El art. 34 ET, establece que la determinación de las mismas se realice por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo de empresa. Si enmarcamos estas materias en el término horario del art. 41 ET, el carácter subsidiario del acuerdo de empresa previsto en el art. 34 ET, se convertiría en modificadorio, ya que aunque se regularan en convenio colectivo, podrían modificarse por acuerdo de empresa ex art. 41.2.3º ET.

2) En realidad se trata de dos materias más próximas al término jornada: la primera alterando la regularidad de la distribución de la jornada modifica la duración máxima de los módulos en que se había fijado la duración máxima de la jornada, y la segunda, permitiendo que se puedan realizar más de 9 horas diarias ordinarias.

Por consiguiente, considera este autor que dado que la distribución de la jornada ex art. 34.2 y 3.2º ET, como tiene que fijarse por convenio colectivo, o en su defecto, por acuerdo de empresa, no sería materia modificable por la vía del art. 41 ET, salvo que se hubiera determinado por contrato individual como condición más beneficiosa, es decir, que si estas cuestiones se fijaran por el convenio colectivo, no cabría modificación por el acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, como puede ocurrir en relación con el horario de trabajo (art. 41.2.3º ET), por lo cual la modificación de las cuestiones citadas deberá producirse, por regla general, en base al principio de sucesión normativa.

³⁶⁰ **Cruz Villalón, J.**, *“Las modificaciones en la prestación de trabajo”*. MTAS. Madrid. 1983. Págs. 335 y ss., se ocupa de las modificaciones de las condiciones por acuerdo individual.

³⁶¹ Sobre la problemática que plantea las condiciones por acuerdo novatorio individual entre empresario y trabajador, se recomienda la lectura de la obra de **Martín Valverde, A.**, *“Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo”*, en AAVV Coord. **De la Villa Gil, L. E.**, *“Estudios sobre la jornada de trabajo”*. Publicado por la Asociación de Cajas de Ahorros para las Relaciones Laborales. ACARL. Madrid. 1ª ed. 1991. Págs. 690 a 708.

1.2. Concepto de modificación sustancial

El concepto de **modificación sustancial**, es un concepto jurídico indeterminado, tal y como ha puesto de relieve la jurisprudencia,³⁶² los Tribunales se encargan de interpretar en el caso concreto en función de las circunstancias concurrentes.

De igual modo, la motivación exigida por la ley es indeterminada, permitiendo a los Tribunales cierta flexibilidad interpretativa en caso de conflicto. Sólo pueden controlar si hay o no causa justificativa de la modificación sustancial y si esta medida resulta genéricamente adecuada a la consecución de los objetivos legalmente establecidos sin entrar a valorar si tales medidas son o no suficientes o si el empresario podría haber utilizado otras más oportunas.³⁶³

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar el carácter de *numerus apertus* del art. 41.1 ET.³⁶⁴

La doctrina científica entiende que la modificación de la jornada consiste en todo aquel cambio que implique más o menos cantidad de tiempo de trabajo, en tanto que la modificación de horario o régimen de turnos se refiere a las variaciones que sólo repercutan en la distribución del tiempo de trabajo, sin afectar a la cantidad.³⁶⁵

Respecto a las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo, hay que tener en cuenta que la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, en su art. 5, ha establecido una serie de modificaciones a la redacción del art. 41 ET.

El apartado 1 del art. 41 ET, queda redactado, tras la mencionada reforma, como se transcribe acto seguido:

“La dirección de la empresa, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.

³⁶² STS 21 de marzo de 1989, (RJ 1989\1905); 22 de septiembre de 2003, (RJ 2003\7308); recurso de casación 122/2002.

³⁶³ SSTs de 17 de junio de 1998, (RJ 1998\5406), recurso de casación 159/1998 y de 8 de enero de 2000, (RJ 2000\394), recurso de casación 461/1999.

³⁶⁴ STS 21 de marzo 1989, (RJ 1989\1905).

³⁶⁵ Entre otros: **Martín Valverde, A.**, “*Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo. Estudios sobre la jornada de trabajo*”, Madrid 1991, Págs., 685 y ss. **Cruz Villalón, P.**, “*El artículo 41 del ET tras la reforma de 1994*”. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. 1994, núms. 17-18, pág. 126.

f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.

Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya *a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma* a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.³⁶⁶

El art. 41 ET se refiere tanto a las modificaciones de carácter colectivo como a las de carácter individual o plural y utiliza dos reglas para diferenciarlas:

1) Una regla general de naturaleza cualitativa, atendiendo al origen de la condición a modificar, considerando de carácter individual o plural la modificación de aquellas condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual, mientras que de carácter colectivo sería la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral de efectos colectivos. Esta distinción se establece en el apartado 2 del art. 41 ET.

2) Una regla especial de naturaleza cuantitativa, que se basa en el nº de trabajadores afectados, considerando de carácter individual las que afecten en un período de 90 días a un nº de trabajadores inferior a :

- a) 10 trabajadores, en empresas que ocupen a menos de 100 trabajadores.
- b) 10% del nº de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300.
- c) 30 trabajadores en las que ocupen 300 o más trabajadores.³⁶⁷

³⁶⁶ Este art. 41.1 ET establecía la obligación de motivación por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendiéndose la propia ley que concurren dichas causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

Montoya Melgar, A., “*La nueva configuración del poder de dirección del empresario*” en **AAVV**. Coord. **De la Villa Gil. L.E.**, “*Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso Olea*”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 1ª ed. 1995. Págs. 195 y 196, considera que la anterior regulación del art. 41 ET incrementaba el poder de dirección del empresario, al facilitarse la eficacia modificadora de la decisión unilateral del empresario en los siguientes términos: la modificación se realizaba por la simple decisión del empresario tras la celebración de un período de consultas con los representantes de los trabajadores.

³⁶⁷ Con anterioridad a la reforma, en el art. 41.2 ET se consignaba que *la modificación de las condiciones establecidas en convenio colectivo estatutario, sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes del personal y tan sólo respecto de las materias siguientes: horarios, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento, no siendo posible tal modificación en caso de no existir representación legal de los trabajadores en la empresa, mientras que si existe la unitaria y la sindical, sólo se podrá negociar con una de ellas, a elección del empresario.*

En este sentido destaca la STS de 11 de mayo 2004, recurso de casación 95/2003, (RJ 2004\5157). El acuerdo se considera válido ya que se refiere al sistema de remuneración.

Esta segunda regla es acumulativa y no alternativa con la anterior. Si se incumpliera el procedimiento legal de modificación se daría lugar a la nulidad de la decisión empresarial modificativa.³⁶⁸

El apartado 3 del art. 41 establece que la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad.

En los supuestos previstos en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 de este artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50.1. a), si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

El apartado 4 del art. 41 ET, establece que sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores de un período de consultas con los mismos de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos.

El último párrafo del art. 41.4 ET, considera que existe fraude de ley, si para eludir el procedimiento previsto para las modificaciones de carácter colectivo, se realizan modificaciones en períodos sucesivos de 90 días en nº inferior a los umbrales señalados, sin que concurren circunstancias nuevas que justifiquen tal actuación, y se declararán nulas y sin efecto.

³⁶⁸ STS de 7 febrero 2005, recurso de casación 1963/2004, (RJ 2005\4791).

Es necesario delimitar qué se entiende por condición de trabajo a estos efectos. Realizando una interpretación sistemática y teleológica del precepto, podemos concluir que lo que pretende la ley es legalizar para el contrato de trabajo, lo que en derecho común contractual se denomina “doctrina de la base del negocio”, permitir que el empresario, ante la existencia de causas que lo justifiquen: económicas, técnicas, organizativas o de producción, pueda descolgarse del cumplimiento de anteriores obligaciones contraídas con sus trabajadores con determinados límites y en determinadas condiciones.

Siguiendo esta interpretación las únicas condiciones cuya modificación sustancial no cabría seguir el procedimiento del art. 41 ET, serían aquellas que tuvieran reconocidas por la ley un procedimiento distinto: vgr: período de disfrute de vacaciones (38.2 ET), aumento de jornada laboral mediante horas extraordinarias (35.4 ET) o con los traslados y desplazamientos del lugar de trabajo (40 y 41.5 del ET).

Lo dispuesto en el art. 41 ET sobre las modificaciones contractuales posee carácter imperativo mínimo mejorable por la negociación colectiva y la contratación individual,³⁶⁹ excepto en lo relativo a la movilidad funcional extraordinaria, de carácter limitadamente dispositivo de cara a la negociación colectiva (art. 39.5 ET) y el régimen procesal impugnatorio, de naturaleza imperativa absoluta, salvo el régimen indemnizatorio, de carácter mínimo imperativo.

En relación con las modificaciones convencionales, el art. 41 ET tiene naturaleza de norma de Derecho necesario absoluto, salvo el régimen indemnizatorio de carácter mínimo imperativo.³⁷⁰

No será necesario acudir al procedimiento de modificación sustancial del art. 41 ET, para modificar aquellas condiciones autorizadas por el convenio colectivo, esto es, cuando la fuente de la condición prevé su modificación.³⁷¹

³⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de febrero de 1995. Base de datos de jurisprudencia CISS. Atlas laboral. Ref. CISS JS 481137. La decisión de la empresa de reimplantar una jornada continuada con relación a trabajadores que, aceptando el ofrecimiento, pasan a desempeñar la jornada partida, constituye modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo cuya válida implantación requiere seguir el procedimiento establecido por el art. 41 ET.

³⁷⁰ AAVV. **Sala Franco, T., Albiol Montesinos, I.**, “Atlas laboral”. Base de datos CISS. Wolters Kluwer. Actualizada a febrero 2007. UPCT. Búsqueda por materias de alcance imperativo del art. 41 ET.

³⁷¹ STS de 17 de julio de 2000, (RJ 2000\7635).

1.3. Facultades de actuación del trabajador en caso de desacuerdo con la modificación sustancial

En caso de que el trabajador no esté de acuerdo, tratándose de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, tiene las siguientes facultades de actuación:

a) Impugnación judicial

Tratándose de una modificación sustancial de carácter individual, el trabajador podría impugnarla en el plazo de caducidad de 20 días hábiles a partir de la notificación al trabajador de la decisión empresarial modificativa, según los apartados 3 y 4 del art. 59 del ET y 138.1 LPL,³⁷² ante el orden jurisdiccional laboral a través del procedimiento especial previsto en el art. 138 de la LPL debiendo, no obstante, obedecer la orden empresarial, dada la ejecutividad de la misma, en el plazo de 15 días, que establece el art. 53.1. c) ET, tras la modificación efectuada por el art. 2. Siete de la Ley 35/2010.

Si se trata de modificaciones sustanciales de carácter colectivo, hay que tener en cuenta que el apartado 4 del art. 41, establece que sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, deberá ir precedida en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores de un período de consultas con los mismos de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

La sentencia podrá declarar justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no las razones invocadas por la empresa, o nula, cuando hayan sido adoptadas en fraude de ley, eludiendo las normas establecidas para las modificaciones colectivas. Art. 138.5 LPL.³⁷³

³⁷² El apartado 4 del art. 138 LPL ha sido modificado por el art. 10.7 de Ley 13/2009, de 3 noviembre, estableciendo que el procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia, que no tendrá recurso salvo en el supuesto y con los requisitos contemplados en la letra b) del apartado 1 del artículo 189, y que será inmediatamente ejecutiva, deberá ser dictada en el plazo de cinco días.

³⁷³ Art. 138.5 LPL. La sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa.

La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo.

Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de ley, eludiendo las normas establecidas para las de carácter colectivo en el último párrafo del apartado 1 del artículo 40 del ET, y en el último párrafo del apartado 3 del artículo 41 del mismo Texto Legal.

b) Rescisión extrajudicial del contrato

Otra opción sería rescindir extrajudicialmente el contrato,³⁷⁴ en el plazo de los 30 días de preaviso, anteriores a la efectividad de la modificación de la condición sustancial de carácter individual, concedidos al empresario para notificar al trabajador afectado y a sus representantes legales, ex art. 41.3 ET; o incluso después de haber impugnado la decisión empresarial y haber obtenido una sentencia contraria a sus pretensiones, en los casos de modificación sustancial de jornada de trabajo, horarios y distribución del tiempo de trabajo y régimen de trabajo a turnos, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, y cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

En este caso, el trabajador puede rescindir extrajudicialmente el contrato, con derecho a una indemnización de **20 días** de salario por año de servicio, con el tope máximo de **9 mensualidades**,³⁷⁵ prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año, *siempre que el trabajador resultara perjudicado por la modificación sustancial*.³⁷⁶ Este perjuicio no puede presumirse, sino que debe ser probado por el trabajador.³⁷⁷

Específicamente relativa a la situación de pluriempleo, la STS de 2 de junio de 1987, (RJ 1987\4107), en su FD 4º, se estima el recurso interpuesto por los trabajadores, al considerar que se establece el derecho a una indemnización caso de haber originado perjuicio el cambio de horario y turno, porque es evidente que quien ejerce una profesión con la que no solamente está vinculado con la demandada, sino que tiene actividades fuera de dicha entidad, dichos cambios, necesariamente le han de producir una perturbación que puede repercutir en sus ingresos, lo que el Estatuto se ocupa de corregir, mediante el establecimiento de una compensación económica, que es a lo que los actores tienen derecho, igual a veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses, por lo que al no haberlo entendido así la sentencia impugnada, ha de ser casada, estimando el recurso y dictando en sustitución del que se anula, el que en los términos indicados dictará la Sala, dando lugar a la resolución del contrato instada en la demanda por la causa que subsidiariamente solicitó.

Esta sentencia reconoce el derecho a indemnización por cambio de horario y turno, para quien tenga otras actividades laborales, puesto que considera que dichos cambios, necesariamente le producen una perturbación que puede repercutir en sus ingresos.

³⁷⁴ STS de 9 de junio de 1987, (RJ 1987\4318).

³⁷⁵ Art. 5 de la Ley 35/2010, que modifica al art. 41 del ET.

³⁷⁶ En este sentido se podría entender también como perjuicio, el hecho de la pérdida de otro u otros empleos, bajo mi punto de vista.

³⁷⁷ STS de 21 de diciembre de 1999, (RJ 2000\1426).

c) Resolver unilateralmente el contrato en vía judicial

- Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad de 30 días desde la notificación al trabajador afectado y a sus representantes legales, ex art. 41.3 ET; en el supuesto de modificación de carácter individual, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente.

La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

- Según el **art. 50.1.a) ET**, sea cual sea la condición sustancial modificada, cuando la modificación redunde en un perjuicio de la dignidad y formación profesional del trabajador afectado, según el art. 50.2 ET, el trabajador tendrá derecho a la misma indemnización señalada para el despido improcedente.³⁷⁸ Plazo: el general de prescripción de 1 año, contenido en el art. 59.1 ET.

- En el caso del contrato para fomento de la contratación indefinida, el art. 3 de la Ley 35/2010, (ya introducida en el ordenamiento jurídico laboral por el mismo art. del RD Ley 10/2010), que modifica la DA 1ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio; establece para el apartado 4 de esta disposición adicional, que *cuando el contrato se extinga por causas objetivas y la extinción sea declarada judicialmente improcedente o sea reconocida como tal por el empresario, la cuantía de la indemnización a la que se refiere el artículo 53.5 del ET, en su remisión a los efectos del despido disciplinario previstos en el artículo 56 del mismo, será de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de 24 mensualidades.*³⁷⁹

³⁷⁸ **Art. 56 ET. Despido Improcedente.** “Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b) de este apartado 1, o el abono de las siguientes percepciones económicas que deberán ser fijadas en aquélla:

a) Una indemnización de **45 días** de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de **42 mensualidades**.

b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

³⁷⁹ Si se procediera según lo dispuesto en el artículo 56.2 del ET, el empresario deberá depositar en el Juzgado de lo Social la diferencia entre la indemnización ya percibida por el trabajador según el artículo 53.1 b) de la misma Ley y la señalada en el párrafo anterior.

1.4. Modificaciones sustanciales adoptadas en fraude de Ley

Cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado 4 del art. 41 ET, relativas al preceptivo período de consultas en las modificaciones sustanciales de carácter colectivo, y la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en períodos sucesivos de 90 días en número inferior a los umbrales a que se refiere el último párrafo del apartado 2, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas **nulas y sin efecto**. (Art. 41.3 y 4).

1.5. Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor. Art. 47 ET según redacción del art. 7 de la Ley 35/2010

Hay que tener en cuenta la novedad introducida por el art. 7 de la Ley 35/2010, establece unas modificaciones al art. 47 ET, ya introducidas por el mismo art. del RD Ley 10/2010, quedando redactado como se transcribe:

“Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”.

1. El contrato de trabajo podrá ser suspendido a iniciativa del empresario por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51 de esta Ley y en sus normas de desarrollo, con las siguientes especialidades:

a) El procedimiento será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión.

b) El plazo a que se refiere el artículo 51.4, relativo a la duración del período de consultas, se reducirá a la mitad y la documentación será la estrictamente necesaria en los términos que reglamentariamente se determinen.

c) La autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa.

d) La autorización de la medida no generará derecho a indemnización alguna.

2. La jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por 100 de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual.

3. Igualmente, el contrato de trabajo podrá ser suspendido por causa derivada de fuerza mayor con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51.12 de esta Ley y normas reglamentarias de desarrollo.

Destaca la Disposición Transitoria 3ª del RD Ley 10/2010, y de la Ley 35/2010; que establece para determinados supuestos concretos, entre los que se encuentra la extinción del contrato de trabajo por los motivos contenidos en el art. 51 ET, relativo al despido colectivo, el abono de parte de la indemnización por el Fondo de Garantía Salarial, de los nuevos contratos indefinidos, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados a partir del 18 de junio de 2010.

Cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año.

No obstante, el apartado 5 de esta Disposición Transitoria 3ª de la Ley 35/2010, establece que el abono del 40 por ciento de la indemnización legal en las empresas de menos de 25 trabajadores, para los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados con anterioridad al 18 de junio de 2010, se seguirán rigiendo por lo dispuesto en el artículo 33.8 del ET.

Por otro lado, en su apartado 7, se aclara que lo establecido en esta disposición será de aplicación hasta la entrada en funcionamiento del Fondo de capitalización a que se refiere la disposición adicional décima que deberá estar operativo a partir de 1 de enero de 2012.

La Disposición Adicional 10ª de la Ley 35/2010, establece que el Gobierno, en el plazo máximo de un año a partir del 18 de junio de 2010, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, aprobará un proyecto de ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores, mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar.

La regulación reconocerá el derecho del trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el Fondo de capitalización en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Las indemnizaciones a abonar por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo.

1.6. La modificación en los horarios en la doctrina judicial

- a) La STSJ de Cataluña 2457/2008 de 18 de marzo,³⁸⁰ se remite a la doctrina jurisprudencial, manifestada en otras sentencias del TS, como las de 11 de noviembre de 1997, (RJ 1997, 9163); 17 julio 1986, (RJ 1986, 4181), 3 de diciembre de 1987, (RJ 1987, 8822); 22 de septiembre de 2003, (RJ 2003, 7308) o 10 de octubre de 2005, (RJ 2005, 7877); que han declarado *"que por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista "ad exemplum" del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del "ius variandi" empresarial.*

La doctrina estima que ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental".

A tal efecto, una modificación horaria como la producida respecto del trabajador demandante ha de calificarse como sustancial, no solamente porque se siguió el procedimiento establecido al efecto en el párrafo tercero del citado artículo 41 del ET, habiendo optado el actor por la rescisión laboral de conformidad al mencionado precepto legal, sino porque se trata de un horario más gravoso y notoriamente distinto del anterior, pues traslada la dedicación laboral, de ocupar una parte de la mañana, a ocupar el conjunto de la misma impidiendo totalmente al trabajador compaginar la labor que presta con su actividad de pluriempleo por las mañanas, constituyendo el cambio anunciado una medida definitiva sin ninguna compensación.³⁸¹

Existe perjuicio suficiente que justifica la reclamación de la cantidad solicitada por el actor,³⁸² en concepto de indemnización por modificación sustancial de las condiciones de trabajo al haber interesado la rescisión laboral por dicha causa, cuando el cambio de horario repercute negativamente sobre el desarrollo de una segunda actividad profesional que el trabajador pudiera venir realizando en régimen de pluriempleo, pues dicho cambio es evidente que necesariamente le ha de producir una perturbación que puede repercutir en sus ingresos, pues como consecuencia del cambio de horario operado, el actor no podía prestar servicios como dependiente de farmacia

³⁸⁰ Westlaw.es encuentra. JUR\2008\151877.

³⁸¹ A lo anterior debe añadirse que como requisito ineludible para que el empresario pueda modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, es necesario que existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, lo que en el presente caso, según resulta del inalterado relato de hechos probados de la sentencia, no ha sido acreditado, pues no consta en qué medida la adopción del nuevo horario repercute en la mejora de la organización y gestión empresarial, según esta sentencia.

³⁸² STS de 2 de junio de 1987, (RJ 1987, 4107), entre otras.

cuando menos por las mañanas con la consiguiente disminución de sus ingresos, actividad que la empresa recurrente conocía y toleraba pues así se recoge en los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia en los que se hace constar que la "entidad demandada acepta el horario que venía realizando el trabajador".

- b) Según la STSJ de Madrid núm. 284/2008 de 14 de abril,³⁸³ los demandantes tenían reconocida de forma expresa la situación de compatibilidad realizando un pluriempleo legal, figurando como actividad principal la de trabajador de ISFAS y como secundaria una consulta privada o trabajo a media jornada.³⁸⁴

Los demandantes, a la vista de la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, solicitaron reducción de jornada con reducción de salario, que les fue denegada, y ante tal denegación se han visto obligados a presentar la demanda rectora de las actuaciones en la que peticionaron el derecho a extinguir sus contratos de trabajo al amparo del art. 41.3 del ET, con derecho a la correspondiente indemnización legal, demanda que fue estimada por sentencia del Juzgado de lo Social, para lo cual fundamenta su decisión en que la modificación sustancial operada "afecta notablemente al desarrollo de su vida diaria, que ha de resultar lógicamente afectada de forma notable que, como tal, no precisa de una prueba específica ad hoc, si no que se deduce por la vía de la presunción más elemental" siendo la parte contraria, el ISFAS.

Para que prospere la opción del trabajador por resolver el contrato y pueda percibir la indemnización legal del art. 41.3 del ET, (20 días por año de servicio con un máximo de 9 mensualidades), es preciso que en la modificación concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que se refiera a materias relacionadas con el tiempo de trabajo (jornada de trabajo, horario y régimen de trabajo a turnos).
- b) Que tenga carácter sustancial.
- c) Que perjudique al trabajador. El perjuicio puede ser real o potencial pero no existe una presunción de perjuicio para el trabajador en toda modificación sustancial, de

³⁸³ Westlaw.es encuentra. JUR\2008\150096. Recurso de Suplicación núm. 5379/2007.

³⁸⁴ Los demandantes prestaban sus servicios para el ISFAS, con la categoría de médicos y contrato laboral indefinido, y, desde hace muchos años, su jornada laboral consistía en cubrir los avisos domiciliarios de los pacientes de 9,00 a 17,00 horas y dos horas de consulta ambulatoria.

Esta situación horaria cambió, sin embargo, el 1-2-2003 cuando se comunicó a los demandantes, verbalmente, que, a partir de esa fecha, los avisos los iba a realizar una clínica, y que deberían realizar solamente dos horas de consulta de 18 a 20 horas, pero percibiendo sus retribuciones como si trabajasen a jornada completa.

Se les reconoció de forma expresa la situación de compatibilidad con pluriempleo legal, figurando como actividad principal la de trabajadores del ISFAS y como secundaria consulta privada o trabajo a media jornada. Previa negociación con los afectados, en la que no se logró acuerdo, se inició expediente de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que culminó con la Resolución del Ministerio de Defensa de 17-4-2006, fijándoles una jornada a tiempo completo en régimen de presencia para atención directa a los pacientes en los consultorios.

tal manera que el perjuicio debe alegarse y probarse, salvo que sea notorio y evidente.³⁸⁵

Es decir, una modificación sustancial, si tiene entidad suficiente, (condiciones de trabajo objetivas y claramente distintas), puede ser encuadrada en el art. 41 ET, pero para que opere la opción de resolución indemnizada, como ocurre en el supuesto del art. 50.1 a) ET, la modificación sustancial debe afectar al trabajador produciéndole un perjuicio. Así lo han establecido de manera rotunda las STS de 18 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2082) y 18 de julio de 1996 (RJ 1996, 6165).

Por su parte, la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador del art. 50 del ET, con una indemnización más sustanciosa equivalente a la del despido improcedente, de 45 días por año de servicio, requiere no solamente una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que ocasionen un perjuicio cualquiera, sino que han de redundar en perjuicio de la formación profesional o en menoscabo de su dignidad, incumplimiento que, por otra parte, ha de ser grave, afectando a lo esencial de lo pactado,³⁸⁶ y también voluntario, revelando una voluntad rebelde y pertinaz.

En el caso que nos ocupa, se aprecia que existen perjuicios para los trabajadores. Tal modificación sustancial, pasando de una jornada de dos horas de consulta, a otra a tiempo completo, en la que ni tan siquiera se respetan los horarios que desde hacía muchos años mantenían ha trastocado su vida laboral y familiar, produciéndose un perjuicio en la conciliación de este importante aspecto, que constituye un valor al alza en el actual Derecho del Trabajo.

Además se considera que tal improvisación del Ministerio de Defensa en la alteración de sus horarios, después de más de tres años de tenerles asignado uno de dos horas, pero percibiendo sus retribuciones como si su jornada fuera completa, redundaba también negativamente en la organización de sus legítimas expectativas profesionales, y que la propia parte demandada les había reconocido, como lo demuestra en este orden de cosas admitiera de forma expresa la situación de compatibilidad con pluriempleo legal, figurando como actividad principal la de trabajadores del ISFAS y como secundaria consulta privada o trabajo a media jornada.

Existe base consistente en los propios hechos probados para concluir se ha producido un perjuicio real y efectivo acreditado, no meramente potencial o que deba presumirse, con motivo de la alteración de las condiciones de trabajo de los demandantes.

³⁸⁵ SSTSJ Madrid de 24 de junio de 2003, (AS 2003, 3628) y 23 de septiembre de 1997, (AS 1997, 2999).

³⁸⁶ STS de 3 de abril de 1997, (RJ 1997, 3047) y STSJ País Vasco de 7 de enero de 2003, (AS 2003, 1546).

2. Movilidad geográfica

2.1. Relación con las situaciones de pluriempleo y pluriactividad

También actuaría como límite al pluriempleo y a la pluriactividad la movilidad geográfica, ya que un traslado imprevisto o unos desplazamientos forzosos, podrían dar lugar a la pérdida del empleo adicional, por imposibilidad de su prestación.

La movilidad geográfica puede definirse como todo cambio o modificación del lugar de cumplimiento de la prestación laboral inicialmente fijado, con independencia de si tal cambio lo es a iniciativa del trabajador o del empresario, y en este último caso, al margen de la causa justificativa de la medida modificativa, ya sean causa objetivas que atañen al funcionamiento de la empresa o disciplinarias.³⁸⁷

Atendiendo estrictamente al concepto derivado del art. 40 ET, se definiría como la facultad empresarial de alteración unilateral del lugar de trabajo, sin necesidad por tanto, de que concurra el consentimiento del trabajador afectado y ejercitable únicamente por causas objetivas relativas al funcionamiento económico, técnico, organizativo y/o productivo de la empresa y sujeta a precisos límites jurídicos. Sólo atiende aquellos cambios que tienen incidencia en el lugar de residencia del trabajador.³⁸⁸

2.2. Diferencia entre traslados y desplazamientos temporales

El art. 40.1 del ET, distingue entre traslados y desplazamientos temporales:

“El traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, o bien contrataciones referidas a la actividad empresarial.

Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

Siguiendo el apartado 4 de este mismo artículo, *los desplazamientos cuya duración en un período de tres años exceda de doce meses tendrán, a todos los efectos, el tratamiento previsto en esta Ley para los traslados.*

³⁸⁷ AAVV. Serrano Olivares, R., Coord. Del Rey Guanter, S., “Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia”. La Ley. Madrid. 1ª ed. 2005. Págs. 658 a 660.

³⁸⁸ Parece que lo que pretende el legislador es conciliar dos intereses contrapuestos: el empresarial de movilidad de los recursos productivos, y el del trabajador de proteger su vida privada y familiar, ya que no deberá obviarse que existe íntima relación entre domicilio y vida privada y familiar.

Se trata del supuesto de desplazamientos temporales de trabajadores por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial, que exijan que estos residan en población distinta de la de su domicilio habitual, en los que deben abonar los salarios, los gastos de viaje y las dietas.

El traslado consiste en al cambio de lugar de trabajo definitivo o indefinido que exige al trabajador la necesidad de cambiar de domicilio. Según la jurisprudencia estas notas de definitivo o indefinido serían las distintivas entre este concepto y el de desplazamiento.

El legislador, extiende el régimen jurídico del traslado a los cambios que aun siendo de carácter temporal, superen los 12 meses de duración en un plazo de 3 años.³⁸⁹

Por su carácter indefinido o definitivo, el traslado conlleva, normalmente el cambio de domicilio del trabajador.

Para determinar si es necesario el cambio de residencia la jurisprudencia considera las siguientes circunstancias:

- a) la distancia entre el nuevo trabajo y el domicilio del trabajador,
- b) existencia o no de medios públicos de transporte que faciliten al trabajador el acceso al nuevo lugar de trabajo, atendiendo a la regularidad del servicio y el horario del trabajador,
- c) las facilidades que ofrezca el empresario, ya sean adaptación horaria, transporte específico, suplir gastos de desplazamiento, etc..., llegando a la conclusión de que si atendiendo a estos criterios, el ciudadano medio tendría la necesidad de pernoctar en lugar distinto del domicilio del trabajador, se trataría de un traslado.

El traslado ha de notificarse con una antelación mínima de 30 días a su efectividad, tanto al trabajador afectado, como a sus representantes legales.³⁹⁰

Aunque el legislador no lo exija en el ET, la jurisprudencia ha venido exigiendo que se le comunique por escrito, en base al principio de buena fe³⁹¹ y los arts. 4, 6.3 y 7 del RD 1659/1998 de 24 de julio, por el que se desarrolla el art. 8.5 ET, en materia de

³⁸⁹ Se pretende evitar situaciones de provisionalidad que se prolonguen excesivamente en el tiempo para el trabajador.

³⁹⁰ Si no se notifica el traslado a los representantes de los trabajadores, no conllevaría la declaración del traslado como injustificado, sino que se cometería una infracción administrativa grave, como consecuencia de la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos que legal o convencionalmente estuvieran establecidos. Art. 7.7 TRLISOS.

³⁹¹ La jurisprudencia ha establecido un contenido mínimo que ha de cubrir la orden de movilidad, configurándose un derecho de resistencia del trabajador en caso de que no se especifiquen (circunstancias tales como: indicación del puesto de trabajo a desempeñar, período de permanencia previsible, localidad de destino, causas, gastos y dietas que van a percibir).

La resistencia del trabajador a la ejecución de la orden de movilidad, no podría calificarse como incumplimiento laboral. STS de 5 de junio de 1990, (RJ 1990\5018).

información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, establecen la obligación de informar por escrito al trabajador sobre cualquier modificación del lugar de trabajo.

El art. 40.1 párrafo 4º ET, establece que la compensación por gastos de traslado comprenderá tanto los gastos propios, como los de los familiares a cargo del trabajador, en los términos que se convengan entre las partes, que nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos.³⁹²

La mayoría de los convenios establecen una compensación mínima por traslado, que eventualmente podría ser mejorada por acuerdo entre las partes.

Por un lado, se abonan los gastos de viaje del trabajador y familiares que convivan con él y que le acompañen, transporte de mobiliario y enseres, y se contempla la realización del abono de una indemnización a tanto alzado para compensar otros gastos del traslado y en ocasiones, para compensar los gastos de vivienda, así como otra indemnización a tanto alzado, condicionada en la mayoría de los casos a la permanencia del trabajador en la empresa durante un período de tiempo.

En caso de que el trabajador voluntariamente cesara en la prestación laboral, tendría que devolverla.

2.3. Régimen jurídico aplicable a la movilidad geográfica

El RD Ley 10/2010, de 16 de junio, y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre; contemplan en su capítulo II, relativo a una serie de medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas y para fomentar el uso de la reducción de jornada, como instrumento de ajuste temporal de empleo, en el art. 4, modificaciones al apartado 2 del art. 40 ET, y en su art. 5, modificaciones al art. 41 del ET.

El apartado 2 del art. 40 ET, en su redacción actual, establece que:

“El traslado a que se refiere el apartado anterior deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a quince días, cuando afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores, o cuando, sin afectar a la totalidad del centro de trabajo, en un período de noventa días comprenda a un número de trabajadores de, al menos:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

³⁹² STS de 21 de diciembre de 1999, (RJ 2000\1426); STS de 7 de mayo de 1992, (RJ 1992\3521); STS de 30 de marzo de 1993, (RJ 1993\2224); STS de 16 de junio de 1997, (RJ 1997\4756); Auto TS de 28 de abril de 2005, (JUR 2005\27974); STSJ Aragón núm. 387/2006 de 11 de abril, (AS 2006\2833); STSJ Extremadura, núm. 49/2004 de 3 de febrero, (AS 2004\425); STSJ Cataluña núm. 176/2009 de 13 de enero (AS 2009\702).

c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

Dicho período de consultas deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

La apertura del período de consultas y las posiciones de las partes tras su conclusión deberán ser notificadas a la autoridad laboral para su conocimiento.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo.

Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4.

Tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre el traslado, que se regirá a todos los efectos por lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, la autoridad laboral, a la vista de las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justifiquen, podrá ordenar la ampliación del plazo de incorporación a que se refiere el apartado 1 de este artículo y la consiguiente paralización de la efectividad del traslado por un período de tiempo que, en ningún caso, podrá ser superior a seis meses.

Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 1 de este artículo. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución.

El acuerdo con los representantes legales de los trabajadores en el período de consultas se entenderá sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados al ejercicio de la opción prevista en el párrafo cuarto del apartado 1 de este artículo.

El empresario y la representación legal de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas a que se refiere este apartado por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período”.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a la movilidad geográfica, existen supuestos de movilidad geográfica sometidos a las reglas del artículo 40 ET y otros que no. La aplicación de este artículo sólo se produce cuando concurren las siguientes

circunstancias: 1) Que la movilidad sea ordenada por el empresario. 2) Que se justifique por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. 3) Que exija al trabajador un cambio de residencia desde su domicilio habitual.

a) Si acarrea cambio de domicilio, (traslado) y lleva aparejada modificación de horarios, el procedimiento será único, la modificación de horario quedará subsumida en la movilidad geográfica, salvo que la modificación en el horario implique la modificación del convenio colectivo, en cuyo caso sería de aplicación el art. 41.2 y 3 ET, que establece que la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad.

b) Si no implica cambio de residencia para el trabajador, en principio, queda dentro del ius variandi empresarial.

Se considera movilidad geográfica no sustancial o débil el cambio de centro de trabajo a pocos kilómetros de distancia.

La STS de 3 de abril de 2007, (RJ 2007\3489), no contempla un derecho a indemnización, sino sólo un compromiso de la empresa de colaborar en la solución de los problemas derivados del transporte que se supone que tiene que utilizar todos los días el trabajador para acudir a su nuevo centro de trabajo.³⁹³

Pero si este cambio, implica otro horario, el empresario tendrá que llevarlo a cabo siguiendo los trámites previstos en el art. 41 ET, para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

A) Supuestos excluidos de la aplicación del art. 40 ET

Los supuestos de movilidad geográfica que se encuentran al margen del art. 40 ET son los siguientes:³⁹⁴

A) Movilidad por mutuo acuerdo y por voluntad del trabajador

Como el art. 40 del ET requiere que sea una decisión empresarial la que ocasione la movilidad geográfica, quedarían fuera del ámbito de aplicación de este artículo si su origen fuera el acuerdo entre empresario y el trabajador, ya sea a iniciativa de uno o del otro, siempre que sea en interés del trabajador, aunque también concurra un interés empresarial. Normalmente estos supuestos se regulan por la negociación colectiva.

³⁹³ En el mismo sentido, de considerarse dentro del ius variandi del empresario: STS de 26 de abril de 2006, (RJ 2006\3105); STS de 27 de noviembre de 2007, (RJ 2008\1043); STS de 9 de febrero de 2010, (RJ 2010\3409).

³⁹⁴ Clasificación realizada por **García Murcia, J.**, *“Traslados y desplazamientos en la empresa”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. Colección laboral nº 28. 1ª ed. 1996, Págs. 53 y ss.

En el caso de acuerdo entre empresario y trabajador, se suele establecer en la negociación colectiva, que se estará a lo que hayan acordado las partes, y en caso de que sea a solicitud del trabajador, éste deberá hacerlo por escrito, sin que se reconozca compensación económica alguna.

No están totalmente excluidos del ámbito de aplicación del art. 40 ET, ya que el apartado 3 de este artículo contemplar un supuesto específico de movilidad geográfica voluntaria a instancias del trabajador, se trata del traslado por reunificación familiar.

B) Movilidad decidida por el empresario al margen de las causas previstas en el art. 40 ET.

C) Medidas de selección o ascenso de trabajadores.

D) Movilidad que no exige cambio de domicilio, ya que se considera que en este caso no es sustancial.³⁹⁵

En este caso, quedarían dentro del poder de dirección del empresario, ex arts. 5 c) y 20 ET, ya sea porque no exigen cambio de residencia o porque aun exigiendo pernoctar fuera de su domicilio, dada su escasa duración temporal no le imponen la necesidad de residir de forma más o menos estable en otro lugar.

El principal problema que se plantea en el caso de esta movilidad no sustancial es determinar, si a falta de previsión legal expresa, se podría reconocer una compensación económica a favor del trabajador, como consecuencia de la modificación del lugar de trabajo, si a consecuencia de ello, se ha visto incrementado el tiempo invertido en los desplazamientos diarios y los gastos que ocasionen estos desplazamientos.

- Hay disparidad de fallos en los pronunciamientos judiciales: a veces se ha reconocido el derecho, en base al principio civilista de equilibrio entre prestaciones, sin embargo, se niega cuando la compensación económica no ha sido prevista por el convenio colectivo que resulte de aplicación en la empresa, ni por el acuerdo de las partes.

La STS de 11 de diciembre de 2001, (RJ 2002\2976); establece que el art. 28 del convenio aplicable relativo a Banca Privada, determina para el caso de traslado que *"los gastos de traslado del empleado y familiares que con él convivan, así como los de traslado de bienes muebles del trabajador, serán por cuenta de la empresa."*, mientras que en los casos de meros desplazamientos temporales dentro del radio de 25 km., sería de aplicación el art. 30 del convenio (*"las empresas podrán cubrir vacantes realizando cambios de puesto de trabajo, que no tendrán la consideración de traslado ni movilidad geográfica, dentro de una misma plaza o de un radio de 25 km. a contar desde el centro del municipio donde los trabajadores presten sus servicios a la firma del convenio"*), añadiendo que *"en el caso de que el cambio sea a otra plaza distinta de*

³⁹⁵ La diferencia entre modificación sustancial o no, en materia de movilidad geográfica se determina en función de si es necesario o no el cambio de domicilio.

la que venía prestando sus servicios dentro del radio de 25 km., las empresas colaborarán en la solución de los problemas derivados del transporte que puedan generarse como consecuencia de la aplicación de esta norma"), y se fija por el convenio el importe de las dietas y kilometraje en estos casos.

Según la STS de 22 de febrero de 2000, (RJ 2000\2063); se reconoce el derecho al percibo de la indemnización o compensación pecuniaria a que tiene derecho el trabajador por traslado sin cambio de domicilio, ya que el convenio colectivo así lo tenía establecido.

- Cuando el convenio colectivo contempla la situación de movilidad geográfica no sustancial sin prever compensación económica a favor de los trabajadores afectados, existe unanimidad en la doctrina judicial en considerar que no cabe reconocer al trabajador compensación alguna:

La STSJ Canarias, Las Palmas de Gran Canaria de 28 de enero de 2000,³⁹⁶ considera procedente el abono de los gastos de desplazamiento que suponen el cambio de puesto de trabajo, cuando se traslada al trabajador dentro de un radio de 25 kms., que no implica cambio de residencia. Sin embargo, no se considera procedente la indemnización por el mayor tiempo empleado derivado del cambio de puesto de trabajo.

Esta ST se remite a la STSJ País Vasco de 4 de febrero de 1997, (AS 1997\780); que considera que no es que se trate de una situación carente de regulación, que permita acudir a mecanismos destinados a suplirla, como sería la aplicación analógica de otros preceptos.

Aquí se ha regulado para excluir la compensación económica por la pérdida de tiempo que ello ocasiona, al estimar prevalente el interés económico del empresario, con respecto al del trabajador, que ha de soportar el pernicioso efecto.

Sin embargo, los gastos ocasionados por el transporte, al estar contemplados en el art. 30 del convenio sobre Banca Privada que estaba vigente, sí se reconoce el derecho a percibir los gastos de viaje y desplazamiento, por ello sí que se condenó al banco a satisfacer estos gastos de desplazamiento, al estar reconocidos en el convenio.

E) Cambio de lugar de trabajo en centros móviles o itinerantes, es decir, trabajadores móviles al servicio de empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes.

F) Movilidad geográfica que lleve aparejada modificación de horarios. Si los traslados y desplazamientos llevan consigo modificaciones sustanciales de horario, el procedimiento a seguir para ambas modificaciones será único, la modificación de horario quedaría subsumida en la movilidad geográfica.

³⁹⁶ Rec. 568/1998. Ref. CISS: JS 237550, nº de sentencia 64/2000.

Hay que tener en cuenta que la regulación actual del procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET) y de movilidad geográfica del art. 40 es muy similar.³⁹⁷

Como excepción a la exención de acudir a la vía del art. 41 ET se encuentra la obligación de acudir al mismo en caso de que la modificación en el horario implique la modificación del convenio colectivo. En este caso será necesario acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores según el art. 41.2.3º ET.

En caso de desplazamientos a otros países, la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996, establece en su art. 3, que los Estados miembros deberán velar para que las empresas garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a determinadas materias, entre otras, los períodos máximos de trabajo, así como los períodos mínimos de descanso, que en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o por convenios colectivos o laudos arbitrales, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral.

B) Efectos de la decisión de movilidad geográfica

1. Respecto al régimen impugnatorio, en caso de que la **movilidad geográfica no exigiera cambio de domicilio y llevara aparejada otras modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo**, como por ejemplo de horario, entiendo que se podrían aplicar los cauces impugnatorios que ya hemos mencionado en el apartado correspondiente a las modificaciones sustanciales, en caso de desacuerdo y perjuicio para el trabajador, ante la posible pérdida de los otros empleos, tal y como se establece en la STS de 2 de junio de 1987, (RJ 1987\4107), ya mencionada.

Podría exigirse la indemnización correspondiente, ante la rescisión unilateral de contrato por parte del trabajador, podría impugnarse la decisión empresarial, según los artículos 59.4 ET y 138 LPL, o incluso resolver unilateralmente el contrato en vía judicial ex art. 50.1 a) ET,³⁹⁸ ya que según el apartado 2 del mismo art. 50 ET, tiene establecidas las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente.

Si el trabajador opta por el traslado, tiene derecho a una compensación por gastos, que comprenderá tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, que nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos. Art. 40.1, párrafo 4º ET.

³⁹⁷ **Rodríguez Pastor, G.**, “La modificación del horario de trabajo”. Tirant Lo Blanch. Valencia. Colección laboral, nº 59. 1ª ed. 1998. Pág. 101.

³⁹⁸ Extinción por voluntad del trabajador, basada en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, que redunden en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad.

2. En caso de que se produzca un **traslado** y el trabajador pluriactivo o pluriempleado, no quisiera aceptarlo, podría optar, siguiendo el art. 40. 1 ET, en su actual redacción:

a) Por la **extinción indemnizada de su contrato**, consistente en 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año con el máximo de 12 mensualidades.

b) El art. 40.1 párrafo 5º establece que sin perjuicio de la ejecutividad del traslado en el plazo de incorporación, el trabajador que no habiendo optado por la extinción de su contrato, se muestre disconforme con la decisión empresarial, podrá **impugnarla ante la jurisdicción competente**, para lo que dispone de un plazo de 20 días hábiles según el art. 59 apartados 3 y 4 del ET, y art. 138.1 LPL.³⁹⁹

La vía procesal sería la que se contempla en el art. 138 TRLPL, debiendo presentarse la demanda en el plazo de los 20 días hábiles siguientes a la notificación de la decisión.

Según el apartado 4 del art. 138 LPL, este procedimiento especial es preferente y urgente, debiéndose señalar el acto de la vista en los 5 días siguientes al de admisión de la demanda.

La sentencia, que no tendrá recurso salvo en el supuesto y con los requisitos contemplados en la letra b) del apartado 1 del artículo 189, y que será inmediatamente ejecutiva, deberá ser dictada en el plazo de cinco días.⁴⁰⁰

La sentencia declarará el traslado justificado o injustificado y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser reincorporado al centro de trabajo de origen. Si la medida se declara injustificada, se deberá reconocer al trabajador el derecho a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo.⁴⁰¹

Si el empresario no lo hiciera, o lo realizara de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el juzgado de lo social y la extinción del contrato por incumplimiento grave de la obligación de reintegración, según lo previsto en el art.

³⁹⁹ Según la STS de 21 de diciembre de 1999, (RJ 2000\1426), en ningún caso se exige una reacción integral en unidad de acto, y menos aún, se está confiriendo un plazo perentorio para inclinarse por la extinción. Para el TS el párrafo 5º es una explicación adicional, se advierte al trabajador, que la orden empresarial es ejecutiva y se le avisa de que, no obstante, cabe su impugnación, a condición de que no se haya optado por la extinción, porque impugnación y extinción simultáneas sí son incompatibles, al atender a finalidades opuestas. Se puede impugnar, en el caso planteado, porque hasta ese momento no había habido intento de extinción.

⁴⁰⁰ Ap. 4 modificado por art. 10.77 de Ley 13/2009, de 3 noviembre.

⁴⁰¹ STSJ Murcia núm. 585/2007 de 8 de mayo, (JUR 2007\279599); STSJ Andalucía Sevilla núm. 942/2009 de 3 de marzo, (AS 2009\1512), sobre indemnización de daños y perjuicios por traslado injustificado.

50.1 c) ET y los artículos 277 a 279 TRLPL]. El trabajador no podría solicitar la ejecución de la sentencia en sus propios términos.⁴⁰²

En caso de que se tratara de representantes de los trabajadores o delegados sindicales y la causa fuera por despido improcedente, podrían optar entre la extinción indemnizada del contrato del trabajo y la readmisión, con un procedimiento específico en este último caso, previsto en los arts. 280 a 282 LPL, para se ejecute en sus propios términos la sentencia. Como el art. 138 TRLPL no se remite a estos preceptos, no parece que pudieran solicitar la ejecución in natura, salvo caso de despido.

Si la decisión empresarial ha sido adoptada en fraude de ley, eludiendo las normas que determinan la calificación de la medida como traslado colectivo, la sentencia la declarará nula. Los traslados que excedan del límite numérico previsto en el art. 40.2 serán nulos.

Su sentencia, en principio, no admite recurso y será inmediatamente ejecutiva, debiendo dictarse en el plazo de 10 días, salvo en caso de que al declararse el traslado como injustificado llevara adherida una declaración de lesión de derechos fundamentales, en cuyo caso, sí cabe recurso, pero sólo sería recurrible respecto al debate de esa concreta cuestión de lesión de derecho fundamental.

El TS se ha pronunciado sobre esta irrecurribilidad, STS de 19 de diciembre de 2002, (R 3369/2001), considerando que está justificado por el carácter necesariamente causal que debe tener la medida que se adopte, las garantías que se imponen para una participación más intensa de los representantes de los trabajadores, y el reconocimiento en determinadas ocasiones del derecho de los trabajadores perjudicados por ellas a rescindir su contrato de trabajo.

3. En caso de **desplazamientos**, al encontrarse dentro del ius variandi empresarial, el cauce adecuado para reclamar cantidades dinerarias en concepto de gastos de desplazamiento, no es el que se prevé en el art. 138 TRLPL, ya que no se está impugnando una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, al no cuestionarse la decisión empresarial, sino que sería el procedimiento de reclamación de cantidades.⁴⁰³

Destaca la STS de 16 de abril de 2003, (RJ 2003\4531). En el caso enjuiciado se trata de precisar si la acción de impugnación de un cambio de puesto de trabajo, que no implica por sí mismo cambio de residencia, está o no sujeta al plazo de caducidad del artículo 59.4 del Estatuto de los Trabajadores.

⁴⁰² STS de 2 de junio de 2008, (RJ 2008\3297).

⁴⁰³ Serían los supuestos contemplados en las sentencias siguientes: STS de 18 de marzo de 2003, (RJ 2003\3650); STS de 16 de abril de 2003, (RJ 2003\4531); STS de 27 de noviembre de 2007, (RJ 2008\1043). Según la STSJ Com. Valenciana núm. 79/2008 de 15 de enero, (AS 2008\1084), el cambio de centro de trabajo sin implicar cambio de residencia, se considera ius variandi del empresario y no da lugar a indemnización o compensación que no tenga origen en pacto colectivo o individual.

En esta sentencia se determina que el plazo de caducidad de los artículos 59.4 del Estatuto y 138 de la Ley de Procedimiento Laboral, está establecido exclusivamente para los casos de movilidad geográfica del artículo 40 y de modificaciones sustanciales de las condiciones del contrato de trabajo del artículo 41 por lo que *"es claro que las acciones frente a los supuestos de **movilidad geográfica no sustancial** o débil no están sujetas al plazo de caducidad alguno y sí sólo al general de prescripción de 1 año que establece el artículo 59.1 del Estatuto para todas las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial"*.

Esta misma sentencia establece que la regla general que se deriva del artículo 40 ET es que, salvo que el convenio disponga otra cosa,⁴⁰⁴ el traslado a centro de trabajo sito en población distinta de aquella en la que se prestan los servicios, implica en sí misma un cambio de residencia, que por ello, constituye un supuesto de movilidad geográfica incardinable en el artículo 40 ET y su impugnación debe tramitarse por la modalidad específica regulada en el artículo 138 LPL.

Ahora bien, dicha regla no puede aplicarse de un modo automático y objetivo, de forma que obligue a considerar que todo traslado a población distinta implica un cambio de residencia, sino racionalmente y atendidas las circunstancias concretas de cada caso.

Si el trabajador desde el inicio de su relación mantuvo su residencia habitual en población alejada de aquella en la que prestaba servicios, y se efectuara una orden que implicara que después de un período de desarrollo de su trabajo en otra localidad más próxima a su domicilio, volviera a su inicial puesto de trabajo, no supondría un cambio de residencia, como una excepción a la regla general.

Cuando no se cumplen por el empleador las exigencias formales del precepto, (...) no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el art. 41 del ET, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del art. 138 LPL.

Esta doctrina es igualmente extensible a la movilidad geográfica acordada sin cumplir las exigencias del art. 40, dada la similitud de regulación sustantiva de ambos supuestos.

⁴⁰⁴ como ocurre con el de la Banca Privada que dio lugar a las sentencias del TS de 27 de diciembre de 1999, (RJ 2000\2029) y 19 de diciembre de 2002, (RJ 2003\2349).

3. Pactos de Permanencia en la Empresa

El art. 5 del ET no impone al trabajador ningún deber de permanencia en la empresa, ni tampoco le impide contratar con cualquier empresa, sea o no de la competencia, cuando cesa de prestar servicios en aquélla.

En ambos casos rige el principio de libertad en la contratación, como consecuencia de la autonomía de la voluntad en la que se mueve el contrato de trabajo conforme a las previsiones genéricas del art. 1 ET.

Si relacionamos las exigencias de la buena fe con lo que acabamos de aseverar, el art. 21.4 del ET, prevé la posibilidad de que el trabajador se comprometa por vía contractual, a mantener la relación durante un cierto tiempo, condicionando el legislador la validez del pacto al cumplimiento de determinadas exigencias.

El art. 21.4 ET permite el denominado “pacto de permanencia en la empresa” cuando el trabajador hubiese recibido una formación específica a cargo del empresario para realizar trabajos específicos y poner en marcha determinados proyectos.

En tal caso, respondiendo al interés empresarial en el aprovechamiento de la inversión formativa confiada al trabajador, se autoriza a fijar un período de tiempo durante el cual éste habrá de permanecer en la empresa, prohibiéndose su dimisión.

Pero la autonomía reconocida a las partes en el momento de fijar dichas condiciones se encuentra limitada tanto en lo relativo al plazo de permanencia –que no podrá ser superior a los dos años- como en la facultad que en todo caso conserva el trabajador de abandonar el trabajo, si bien abonando al empresario los daños y perjuicios que tal dimisión le ocasionara. De nuevo los imperativos del derecho al trabajo planean sobre los postulados de la norma.⁴⁰⁵

Se puede considerar como un límite indirecto, ya que indirectamente pueden provocar un abandono antes del plazo previsto o un despido procedente debido a falta de rendimiento⁴⁰⁶ o ausencias injustificadas, que podrían venir causadas en última instancia por las situaciones de pluriempleo o pluriactividad. La consideración de este límite como indirecto parece por tanto, la más adecuada.

Con motivo de la reciente reforma en el sector del transporte aéreo civil, operada por el **RD 1001/2010, de 5 de agosto**, por el que se establecen normas de seguridad aeronáutica en relación con los tiempos de actividad y los requisitos de descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo, de desarrollo de la **Ley 9/2010, de 14 de abril**;

⁴⁰⁵ **Prados de Reyes. F. J.**, “Estatuto básico del trabajador. Guías de negociación”. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. 2006. Págs. 15 y 16.

⁴⁰⁶ Hay que tener en cuenta que si la finalidad del pacto de permanencia es proporcionar una determinada formación especializada al trabajador, si tiene que dedicar al cabo del día unas horas determinadas a la prestación de servicios y otras a la formación, puede suponer una sobrecarga de trabajo el desempeño de otra/s actividades profesionales remuneradas.

que resulta de aplicación no sólo a los controladores habilitados y certificados, sino que también afecta a los alumnos de control de tránsito aéreo en fase de instrucción, con los que cabría la posibilidad de que se hubiera pactado la permanencia mediante la contratación individual; procede matizar que en caso de concurrir el pacto de permanencia en el ámbito de los alumnos de control de tránsito aéreo en fase de instrucción, operaría como límite directo, dado el específico sector en el que se desarrollara el pacto, siendo la causa directa el sector en el que se desenvuelve, al igual que ocurriría en caso de concurrir el pacto de permanencia, en el sector del transporte terrestre por carretera, o por razones subjetivas, si el trabajador fuera menor de edad.⁴⁰⁷

3.1. Concepto y naturaleza

1. Se trata de un acuerdo negocial a través del cuál el trabajador se compromete a permanecer en la empresa que le ha procurado un cierto nivel de formación cualificada, durante un período de tiempo acotado, considerando algunos autores que se trata de una cláusula de duración mínima del contrato de trabajo cuya finalidad es amortizar a la empresa, al menos los gastos que para ella haya supuesto la inversión económica efectuada en la especialización del trabajador.⁴⁰⁸

Para algunos autores,⁴⁰⁹ se trata en realidad de una modalidad de contrato con duración mínima garantizada, fundada en una causa: el hecho de que el empresario haya realizado una inversión en la formación de un trabajador.

En este caso al interés normal de todo empresario de obtener la prestación convenida durante el tiempo que se haya pactado, se suma el interés por resarcirse del coste de la especialización del trabajador y obtener el beneficio económico que le reporte su aplicación al proceso productivo.

El contenido del pacto, se concreta en la obligación del trabajador de permanecer en la empresa durante un determinado período de tiempo, no superior a 2 años, a los efectos de compensar a la misma por haber recibido una especialización profesional a su cargo con el objetivo de poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Art. 2. RD 1001/2010, de 5 de agosto. Lo dispuesto en este Real Decreto será de aplicación a los proveedores civiles de servicios de control de tránsito aéreo designados para la prestación de estos servicios, a los controladores civiles de tránsito aéreo que presten servicios de control de tránsito aéreo para dichos proveedores y a los titulares de una licencia civil de alumno controlador de tránsito aéreo durante la formación de unidad realizada con tráfico aéreo real.

⁴⁰⁸ **Sirvent Hernández, N.**, *“El pacto de permanencia en la empresa”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2002, págs. 23 y 24.

⁴⁰⁹ **Montoya Melgar, A., Galiana Moreno, J.M., Sempere Navarro, A.V., Ríos Salmerón, B.**, *“Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 5ª ed. Año 2003. Pág. 146.

⁴¹⁰ No se admiten otras causas distintas. STS 14 de febrero de 1991, (RJ 1991\837).

El pacto de permanencia constituye una importante limitación al derecho del empleado a extinguir el contrato por su sola voluntad, mediante la dimisión que se contempla en el art. 49.1 d) del ET.

2. Los tribunales entienden por especialización profesional que se trate de un tipo de formación profesional con cargo a la empresa que mejore significativamente la formación profesional del trabajador y que suponga un coste adicional para la empresa.⁴¹¹

El TSJ Islas Baleares, en ST de 20 de junio de 2002,⁴¹² contempla el caso en el que un piloto que además de haber recibido un curso de vuelo a cargo de la empresa, había suscrito un pacto de permanencia, y extingue unilateralmente el contrato durante el período de prueba, sin que hubiera transcurrido el período mínimo prefijado en el pacto.

La relevancia de esta sentencia radica en que pese a que los cursos no fueron sufragados materialmente por la empresa al estar incluido el coste en el contrato de leasing de los aviones, estima que sí procede que el trabajador abone a la empresa el coste del curso recibido en concepto de daños y perjuicios causados, en la inteligencia de que el valor de los cursos es una contraprestación del contrato de leasing de los aviones.⁴¹³

En la STSJ Comunidad Valenciana de 9 de mayo de 2002,⁴¹⁴ se examina un caso en el que se considera que la formación proporcionada al trabajador no ha supuesto realmente una auténtica especialización profesional y que por ello se trata de una cláusula abusiva e ilícita.

En el mismo sentido STSJ Cataluña de 25 de septiembre de 2002,⁴¹⁵ la formación ha de ser singular o cualificada y que suponga un coste especial o extraordinario para la empresa y que al mismo tiempo produzca un enriquecimiento del patrimonio o valor profesional del trabajador fácilmente identificable. No abarca la obligación genérica del empresario de proporcionar formación profesional a los trabajadores.⁴¹⁶

⁴¹¹ SSTS de 21 de diciembre 2000, (RJ 2001\1869) y la de 26 de junio de 2001, (RJ 2001\7795).

⁴¹² Rec. 264/2002, Ref. CISS: JS503679.

⁴¹³ En sentido similar falló el TSJ de Andalucía de Málaga en ST de 26 de julio de 2002, rec. 1212/2002. Ref. CISS: JS518146. También se trata de un piloto.

⁴¹⁴ Recurso 1662/2000. Ref. CISS: JS527210.

⁴¹⁵ Rec. 9036/2001. Ref. CISS: JS507509.

⁴¹⁶ En similar sentido STSJ Cataluña de 21 de noviembre de 2003, rec. 350/2001. Ref. CISS: JS569390, incumbe a la empresa la carga de la prueba de que la formación proporcionada al trabajador ha supuesto realmente una auténtica especialización profesional, si no constan las facturas, ni el contenido formativo de los cursos.

3.2. Duración

La duración máxima de 2 años debe computarse desde el momento en que el trabajador recibió la formación especializada, aunque el plazo se amplía a 3 años en caso de personal civil al servicio de establecimientos militares, ex art. 20 RD 2205/1980 de 13 de junio .

Pese a que su duración no puede ser superior a 2 años, en la STSJ de Madrid de 5 de julio de 2005,⁴¹⁷ se desestima el recurso de suplicación interpuesto por incumplimiento del pacto de permanencia pese a que el límite temporal suscrito era de 4 años, ya que no se aprecia indefensión en la demandada al no haber concurrido voluntariamente al acto de conciliación ante el SMAC.

El objeto del contrato era la adaptación de personal de las filiales como futuros directivos, se trataba de implantar un plan de sistemas de mercados, y la demandada no ocupaba un puesto de plantilla. Transcurrido dicho plazo, la trabajadora volvería al banco de procedencia, circunstancia que al final no tuvo lugar.

El TSJ desestima en suplicación la pretensión de la recurrente, aunque la formación según las alegaciones de ella no fuera adecuada, y pese a que el contrato suscrito entre las partes fuera en fraude de ley por no reunir los requisitos del art. 11.2 del RD 1/1995 de 24 de marzo, o aunque no hubiera trabajado con la competencia, basándose en el hecho probado de que esta formación proporcionaba proyección internacional a la trabajadora, en concreto se trataba de un Programa de Desarrollo de Directivos Internacionales.⁴¹⁸

3.3. Carácter

Este pacto supone una excepción al derecho a dimitir del puesto de trabajo, contemplado en el art. 49.1 d) del ET, a la regla general vigente en nuestro ordenamiento jurídico, que considera que el trabajador puede rescindir libremente el contrato de trabajo, como consecuencia de la libertad de trabajo reconocida constitucional y legalmente.⁴¹⁹

Es un pacto voluntario, no puede imponerse unilateralmente por el empresario ni establecerse en convenio colectivo su obligatoriedad, ha de reunir unos mínimos

⁴¹⁷ Rec. 2208/2005. Ref. CISS: JS651945.

⁴¹⁸ Mi opinión personal es que no se justifica con los argumentos que se aducen en la fundamentación jurídica de esta sentencia, el que se desestimen las pretensiones de la actora, al establecerse una duración superior a 2 años, en este caso, se fijaron 4 años, en el pacto de permanencia, se está conculcando el derecho de la trabajadora a la dimisión y el plazo máximo legal.

⁴¹⁹ AAVV. Coord. **Del Rey Guanter, S., Gala Durán, C.**, “Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia”. La Ley. Madrid. 1ª ed. 2005, pág. 354.

requisitos de proporcionalidad o equilibrio de intereses y el trabajador debe recibir una formación real y efectivamente especializada.⁴²⁰

Sobre la naturaleza jurídica de este derecho, es decir si se considera imperativo o dispositivo, podemos observar que en nuestro ordenamiento jurídico laboral hay una cierta prevalencia de la imperatividad sobre la dispositividad, puesto que el Derecho del Trabajo desde sus orígenes pretende equilibrar dos posiciones jurídicas que por su propia naturaleza son desiguales desde el inicio.

Pese a que el art. 49.1 d) ET responde a la idea de norma de Derecho necesario absoluto,⁴²¹ puesto que se fundamenta en el art. 35.1 CE y la libertad de trabajo, también está ligada al principio de igualdad entre los individuos, para garantizar que las libertades sean reales y efectivas, la instrumentalización de las normas imperativas para conseguir el orden público es comúnmente aceptada entre la doctrina laboralista⁴²² y además se trata de una previsión excepcional del legislador.

Es un pacto voluntario, no puede imponerse unilateralmente por el empresario ni establecerse en convenio colectivo su obligatoriedad.

Además ha de formalizarse por escrito, siendo la forma constitutiva condicionante de su validez, pero no se establece el momento en el que ha de pactarse, así que se considera que se puede pactar tanto en el momento de la constitución de la relación laboral, como durante la vigencia del contrato de trabajo.

Al suponer una restricción de la libertad profesional y de trabajo reconocidas al trabajador por los arts. 35.1 CE y 4.1 ET, además de los requisitos legales, ha de reunir unos mínimos requisitos de proporcionalidad o de equilibrio de intereses.

Atendiendo a las SSTs de 21 de diciembre de 2000,⁴²³ y de 26 de junio de 2001,⁴²⁴ el TS unifica la doctrina sobre el pacto de permanencia de trabajadores de entidades bancarias con título universitario que habían recibido formación de la empresa y habían pactado una indemnización para el caso de baja voluntaria o pase a la situación de excedencia dentro de los 2 años siguientes a la suscripción del contrato.

⁴²⁰ STS de 26 de junio de 2001, (Rec. 3825/2000, RJ 2001\7795), STS 6 de mayo 2002, (Rec. 3669/2001, RJ 2002\7891); Auto TS de 12 de mayo de 2009, (JUR 2009\288746).

⁴²¹ Por razones de orden público y en defensa de los intereses generales de todos los ciudadanos. **De Sala Franco, T.**, “*Dos cuestiones mal resueltas: la naturaleza imperativa de las normas legales laborales y la complementariedad convencional de las mismas*” Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho del Trabajo, nº 3. Año 1997. Pág. 122.

Por su parte, **De la Villa Gil, L.E., Bayón Chacón, G., Pérez Botija, E.**, “*El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales*”. Instituto de Estudios Políticos. Revista de Política Social nº 85 de 1970, pág. 35, consideran que entre las normas de Derecho necesario absoluto se encuentran las causas de suspensión o cese de los contratos individuales.

⁴²² **Serrano Argüeso, M.**, “*La teoría de las fuentes en el Derecho individual del Trabajo. Revisión crítica*”. Dyckinson. Madrid. 2000, pág. 304.

⁴²³ Rec. 443/2000, (RJ 2001\1869).

⁴²⁴ Rec. 443/2000, (RJ 2001\7795).

Se destaca que la especialización profesional, no basta con que sea de cualquier índole, todo trabajador tiene derecho a la formación profesional y a la promoción en el trabajo, ex art. 27, 35 y 40.2 de la CE, que el ET traduce en su art. 4.2.b).

El empresario está obligado a proporcionar de forma directa a sus empleados la formación que resulte necesaria y acorde con el buen desempeño de la específica función que a cada trabajador tenga encomendada.

3.4. Forma

A diferencia del pacto de plena dedicación que no precisa forma escrita, el pacto de permanencia ha de pactarse por escrito, de lo contrario, carece de validez. El momento de su suscripción puede ser simultáneo a la concertación contractual o posterior, mediante pacto expreso ad hoc.

3.5. Incumplimiento del pacto

Mientras que el pacto de plena dedicación, permite que el trabajador pueda desistir del mismo en cualquier momento con la única sanción de la pérdida de la compensación económica, el pacto de permanencia no puede disolverse lícitamente, ya que al suscribirlo, se recorta al trabajador su posibilidad de libre desistimiento,⁴²⁵ incluso le impide extinguir el contrato durante el período de prueba. Auto del TS de 16 de julio de 2009, (JUR 2009\416128).⁴²⁶

En caso de incumplimiento del pacto, ya sea por abandono antes del plazo o por provocar un despido procedente, ya sea por falta de rendimiento o ausencias injustificadas, causaría el derecho a una indemnización de daños y perjuicios a favor del empresario, que no sólo abarcaría los gastos que le haya acarreado la formación, sino también los beneficios dejados de percibir, es decir el lucro cesante.⁴²⁷

Para evitar complicados problemas de determinación y prueba del daño indemnizable, es una práctica recomendable, fijar en el pacto el importe de la indemnización debida por la ruptura de éste.

⁴²⁵ STSJ Murcia de 22 de mayo de 2000, (Ar. 1733).

⁴²⁶ STSJ Andalucía, Sevilla, 26 de octubre de 2000, (Ar. 4416).

⁴²⁷ Para **Montoya Melgar, A., Galiana Moreno, J.M., Sempere Navarro, A.V., Ríos Salmerón, B.**, *“Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 7ª ed. 2007. Págs. 162 y 163, este precepto es una aplicación específica de la regla general que se contemplaba en el art. 81 párrafo final LCT de 1944, hoy derogado y sin similar en el ET: “si fuera el trabajador el que incumpliera el contrato abandonando el trabajo, el empresario tiene derecho a exigirle el resarcimiento de los daños y perjuicios”.

Para estos autores, el hecho de que esta regla no sea acogida expresamente en el ET, no significa que haya perdido vigencia, ya que ésta se desprende del juego combinado de las reglas de duración y extinción del contrato y de los preceptos civiles aplicables a la contratación con carácter general (arts. 1102 y 1103 Cc.).

En caso de que no se haya fijado en el pacto, la cuantía de la indemnización dependerá de la cuantificación que le otorguen los tribunales en función de:

1. Los gastos que haya supuesto para el empresario la especialización profesional del trabajador.⁴²⁸

2. Los perjuicios que se deriven para la empresa dado el grado de dificultad de sustitución del trabajador o del hecho de que el trabajador pase a trabajar para otra empresa.

3. Si se ha resuelto el contrato durante el primer o segundo año del pacto.⁴²⁹

Para el caso de incumplimiento, se puede pactar en convenio colectivo o en el propio pacto individual de permanencia, cláusulas penales sustitutorias de la indemnización de daños y perjuicios.⁴³⁰

3.6. Conclusión

El art. 5 ET, no impone al trabajador ningún deber de permanencia en la empresa, rige el principio de libertad en la contratación, como consecuencia de la autonomía de la voluntad, en la que se mueve el contrato de trabajo, conforme a las previsiones del art. 1 ET, pero en caso de incumplimiento de este pacto, ya sea por abandono antes del plazo o por provocar un despido procedente, por falta de rendimiento o ausencias injustificadas, (que podrían venir causadas por el pluriempleo o pluriactividad), causaría el derecho a una indemnización de daños y perjuicios a favor del empresario, que abarcará los gastos que le haya acarreado la formación, gastos de la sustitución del trabajador y el lucro cesante.

Los requisitos que ha marcado la jurisprudencia, según la STS 6 mayo de 2002 (Rec. 3669/2001), (RJ 2002\7891);⁴³¹ y se pueden resumir en los siguientes puntos:

1. Su aplicación ha de ser efectiva para el caso de que el trabajador haya recibido una especialización profesional.
2. El proceso de especialización lo ha de sufragar la empresa.
3. Su finalidad ha de ser poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico.
4. Su duración no puede superar 2 años.
5. La cláusula ha de pactarse por escrito.

El pacto ha de fundarse en causa suficiente y que no se aprecie carácter abusivo debiendo reunir determinados requisitos mínimos de proporcionalidad o equilibrio de

⁴²⁸ STS de 14 de febrero de 1991, (RJ 1991\837).

⁴²⁹ STS 1 de marzo de 1990, (RJ 1990\1745).

⁴³⁰ STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 1998 (AS 1998\2769).

⁴³¹ A favor: STS de 21 de diciembre de 2000, (RJ 2001\1869) y STS de 26 de junio de 2001, (RJ 2001\7795), entre otras.

intereses, lo cuál no se cumpliría en caso de que se suscribiera este pacto en el ámbito de un contrato en prácticas.⁴³²

III. Análisis de aparentes límites a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad

1. El concepto de salario contemplado en el art. 26.1 ET

En este apartado se evalúa si, dado que el art. 26.1 ET, establece una concepción amplia de salario, que abarca no sólo los períodos de trabajo efectivo, sino también los de descanso, inactividad e impedimento, constituiría por ello un límite a las situaciones de pluriempleo y/o pluriactividad.⁴³³

En primer término se va a analizar el concepto de salario, para determinar posteriormente si se puede considerar como un límite o no a estas situaciones.

1.1. Concepción amplia del salario

El salario es un elemento fundamental para el desarrollo de la relación laboral.⁴³⁴ Es un derecho del trabajador que se configura como una obligación esencial del contrato de trabajo.

El art. 26.1. ET, se configura como “norma de orden público” por los intereses que protege y que además encuentra apoyo en otros derechos, principios o valores constitucionalmente protegidos.⁴³⁵

Para **De Sala Franco**,⁴³⁶ se trataría en principio de una norma de Derecho necesario absoluto en todos sus mandatos, inmodificable por tanto, por convenio colectivo o por contrato individual.

Para otros autores,⁴³⁷ la naturaleza de las percepciones abonadas por la empresa no es materia de libre disposición, sino materia de Ley. La norma delimitadora del

⁴³² SSTS 21 de diciembre 2000, (RJ 2001\1869) y 26 de junio 2001, (RJ 2001\7795).

⁴³³ Art. 26.1. ET. Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso, computables como de trabajo. [...]

⁴³⁴ **Alarcón Caracuel, M. R.**, “*Las relaciones ley-convenio colectivo*”, en AAVV, coordinador **Rojo Torrecilla. E.**, “*Las reformas laborales de 1994 y 1997*”. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1998, pág. 30.

González Posada Martínez, E., “*Ordenación del salario*”. En AAVV, coordinador **Valdés Dal- Ré, F.**, “*La reforma del mercado laboral*”. Lex Nova. Valladolid. 1994. Pág. 219.

⁴³⁵ **Montoya Melgar, A.**, “*El Estado y la autonomía colectiva*”. Revista Actualidad Laboral, nº 2 año 1989, pág. 283.

⁴³⁶ AAVV. Dir. **Sala Franco, T.**, “*Los límites legales al contenido de la negociación colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del ET*”. MTASS. Colección Informes y Estudios, nº 39. Madrid. 1ª ed. 2001, pág. 76.

concepto legal de salario sería de Derecho necesario estricto, no teniendo carácter disponible para la autonomía colectiva, independientemente de que en el apartado 3 del art. 26 se permita a la negociación colectiva la determinación de la estructura del salario.

La particular articulación de las partidas salariales sí queda a la disponibilidad de las partes, en primer lugar a la negociación colectiva, cualquiera que sea su manifestación y grado de conformidad, pero en su defecto, del contrato de trabajo.

El salario no es sólo la contraprestación directa e inmediata por el trabajo prestado por cuenta ajena y dependiente,⁴³⁸ sino que tiene una dimensión social,⁴³⁹ permitiendo incluir prestaciones que no se corresponden con una prestación efectiva del trabajo.

Tiene el carácter de sustento para el trabajador, equilibrando jurídicamente la presencia de los intereses de la relación laboral en la que no sólo concurre el trabajo, sino también la persona del trabajador.⁴⁴⁰

Desde un punto de vista social, se considera al salario como renta para sufragar las condiciones de vida del trabajador, reflejo en nuestro ordenamiento de la exigencia del art. 35.1 CE. En este sentido, el salario supone el medio de subsistencia básico del trabajador para satisfacer sus necesidades personales y familiares.

Esta concepción social del salario ha permitido dejar atrás su rígida concepción económico- jurídica originaria, en el sentido de superar la visión del salario como precio o coste, reflejando en el plano jurídico la repercusión y trascendencia que tiene para una gran parte de la población y sus peculiaridades en cuanto al objeto.⁴⁴¹

⁴³⁷ AAVV. Director **Del Rey Guanter, S.**, “Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia”. La Ley. Madrid. 1ª ed. 2005, pág. 409.

⁴³⁸ AAVV. Dir. **Almansa Pastor, J.M.**, “La obligación salarial”. Estudios sobre la ordenación del salario. Universidad de Valencia. 1976, págs. 79 y 80.

⁴³⁹ AAVV. Director **De Sala Franco, T.**, “Derecho del Trabajo”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 11ª ed., 1997, págs. 211 y 212.

⁴⁴⁰ SSTs 24 noviembre 1980, (Ar. 4366); 12 de febrero 1985, (Ar. 636); 7 de noviembre 1986, (Ar. 6296).

⁴⁴¹ STSJ Madrid 9 de febrero 2000, (Ar. 1538).

1.2. La eventual transgresión de la buena fe contractual, según la concepción amplia de salario, en caso de pluriempleo o pluriactividad

Como se ha afirmado, el art. 26.1 ET mantiene una concepción legal amplia del salario, percibiéndose como contraprestación de la obligación de trabajar que tiene el trabajador, tanto por el trabajo efectivo como por los períodos de no prestación laboral, es decir, de descanso, (vgr: el salario de las vacaciones anuales, descansos semanales, permisos y fiestas laborales) y también cuando se permita por una norma legal, (períodos de inactividad) o se encuentre imposibilitado para ello, (períodos de impedimento).⁴⁴² STSJ Madrid 9 de febrero de 2000, (Ar. 1538).

En este sentido, poniéndolo en relación con las situaciones objeto de estudio, se podría plantear la cuestión de si el salario actúa como límite a la libertad de trabajo, si por el hecho de que se emplearan los períodos de descanso y de inactividad, (que son retribuidos, como ya se ha analizado), para desempeñar otras prestaciones laborales, se estaría conculcando el deber de buena fe.

Se trata de analizar en relación con las situaciones de pluriempleo y pluriactividad si se conculca el deber de buena fe al emplear los períodos de descanso retribuidos, para desempeñar otras prestaciones laborales.

1.3. La STC 192/2003 de 27 de octubre, sobre percepción de otra remuneración, por realización de trabajos durante el período vacacional

Como respuesta a la cuestión planteada, el TC en la sentencia 192/2003 de 27 de octubre, en la que se pronuncia sobre la percepción de otra remuneración por realización de trabajos durante el período vacacional, considera que desde sus orígenes, la legislación sobre el contrato de trabajo viene siendo una legislación limitativa del poder empresarial que, a causa de ella, dejó de ser absoluto; y limitativa, asimismo, de la que hemos llamado, para reprobarla, "lealtad absoluta" del trabajador.⁴⁴³

“Hemos dicho con reiteración, que tal modulación contractual no significa que exista un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues no resultaría acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales”.⁴⁴⁴

Una concepción del derecho del trabajador a las vacaciones retribuidas, como la mantenida en las resoluciones judiciales impugnadas equivale a desconocer la dignidad

⁴⁴² **García Murcia, J.**, “*Concepto y estructura del salario*”. Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 100, 1, 2000. Ejemplar dedicado al ET, veinte años después, pág. 617.

⁴⁴³ SSTC 120/1983, de 15 de diciembre; 2/1996, de 15 de enero.

⁴⁴⁴ SSTC 186/1996, de 25 de noviembre, FJ 3; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 197/1998, de 13 de octubre, FJ 2; y 241/1999, de 20 de diciembre, FJ 4.

personal del trabajador, entendida ésta como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de "autodeterminación consciente y responsable de la propia vida",⁴⁴⁵ así como el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE).

Recordemos una vez más que "la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona".⁴⁴⁶

Relativa a la buena fe contractual en este ámbito, destacan las siguientes sentencias: la STSJ País Vasco núm. 2403/2007 de 25 de septiembre, (AS 2008\40), sobre concurrencia desleal, la STSJ Extremadura núm. 796/2003 de 31 de diciembre (AS 2004\1588), relacionando con el derecho fundamental a la dignidad de la persona, STSJ Madrid núm. 918/2006 de 28 de noviembre (AS 2007\523), sobre pluriempleo y vacaciones, destaca la STSJ La Rioja núm. 301/2004 de 4 de noviembre (AS 2004\3054).

2. Análisis de otras normas sobre Ordenación del Tiempo de Trabajo

2.1. Jornada Máxima Legal

Como ya se ha analizado a propósito de las limitaciones de carácter directo, relativas a la ordenación del tiempo de trabajo, que pueden considerarse *numerus clausus*; salvo que entrara en vigor la propuesta de modificación de la Directiva 2003/88 CE, en los términos allí analizados, o concurren las limitaciones a la ordenación del tiempo de trabajo establecidas con carácter directo para los menores de edad, transporte terrestre por carretera, o para la seguridad del tráfico aéreo en el caso de los controladores civiles aéreos, se podría concluir que excepto en tales supuestos, se trataría de un límite concebido realmente para el empresario, en supuestos de un único empleo.

A favor de la consideración como límite al empresario, se pronuncian algunos autores, como **Martín Valverde** y **García Murcia**: la limitación de la duración temporal se refiere a las obligaciones del trabajador con un empresario, con la finalidad de que el trabajador pueda dedicar el tiempo que le quede a los fines que estime

⁴⁴⁵ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8. En definitiva, considera que prevalece la dignidad del trabajador del art. 10.1 CE), entendido como derecho a un trato que no contradiga su condición de ser racional, con autodeterminación consciente y responsable de su propia vida, y el desarrollo de su personalidad.

⁴⁴⁶ SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4, y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 a).

oportunos: ya sea descanso, relaciones familiares, pluriempleo, etc..., suponiendo un límite a los poderes empresariales.⁴⁴⁷

El Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, puede establecer ampliaciones o limitaciones de jornada para aquellos trabajos o sectores que así lo exijan debido a sus peculiaridades (art. 34.7 ET). Son las jornadas especiales de trabajo.

En el apartado 4.1.5 mencionado, se ha argumentado la postura, llegando a la conclusión de que salvo que concurrieran limitaciones directas, en principio no constituirían un límite referido al trabajador, en el sentido de limitar sus posibilidades de pluriempleo y/o pluriactividad. Por lo tanto se podría considerar que en puridad no se trata de límites a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad.

Se puede realizar la siguiente clasificación sobre las jornadas especiales de trabajo, Siguen vigentes los artículos 45 a 47 del RD 2001/1983, de 28 de julio, de regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descanso.

a) Ampliaciones de jornada en los siguientes sectores:

- 1) Empleados de fincas urbanas con plena dedicación cuyo tiempo de trabajo esté comprendido entre las horas establecidas para apertura y cierre de los locales: art. 3 RD 1561/ 1995 de 21 de septiembre.⁴⁴⁸
- 2) Guardas y vigilantes no ferroviarios: art. 4 RD 1561/1995.
- 3) Trabajo en el campo: art. 5 RD 1561/1995.
- 4) Comercio y hostelería: arts. 6 y 7 RD 1561/1995.
- 5) Trabajo en el mar: arts. 15-18 bis RD 1561/1995, según redacción del RD 285/2002.

b) Ampliaciones en Trabajos en determinadas condiciones específicas:

- 1) Trabajo a turnos: art. 19 RD 1561/1995.
- 2) Trabajos cuya acción pone en marcha y/o cierre el trabajo de los demás: art. 20 RD 1561/ 1995.
- 3) Trabajos en condiciones especiales de aislamiento o lejanía: art. 21 RD 1561/1995.
- 4) Trabajos en actividades con jornadas fraccionadas: art. 22 RD 1561/1995.

⁴⁴⁷ AAVV Dir. **Martín Valverde A.**, y **García Murcia J.**, “*Tratado práctico de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*”. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2002. Parágrafo nº 2003.

⁴⁴⁸ Si no se dan las circunstancias de plena dedicación y tiempo de trabajo comprendido entre las horas establecidas para apertura y cierre de los locales, se aplican las reglas generales.

- 5) Por otro lado hay que tener en cuenta que el art. 32 RD 1561/1995, establece unas excepciones a lo límites de jornada establecidos para el trabajo nocturno por el art. 36 ET.

c) Reducciones de jornada:

- 1) Trabajos expuestos a riesgos ambientales, art. 23 RD 1561/1995, cuando la realización de la jornada ordinaria de trabajo entrañe un riesgo especial para la salud de los trabajadores debido a circunstancias excepcionales de peligrosidad, penosidad, insalubridad o toxicidad, sin que resulte posible la eliminación o reducción del riesgo mediante la adopción de otras medidas de protección o prevención adecuadas.
- 2) Trabajo en el campo, art. 24 RD 1561/1995, referido a aquellas faenas que exijan para su realización extraordinario esfuerzo físico derivado de condiciones anormales de temperatura o de humedad.
- 3) Trabajo en el interior de minas, arts. 25-28 RD 1561/1995.
- 4) Trabajo en construcción y obras públicas, arts. 29 y 30 (trabajo en cajones de aire comprimido) del RD 1561/1995.
- 5) Trabajo en cámaras frigoríficas de congelación, art. 31 RD 1561/ 1995.

Por otro lado, existen relaciones laborales especiales, enumeradas en el art. 2 ET, que tienen ciertas peculiaridades en relación con la ordenación del tiempo de trabajo.

Las normas sobre jornadas especiales se aplican en primer lugar y, sólo en su defecto, el régimen general.

Estas normas sobre jornadas especiales no se aplican a las relaciones laborales de carácter especial del artículo 2 TRET. Además, se potencia la negociación colectiva para estos supuestos.

Estas relaciones laborales de carácter especial se pueden clasificar en:

- a) Personal de alta dirección, no incluido en el art. 1.3.c (el art. 1.3.c. contempla la actividad que consista en el mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo), regulado por el art. 7 RD 1382/1985.⁴⁴⁹
- b) Personal al servicio del hogar familiar; art. 7 RD 1424/1985, de 1 de agosto.
- c) Penados en instituciones penitenciarias: art. 17.4 RD 782/2001.

⁴⁴⁹ "El tiempo de trabajo en cuanto a jornada, horarios, fiestas y permisos, así como para vacaciones, será el fijado en las cláusulas del contrato, en cuanto no configuren prestaciones a cargo del empleado que excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente".

- d) Deportistas profesionales: Art. 9 RD 1006/1985.
- e) Artistas en espectáculos públicos: Art. 8 RD 1435/1985.
- f) Personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas. Representantes de comercio, art. 4 RD 1438/1985.
- g) Trabajadores minusválidos que presten sus servicios en centros especiales de empleo, art. 13, relativo al tiempo de trabajo del RD 1368/1985, modificado por Real Decreto 427/1999, de 12 de marzo.
- h) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley.⁴⁵⁰

A continuación, se citan algunas peculiaridades, en el ámbito de las relaciones laborales de carácter especial, relativas a determinados colectivos de trabajadores. A título ejemplificativo, mencionamos las siguientes:

a) El art. 7 del RD 1382/1985 regula las del personal de alta dirección, la jornada máxima legal la fijan las propias partes, sin sujeción ni al ET ni a la negociación colectiva, el único límite que se impone es que las cláusulas contractuales no configuren prestaciones a cargo del empleado que excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente.

Según **Martín Valverde** y **García Murcia**,⁴⁵¹ este límite es muy ambiguo y difícil de determinar, parece que lo más razonable es entender que las partes del contrato no pueden establecer una disciplina del tiempo de trabajo en la que se desconozca alguno de los elementos clave de la ordenación de dicho tiempo.

b) En el caso de los representantes de comercio, el ET reconoce expresamente la posibilidad de pluriempleo, sin que por ello decaiga la existencia de contrato de trabajo, en este caso especial. El art. 2.1.f) establece que “se considerarán relaciones laborales de carácter especial: f) la de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o de más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas”.⁴⁵²

La relación laboral no implicará sujeción a jornada u horario concreto, ex art. 4.1 RD 1438/1985, lo cuál otorga plena libertad al trabajador para distribuir el tiempo de trabajo a su conveniencia, dando más importancia al resultado, la realización de varias operaciones mercantiles por las peculiaridades de la actividad profesional que al tiempo

⁴⁵⁰ Personal civil no funcionario en establecimientos militares, Menores de edad, Conciliación de vida laboral y familiar (...).

⁴⁵¹ AAVV Dir. **Martín Valverde, A.** y **García Murcia, J.**, “*Tratado práctico de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*”. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2003. Parágrafos 2003, 2011 y 2114.

⁴⁵² **De Sala Franco, T.**, “*El régimen jurídico del pluriempleo en el ordenamiento español*”. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Madrid. 1ª ed. 1985. Pág. 21.

que ha de dedicar para conseguirlo. No obstante los pactos colectivos o individuales pueden establecer otra cosa.

c) En el caso del personal al servicio del hogar familiar, el art. 7 del RD 1424/1985 establece un régimen más cercano al general, jornada ordinaria de 40 horas semanales de trabajo efectivo y no más de 9 horas diarias.

2.2. Descanso mínimo entre jornadas

Mención independiente merece el límite de las normas sobre descanso mínimo entre jornadas, ya que el art. 34.3 del ET establece que debe haber un período mínimo diario de 12 horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente.

En principio se podría considerar un mínimo de Derecho necesario que puede ser mejorado a través de la negociación colectiva o del pacto individual, pero como se va a argumentar en este apartado, este carácter se puede considerar como un límite dirigido al empresario, salvo que expresamente se configure por el legislador, por las partes negociadoras de los convenios colectivos o por pacto de plena dedicación expreso, fruto de la negociación individual, es decir, salvo que concurra un límite directo que o bien recaiga sobre la persona del trabajador de forma inmediata, o se configure expresamente por la normativa que resulte de aplicación, como un límite a la prestación de servicios para varios empresarios, ya sea en régimen de pluriempleo o de pluriactividad.

Constituye uno de los límites más importantes a la distribución irregular de la jornada, aplicable a todas las relaciones laborales, salvo algunas relaciones especiales y respecto a actividades sujetas a relaciones específicas.

Además ha de ser ininterrumpido, no pudiendo fraccionarse a lo largo del día, pero se deja libertad en cuanto a las modalidades de disfrute. Este límite ha de respetarse aun cuando se supere la jornada diaria habitual a través de las horas extraordinarias, pudiendo ser necesario alterar el horario de trabajo haciendo que comience más tarde al día siguiente por la realización de tales horas extraordinarias.

Como no existe regulación específica sobre el particular, algunos autores⁴⁵³ entienden que esta medida es necesaria, incluso cuando las horas extraordinarias se deban a fuerza mayor.

Aunque este período de descanso trae causa en la necesidad de que el trabajador recupere la energía perdida durante la jornada, se configura como una obligación del empresario, no revistiendo esta misma configuración en cuanto al trabajador, él es libre de destinar el descanso a las actividades que estime oportunas, ya sea ocio, estudio, o

⁴⁵³ AAVV. Dirección y coordinación **Martín Valverde, A., García Murcia, J.**, “*Tratado práctico de Derecho de Trabajo y Seguridad Social*”. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2002. Parágrafo 2027, pág. 752.

realizar otros trabajos, por ello cabe emplear las 12 horas no con el objetivo inicialmente concebido por la ley, sino para el pluriempleo.⁴⁵⁴

La propia libertad personal del trabajador para disponer de su tiempo libre y el derecho a la libre elección de profesión u oficio, así lo imponen.

No podría el empresario sancionar disciplinariamente a los trabajadores que no empleen el descanso diario al ocio y reposo. Esto sólo sería posible en 3 supuestos, partiendo de la hipótesis de que no se produjera concurrencia desleal:

1. Que la prestación de trabajo para otros empresarios durante dicho período produzca una merma en el rendimiento del empleado o incida negativamente en el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

2. Que como consecuencia de la dedicación al pluriempleo se ponga en peligro la salud e integridad física del propio trabajador o de otras personas implicadas en la actividad productiva.

3. Que se haya concluido en el contrato de trabajo un pacto de exclusividad en virtud del cuál el trabajador se comprometa a no prestar servicios para otras empresas.

Al igual que existen jornadas especiales de trabajo, también tienen normas específicas de descanso entre jornadas para estos supuestos concretos.⁴⁵⁵

En caso de que se produzca el pluriempleo o la pluriactividad, en estos supuestos específicos, también habría que observar los límites que se imponen a estas actividades concretas en materia de descanso mínimo entre jornadas.⁴⁵⁶

Respecto a los periodos de descanso entre jornadas, la última propuesta de modificación de la Directiva 89/391/CEE, establece que *“los períodos de descanso compensatorio deben concederse en un plazo razonable y, en cualquier caso, en un plazo no superior a 72 horas.”* Es decir, que puede trabajarse 72 horas seguidas antes de disfrutar del descanso. De prosperar esta modificación, entraría en colisión con el ordenamiento jurídico interno y se tendría que adaptar la legislación vigente española.

⁴⁵⁴ AAVV. **Burgos Herrera, E., Domblás Hermoso, M.A., Sempere Navarro, A.V.**, (entre otros), *“Jornada Laboral, Vacaciones, Permisos y Suspensión del Contrato de Trabajo”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2005. Págs. 47 y 48.

⁴⁵⁵ Las normas que regulan la jornada suelen hacer referencia al régimen de descansos, ya que se suele realizar un tratamiento conjunto de la ordenación del tiempo de trabajo.

⁴⁵⁶ **Gómez Muñoz, J.M.**, *“Las Jornadas Especiales de Trabajo”*. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 1999, establece una clasificación basada en las ampliaciones de jornada en actividades de empleados de fincas urbanas, (pág. 84), guardas y vigilancia no ferroviaria, (pág. 84), trabajo en el campo, (pág. 94), comercio y hostelería, (pág. 98), trabajos en condiciones específicas, como son: a turnos, de puesta en marcha y cierre de los demás, en condiciones especiales de aislamiento o lejanía, en actividades con jornadas fraccionadas (págs. de 103 a 109) y trabajo nocturno (pág. 111 a 118), las limitaciones de jornada en trabajos con exposición al riesgo, (ambientales, pág. 231 a 234), en el trabajo en el campo, (pág. 231), en el interior de minas, (pág. 250), en las construcción y obras públicas, (258 a 262) y en cámaras frigoríficas y de congelación, (pág. 263 a 266).

2.3. Descanso semanal

Similares consideraciones a las efectuadas en relación al descanso mínimo entre jornada, pueden argumentarse a favor.

Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo.⁴⁵⁷

Hay que tener en cuenta que la duración del descanso semanal de los menores de 18 años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos según el art. 37.1 del ET. No se alude para los menores de edad, como sí sucede en el caso de la jornada máxima, a que el límite sea aplicable cuando se presten servicios para varios empresarios.

Como ya hemos mencionado, el concepto amplio de salario implica que estos períodos de descanso, al computarse como de trabajo también son objeto de remuneración.

En esta materia se potencia el papel de la autonomía colectiva a través de continuos reenvíos a la misma por el art. 37.1 ET, pero no se hace mención a su carácter retribuido o no, lo cuál sí se producía en su redacción originaria.⁴⁵⁸

Para la mayoría doctrinal,⁴⁵⁹ el carácter retribuido es indudable, pero hay una minoría doctrinal que se muestra reacia a considerar el carácter retribuido de estos descansos.⁴⁶⁰

Actualmente no hay previsión legal expresa vigente al respecto, pero se puede deducir su carácter retribuido, de forma indirecta del art. 26 ET que considera salario la percepción económica que se debe recibir en los períodos de descanso computables como de trabajo efectivo y entre los que consideramos incluido el descanso semanal.

Por lo tanto se podría plantear, si por el hecho de que se realicen prestaciones de servicios para otro u otros empresarios, o incluso por cuenta propia, durante los períodos de descanso semanal, se estaría por ello conculcando el descanso semanal, que

⁴⁵⁷ Se trata de una institución secular y laboral, que si comprende el domingo como regla general de descanso semanal es porque ese día es el consagrado por la tradición. STC 19/1985 de 13 de febrero FJ 4.

⁴⁵⁸ **Alonso Olea, M., Casas Baamonde, M.E.**, *“Derecho del Trabajo”*. Thomson Civitas. 21ª ed. 2003, pág. 299. El art. 44.1 del derogado RD 2001/1983 de 28 de julio sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, establecía que *“el descanso semanal será retribuido”*. Normalmente y hacia ello llevan las normas sobre salario mínimo, los salarios mensuales comprenden los de los días de descanso del mes respectivo, no así los salarios diarios, salvo que expresamente se disponga que los comprenden y del estudio de su cuantía se desprenda que en efecto es así.

⁴⁵⁹ **Albiol Montesinos, I.**, *“El salario, aspectos legales y jurisprudenciales”*. Deusto. Barcelona. 1992, págs. 110 y 111 y **Alonso Olea, M. y Casas Baamonde M.E.**, *“Derecho del Trabajo”*. Civitas, 23ª ed. 2005, págs. 299 a 300.

⁴⁶⁰ **López Ahumada, J. E.**, *“Evolución normativa de los descansos laborales”*. MTAS. Madrid. 2004, págs. 159 y ss.

no solamente es un derecho del trabajador, sino que desde la perspectiva del primer empleador, se trata de una medida para garantizar el rendimiento pleno del trabajador, un descanso necesario.

En su día, el art. 2 del Decreto de Ordenación Salarial de 1973, establecía como salario efectivo la percepción por descanso dominical o semanal, en su referencia a los períodos de descanso computables como de trabajo.⁴⁶¹

Cuando en un convenio colectivo, contrato individual o la normativa reglamentaria sobre SMI,⁴⁶² se fije una retribución semanal, mensual o anual, la misma debe comprender la retribución del descanso semanal correspondiente, como también la comprende en principio cualquier pacto de salario global. Las partes cuando fijen el salario en función de los módulos temporales, deben incluir también la cuantía correspondiente al descanso.

El carácter retribuido,⁴⁶³ se deduce también de las propias normas reglamentarias que fijan anualmente el SMI, al establecer un salario mensual, en el que son tenidos en cuenta todos los días del mes, incluyendo los descansos, mediante una operación aritmética, es decir multiplicando todos los días que tiene el mes, 30 por la cifra correspondiente al salario diario.

La normativa reglamentaria sobre salarios mínimos declara la no inclusión en el caso del salario diario de la parte proporcional de los domingos y festivos, por lo que entendemos que esa parte proporcional sí debe incluirse en los salarios mensuales al no pronunciarse la norma expresamente.

El resultado de la operación nos da una cifra que exactamente se corresponde con la cuantía del salario mensual, con lo que debemos concluir que comprende los descansos semanales, independientemente de la fecha de disfrute.

En materia de condiciones mínimas de jornada y descanso no cabe la renuncia de derechos por parte del trabajador, al menos en el seno de una relación laboral, puesto que otra cosa muy distinta es el caso de disfrute efectivo del descanso en supuestos de pluriempleo del trabajador.

Lógicamente, en el caso de pluriempleo, el trabajador puede emplear su tiempo libre como manifestación de su propia libertad personal, de suerte que se podría producir una neutralización del descanso necesario por decisión del trabajador.

⁴⁶¹ La Orden del Ministerio de Trabajo de 22 de noviembre de 1973, en su art. 2.1 especificaba cuáles eran esos períodos de descanso computables como de trabajo efectivo, entre los que se encontraba el descanso dominical o semanal.

⁴⁶² Si el salario no se fija en convenio colectivo o contrato de trabajo, habrá que estar a los que dispongan las correspondientes normas salariales que actualmente son los Decretos sobre salarios mínimos.

⁴⁶³ **Alfonso Mellado, L. y Peña Obiol, S.**, *“Vacaciones, fiestas y descanso semanal”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1ª ed. 1996, pág. 80.

Nada impide que en virtud de su libertad de trabajo, del art. 35 CE, pueda trabajar, sin concurrencia en la actividad laboral, por cuenta propia o concertando otras prestaciones de servicios con otros empleadores.⁴⁶⁴

En principio, el trabajador podría trabajar por cuenta ajena para otros empresarios dentro de su tiempo de descanso -por ejemplo, el trabajo esporádico durante los fines de semana o los trabajos realizados por la tarde al margen de la relación laboral, o el pluriempleo con varios contratos a tiempo completo o a tiempo parcial.

De igual modo, el trabajador podría no descansar efectivamente debido a otras causas ajenas a la concurrencia de relaciones laborales, por ejemplo, por razón de cumplimiento de cargas familiares, desarrollo de estudios, etc.

Estamos ante una cuestión clásica en materia de tiempo de trabajo, ¿pueden los poderes públicos imponer el deber de descansar?, considero que difícilmente se podría justificar el contenido de una norma jurídica que impusiera al trabajador la forma en que debe disfrutar su descanso.

Sin embargo, muy distinto es el papel asumido tradicionalmente por los Estados continentales, que han intervenido legalmente en materia de descanso, limitando la ordenación del tiempo de trabajo para asegurar un período mínimo de desconexión del trabajador respecto de su trabajo, como contenido necesario de la salud laboral de los trabajadores.⁴⁶⁵

Respecto a la cuestión relativa a si el empresario puede controlar el disfrute final del descanso del trabajador. Si existe un deber de descansar, el empresario tendría derecho a fiscalizar el uso correcto del descanso.

Pero, con carácter general, estas técnicas de limitación de la libertad del trabajador en su actividad extralaboral no tendrían un sustento jurídico sólido. Difícilmente se puede justificar la posible imposición de una sanción laboral por no descansar. El trabajador no puede verse obligado a no trabajar por cuenta propia o ajena durante su tiempo de asueto.

En este sentido, conviene decir que la eficacia de la buena fe durante la interrupción del trabajo, no tiene relación alguna con el hecho de no descansar. El deber de buena fe del trabajador impedirá la concurrencia con la actividad de la competencia o el

⁴⁶⁴ **García Ninet, J. I.**, “Ordenación del tiempo de trabajo”, en AAVV., Dir. **Borrajo Dacruz, E.**, “Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores”. Edersa. Madrid. 1991. Tomo I, vol. 2º. Págs. 30-31.

⁴⁶⁵ **López Ahumada, J. E.**, “Insuficiente transposición de las Disposiciones mínimas en materia de tiempo de trabajo y descanso: incumplimiento de la Directiva 93/104/CE (LCEur 1993, 4042) por parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”. Aranzadi Social parágrafo. 59. Año 2006. Westlaw.es encuentra. BIB 2006\1623. Pág. 10.

incumplimiento del compromiso previo de plena dedicación durante el tiempo de descanso.⁴⁶⁶

El descanso semanal pierde su carácter retribuido en caso de ausencia injustificada de tiempo de trabajo, lo cuál implicaría la pérdida de la retribución proporcional al descanso semanal.⁴⁶⁷

- Según el art. 37.1 párrafo 2º del ET resultará de aplicación al descanso semanal lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 34 en cuanto a ampliaciones y reducciones, así como para la fijación de regímenes de descanso alternativos para actividades concretas.

2.4. Normas sobre Vacaciones anuales

A) El carácter retribuido de las vacaciones, según el art. 38 del ET

Las vacaciones han de ser retribuidas, no existe duda sobre el carácter estrictamente salarial de la retribución, máxime si se tiene en cuenta que en nuestro ordenamiento, el abono de las mismas corre a cargo del empresario. La finalidad es que el trabajador se recupere física y psíquicamente del desgaste que el trabajo produce.⁴⁶⁸

A esta solución se llega tras una interpretación integradora del art. 38.1 ET, que expresamente indica que las vacaciones anuales son “retribuidas” y el art. 26.1 ET que también considera como percepciones salariales aquellas que retribuyan “los períodos de descanso computados como de trabajo”.⁴⁶⁹

No existe diferencia ni en la cantidad a percibir, ni en el régimen jurídico entre el salario percibido cualquier mes y lo percibido durante el período vacacional, ya que rige el principio de inexistencia de disminución de ingresos salariales durante el tiempo de vacaciones, ello por la necesaria correspondencia entre el descanso anual y trabajo efectivo.

El art. 7. 1 del Convenio nº 132 de la OIT establece que toda persona que toma vacaciones, percibirá por lo menos su remuneración normal o media, incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie.

⁴⁶⁶ **Montoya Melgar, A.**, “*La buena fe en el Derecho del Trabajo*”. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 2001, págs. 58-59.

⁴⁶⁷ Lo que se reduce es la retribución, no el descanso. **Alonso Olea, M.**, “*Derecho del Trabajo*”. Civitas, 24ª ed. 2006, págs. 299 a 300. **Alonso Olea, M.**, “*El Estatuto de los Trabajadores texto, comentarios y jurisprudencial*”. Civitas. 1991. 3ª ed., pág. 170.

⁴⁶⁸ **García Ninet, J.L.**, “*Algunas notas sobre la retribución de las vacaciones en la doctrina de los tribunales*”. CISS Praxis. Valencia. Revista Tribuna Social, nº 144, año 2003 pág. 5.

⁴⁶⁹ **Álvarez de la Rosa, M.**, “*La retribución de las vacaciones*”. CISS Praxis. Valencia. Revista Tribuna Social núm. 38, 1994, pág. 36.

Se trata de una norma de Derecho cogente o necesario, así lo mantiene la doctrina judicial.⁴⁷⁰

Como viene manteniendo la jurisprudencia y la doctrina judicial, la regla general es que las vacaciones retribuidas deben comprender todos los conceptos salariales en su promedio,⁴⁷¹ con exclusión de aquellos establecidos para compensar actividades extraordinarias, como el exceso de jornada, que únicamente se retribuye cuando se trabaja excepcionalmente, ya que para que un concepto resulte excluido de la retribución de vacaciones, no basta que este concepto sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo mismo, sino que también que sea extraordinario.⁴⁷²

Tanto este descanso como la obligación de retribuir del empresario, que permanece durante las vacaciones, son los dos elementos esenciales que conforman el derecho a las vacaciones en el ámbito laboral, de forma que ambos deben darse conjuntamente. En el origen del derecho a las vacaciones, desde su gestación, se une junto a la necesidad de un descanso, la característica de que éste sea retribuido.⁴⁷³

B) Referencia a la regulación anterior al art. 38 del ET

El período vacacional tiene su razón existencial en la concesión al trabajador del necesario descanso, por ello en los primeros reconocimientos del derecho a vacaciones, se exigía que se disfrutara efectivamente ese tiempo de descanso, prohibiendo que se realizaran trabajos durante la misma.⁴⁷⁴

Desde sus orígenes, las normas laborales previeron en la implantación de este derecho reglas bastante estrictas sobre las condiciones de disfrute. El art. 56 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 constituye el primer reconocimiento efectivo y general

⁴⁷⁰ STSJ Castilla y León, Burgos de 3 de abril de 2000, (Ar. 1031), Cataluña 13 de abril de 2000, (Ar. 1063). Sin embargo la STSJ Comunidad Valenciana de 08 de julio de 1999, (Ar. 4850), no acude ni siquiera de forma subsidiaria a las reglas establecidas en el art. 7.1. Conv. 132 OIT.

La norma legal española establece el carácter retribuido de las vacaciones y los conceptos retributivos que ha de integrar se marcan por la norma internacional. **Charro Baena, P.**, “*El derecho a las vacaciones en el ámbito laboral*”. MTASS. Madrid. 1ª ed. 1993, pág. 345.

⁴⁷¹ **Sempere Navarro A.V.** y **Charro Baena, P.**, “*Las vacaciones laborales*”. Cuadernos de Aranzadi Social. Ed. Aranzadi. Navarra. 2003, págs. 163 y 164, consideran que además están *excluidas* las dietas, pero si no tienen carácter claramente indemnizatorio de los gastos por comida y en realidad fuera una retribución puramente salarial que retribuye la prestación de trabajo a la que indebidamente se califique como dieta, se podría incluir en el salario ordinario a efectos de su devengo en el mes de vacaciones, STSJ Cataluña 13/7/1999, (Ar. 3428), quebranto de moneda, STS 4/11/1994, (Ar. 8591), gastos de desplazamiento, STSJ Galicia 15/06/2000, (Ar. 5341), plus de distancia y transporte y otros similares.

⁴⁷² SSTs de 20 de diciembre 1991, (Ar. 9093); 13 de marzo de 1992, (Ar. 1647); 20 de enero 1992, (Ar. 52); 21 de octubre 1994, (Ar. 9061) y STSJ Castilla y León Valladolid 26 de octubre de 1999, (AS 1999/4569), recurso 1885/1999.

⁴⁷³ **Pérez Leñero J.**, “*Instituciones de Derecho Español del Trabajo*”. Espasa Calpe. Madrid. 1949, pág. 140.

⁴⁷⁴ “Todo trabajador tendrá derecho a unas vacaciones anuales retribuidas para proporcionarle el merecido reposo” Exposición de motivos de la Ley de Contrato de Trabajo de 1941. La norma no es meramente programática sino condicionante.

del derecho a vacaciones retribuidas. Se reformó por Ley de 2 de septiembre de 1941, que estableció especiales garantías en caso de violación.

Durante la vigencia de la **Ley de Contrato de Trabajo de 1944**, el art. 35 en su párrafo 5, establecía que si el trabajador, durante sus vacaciones retribuidas realizaba para sí o para otros, trabajos que contrariaran la finalidad del permiso, debía reintegrar al empresario la remuneración correspondiente a las vacaciones, pero este precepto sólo se aplicaba en un pluriempleo no anterior a las vacaciones.⁴⁷⁵

Es una manifestación de que en otros estadios de la evolución de nuestra normativa laboral, se establecía una estrecha vinculación personal entre empresa y trabajador, alguno de las cuales se insertaba en un contexto jurídico público totalitario, vinculándose la realización de trabajos durante las vacaciones, con la ruptura del vínculo jurídico contractual. Este deber no sólo obedecía a la necesidad de descanso para el trabajador, sino que también se pretendía mantener la sinalagmaticidad inherente al vínculo contractual laboral.

Pero tanto la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, en su art. 56,⁴⁷⁶ como la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, en su art. 35,⁴⁷⁷ si bien prohibían la realización de trabajos durante dicho período, se limitaban a sancionar su inobservancia con la obligación de reintegrar la remuneración percibida por vacaciones.

La sanción, en estos casos, no alcanzaba al despido del trabajador, salvo que concurriese otra causa que lo justificara (como pudiera serlo la competencia desleal), lo que demuestra que tal actuar no podía ser considerado como un incumplimiento contractual del trabajador, sino una figura autónoma conectada eventualmente con la retribución vacacional.

Se trataba de un derecho exigible tanto al empleador como al trabajador. El propio trabajador podía ser obligado a cesar en su trabajo efectivo, con la finalidad de descanso. El trabajador no sólo tenía el derecho al descanso, sino también la obligación de descansar, porque ese descanso no había sido establecido teniendo en cuenta

⁴⁷⁵ Según la Exposición de Motivos de la LCT 1941, el fin era proporcionarle el merecido reposo que declara el Fuero del Trabajo, para atender a la reparación y al fortalecimiento de sus energías físicas, lo cual pone de relieve una orientación fisiológica a la par que económica y sociológica.

Este abono por vacaciones no suponía retribución del trabajo, sino conceder a los productores por el medio de que puedan, disponer de un descanso anual (STS 27 julio 1957, A/57 n° 2465; STS 17 abril 1958, A/58 n° 1178), pues la finalidad social que se procura con las vacaciones es proporcionar un descanso al trabajador, STS 3 de enero 1947, (A/47 n° 47).

⁴⁷⁶ "Si el trabajador, durante sus vacaciones retribuidas, realizara para sí o para otro, trabajos que contraríen la finalidad del permiso, perderá todo su derecho a la remuneración"

⁴⁷⁷ "Si el trabajador, durante sus vacaciones retribuidas, realizara para sí o para otro, trabajos que contraríen la finalidad del permiso, deberá reintegrar la remuneración percibida correspondiente a las vacaciones"

exclusivamente el interés individual del trabajador, sino también el interés colectivo y social,⁴⁷⁸ derivado del descanso y de la reposición de energías por parte del trabajador.

El profesor **De la Villa Gil**,⁴⁷⁹ se planteó la cuestión de si la prohibición de trabajar nacía del propio derecho al descanso, o si simplemente era una limitación a efectos concretos y si se refería también al trabajo por cuenta propia y al no retribuido.

Este autor, se cuestionaba si se trataba de una prohibición de trabajo o más bien de obtener doble remuneración por dos actividades simultáneas, una efectivamente realizada y otra compensada, así como en qué medida sería posible que el trabajador violara la prohibición de trabajar realizando trabajos para el propio empleador, incluso por razones urgentes o excepcionales, en caso de admitirse que el derecho al descanso fuera absolutamente exigible al trabajador en beneficio del mismo.

La posibilidad era admitida con frecuencia en el Derecho español,⁴⁸⁰ por ello, pese al fundamento no puramente individual del descanso anual retribuido, el derecho que generaba tenía que configurarse como derecho exigible al empleador, sin posibles excepciones y como derecho exigible al trabajador con las excepciones previstas en la ley y hechas valer contractualmente.

C) Normativa vigente e interpretaciones de doctrina judicial

El ordenamiento jurídico vigente no contiene reglas similares, a pesar de que en el ámbito internacional, el art. 13 del Convenio n° 132 de la OIT, 1970 (revisado), (RCL 1974/1356), sobre vacaciones remuneradas, deja a la regulación interna de cada país, la adopción de “reglas especiales relativas a los casos en que una persona empleada ejerza, durante sus vacaciones, una actividad remunerada incompatible con la finalidad de dichas vacaciones”.⁴⁸¹

En ausencia expresa de previsión en ese sentido en nuestro vigente ordenamiento, y una vez quedaron derogadas las disposiciones precedentes, la Ley del Estatuto de los Trabajadores no contiene prohibición alguna en esta materia, limitándose a establecer en su art. 38 el derecho de los trabajadores a las vacaciones anuales retribuidas, por un

⁴⁷⁸ **De la Villa Gil, L.E.**, “Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas”. Instituto de Estudios Políticos. Revista de Política Social n° 81. Madrid. 1968, pág. 913.

⁴⁷⁹ En la misma obra mencionada en la nota al pie n° 478, la anterior a esta, págs. 914 y 915.

⁴⁸⁰ STS 30 abril 1947, (A. 47, n° 597) “y si por acto voluntario del mismo trabajador realiza durante ese tiempo de vacación servicio alguno en pro del interés de su principal, no será razonable entender que en tal servicio estuvo fuera de la relación laboral y sin protección de ningún género, pues se percibe que la inspiración y causa no es otra que la faceta satisfactoria del cumplimiento del deber que aunque implique exceso, tiene que verse incluida en el ámbito cordial aspirado para tal clase de vínculos y correspondida en el grado que merece.”

⁴⁸¹ **Bejarano Hernández A.**, en “*El derecho a las vacaciones anuales retribuidas*”. Colección Práctica de Derecho Social. Editorial Comares. Granada. 1ª ed. 2002, en la pág. 12, aborda la problemática del carácter o naturaleza de las disposiciones contenidas en el convenio n° 132 OIT, mientras que en la pág. 17 aborda la cuestión de la aplicabilidad directa e inmediata del art. 7 de la Directiva 93/104 CEE de 23 de noviembre de 1993.

período mínimo de treinta días naturales, sin perjuicio de que pueda pactarse en convenio colectivo o contrato individual un periodo superior, y en ningún caso susceptible de sustitución por una compensación económica, previsión legal que desarrolla el mandato contenido expresamente en el art. 40.2 CE.⁴⁸²

Actualmente nuestro ordenamiento no contiene tal prohibición, dado que la última norma que al respecto existía, el art. 35 LCT 1944, (RCL 1944/274), se encuentra ya derogada. No obstante, para **García Ortega**,⁴⁸³ habría que garantizar eficazmente que las vacaciones se destinasen a los fines previstos, conjugándose siempre en consideración con otros derechos constitucionales del trabajador, entre ellos, la libertad de trabajo.⁴⁸⁴

Por ello hay que considerar que no cabe imponer más sanciones que las que se deriven de incumplimientos de obligaciones contractuales laborales a las que el trabajador se encuentre obligado, eso sí partiendo de que durante las vacaciones anuales el contrato de trabajo se mantiene en vigor, por lo que los deberes accesorios del trabajador, como los de no concurrencia, fidelidad, sigilo profesional, etc...siguen por ende vigentes.⁴⁸⁵

Algunos autores,⁴⁸⁶ consideran que a priori se podría barajar la posibilidad o plantear la cuestión, de si ante la laguna normativa, se constituiría un abuso de confianza o transgresión de la buena fe contractual, el hecho de utilizar las vacaciones para trabajar en otra empresa, siempre que se estuviera desvirtuando con carácter absoluto la finalidad de las vacaciones.

Acto seguido, delimitan más la cuestión y aclaran que la misma se referiría al pluriempleo no anterior a las vacaciones, a una actividad accidental que surgiera durante el período vacacional, y consideran que esta circunstancia en sí misma considerada, no tendría por qué suponer un mayor desgaste que el pluriempleo anterior a la vacación.

Al igual que el pluriempleo anterior, salvo pacto de exclusividad, el trabajador sería libre, si bien se debe tener en cuenta el descanso, no se le pueden imponer más obligaciones que las que expresamente se contemplan en la normativa vigente, puesto

⁴⁸² “los poderes públicos [...] garantizarán el descanso necesario mediante[...] las vacaciones retribuidas”

⁴⁸³ **García Ortega, J.**, “Nacimiento, duración y disfrute del derecho a vacaciones”. CISS Praxis. Valencia. Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral, nº 38, año 1994, pág. 18.

⁴⁸⁴ **Alfonso Mellado C. y Peña Obiol, S.**, “Vacaciones, fiestas y descanso semanal”. Valencia. Colección Laboral, nº 30, 1ª ed., 1996, pág. 54.

⁴⁸⁵ **Sempere Navarro, A. V.**, “El régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas. Aspectos penales de la obediencia debida”. Revista de Política Social, nº 131, Madrid 1981, pág. 103.

⁴⁸⁶ **Monge Recalde J. L.**, “Comentarios doctrinales y prácticos al Estatuto de los Trabajadores”. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1980, pág. 132. Esta misma tesis acogen los profesores **Sempere Navarro, A. V.**, y **Charro Baena, P.**, en “Las vacaciones laborales”. Cuadernos de Aranzadi Social. Ed. Aranzadi. Navarra. 2003, pág. 191.

que él mismo debe tener libertad para organizar su tiempo libre dónde, cómo y cuándo lo desee.⁴⁸⁷

Sin embargo, alguna sentencia ha considerado procedente el despido del trabajador por la realización de trabajos durante las vacaciones, al considerar que por no dedicar este período a la finalidad a la que sirve, (descanso y recuperación de fuerzas y de energías), se trataría de una infracción del deber básico de ejecutar su actividad laboral conforme al principio de buena fe.⁴⁸⁸

- En este sentido, destaca la STSJ Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 9 de noviembre de 1993, núm. sentencia 530/1993, (AS 1993, 4983), que considera transgresión de la buena fe contractual, la realización de otros trabajos durante las vacaciones. *“El período de vacaciones es descanso anual y retribuido a cargo de la empresa demandada y para eludir que dicho período de descanso sea ficticio, obliga al trabajador que percibe su salario en dicho período a dedicarse exclusivamente a recuperar fuerzas y energías, por lo que, al trabajar durante dicho período para otra empresa supone alterar gravemente las reglas de la buena fe contractual y una deslealtad evidente con la empresa que no percibe servicios en dicho período y sobre la que pesa el deber de abonar los salarios, sin que tenga trascendencia alguna que el trabajo prestado fuera distinto al suyo habitual”*.

- Una situación distinta a la contemplada en la sentencia anteriormente analizada, es la que se desarrolla en la STSJ de Navarra, núm. 407/2000, de 4 de diciembre, (JUR 2001\64519). Se considera que el despido es procedente por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, pero por motivos no basados en el pluriempleo durante las vacaciones, que si bien es cierto que concurría en el caso analizado, no se recoge entre los motivos de calificación de la procedencia del despido, que podemos resumir en los graves insultos vertidos por el trabajador al superior jerárquico, que ni siquiera fueron negados, considerables como infracción tipificada en el art. 54.2 ET, el doloso e irregular borrado de información del sistema informático de la empresa, que causó graves perjuicios a la misma y lo que es *“especialmente grave y torticero, por provenir de quien era el principal responsable del sistema y que percibió una importante retribución o contraprestación por su desarrollo y cuidado”*.

⁴⁸⁷ Considero acertada esta postura, ya que se trata de una manifestación del principio general del Derecho Sancionador, tal y como establece el TC en la STC 142/1999 de 22 de julio, recurso de amparo 224/1996, “Correlativamente con el principio de legalidad se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles conductas por actos no tipificados previamente. De esta manera, los destinatarios de la norma saben –o tienen al menos la posibilidad de saber- que lo que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo no prohibido”, en el mismo sentido. SSTC 101/1988 de 8 de junio de 1988 y 93/1992 de 11 de junio de 1992.

⁴⁸⁸ **AAVV. Sempere Navarro, A. V., García Murcia, J., Martín Valverde, A. M., Burgos Herrera, E., Domblás Hermoso, M. A., Fernández Barábor, M.T.**, y otros. *“Jornada laboral, vacaciones, permisos y suspensión del contrato de trabajo”*. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2005. Pág. 172.

- Otra sentencia que mantiene el criterio de la STSJ de Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 9 de noviembre de 1993, núm. sentencia 530/1993, (AS 1993, 4983), anteriormente analizada, es la STSJ de Murcia núm. 863/2000 de 19 de junio, (JUR 2000\215599), que fue recurrida en amparo ante el TC, cuyo pronunciamientos serán objeto de estudio en el apartado siguiente, al hilo del análisis de la STC 192/2003 de 27 de octubre, con la finalidad de evitar reiteraciones innecesarias.

- Respecto al inicio de otra relación laboral, durante el período de vacaciones no disfrutadas, el apartado 6.15 de la Circular 3/2008/002 de 7 de marzo,⁴⁸⁹ establece que si la suma de la base de cotización que procediera en función de las remuneraciones devengadas en la misma y la correspondiente a las vacaciones superara el tope máximo de cotización, resultará aplicable la distribución establecida para los supuestos de pluriempleo, procediéndose conforme a los criterios de actuación establecidos al respecto.

D) Pronunciamiento del TC sobre la realización de trabajos durante el período vacacional. STC 192/ 2003, de 27 de octubre

Desde una perspectiva más general, la **STC 192/ 2003 de 27 de octubre**, (RTC 2003, 192),⁴⁹⁰ ha considerado que las vacaciones no pueden reducirse a un instrumento de recuperación de energías físicas y mentales para la reanudación posterior de la actividad laboral, como si el trabajador fuera un mero factor de producción, y por lo tanto no puede negarse su libertad para desplegar su propia personalidad durante ese período del modo que estime más conveniente, ni restringirse su derecho al trabajo contenido en el art. 35 CE, por el mero hecho de que exista un interés empresarial legítimo, a la recuperación de sus energías físicas y mentales, de manera que cuando no lo hiciera incurriera en un incumplimiento grave y culpable, legitimador de su despido por transgresión de la buena fe contractual.

Para el TC sería contraria a los principios y valores constitucionales, una concepción de las vacaciones como tiempo libre del trabajador a disponibilidad del empresario en el que éste puede ejercer un control absoluto sobre su utilización.

Esta sentencia ampara a un peón agrícola por haber realizado trabajos durante sus vacaciones, en la inteligencia de que la libertad, la dignidad y el respeto a la vida privada quedarían ultrajados si se le despidiera por ello.

La causa del despido que sirve de base a la presente controversia se subsumió por las anteriores instancias judiciales, en el supuesto previsto en el art. 54.2 d) del ET, donde se recoge como causa de despido la transgresión de la buena fe contractual.

⁴⁸⁹ Boletín Informativo de la Seguridad Social 30 abril 2008, Westlaw.es encuentra. RCL 2008\1008.

⁴⁹⁰ En recurso de amparo 4492/2001.

Al respecto, el TC establece que el control debe concentrarse en la valoración de si los razonamientos utilizados por las resoluciones impugnadas para fundamentar la aplicación de la cláusula general de la buena fe en un supuesto de despido disciplinario, se adecúan a los valores y principios constitucionalmente definidos.⁴⁹¹

“La dignidad personal del trabajador se vería severamente limitada de aceptarse un tan omnímodo control como el que se permite en las Sentencias impugnadas sobre la persona y vida privada del trabajador por parte de la empresa para que presta servicios.

Sostener que el empresario pueda tener un derecho o un interés jurídico legítimo a que el trabajador dedique exclusivamente sus vacaciones al descanso en orden a la recuperación de sus energías físicas y mentales «para que se encuentre en plenas condiciones» concluido el período vacacional, en el que ha de dedicarse exclusivamente a recuperar fuerzas», «en bien propio» y de su empresa, al reincorporarse al trabajo, con la grave consecuencia de que, de no hacerlo así, incurrirá en un «incumplimiento grave y culpable» que podrá dar lugar a que sea válidamente despedido «por transgresión de la buena fe contractual» (art. 54 del ET), supone una interpretación del principio de buena fe que produce un desequilibrio patente o irrazonable, a partir, como ha quedado expuesto, de pautas axiológicas constitucionales indiscutibles, por lo que no puede considerarse como una respuesta fundada en Derecho que satisfaga el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE.

La aplicación judicial del Derecho es, como toda interpretación, realización de valor, esto es, una elección entre varias valoraciones posibles hacia cuyos principios aquélla se orienta.

La buena fe ha sido vista como un concepto abierto al mundo de las valoraciones sociales. La introducción de la referida categoría ha buscado la incorporación al ordenamiento jurídico de un factor de flexibilización, capaz de adaptar la norma a las nuevas circunstancias y valores de la sociedad.

Por ello, a la hora de decidir sobre el contenido de mandatos como la buena fe, ha de partirse, en primer término, de la totalidad de las representaciones de valor fijadas en la Constitución que la sociedad ha alcanzado en un determinado momento de su desarrollo cultural.

En consecuencia, lo que en cada caso se decida que corresponde a la buena fe no podrá estar en desacuerdo con dichos mandatos constitucionales, toda vez que la

⁴⁹¹ Resultan interesantes los comentarios a esta sentencia de los siguientes artículos de revistas: **Sempere Navarro A.V.**, y **Charro Baena, P.**, “Libertad de trabajo durante las vacaciones. Comentarios a la STC 192/2003 de 27 de octubre”. (RTC 2003, 192). Navarra. Revista Aranzadi Social nº 5, 2003, págs. 448 a 453 y **Sánchez González, S.**, “Comentario a la STC nº 192/2003”. Ediciones Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. Revista Teoría y Realidad Constitucional, nº 14, 2003, págs. 479-482.

Constitución es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico a la que se debe acomodar cualquier otra, así como la interpretación y aplicación de la legalidad por parte de los órganos judiciales.

Tal exigencia aparece reforzada por el hecho de que tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma”.

La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Murcia,⁴⁹² había fundamentado su decisión en que *"el derecho a las vacaciones es irrenunciable, e indisponible, y el empresario está obligado a conceder vacaciones retribuidas, lo que obliga al trabajador que percibe el salario durante dicho periodo a dedicarse exclusivamente a recuperar fuerzas, motivo por el que por otra parte se prohíbe realizar trabajos durante este período, ya sea para el propio empresario o para otros".*

En parecido sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia,⁴⁹³ concluyó que *"lo probado es el trabajo del mismo para otra persona durante su periodo vacacional, infringiendo así la buena fe contractual, pues el trabajador independientemente de si cobrara o no, está defraudando a su empresa que precisa del descanso concedido para que el trabajador se encuentre en plenas condiciones, y de ahí que sea retribuido el periodo vacacional, al que, por otra parte le incumbe al trabajador como su derecho indispensable en bien propio y de aquella".*

En ambas Sentencias late la concepción de las vacaciones como un derecho-deber en el que las mismas se configuran como una obligación laboral del trabajador que vincula el derecho a este descanso con la fidelidad al empresario y, consiguientemente, con las facultades disciplinarias de éste.

A lo anterior cabe añadir que esa interpretación efectuada por los órganos judiciales resulta manifiestamente infundada en un sistema jurídico presidido por la libertad y el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), que hace posible, entre otros fenómenos, la prestación simultánea de servicios profesionales para dos o más empresarios (vgr., art. 21.1 del ET, a contrario, y arts. 110.2 y 120.3 de la Ley General de la Seguridad Social), salvo casos de concurrencia desleal que afecten a intereses empresariales protegibles y sin perjuicio de los pactos de plena dedicación que puedan celebrarse entre empresario y trabajador (art. 21.1 del ET) o de otros supuestos legalmente previstos, lo que conduce a la misma conclusión de reputar las resoluciones judiciales impugnadas como lesivas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Si se considerara el tiempo libre del trabajador, no como tal, sino como un tiempo de descanso a disponibilidad del empresario, y de la sumisión del deber de trabajo y

⁴⁹² En procedimiento núm. 144/2000 de 12 de abril de 2000.

⁴⁹³ En STSJ Murcia núm. 863/2000, de 19 de junio, (JUR 2000\215599).

rendimiento no solo a una comprobación objetiva durante el cumplimiento de la prestación, sino también durante el tiempo de descanso, de las que parten las Sentencias impugnadas para declarar la procedencia del despido por realizar trabajos para otra empresa durante el periodo vacacional, no resulta en modo alguno acorde con la configuración actual del derecho a vacaciones anuales retribuidas en nuestro ordenamiento jurídico laboral, ni, lo que es más importante aún, con la primacía de la libertad de la persona y el respeto a su vida privada que la Constitución garantiza.

Si se conceptúa el período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente.

Una concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, para lo que importa ahora, la cláusula legal de la buena fe.

La resolución judicial que desconoce tales principios constitucionales al interpretar y aplicar esta cláusula no puede entenderse, por tanto, fundada en Derecho”.

CAPÍTULO III Análisis de las situaciones en el ámbito de la Seguridad Social

I. PLURIEMPLEO

1. Afiliación y altas. Cotización

El sistema español de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, se caracteriza por ser de tipo profesional y pluralista. El carácter profesional del sistema implica que sobre los sujetos incluidos en su campo de aplicación, nace fundamentalmente la obligación de financiar la protección.

Para ello, ha sido necesario, establecer unas técnicas instrumentales, como la afiliación, el alta y la cotización, cuya función es el control de los sujetos protegidos.⁴⁹⁴

Frente al acto único de afiliación, las altas pueden ser múltiples, y en caso de que se produzcan simultáneamente dentro del mismo Régimen de la Seguridad Social, al prestar servicios profesionales el trabajador por cuenta ajena a dos o más empresas distintas y en actividades que den lugar a su alta en un mismo régimen de la Seguridad Social, se daría lugar a la situación de pluriempleo. Art. 7.4. 2º del RD 84/1996.⁴⁹⁵

1.1. Afiliación

A) Concepto y características

La *afiliación* es el acto jurídico administrativo mediante el cuál la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce la condición de incluida en el sistema de la Seguridad Social, con los efectos establecidos en la Ley, a la persona física que realiza por primera vez una actividad determinante de su inclusión en el ámbito de aplicación del mismo, art. 6 RD 84/1996.

⁴⁹⁴ **García Ortega, J.**, “*Supuestos especiales de cotización: trabajadores fijos discontinuos: Pluriempleo. Pluriactividad. Convenio especial*”. CISS Praxis. Valencia. Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, nº 21-21, 1992, pág. 55.

⁴⁹⁵ En virtud del art. 110.2 LGSS, a los efectos del Régimen general se considera pluriempleo aquella situación del trabajador que se encuentra en alta y cotizando en dos o más actividades incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social.

Según el art. 7 de la LGSS es:

- Obligatoria,⁴⁹⁶
- Única, general y exclusiva para todos los Regímenes que comprenden el sistema aunque las personas incluidas, por razón de su actividad, cambien de uno a otro Régimen del mismo. La afiliación se realiza al sistema, considerado como un todo.
- Se extiende a toda la vida de las personas comprendidas en el campo de aplicación del sistema (vitalicia).
- Además constituye un título jurídico para la adquisición de derechos y el nacimiento de obligaciones condicionando la aplicación de las normas que regulan el sistema de la Seguridad Social.⁴⁹⁷

El acto de afiliación presupone la identificación de los ciudadanos ante la Seguridad Social por medio del número de la Seguridad Social, que al deber indicarse en la solicitud de afiliación (así como en la de alta) si el ciudadano no lo posee, antes de solicitar la afiliación o cualquier prestación o servicio de la Seguridad Social deberá solicitar el número a las Direcciones Provinciales de la TGSS o de las Administraciones de las mismas, exhibiendo o acompañando su DNI o en caso de ser extranjero, el correspondiente documento de identificación. (Art. 21.2 RD 84/1996).

Este número constará en el Documento identificativo de situaciones en la Seguridad Social que la TGSS proporciona a cada afiliado, pensionista y beneficiario (art. 22.1 RD 84/1996), que sirve para acreditar los datos y circunstancias del titular ante todas las Administraciones públicas y entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de estas Administraciones. Art. 22.2 RD 84/1996.

Igualmente, el número de la Seguridad Social a que se refieren los párrafos anteriores se asignará a las personas físicas o jurídicas y a las entidades sin personalidad, como sujetos responsables del ingreso de cuotas y conceptos de recaudación conjunta con ellas o de otros recursos de la Seguridad Social. Art. 21.1, párrafo 3 RD 84/1996.⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ Desde el 1 de enero de 1997, la solicitud del nº de Seguridad Social es obligatoria para todo ciudadano con carácter previo a:

- La solicitud de afiliación y alta en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.
- La solicitud de cualquier prestación de la Seguridad Social o servicio de las entidades gestoras o colaboradoras o del Servicio Público de Empleo Estatal.

Igualmente se asignará a las personas físicas, jurídicas o entes sin personalidad que sean responsables del ingreso de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta de otros recursos del sistema.

⁴⁹⁷ AAVV. Dir. **Montoya Melgar, A.**, “Curso de Seguridad Social”. Thompson Civitas. Aranzadi. Navarra. 3ª ed. 2005. Págs. 136 y 137.

⁴⁹⁸ Párrafo tercero introducido por el Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre, por el cual se modifican los Reglamentos generales sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad social; sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad social; de recaudación de la Seguridad social, y sobre colaboración de las

B) Formalización

Según los artículos 13 LGSS y 23 del RD 84/1996, la afiliación se puede practicar a petición de las personas y entidades obligadas a dicho acto, a instancias de los interesados o de oficio por la Administración de la Seguridad Social.

a) A instancia del empresario

Si se trata de trabajadores por cuenta ajena, recae sobre el empresario la obligación de solicitar de la TGSS la afiliación de los que ingresen en su servicio si previamente no estuvieran ya afiliados. Art. 24 RD 84/1996.

La solicitud debe realizarse en el modelo oficial o por cualquier otro sistema establecido, aportándose el documento nacional de identidad de la persona que se pretende afiliar, el documento que se declare equivalente o fotocopias de los mismos, el número de la Seguridad Social y, en su caso, la documentación que se determina en los supuestos a que se refiere el Capítulo VI de este Título II.⁴⁹⁹

Si se formula la solicitud de forma defectuosa o falta documentación la TGSS debe requerir al solicitante para que subsane los defectos en los 10 días hábiles siguientes, en caso de que transcurra el plazo sin proceder a la subsanación, la TGSS actuará de oficio. Arts. 24.3 y 31.2 RD 84/1996.

La solicitud de afiliación implica la de alta inicial en el régimen que corresponda, por lo que con aquélla también deberá aportarse la documentación exigida para ésta.

Según los artículos 126 y 127 de la LGSS, los empresarios que incumplan sus obligaciones en materia de afiliaciones, altas, bajas y cotización, responden directamente del pago de las prestaciones de Seguridad Social causadas por sus trabajadores, aunque los trabajadores serán considerados en situación de alta de pleno derecho a efectos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo y asistencia sanitaria.⁵⁰⁰

mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad social, así como el Real Decreto sobre patrimonio de la Seguridad Social.

⁴⁹⁹ Entre otros afiliación de familiares el empresario, y del trabajador autónomo, socios de sociedades colectivas, socios colectivos de sociedades comanditarias, pluriempleo y trabajadores extranjeros.

⁵⁰⁰ Por aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones, cuando se haya causado derecho a una prestación, las entidades gestoras, colaboradoras y servicios comunes están obligadas a anticipar el pago, sin perjuicio del derecho de repetición contra el empresario que ha incumplido.

En caso de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, existe responsabilidad solidaria del adquirente y transmitente (y sus herederos), por las prestaciones ocasionadas antes de la transmisión, ex art. 127.2 LGSS, quedando el nuevo empresario, subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluidos los compromisos de pensiones, así como cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria haya adquirido el cedente. Art. 44.1 ET.

Se considera infracción grave, según el art. 22.2 de la LISOS, tras la redacción dada por el art. 24 de la Ley 52/2003, no solicitar en tiempo y forma, la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio o su no transmisión por los obligados o acogidos a la utilización de sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos. A estos efectos, se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.

Para algunos autores,⁵⁰¹ dado que la presentación de la afiliación inicial y/o alta, deben ser en “forma” y puesto que esta forma para los obligados y acogidos al sistema RED ha de ser por este medio, la no utilización de esta forma, constituye ya en sí misma una infracción calificada como grave, aunque se hubiera presentado la afiliación y alta por los medios convencionales.

Matizan que el aspecto de la forma, no guarda relación directa con el trabajador afectado, sino con la eficacia de la aplicación del sistema RED en el ámbito de las relaciones de Seguridad Social, por lo que la infracción por no utilización del sistema RED ha de aplicarse sin tener en cuenta el inciso final del precepto, pues no se trataría de una infracción distinta por cada trabajador afectado, sino de una única infracción, sin perjuicio de que el número de trabajadores afectados pueda ser considerado a efectos de la graduación del art. 39 de la LISOS, en base al Criterio Técnico de la DGTGSS 46/2006 de 18 de julio.

Recae sobre el empresario la obligación de afiliar al sistema de la Seguridad Social a los trabajadores que ingresen a su servicio, al tiempo de solicitar el alta en el Régimen correspondiente, cuando se trate del primer trabajo de los mismos, y debe efectuarse con anterioridad al inicio de la prestación de servicios. Art. 100.1 LGSS, y arts. 24.1 y 29.1 del RD 84/1996.

El empresario debe presentar la solicitud de afiliación y/o alta del trabajador en la TGSS, con carácter previo a la prestación de servicios siguiendo el modelo oficial, o a través del sistema RED, sin que en ningún caso, pueda hacerlo antes de los 60 días naturales anteriores al previsto para la iniciación de la misma. Art. 32.3.1º RD 84/1996.

b) A instancia del trabajador. Arts. 13.3 y 100.2 LGSS; art. 25 RD 84/1996

En caso de incumplimiento por el empresario de la solicitud de afiliación y alta, los trabajadores por cuenta ajena o asimilados pueden instar su afiliación directamente, en cualquier momento posterior a la constatación de dicho incumplimiento.⁵⁰²

⁵⁰¹ AAVV. Dir. **Cavas Martínez, F., Luján Alcaraz, A.**, *“Infracciones y sanciones en el orden social”*. Ediciones Laborum. Murcia. 1ª ed. 2009. Pág. 338.

⁵⁰² Sin perjuicio de las responsabilidades en que aquel incurre, art. 13.3 LGSS, tanto administrativas, art. 22 TRLISOS, como en materia de cotización, art. 106 LGSS, y en orden a las prestaciones, art. 126 LGSS.

Se dará cuenta a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de estas solicitudes, a efectos de comprobaciones y demás trámites que se consideren necesarios.

Los trabajadores por cuenta propia, y asimilados, son los sujetos obligados a solicitar su propia afiliación. Los efectos del alta se producen desde el primer día del mes natural en que se reúnan los requisitos para la inclusión en el RETA.

El apartado 7 del art. 22, de la LISOS, tipifica como infracción grave, no solicitar los trabajadores por cuenta propia, en tiempo y forma, su afiliación inicial o alta en el correspondiente régimen especial de la Seguridad Social, cuando la omisión genere impago de la cotización que corresponda.

c) De oficio. Arts. 13.4 y 100.2 LGSS, art. 26 RD 84/1996

La afiliación se practicará de oficio por la TGSS cuando, como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social o por cualquier otro procedimiento, se compruebe el incumplimiento de la obligación de solicitar la afiliación por parte de los trabajadores o empresarios a los que esta incumbe. Art. 26 RD 84/1996.

Cuando no sea consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social, la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma dará cuenta a aquélla al objeto de las comprobaciones y demás efectos que procedan.

Cuando es consecuencia de la actuación inspectora de la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social, no es el alta de liquidación o de infracción lo que genera el alta sino la comunicación que remite la Inspección de Trabajo, poniendo a la Tesorería en conocimiento de las circunstancias determinantes de la obligación de dar de alta y afiliación al trabajador, ya que la Inspección de Trabajo carece de facultades para acordar el alta de un trabajador, puesto que es competencia exclusiva de la TGSS, cuya actuación no está condicionada a la firmeza del acta de liquidación, sino todo lo contrario, ya que esta última carecería de virtualidad o eficacia sin una resolución de la TGSS que acuerde el alta del trabajador.⁵⁰³

- Distinto al encuadramiento de oficio practicado por la TGSS es el denominado procedimiento de oficio que recoge la LPL en su art. 149, RD Ley 2/1995 de 7 de abril, como modalidad procesal que se puede instar por la Autoridad Laboral.

Este procedimiento se puede iniciar cuando la Inspección, tras levantar acta de infracción, se impugne ésta por el responsable en base a alegaciones y pruebas que puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora.

⁵⁰³ STSJ Galicia de 10 de junio de 1994, rec. suplicación 1800/94, (AS 1994/2508).

En cualquier caso, la actuación de la TGSS en su encuadramiento, que se practica según competencia ex lege (art. 13 LGSS), no se supedita a ese procedimiento judicial que pueda acaecer siendo plenamente competente para su afiliación, alta o baja sin perjuicio del ulterior devenir del procedimiento de oficio.

Lo que sí paralizaría la demanda de oficio sería al expediente administrativo sancionador en trámite, desde la mera admisión de la demanda. Art. 150.2 LPL.

El plazo de interposición de esta demanda no es el de 1 año previsto en el art. 59 ET para las acciones derivadas del contrato de trabajo, puesto que estaríamos ante una necesaria clarificación de la concurrencia del requisito necesario para la procedencia de la aplicación de las normas de Seguridad Social, por ello, una vez fijada la relación por cuenta ajena en sede judicial será aplicable en el expediente sancionador, el plazo prescriptivo de 4 años del art. 21.1.c) LGSS.⁵⁰⁴

1.2. Altas

A) Concepto y características

Según el art. 7 RD 84/1996 y los artículos 13 y 100 de la LGSS, el *alta* es el acto administrativo mediante el cual la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona que inicia una actividad o se encuentra en una situación conexas con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del régimen de Seguridad Social que proceda en función de la naturaleza de dicha actividad o situación, con los derechos y obligaciones correspondientes.

El alta es obligatoria⁵⁰⁵ y concreta la relación de Seguridad Social en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social. Art. 7.2 RD 84/1996.⁵⁰⁶

A diferencia de la afiliación, el alta está directamente vinculada a la actividad a desarrollar y, por tanto, se realiza no en relación a todo el sistema, sino precisamente en el régimen correspondiente a dicha actividad. Por lo demás el alta actúa tanto como

⁵⁰⁴ STS 12 de julio 2004, recurso de casación 5018/2004, (RJ 2004\7076).

⁵⁰⁵ En la STSJ Illes Balears de 7 febrero de 2005, rec. 615/2004. Ref. CISS JS636302, se reconoce la existencia de relación laboral y la subsiguiente obligación de la empresa de tener de alta en la Seguridad Social al trabajador ya fallecido, durante el tiempo en que prestó sus servicios, al estimarse concurrentes las notas definitorias de la relación laboral: dependencia, amenidad y remuneración periódica, sin que la falta de sujeción a un horario, la libertad de jornada o el pluriempleo del trabajador impidieran la existencia de la relación laboral.

⁵⁰⁶ De 26 de enero. Este Reglamento General sobre Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social, es de aplicación a la inscripción de empresas, apertura de cuentas de cotización, afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de las personas incluidas en el campo del sistema de la Seguridad Social ya a los especiales del Sistema de la Seguridad Social, con las salvedades contenidas en los epígrafes 9, 10 y 11, no siendo de aplicación a los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado, Fuerzas Armadas y Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, que se regirán por sus normas específicas. Art. 1.

presupuesto para la protección del trabajador como para la activación del deber de cotizar.

No obstante incluso sin alta, los trabajadores por cuenta ajena asimilados se consideran en situación de alta de pleno derecho a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, así como a efectos de asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad, riesgo durante el embarazo y accidente no laboral, ex. Art. 125.3 LGSS y 29.2 RD 84/1996, adopción o acogimiento preadoptivo o permanente de menores de 6 años, paternidad (incorporación de un nuevo art. 48 bis del ET) y riesgo durante la lactancia. Estos dos últimos incorporados por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres LOIMH 3/2007 de 22 de marzo.

Únicamente podrá optarse entre diversos Regímenes del sistema de la Seguridad Social, para su alta en uno de ellos, en los casos en que se reconozca expresamente tal opción, con el alcance y en las condiciones fijadas en la norma que la establezca.⁵⁰⁷

Según el art. 41.2 RD 84/1996, los empresarios que conozca la situación de pluriempleo de sus trabajadores, deberán comunicar las altas y las bajas, y cuando lo comuniquen deben hacer mención expresa de la existencia de dicha situación de pluriempleo y además declarar las retribuciones del trabajador para que por parte de las Entidades Gestoras y de la Tesorería General de la Seguridad Social se puedan realizar de oficio las actuaciones que procedan a efectos de cotización y protección.⁵⁰⁸

Los propios trabajadores en situación de pluriempleo están asimismo obligados a comunicar tal situación a los respectivos empresarios y a la Dirección Provincial de la TGSS o Administración de la misma para que por ésta se inicien de oficio las actuaciones que procedan. Arts 41.1 y 41.2 RD 84/1996.

⁵⁰⁷ Apartado 5, art. 7 RD 84/1996. Opción previa al alta de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado.

1. Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, previa opción de la cooperativa, serán dados de alta, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena o como trabajadores autónomos de la Seguridad Social, en el Régimen General o Especial que, por razón de la actividad de aquéllas, corresponda.

La opción previa de la cooperativa de trabajo asociado deberá alcanzar a todos los socios trabajadores de la misma y ejercitarse en sus estatutos.

2. Una vez producida la opción a que se refiere el apartado anterior, únicamente podrá modificarse por el procedimiento y con los requisitos siguientes:

1. ° La nueva opción deberá realizarse mediante la correspondiente modificación de los estatutos de la cooperativa.

2. ° La nueva opción deberá afectar asimismo a todos los socios trabajadores de la cooperativa.

3. ° Será preciso que haya transcurrido un plazo de cinco años desde la fecha en que se ejercitó la opción anterior.

⁵⁰⁸ Todas las competencias que la norma estatal atribuye a la Tesorería General de la Seguridad Social, son actos que, directa o indirectamente se refieren al régimen económico de la Seguridad Social, y en consecuencia son competencia exclusiva del Estado. STC 124/1989 de 7 de julio FJ n° 4, 5, 6, 7, 8 y 9 Ponente Sr. Leguina Villa.

El art. 24.1 del RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, establece que constituye una infracción leve, el hecho de no facilitar a la entidad correspondiente o a la empresa, cuando le sean requeridos, los datos necesarios para su afiliación o su alta en la Seguridad Social, y en su caso, las alteraciones que en ellos se produjeran, los de la situación de pluriempleo y en general, el incumplimiento de los deberes de carácter informativo.

El tipo sanciona los incumplimientos de carácter formal, pero sin repercusión sustancial en la relación jurídica de Seguridad Social. Las conductas infractoras del trabajador que no estén relacionadas directamente con la percepción de prestaciones, subsidios o pensiones, y por lo tanto las sanciones previstas para las infracciones leves, en el art. 47.1 a) de la LISOS, como pérdida de la prestación, subsidio o pensión durante un mes, no pueden ser aplicables a estas infracciones.⁵⁰⁹

El art. 40 del mismo RD Legislativo, establece que la sanción que corresponde a las infracciones leves, consistirán en multa de 60 a 125 €, en su grado mínimo, de 126 a 310 € en su grado medio, y de 311 a 625 € en su grado máximo.

Respecto a los criterios de graduación de las sanciones, según el art. 39.2 de este RD Legislativo, se atenderá a la negligencia o intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas, y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida.

B) Formalización

Las solicitudes de alta deberán presentarse con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, sin que en ningún caso puedan exceder de los sesenta días naturales anteriores a la fecha prevista para la iniciación de la misma.

En los casos excepcionales en que no hubiere podido preverse con antelación dicha iniciación, si el día o días anteriores a la misma fueren inhábiles, o si la prestación de servicios se iniciare en horas así mismo inhábiles, deberán remitirse, con anterioridad al inicio de la prestación de servicios, por telegrama, fax o por cualquier otro medio electrónico, informático o telemático.⁵¹⁰

Como la afiliación, el alta puede promoverse a petición de las personas y entidades obligadas a dicho acto, a instancias de los interesados, o de oficio por la Administración de la Seguridad Social. Art. 29 RD 84/1996. Personas y entidades obligadas a dicho

⁵⁰⁹ **Cavas Martínez, F.**, en AAVV. Dir. **Cavas Martínez, F.**, y **Luján Alcaraz, J.**, *“Infracciones y sanciones en el orden social”*. Ediciones Laborum. Murcia. 1ª edición. 2009. Pág. 351.

⁵¹⁰ Existen unas peculiaridades relativas a los regímenes especiales integrados en el RGSS: artistas, profesionales taurinos y representantes de comercio.

acto, son en caso de alta de trabajadores por cuenta ajena su empresario, y si se trata de trabajadores por cuenta propia o autónomos, los propios trabajadores al iniciar sus actividades.

El incumplimiento de estas obligaciones, permite a la TGSS acordar el alta de oficio en caso de trabajadores por cuenta propia y si se trata de trabajadores por cuenta ajena, podrían solicitarla directamente.

Según el art. 33 RD 84/1996, el reconocimiento de la situación de alta corresponde a la Dirección Provincial de la TGSS o Administración de la misma en la provincia en que esté abierta la cuenta de cotización del empresario para el que preste servicio el trabajador por cuenta ajena o en la que radique el establecimiento del trabajador por cuenta propia, en su defecto, donde éste tenga su domicilio.

Al igual que la afiliación la solicitud ha de presentarse en modelo oficial o por los sistemas establecidos al efecto, electrónicos, informáticos o telemáticos. Art. 38 RD 84/1996. Debe contener datos referidos al ejercicio de la actividad que determina el alta, para facilitar a las entidades gestoras y a la TGSS una información completa.

Ha de estar firmada por el empresario y el trabajador y debe unirse cuantos documentos e informes sean solicitados por la TGSS, siempre que no obren en su poder y sean necesarios para acreditar la prestación de servicios, el ejercicio profesional de la actividad y la concurrencia de los demás requisitos y circunstancias determinantes de la inclusión en el régimen de que se trate, que han dejado de reunirse dichos requisitos, o en su caso, que se han producido las variaciones que a los mismos afecten. Art. 31 RD 84/1996.

Cuando se trate de alta en supuestos con peculiaridades regulados en los arts. 40 y siguientes del RD 84/1996, como familiares del empresario y del trabajador autónomo, socios de sociedades colectivas, socios colectivos de sociedades comanditarias, pluriempleo, extranjeros, deberán acompañarse los documentos que prueben la existencia y entidad de las mismas.

Si se formula la solicitud de forma defectuosa o falta documentación la TGSS debe requerir al solicitante para que subsane los defectos en los 10 días hábiles siguientes, en caso de que transcurra el plazo sin proceder a la subsanación, se tendrá por desistida la solicitud de alta y la TGSS actuará de oficio.

C) Efectos

En cuanto a los efectos del alta, el principal efecto es el encuadramiento en el régimen de Seguridad Social que corresponda por razón de la actividad, con los derechos y obligaciones inherentes a dicha situación.

El alta es condición necesaria pero no suficiente para perfeccionar el derecho a la prestación del sistema, tal y como establece el art. 124 LGSS y título del que deriva la

obligación de cotizar que nace desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente, según el art. 15.2 LGSS.⁵¹¹

El alta únicamente surtirá efectos en orden a los derechos y obligaciones inherentes a dicha situación a partir del día en que se inicie la actividad. En caso de que no se solicite el alta, la obligación de cotizar nacerá en todo caso desde el día en que se inicie la actividad, sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven de la ausencia de alta.

D) Alta múltiple en supuestos de pluriempleo

Para los supuestos de pluriempleo, se establecen especiales requisitos formales. El art. 41.2 apartado 2º del RD 84/1996, establece que los propios trabajadores en situación de pluriempleo, están obligados a comunicar esta situación a los empresarios y a la Dirección Provincial de la TGSS o Administración correspondiente para que ésta inicie de oficio las actuaciones que procedan a efectos de cotización y acción protectora.

La distribución surtirá efectos a partir de la liquidación de las cuotas que correspondan al mes en que se acredite la existencia de situación de pluriempleo.⁵¹²

Con la misma finalidad, los empresarios que conozcan la situación de pluriempleo de sus trabajadores tendrán que comunicar las altas y las bajas de los mismos, mencionando expresamente la concurrencia de la situación de pluriempleo, así como la declaración de las retribuciones percibidas, (apartado 1 art. 41.2 RD 84/1996).

Del cumplimiento de estas formalidades depende la emisión del acto administrativo declarativo y constitutivo del pluriempleo que determina la aplicación de las particulares reglas de cotización y de cálculo de las prestaciones generadas.

El art. 24.1 del RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, establece que constituye una infracción leve, el hecho de no facilitar a la entidad correspondiente o a la empresa, cuando le sean requeridos, los datos necesarios para su afiliación o su alta en la Seguridad Social, y en su caso, las alteraciones que en ellos se produjeran, los de la situación de pluriempleo y en general, el incumplimiento de los deberes de carácter informativo.⁵¹³

⁵¹¹ Dir. **Montoya Melgar, A.**, “*Curso de Seguridad Social*”. Thompson Civitas. Aranzadi. Navarra. 3ª ed. 2005. Pág. 141.

⁵¹² AAVV. Dir. **Martín Valverde, A.** y **García Murcia, J.**, “*Tratado práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2002. Parágrafo 4459, pág. 1594.

⁵¹³ El art. 40 del mismo RD Legislativo, establece que la sanción que corresponde a las infracciones leves, en su grado mínimo, consistirá en multa de 60 a 125 € en su grado mínimo, de 126 a 310 € en su grado medio, y de 311 a 625 € en su grado máximo.

Respecto a los criterios de graduación de las sanciones, según el art. 39.2 de este RD Legislativo, se atenderá a la negligencia o intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas, y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de

Así, la STS 25 de febrero de 1997, (Ar. 1221), establece que para la existencia de la situación de pluriempleo es precisa una petición expresa y concreta de las empresas afectadas y en virtud de esta petición, la Administración dicta, en su caso, la resolución que proceda. Esta resolución, en caso de que declare la situación de pluriempleo, tiene carácter constitutivo. En igual sentido: STS 6 de junio de 1997, (Ar. 5180).

La STSJ Castilla y León, Valladolid de 11 de julio de 2005, (JUR 185732), en aplicación de la doctrina jurisprudencial antedicha, considera que no se aplican las normas de pluriempleo para calcular una prestación de Incapacidad Temporal, en el supuesto de no comunicarse la situación de pluriempleo, y no existir por ello, acto administrativo alguno que declarara y constituyera la situación de pluriempleo.

A efectos de Seguridad Social, la situación de pluriempleo se genera a partir de la formulación de la petición de prorrateos, por lo que el acto de la TGSS tiene carácter constitutivo, debido a que para que exista la situación de pluriempleo es precisa la petición expresa y concreta de las empresas afectadas y la Administración, en virtud de esa petición, dicta, en su caso, la resolución que proceda, que en caso de que declare la situación de pluriempleo, tiene carácter constitutivo.

No procede que la Administración investigue sobre la situación de pluriempleo y a la vista de ello gire la liquidación o liquidaciones que procedan, ya que no es la Administración la que debe indagar sobre la existencia o no de este régimen, son las empresas las que deben pedir y ofrecer a la Administración los elementos de hecho, y la Administración ha de resolver sobre la base fáctica y sobre las peticiones, que obligadamente han de hacer a las empresas, en el caso de que pretendan que se aplique el régimen de pluriempleo.⁵¹⁴

En caso de que un trabajador en situación de pluriempleo, solamente permanezca en alta en ambas empresas determinados días al mes, el tope máximo solamente se prorrateará durante los días en que permanezca en alta en ambas empresas.

El resto de los días del mes habrá de cotizar hasta el tope máximo, únicamente la empresa en que el trabajador permanezca de alta todo el mes, en el supuesto de que la retribución iguale o supere el tope máximo de cotización o si es inferior, por el importe que corresponda. Contestación de la TGSS de 28 de enero de 2004.⁵¹⁵

trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida.

⁵¹⁴ STS, sala de lo Contencioso Administrativo de 6 de junio de 1997, (Ar. 5180). STS, sala de lo Contencioso Administrativo de 25 de febrero de 1997, (Ar. 1221). Por consiguiente, el error, por exceso en la cotización durante la situación de pluriempleo, por no proceder al prorrateo del límite máximo en proporción a la remuneración abonada por cada una de las empleadoras, no redundará en una base reguladora más elevada, ni en una prestación superior. Otra cosa es que proceda reintegrar el exceso ingresado. STS 18 de diciembre 1988, (Ar. 9860).

⁵¹⁵ Ref. CISS JC076682.

El carácter constitutivo del acto de distribución de la TGSS, previa petición de los sujetos afectados, no impedirá la actuación de oficio por el Servicio Común si la Inspección de trabajo tiene constancia de los presupuestos fácticos determinantes de la situación de pluriempleo procediendo la aplicación de su peculiar régimen jurídico.

La aplicación del régimen no puede quedar a expensas de una simple limitación formal, introducida por una norma reglamentaria, una vez constatada por la Administración la existencia del pluriempleo.⁵¹⁶

Además, las Direcciones provinciales de la TGSS o Administraciones de la misma, pueden de oficio, o a instancia del trabajador o empresario afectado, rectificar la distribución entre las empresas según el art. 9.4 de la Orden TAS/76/2008 de 22 de enero.

Así pues, se puede concluir con la STS de la Sala de lo Contencioso administrativo de 29 de junio de 1990, (Ar. 5423), que establece que en caso de pluriempleo, la intervención de la TGSS, tiene valor constitutivo, definiendo el exacto contenido de la obligación de cotizar de las empresas, mientras tal acto no se modifique por otro posterior.

E) Análisis de la cuestión de si las situaciones asimiladas al alta pueden dar lugar a la constitución de los supuestos de pluriempleo y/o pluriactividad

La cuestión gira en torno a la consideración de si, dado que los preceptos que regulan las situaciones de pluriempleo y pluriactividad con carácter general, art. 9.1.4º RD 2064/1995, de 22 de diciembre, y art. 7.4 RD 84/1996, de 26 de enero; sólo mencionan la situación de alta, para la constitución de las situaciones de pluriempleo o pluriactividad, si sería posible que tuvieran lugar las mismas partiendo de la hipótesis de situación asimilada al alta.

A la luz de la dispersa regulación que establece los requisitos para el acceso a las diversas prestaciones, la prolija jurisprudencia y los abundantes pronunciamientos de doctrina judicial y científica analizados al respecto en la presente Tesis, se puede concluir, que tanto para el supuesto de pluriempleo, como para el de pluriactividad, depende de la concreta prestación cuyo derecho a percibir se dirima, así como de los Regímenes de Seguridad Social implicados.

Considera **Barrios Baudor**,⁵¹⁷ que los preceptos reguladores de las situaciones asimiladas al alta contemplan situaciones totalmente heterogéneas y bajo una misma

⁵¹⁶ STS, sala de lo Contencioso Administrativo de 19 de enero de 1989. (Ar. 349), 17 de febrero de 1997, (Ar. 1099).

⁵¹⁷ **Barrios Baudor, G.L.**, “*Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social*”. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1ª ed. 1997. Págs. 79 a 80. Para este autor, la regulación de las situaciones asimiladas al alta resulta excesivamente compleja y caótica y junto a una preocupante

calificación es posible encontrar supuestos en los que subyace una real y efectiva prestación de servicios, (vgr: traslado de un trabajador al extranjero), junto a otros en los que ésta ha desaparecido por completo (vgr: paro involuntario); o se encuentra en suspenso (vgr: excedencia forzosa).

Por este motivo, considero más oportuno y conveniente ir analizando la cuestión, en sede de cada concreta prestación y de su concreto régimen jurídico regulador, dado que la materia se ha sistematizado siguiendo este orden, se considera lo más apropiado a efectos de coherencia interna de esta Tesis, así como de la materia objeto de estudio, que requiere un análisis exhaustivo y casuístico.

1.3. Cotización en situación de pluriempleo

A) Reglas aplicables a la cotización en situación de pluriempleo

En caso de pluriempleo, cuando el trabajador se encuentre prestando servicios en dos o más empresas en régimen de contratación a tiempo completo o parcial,⁵¹⁸ el régimen de cotización común ideado para un único empleo, que corresponda a la modalidad contractual de que se trate, es objeto de adaptación.

El trabajador en situación de pluriempleo, puede desempeñar dos o más trabajos a tiempo completo, uno a tiempo completo y otro u otros a tiempo parcial, o varios empleos a tiempo parcial.

A efectos de cotización procede distinguir sólo dos supuestos: aquel en que al menos en una de las empresas realice la actividad a tiempo completo, y el que esté a tiempo parcial en todas las empresas.

Por otro lado, la situación de pluriempleo que se contempla en la normativa de cotización, es aquella en la que se desempeñan simultáneamente varios empleos en un mismo mes o período de liquidación, ya que la realización de diversos trabajos en distintos períodos no determina la aplicación de las reglas particulares, sino de las generales de cotización.⁵¹⁹

inseguridad jurídica, da lugar al distinto tratamiento práctico que reciben unos y otros supuestos merecedores de igual protección.

⁵¹⁸ En los casos de pluriempleo en dos o más empresas a tiempo parcial, cada una de ellas cotizará en razón de la remuneración que abone. Si la suma de las retribuciones percibidas sobrepasa el tope máximo de cotización vigente en cada momento, este se distribuirá en proporción a las retribuciones abonadas al trabajador en cada una de las empresas. Art. 34 OMC 2003.

Según **Cavas Martínez, F.**, en *“La protección social de los trabajadores a tiempo parcial; ámbito subjetivo y situaciones afectadas”*. Aranzadi Social, núm. 2, año 2003, pág. 18, el hecho de que un trabajador realice su jornada laboral en varias empresas a tiempo parcial, no le deja fuera del ámbito de aplicación de las normas específicas sobre protección social de los trabajadores a tiempo parcial, pero sí procede la sujeción a particulares reglas complementarias.

⁵¹⁹ **González del Rey Rodríguez, I.**, *“La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1ª. Ed. 2002. Pág. 91.

Asimismo, el régimen de cotización que se explica, está concebido para los supuestos de pluriempleo en el RGSS,⁵²⁰ aunque no se descarte su aplicación teórica a otros tipos de pluriempleo, que también podrían considerarse teóricos, por su escasa relevancia práctica, como puede suceder en el caso del Régimen Especial de Trabajadores del Mar.⁵²¹

Lo característico del régimen de cotización,⁵²² en situación de pluriempleo es el hecho de que las bases máximas y mínimas absolutas de cotización se distribuyen prorrateadas en proporción a los salarios percibidos en cada empresa.⁵²³

Las bases de cotización se calculan en función de los conceptos retributivos satisfechos al trabajador, con los límites correspondientes a las fracciones de los topes máximo y mínimo que se le asignen.

Esta situación resulta ventajosa para los empresarios, ya que en aplicación del art. 110.2 LGSS, se aplica el tope máximo de la base de cotización, lo que significa que se disminuye la deuda tributaria de forma mayor, si existe pluriempleo.

La minoración de la base de cotización, influye en la cuantía de las prestaciones, ya que la base reguladora de las mismas, se determina en función de la suma de las bases por las que se haya cotizado en las diversas empresas. A la base reguladora así determinada se aplica el tope máximo de la base de cotización, ex art. 120.3 TRLGSS.⁵²⁴

Atendiendo a la Circular de la Tesorería General de la Seguridad Social 3/2010/002, de 12 marzo (RCL 2010\822), se van a sintetizar acto seguido, las normas de cotización en situación de pluriempleo.⁵²⁵

⁵²⁰ El art. 110 LGSS, establece un único tope máximo de cotización aplicable a todas las actividades desarrolladas simultáneamente en el régimen general, que es establecido cada año en la Ley de Presupuestos, que a su vez se estructura en límites máximos aplicables en el caso de contingencias comunes y profesionales.

⁵²¹ Ya se ha afirmado la posibilidad del pluriempleo en el seno de este régimen cuando se trata de trabajadores por cuenta ajena retribuidos a salario o a la parte del Régimen Especial de Trabajadores del Mar incluidos en el bloque de cotización 1º del art. 54 RD 2064/1995.

⁵²² **Cotización:** La base de cotización a la Seguridad Social y de las aportaciones que se recaudan conjuntamente con las cuotas de aquélla será siempre mensual y estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias. La base de cotización así determinada no podrá ser inferior a las cantidades que reglamentariamente se determinen. Las horas complementarias cotizarán a la Seguridad Social sobre las mismas bases y tipos que las horas ordinarias.

⁵²³ **Herrero Alarcón, F.**, en AAVV., Dir., **De la Villa Gil, L.E.**, “*Derecho de la Seguridad Social*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 4ª ed. 2004. Pág. 242.

⁵²⁴ **Roqueta Buj, R.**, “*La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*”. CES. Madrid. 1ª ed. 2002. Pág. 86. **Martínez Lucas, J.A.**, “*Manual de cotización a la Seguridad Social*”. La Ley. Madrid. 1995. Pág. 197.

⁵²⁵ Recoge entre otros, los criterios establecidos por la Orden TIN/25/2010, de 12 de enero, (RCL 2010\95), que complementa a la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

El criterio vigente para la distribución de las bases de cotización en los números 1.3° y 2.3° del artículo 9 del Reglamento de Cotización, (RD 2064/1995), es que tanto el tope máximo como la base y el tope mínimo que le corresponda, se distribuyan entre todas las empresas en las que preste sus servicios el trabajador pluriempleado, en proporción a la remuneración abonada al mismo en cada una de ellas. A tal efecto, se considerarán las remuneraciones computables para el cálculo de la base de cotización, por el importe tenido en cuenta para su determinación.

Si al trabajador le correspondieran diferentes bases mínimas de cotización por realizar trabajos correspondientes a distintos grupos de cotización, para la distribución se tomará la base mínima de mayor cuantía.

Cada empresa cotiza por las remuneraciones computables que satisfaga al trabajador, con el límite que corresponda con la fracción del tope máximo que se le asigne. Los prorrateos indicados se llevan a cabo a petición de las empresas o trabajadores afectados o, en su caso, de oficio, por las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o sus administraciones. Art. 9.3 Orden TIN 25/2010.

El artículo 9.4 de la Orden de Cotización para 2010, dispone que las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administraciones de la misma, de oficio o a instancia del trabajador o empresario afectado, podrá rectificar la distribución cuando se produzcan desviaciones en las bases de cotización resultantes.

La distribución efectuada producirá efectos desde la liquidación de cuotas del mes en que se acredite la existencia de la situación de pluriempleo, salvo que se trate de períodos a los que se les pudiera aplicar la prescripción, por lo que procederá la devolución de cuotas, en su caso. Art. 9.3 Orden TIN 25/2010.

Cuando alguna de las empresas en las que preste sus servicios el trabajador pluriempleado tenga derecho a exclusiones en la cotización por no tener cubiertas con el Sistema determinadas contingencias, la distribución de los topes y de la base mínima únicamente se efectuará para cotizar por las contingencias comúnmente protegidas. Art. 9.2 Orden TIN 25/2010.

Si la prestación de servicios lo fuera para más de dos empresas y solo una de ellas estuviera excluida de la cotización por alguna contingencia, deberá producirse una doble distribución, una para las comúnmente protegidas por todas las empresas y otra para el resto de las contingencias.

Si durante el período correspondiente a las vacaciones no disfrutadas, el trabajador iniciara otra relación laboral, y la suma de la base de cotización que procediera en función de las remuneraciones devengadas en la misma y la correspondiente a las vacaciones superara el tope máximo de cotización, resultará aplicable la distribución establecida para los supuestos de pluriempleo, procediéndose conforme a los criterios de actuación establecidos al respecto.

a) Topes máximo y mínimo de cotización

El art. 2 de la Orden TIN 25/2010, establece los siguientes topes máximo y mínimo para el año 2010:

1. El tope máximo de la base de cotización al RGSS es a partir de 1 de enero de 2010, de 3.198,00 euros mensuales.

2. A partir de esta misma fecha, el tope mínimo para las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional será equivalente al SMI vigente en cada momento, incrementado por el prorrateo de las percepciones de vencimiento superior al mensual que perciba el trabajador, sin que pueda ser inferior a 738,90 euros mensuales.

- La Contestación TGSS de 28 de enero de 2004, establece en caso de que un trabajador en pluriempleo, solamente permanezca en alta en ambas empresas determinados días al mes, que el tope máximo solamente se prorrateará durante los días en que permanezca en alta en ambas empresas. El resto de los días del mes habrá de cotizar hasta el tope máximo, únicamente la empresa en que el trabajador permanezca de alta todo el mes, en el supuesto de que la retribución iguale o supere el tope máximo de cotización o si es inferior, por el importe que corresponda.

b) Bases máximas y mínimas

La base máxima en pluriempleo, se determina distribuyéndose entre las empresas en proporción a las retribuciones abonadas por cada una de ellas, cotizando cada una por los conceptos computables que satisfaga al trabajador, con el límite máximo que se le asigne en cada Orden TAS anual, siempre que no sea superior a la base máxima correspondiente al grupo de cotización de su categoría profesional. La prohibición legal de cotización por encima del tope máximo es aplicable a la situación de pluriempleo.

La base mínima en pluriempleo sería la correspondiente a la categoría profesional del trabajador, tomándose la de superior cuantía si el trabajador tuviera diferentes categorías profesionales en las distintas empresas. Su distribución se realiza al igual que en el caso de la base máxima, entre todas las empresas en proporción a las remuneraciones que abonen al trabajador.

• Art. 3. Orden TIN 25/2010. Tabla con bases máximas y mínimas para el RGSS, por contingencias comunes.

c) Tipos de cotización. Art. 4. Orden TIN 25/2010, referido al RGSS

1. Para las contingencias comunes, el 28,30 %, del que el 23,60% será a cargo de la empresa, y el 4,70 % a cargo del trabajador.

2. Para las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional se aplicarán los tipos de la tarifa de primas establecidas en la DA 4ª Ley 42/2006, en redacción dada

por la DF 8ª de la Ley 26/2009 de 23 de diciembre de PGE para el 2010, siendo a cargo exclusivo de la empresa.

d) Normas sobre cotización en situación de pluriempleo

Siguiendo el art. 9 de la Orden TIN 25/2010, se distingue entre contingencias comunes y profesionales.

d₁) Contingencias comunes

- 1- El tope máximo de las bases de cotización, establecido en 3.198,00 euros mensuales, se distribuirá entre todas las empresas en proporción a la remuneración abonada al trabajador en cada una de ellas.
- 2- Cada una de las empresas cotizará por los conceptos retributivos computables que satisfaga al trabajador, con el límite que corresponda a la fracción del tope máximo que se le asigne.
- 3- La base mínima correspondiente al trabajador, según su categoría profesional, se distribuirá entre las distintas empresas y será aplicada para cada una de ellas en forma análoga a la señalada para el tope máximo. Si al trabajador le correspondieran diferentes bases mínimas de cotización por su clasificación laboral, se tomará para su distribución la base mínima de superior cuantía.

d₂) Contingencias profesionales

- 1- El tope máximo establecido en 3198 €/ mes también se distribuirá entre todas las empresas en proporción a la remuneración abonada al trabajador en cada una de ellas.
- 2- El tope mínimo de cotización se distribuirá entre las distintas empresas y será aplicado para cada una de ellas en forma análoga a la señalada para el tope máximo.
- 3- La base de cotización será para cada empresa, la que resulte conforme a lo señalado en el artículo 1, con los límites que se le hayan asignado, según las normas anteriores.

La distribución que se establece es de los topes máximo y mínimo absolutos, ya que para estas contingencias no hay bases mínimas por categorías profesionales.

En el supuesto de que uno de los empleos conlleve la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social,⁵²⁶ la distribución del tope máximo correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales sólo se efectuará al objeto de determinar las cuotas correspondientes a las contingencias comúnmente protegidas por ambas modalidades de inclusión, así como los demás conceptos de recaudación conjunta.

⁵²⁶ Según el apartado 2 del art. 9 de la Orden TIN 25/2010, en los términos indicados en el artículo 97.2.k) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en el artículo 21.2 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales.

A tal fin, se efectuará una doble distribución del tope máximo de cotización citado, una de ellas para determinar la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como para Formación Profesional, y la otra para determinar la cotización por Desempleo y para el Fondo de Garantía Salarial.

B) Régimen jurídico aplicable a la cotización en situación de pluriempleo y comparación con la cotización en supuestos de pluriactividad

Las situaciones especiales de pluriempleo y pluriactividad parten de un régimen consolidado o autónomo de encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social, el pluriempleo da lugar a una cotización múltiple y al cómputo conjunto de cotizaciones, mientras que la pluriactividad da lugar a un cómputo aislado de las cotizaciones, lo cuál tiene reflejo en la forma de acceso a las prestaciones.⁵²⁷

En ambos casos se trata de figuras que amparan la situación de simultaneidad de las prestaciones bajo contratos de trabajo o actividades profesionales diferentes, que en el caso del pluriempleo, sería dentro de un mismo régimen mientras que en la pluriactividad en regímenes distintos.

En cualquier caso, estas situaciones determinan la multiplicidad de cotizaciones que ni siguen el mismo régimen ni tienen el mismo destino en ambos casos.

Cuando se trabaja en dos o más empresas dentro de un mismo régimen de la Seguridad Social, debe efectuarse igual número de altas y cotizarse por los salarios cobrados en cada empresa, de acuerdo con los mecanismos correctores legalmente establecidos.

a) Prestación de servicios a tiempo completo para todos los empleadores, o bien para una empresa en régimen de contratación a tiempo completo y en otra u otras, en régimen de contratación a tiempo parcial

En estos supuestos de pluriempleo, existen unas normas específicas de prorrateo entre los sujetos obligados a cotizar, de los topes y bases mínimos y máximos de cotización, que se señalan anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, ex art. 16 LGSS.

Según el art. 9.2 Orden TIN 25/2010, cuando alguna de las empresas en las que preste servicios el trabajador pluriempleado tenga derecho a exclusiones en la cotización por no tener cubiertas con el sistema determinadas contingencias, la distribución de los topes y de la base mínima únicamente se efectuará para cotizar por las contingencias comúnmente protegidas.

⁵²⁷ **Purcalla Bonilla, M.A., Rivas Vallejo, M.P.**, “La contratación indefinida a tiempo parcial. Relación laboral, incentivos y su protección social”. CISS. Valencia. Praxis Profesional. Marzo 2000. Pág. 118.

En caso de que se presten servicios para más de dos empresas y sólo una de ellas estuviera excluida de la cotización por alguna contingencia,⁵²⁸ debería producirse una doble distribución, una para las contingencias comúnmente protegidas por todas las empresas y otra para el resto de las contingencias.

En el supuesto de que uno de los empleos conlleve la exclusión de la protección por desempleo y Fondo de Garantía Salarial, art. 97.2 k) LGSS y art. 21.2 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, relativos a consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas y sociedades laborales, establece que se efectuará una doble distribución del máximo de cotización, una para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y la otra para determinar la cotización por desempleo⁵²⁹ y para el Fondo de Garantía Salarial.

El art. 9 del RD 2064/1995 relativo a los límites máximo, mínimo y límites relativos de la base de cotización, pluriempleo y pluriactividad, establece que:

1. Las bases de cotización al sistema de la Seguridad Social no podrán ser superiores al límite máximo absoluto establecido.

- 1. La cuantía del referido límite máximo será la fijada para cada ejercicio económico por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.*
- 2. Dicho límite máximo de las bases de cotización será único para todas las actividades, categorías profesionales y contingencias comprendidas en el Régimen o en los Regímenes de que se trate y se aplicará cualquiera que sea el número de horas trabajadas, incluidos los supuestos de pluriempleo, pero no los de pluriactividad.*
- 3. En los supuestos de pluriempleo, el límite máximo absoluto se distribuirá entre todos los sujetos de la obligación de cotizar en proporción a las retribuciones abonadas en cada una de las empresas en que preste sus servicios el trabajador en situación de pluriempleo o conforme al criterio que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sin que, respecto de las contingencias comunes, la fracción del tope máximo que se asigne a cada empresa o sujeto obligado pueda ser superior a la cuantía de la base máxima de la categoría profesional del trabajador a que se refiere el apartado 3 del presente artículo.*
- 4. A los efectos previstos en este Reglamento, se entenderá por pluriempleo la situación del trabajador por cuenta ajena que preste sus servicios profesionales*

⁵²⁸ Al respecto, el art. 19 de la Orden TIN 25/2010, establece los coeficientes reductores de la cotización, aplicables a las empresas excluidas de alguna contingencia, indicando en su apartado a), que en las empresas excluidas de la contingencia de incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral, se aplicará el coeficiente 0,055, correspondiendo el 0,046 a la cuota empresarial, y el 0,009 a la cuota del trabajador.

⁵²⁹ En el art. 8 de la Orden TIN 25/2010, de 18 de enero, se establecen las normas para el cálculo de la base de cotización en situación de desempleo protegido.

a dos o más empresarios distintos y en actividades que den lugar a su alta obligatoria en un mismo Régimen de la Seguridad Social.

A los mismos efectos, se entenderá por pluriactividad la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades den lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del sistema de la Seguridad Social.

2. Las bases de cotización en los Regímenes y para las contingencias a que se refiere este Reglamento tendrán como límites mínimos, salvo disposición expresa en contrario, la cuantía íntegra de los salarios mínimos interprofesionales vigentes en cada momento, incrementados en un sexto.

1. Las cuantías de los límites mínimos de las bases de cotización serán las fijadas para cada ejercicio económico y se revisarán, en todo caso, cuando se incrementen o disminuyan los importes del salario mínimo interprofesional en función de la edad de los trabajadores.

2. Los límites mínimos de las bases de cotización serán aplicables para todas las actividades, categorías profesionales y contingencias incluidas en el Régimen de que se trate, con independencia del número de horas que trabajen o realicen su actividad los sujetos por los que exista obligación de cotizar, salvo cuando éstos se encuentren vinculados por contratos de trabajo o incursos en una relación jurídica conexas con el trabajo, respecto de los cuales, por disposición legal se establezca expresamente otra cosa.

3. En los supuestos de pluriempleo, los límites mínimos absolutos se prorratearán asimismo entre todas las empresas y demás sujetos de la obligación de cotizar afectados en proporción a las retribuciones percibidas en cada una de ellas por el trabajador o conforme al criterio determinado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

3. Los límites relativos de las bases de cotización están constituidos por las cuantías mínimas y máximas o únicas fijadas en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada grupo de categorías profesionales o actividades en cada ejercicio económico, en relación con las contingencias y situaciones protegidas por el Régimen en que resulten aplicables.

4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social adecuará, en función de los días y horas trabajados, los límites mínimos absolutos y las bases mínimas fijadas para cada grupo de categorías profesionales en relación con los supuestos en que, por disposición legal, se establezca expresamente la cotización por días y por horas, con sujeción, en su caso, a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior.

3. Los prorrateos indicados en los apartados anteriores se llevarán a cabo a petición de las empresas o trabajadores afectados o, en su caso, de oficio, por las direcciones provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o sus administraciones. La

*distribución así determinada tendrá efectos a partir de la liquidación de cuotas que corresponda al mes en que se acredite la existencia de la situación de pluriempleo, salvo que se trate de períodos en los que hubiera prescrito la obligación de cotizar.*⁵³⁰

4. Las direcciones provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o sus administraciones, de oficio o a instancia del trabajador o empresario afectados, podrán rectificar la distribución entre las distintas empresas, efectuada conforme a lo dispuesto en el apartado 1, cuando de acuerdo con dicha distribución se produzcan desviaciones en las bases de cotización resultantes.

La base máxima de **cotización** en las situaciones de pluriempleo, se determina en función de las retribuciones abonadas por cada una de las empresas para las que se preste servicios y se distribuye entre todas las empresas en proporción a las remuneraciones abonadas, cotizando cada una de ellas por los conceptos computables que satisfaga al trabajador, con el límite máximo que se le asigne en cada Orden TAS anual, siempre que no sea superior a la base máxima correspondiente al grupo de cotización de su categoría profesional. Esto significa que la prohibición legal de cotización por encima del tope máximo es aplicable a la situación de pluriempleo.⁵³¹

La base mínima de cotización sería la correspondiente a la categoría profesional del trabajador, tomándose la de superior cuantía si el trabajador tuviera diferentes categorías profesionales en las distintas empresas. Su distribución se realiza al igual que en el caso de la base máxima, entre todas las empresas en proporción a las remuneraciones que abonen al trabajador.

⁵³⁰ Prescribe por el transcurso de 4 años a contar desde la fecha en la que finalice el plazo reglamentario de ingreso. Art. 21 TR LGSS y 42 Reglamento General de Recaudación RD 1415/2004 de 11 de junio.

El RD 1415/2004, ha sido desarrollado recientemente por la Orden TIN/2777/2010, de 29 de octubre, que modifica la Orden TAS 1562/2005, de 25 de mayo, que establece normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio. Entre otros aspectos, se ha agilizado la emisión y cumplimentación de los documentos de cotización, así como el ingreso de las cuotas, reforzando el uso del Sistema de Remisión Electrónica de Datos (RED) por los sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar.

⁵³¹ STS de 19 de diciembre de 1988, (RJ 1988\9860). En caso de pluriempleo, el tope máximo que, para las bases de cotización fijan cada año los correspondiente Reales Decretos, ha de distribuirse entre las empresas empleadoras en proporción a las horas que cada una abona de la jornada del trabajador.

Por tanto, la base reguladora para determinar la prestación que a éste haya de corresponderle, en caso de invalidez permanente, ha de estar fijada por dicho máximo en el período que corresponda tomar en cuenta, aunque alguna de las empresas haya cotizado en realidad en exceso.

b) Peculiaridades en caso de contrataciones a tiempo parcial

b₁) Normas sobre el cómputo de cotizaciones

Las situaciones de pluriempleo y pluriactividad ofrecen nuevas perspectivas de análisis del trabajo a tiempo parcial.

En el caso del pluriempleo, la obligación de cotizar se rige también por la regla de la proporcionalidad, si bien en relación con cada una de las empresas en las que se presten los servicios a tiempo parcial, siendo aplicable el mismo límite absoluto a las bases de cotización ex art. 9.1.2º RD 2064/1995, que será distribuido entre todos los sujetos responsables de la obligación de cotizar, sin que respecto de las contingencias comunes, la fracción del tope máximo que se aplique a cada empresa pueda ser superior a la cuantía de la base máxima de la categoría profesional del trabajador, según su grupo de cotización.

El artículo 37 de la Orden TIN 25/2010, establece las normas de cotización en la situación de pluriempleo, en supuestos de contratos a tiempo parcial: *Cuando el trabajador preste sus servicios en dos o más empresas en régimen de contratación a tiempo parcial, cada una de ellas cotizará en razón de la remuneración que le abone. Si la suma de las retribuciones percibidas sobrepasase el tope máximo de cotización a la Seguridad Social, éste se distribuirá en proporción a las abonadas al trabajador en cada una de las empresas.*

En el supuesto de pluriempleo a tiempo parcial dentro del Régimen General, en principio, cada empresa cotiza según la cuantía que le abone al trabajador, sin sobrepasar el límite del tope máximo de tal suma, debiendo prorratearse, si así fuere necesario.

Por tanto, cuando el trabajador esté contratado en todas las empresas a tiempo parcial, y la suma de las retribuciones percibidas no sobrepase el máximo, no se procede a la distribución de los topes mínimos de cotización, como sucede en el supuesto de desempeño de al menos, un contrato de trabajo a tiempo completo, lo cual se debe a que para los contratos a tiempo parcial, se aplican unas bases mínimas específicas, determinadas en función de las horas efectivamente trabajadas para cada empleador.⁵³²

Sin embargo, la cobertura resultante, no sería la propia del contrato a tiempo parcial, en caso de que las relaciones de trabajo sumen el equivalente a una jornada completa, pues en este supuesto, su cotización, recibirá el tratamiento correspondiente a ésta,

⁵³² **Roqueta Buj, R.**, “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial”. CES. Madrid. 1ª ed. 2002. Pág. 90.

computándose todas las bases de cotización como una sola, con fundamento en el principio de base única.⁵³³

El trabajo a tiempo parcial, puede ser asimilado, desde la perspectiva de la Seguridad Social al trabajo a tiempo completo, a pesar de que en el seno de las varias relaciones laborales a tiempo parcial a las que puede estar sujeto, sea tratado como tal, ya que si para cada empresario, la prestación es a tiempo parcial, para la Seguridad Social es a tiempo completo, pues se cotiza por una jornada completa, resultado de la suma de las jornadas parciales.⁵³⁴

b₂) Acreditación del período mínimo de cotización exigible

Según la DA 7ª LGSS, conforme a la redacción dada por el art. 2.2 RDL 15/1998 de 27 noviembre y el art. 3 RD 1131/2002,⁵³⁵ debemos tener en cuenta las siguientes reglas:

a) Para acreditar los períodos de cotización correspondientes, se computarán exclusivamente las cotizaciones realizadas en función de las horas trabajadas tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin el nº de horas trabajadas se divide entre 5.

Al establecerse las horas trabajadas como sistema de cómputo, se permite que en caso de pluriempleo múltiple a tiempo parcial, se puedan acumular las cotizaciones realizadas simultáneamente a varias empresas, ya que aunque se superpongan en los mismos días, se accedería a la determinación de los días teóricos

Se supera así la doctrina jurisprudencial que hasta el RD 2319/1993, de 29 de diciembre, dio una solución incompleta al problema del cómputo de la cotización a efectos de carencia en el trabajo a tiempo parcial.⁵³⁶

Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones realizadas en función de las horas trabajadas tanto ordinarias como

⁵³³ **Purcalla Bonilla, M.A., Rivas Vallejo, M.P.,** "La contratación indefinida a tiempo parcial. Relación laboral, incentivos y su protección social". CISS Praxis Profesional. Valencia. Marzo 2000. Pág. 119.

⁵³⁴ **Purcalla Bonilla, M.A., Rivas Vallejo, M.P.,** "La contratación indefinida a tiempo parcial. Relación laboral, incentivos y su protección social". CISS Praxis Profesional. Valencia. Marzo 2000. Pág. 104. Siempre y cuando ninguno de los trabajos se preste a jornada completa, tal y como ya hemos dicho y veremos a continuación.

⁵³⁵ Se observa un ejemplo de aplicación práctica del cálculo del período de carencia en prestaciones de Seguridad Social, efectuando un cómputo según las horas efectivamente trabajadas, mediante el cálculo según «día teórico» de cotización, según la ratio jornada máxima anual/días naturales del año y aplicación del coeficiente multiplicador, en la STSJ Aragón núm. 505/2007 de 22 mayo. AS\2007\3041. Westlaw.es.encuentra.

⁵³⁶ **López Gandía, J.,** "Trabajo a tiempo parcial y seguridad social: valor de las cotizaciones y retroactividad de las normas". Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Tomo II- 1997, págs. 708 y 709.

complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin el nº de horas trabajadas se divide entre 5, equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales. DA 7ª apartado 1 regla 2ª letra a) LGSS, modificada por la LO 3/2007, a través de su DA 18ª, nº 19.

b) Para acceder a las pensiones de Incapacidad Permanente y jubilación, al nº de días teóricos de cotizaciones se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, pero no podrá computarse un período de días cotizados superior al que hubiera resultado, si el trabajador hubiera realizado su prestación de servicios a jornada completa.⁵³⁷

La DA 7ª.3 de la LGSS, establece que para la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar, se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término.

c) Las normas específicas sobre determinación del período de carencia no resultan aplicables a todos los regímenes de la Seguridad Social, sino tan sólo al régimen general, régimen especial de la minería del carbón y trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial de Trabajadores del Mar. DA 7ª.2 LGSS y art. 1.1. RD 1131/2002.

Sólo es posible aplicar la normativa correctiva en materia de períodos de cotización al pluriempleo por realización de varios trabajos a tiempo parcial, lo cuál significa que los beneficios en materia prestacional establecidos para el contrato de trabajo a tiempo parcial tan sólo resultan de aplicación en la situación de pluriempleo cuando, durante el tiempo en que este se mantiene ninguna de las actividades simultáneas se realiza a tiempo completo.⁵³⁸

El art. 3.5 RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial establece: “ *Cuando el trabajador realice simultáneamente más de una actividad a tiempo parcial en los términos señalados en el apartado 1 del artículo 1 se sumarán los días teóricos de cotización acreditados en las distintas actividades, tanto en las situaciones de pluriempleo como en las de pluriactividad*⁵³⁹ *en las que deba aplicarse el cómputo recíproco de cotizaciones*”.

⁵³⁷ Art. 3.6. RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. *En los supuestos previstos en los apartados anteriores, en ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo.*

⁵³⁸ **Ballester Pastor, M. A.**, “*La acción protectora en pluriempleo, con relación a la normativa sobre trabajo a tiempo parcial*”. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica, nº 18, año 2003, págs. 270 y 271.

⁵³⁹ Esto no sucedía durante la vigencia del RD 144/1999, que en su art. 1.2. establecía, que si los servicios fueran prestados en distintos regímenes, es decir en el supuesto de pluriactividad, ya que procedería la cotización autónoma, sin suma de las bases procedentes de otros trabajos aun prestados a tiempo parcial, incluidos en régimen distinto, por lo tanto se tratarían de forma desigual una y otra situación.

C) Peculiaridades de la cotización de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos 2º y 3º del artículo 19.5 del Texto Refundido aprobado por el Decreto 2864/1974, de 30 de agosto

La Orden TIN 51/2010, de 19 de enero,⁵⁴⁰ establece para el año 2010, las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores incluidos en los grupos 2º y 3º del artículo 19.5 del TR aprobado por Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, estableciendo en su artículo único, que las bases únicas de cotización de estos trabajadores,⁵⁴¹ quedan establecidas para el año 2010 en las cuantías que se reflejan en los anexos de esta Orden,⁵⁴² sin perjuicio de lo establecido en la Orden de 22 de noviembre de 1974, en relación con la cotización por contingencias comunes y para los trabajadores por cuenta ajena, en relación con la cotización para desempleo.

La Disposición Transitoria única de esta Orden TIN, establece que las diferencias de cotización que se hubieran podido producir por la aplicación de las bases de cotización establecidas en esta orden respecto de las cotizaciones que a partir de 1 de enero de 2010 se hubieran efectuado, podrán ser ingresadas, sin recargo, en el plazo que finaliza el último día del segundo mes siguiente al de su publicación en el BOE, que tuvo lugar el 23 de enero de 2010.

D) Orden TIN/2408/2010, de 15 de septiembre, por la que se fijan para el ejercicio 2010, las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón

El artículo 129. Ocho de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, prevé que, para la determinación de las bases normalizadas de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, correspondientes al ejercicio de 2010, se aplicará el procedimiento descrito en las reglas contenidas en el citado precepto, facultando al Ministerio de Trabajo e Inmigración para fijar la cuantía de las citadas bases de cotización.

A tal finalidad responde el contenido de esta orden mediante la cual se determinan las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, teniendo en cuenta, para la determinación de tales bases, la cuantía de las bases de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales correspondientes al período comprendido entre el

⁵⁴⁰ Entró en vigor el día siguiente a su publicación en el BOE, que tuvo lugar el 23 de enero de 2010, con efectos desde el 1/01/2010, según su Disposición Final Única.

⁵⁴¹ así como el artículo 54.2 y 3 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, para todas las contingencias y situaciones protegidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

⁵⁴² Se establecen 3 anexos, el primero dedicado a las Bases del grupo 2º A, (embarcaciones entre 50,01 y 150 T.R.B.); el segundo anexo relativo a las bases del grupo 2º B, (embarcaciones entre 10,01 y 50 T.R.B.); y el tercero, establece las bases para el grupo 3º.

1 de enero y el 31 de diciembre de 2009, ambos inclusive, con las especialidades contenidas en el artículo 57 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

En el art. único de esta orden establece que las bases de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, para cada una de las categorías y especialidades profesionales, que han de aplicarse durante el ejercicio 2010, son, para cada una de las zonas mineras, las que se contienen en el anexo de esta orden,⁵⁴³ estableciendo la Disposición Adicional única de esta misma Orden, que la Secretaría de Estado de la Seguridad Social se establecerá plazos especiales para el ingreso de las diferencias que resulten de la aplicación de las bases que se fijan en esta orden, respecto de aquellas por las que se ha venido cotizando durante los meses transcurridos del ejercicio 2010, estableciendo por tanto un carácter retroactivo al inicio del ejercicio económico 2010, lo que viene confirmado por su Disposición Final única.

La Resolución de 20 de septiembre de 2010, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, establece plazos especiales para el ingreso de las diferencias resultantes de la aplicación de esta Orden:

“Las diferencias de cotización resultantes de la aplicación de lo dispuesto en la Orden TIN/2408/2010, de 15 de septiembre, respecto de aquellas por las que se ha venido cotizando en el ejercicio 2010, podrán ser ingresadas por las empresas en los plazos y en la forma que a continuación se expresan:

a) En el plazo que finalizará el último día del mes de marzo del año 2011, las diferencias de cotización correspondientes a los meses de enero a abril de 2010, ambos inclusive.

b) En el plazo que finalizará el último día del mes de mayo del año 2011, las diferencias de cotización correspondientes a los meses de mayo a agosto de 2010, ambos inclusive.

c) En el plazo que finalizará el último día del mes de julio del año 2011, las diferencias de cotización correspondientes a los restantes meses de 2010.”

⁵⁴³ En síntesis y a modo descriptivo, este anexo distingue las siguientes zonas mineras: 1) Zona 1ª: Asturias; 2) Zona 2ª: Noroeste; 3) Zona 3ª: Sur; 4) Zona 4ª: Centro-Levante.

E) Análisis de algunos sectores integrados en el Régimen General con peculiaridades en la cotización y/o recaudación

El RD 2064/1995, regula supuestos especiales en el Régimen General, en materia de cotización de diversos sectores, por las peculiaridades de colectivos protegidos:

- Art. 29. Clérigos de la Iglesia Católica y demás Ministros de otras Iglesias y Confesiones.
- Art. 30. Jugadores profesionales de fútbol.
- Art. 31. Representantes de comercio.
- Art. 32. Artistas en espectáculos públicos.
- Art. 33. Profesionales taurinos.
- Art. 34. Ciclistas, jugadores de baloncesto y demás deportistas profesionales.

El art. 35 regula otras peculiaridades en materia de cotización a la Seguridad Social.

1. Se regirá, por las normas específicas que los establezcan y desarrollen, la cotización al Régimen General de la Seguridad Social, en los supuestos siguientes:

- 1. Exclusión de alguna o algunas de las contingencias protegidas por dicho Régimen o inclusión únicamente respecto de algunas de ellas.*
- 2. Colaboración en la gestión.*
- 3. Reducción o mejora voluntaria de las bases de cotización en los supuestos previstos en la Ley.*
- 4. Situaciones de incapacidad temporal y de asimilación al alta.*
- 5. En los casos de deducciones en la cotización por correcciones en las bases, reducciones o bonificaciones en las cuotas o cotizaciones complementarias, como medidas de fomento de empleo o por cualquier otra causa legalmente establecida.*

2. En defecto de regulación específica, se aplicarán las normas establecidas en la Sección 10ª de este Capítulo, así como las dictadas al efecto por el Ministerio de Trabajo y Seguridad.

Por otro lado, el Sistema especial de manipulado y empaquetado de tomate fresco destinado a la exportación, también reviste características especiales en materia de cotización: la cuota empresarial por contingencias comunes, desempleo y formación profesional se calcula por tonelada de tomate fresco empaquetado o fracción de 500 ó más kilogramos, mientras que la cotización de contingencias profesionales y Fondo de Garantía Salarial, correspondiente al trabajador, se calcula conforme a las normas establecidas con carácter general.⁵⁴⁴

⁵⁴⁴ El ingreso de cuotas se realiza mediante el documento de cotización TC-1/25.

a) Clérigos de la Iglesia Católica y demás Ministros de otras Iglesias y Confesiones

El art. 29.1 del RD 2064/1995, establece que *la base de cotización será única y mensual para todas las contingencias y situaciones incluidas en la acción protectora de este colectivo y estará constituida por la cuantía del tope mínimo absoluto de cotización vigente en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social para los trabajadores que tengan cumplida la edad de dieciocho años, salvo que en las normas de integración del colectivo de que se trate esté dispuesta otra cosa.*

Podría interpretarse que no es posible el pluriempleo en este sistema especial, ya que el precepto alude a base de cotización única y se refiere al colectivo, si lo individualizamos, se refiere a la persona en su integridad, sería única la base de cotización aunque desempeñara varios trabajos.

Otra interpretación plausible, sería considerar que la alusión a base de cotización única se refiere a que exista la misma base de cotización para todas las contingencias protegidas de este colectivo.

Esta última interpretación sería más adecuada atendiendo al criterio histórico, ya que el art. 3 del RD 2398/1977, de 27 de agosto,⁵⁴⁵ aludía expresamente a que la base era única en el sentido de que se aplicaba la misma base para todas las contingencias protegidas.⁵⁴⁶

El apartado 2 del art. 29 del RD 2064/1995, establece que *“la cuota se determinará deduciendo las fracciones correspondientes a las contingencias excluidas de la acción protectora en virtud de lo establecido en el art. 2 del RD 2398/1977, de 27 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del clero”*, en redacción dada por el RD 1613/2007 de 7 de diciembre, establece que *“La acción protectora, por lo que respecta al colectivo a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior y sus familiares que tengan la condición de beneficiarios, será la correspondiente al Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes exclusiones:*

- a. Incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.*
- b. Desempleo.*

Dos. Las contingencias de enfermedad y accidente, cualquiera que sea su origen, se considerarán en todo caso como común y no laboral, respectivamente, siéndoles de

⁵⁴⁵ BOE 224 de 19 de septiembre de 1977, por el que se regula la Seguridad Social del Clero.

⁵⁴⁶ “la base única mensual de cotización, para todas las contingencias y situaciones incluidas en la acción protectora, está constituida por el tope mínimo de la base de cotización vigente en cada momento, en el RGSS”.

aplicación el régimen jurídico previsto para estas en el Régimen General de la Seguridad Social”.⁵⁴⁷

“A tales efectos, el importe a deducir se determinará multiplicando por los coeficientes o sumas de coeficientes reductores señalados para las contingencias excluidas en cada ejercicio económico la cuota íntegra resultante de aplicar el tipo único a que se refiere el artículo 27 a la base determinada en el apartado 1 de este artículo”.

3. Las liquidaciones de cuotas estarán siempre referidas a mensualidades naturales y su comunicación y pago se efectuará por meses naturales vencidos, salvo que en las normas de integración del colectivo se hubiese dispuesto otra cosa.

Se debe evaluar la posibilidad de producción del pluriempleo, en este colectivo, dado que no hay referencias expresas en ninguna norma que trate la cuestión, se podría concluir, bajo mi punto de vista, que en el supuesto de que se desempeñaran múltiples actividades, seguiría prestando servicios para el mismo empleador, y no cabría la posibilidad de interpretar que tiene lugar la situación de pluriempleo, según la definición contenida en el art. 7.4.2 RD 84/1996, en atención a los siguientes preceptos:

- a) Al art. 10.1.4 RD 84/1996, que establece: *“para los clérigos de la Iglesia católica, tienen la consideración de empresarios las Diócesis y los organismos supradiocesanos; y, cuando sean incluidos en el campo de aplicación del RGSS, para los ministros de culto de Iglesias pertenecientes a la Federación de entidades religiosas evangélicas de España, la Iglesia respectiva, para los ministros de culto de las Comunidades pertenecientes a la Federación de comunidades israelitas de España, la Comunidad correspondiente, y para los dirigentes religiosos islámicos e imanes de las Comunidades islámicas en España, la Comunidad islámica respectiva.”*
- b) Al apartado 4 art. 29 RD 2064/1995, que establece que *“A los efectos previstos en los números anteriores, las Diócesis, las Iglesias, las Comunidades respectivas o, en su defecto, los Organismos que, respecto de las distintas Confesiones Religiosas, determine el Ministerio de Trabajo y*

⁵⁴⁷ Las exclusiones de cotización son diferentes para los tres colectivos. El RD 822/2005, de 8 de julio, regula los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los clérigos de la Iglesia Ortodoxa Rusa del Patriarcado de Moscú en España.

La cotización se contempla en el art. 4. En el apartado 2 de este art. se establece que, *en relación con los clérigos a que se refiere este RD, no existirá obligación de cotizar por las contingencias excluidas de su acción protectora, así como tampoco respecto al Fondo de Garantía Salarial ni por formación profesional*, lo cuál supone una modificación al régimen establecido en el art. 29 RD 2064/1995.

Con relación a la Iglesia adventista, hay que tener en cuenta que sí habrá que añadir el incremento de las pagas extraordinarias. *Desde 1-5-99, los Ministros de Culto de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día tienen incluida, dentro de su acción protectora, la prestación por maternidad. DA única del RD 369/1999, de 5 de marzo.*

Seguridad Social asumirán los derechos y obligaciones establecidos para los empresarios en el Régimen General de la Seguridad Social”.

En este ámbito, destacan las novedades introducidas por el **RD 867/2010**, de 2 de julio,⁵⁴⁸ que regula el cómputo en el Régimen de Clases Pasivas del Estado, de los períodos reconocidos como cotizados a la Seguridad Social, a favor de los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia católica secularizados.

Este RD añade un apartado 3 al art. 2 del RD 432/2000 de 31 de marzo, por el que se regula el cómputo en el Régimen de Clases Pasivas del Estado de los períodos reconocidos como cotizados a la Seguridad Social en favor de los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia Católica, secularizados, establece que *“cuando con la suma de los períodos de servicios al Estado y, en su caso, los de cotización efectiva y los asimilados a cotizados de acuerdo con lo establecido en el apartado 1, no se alcance el período mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de jubilación, con carácter excepcional y en la medida necesaria para completar dicho período mínimo, podrán reconocerse, como cotizados a la Seguridad Social, los períodos en los que los interesados desarrollaron su actividad religiosa fuera del territorio español, siempre que acrediten que dicha actividad se prestó para el instituto religioso o secular al que pertenecían en ese momento y exclusivamente bajo las órdenes de sus superiores”.*

El apartado 1 del art. 2 del RD 432/2000, queda redactado como sigue:

*“Los períodos de ejercicio del ministerio sacerdotal, así como los de la profesión religiosa o los prestados como miembro laico de un instituto secular de la Iglesia Católica, que la Tesorería General de la Seguridad Social reconozca como asimilados a cotizados, respectivamente, en el Régimen General o en el Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos, en los términos y condiciones regulados en el artículo 2 del Real Decreto 2665/1998, de 11 de diciembre, por el que se completa el Real Decreto 487/1998, de 27 de marzo, sobre reconocimiento, como cotizados a la Seguridad Social, de los períodos de actividad sacerdotal o religiosa a los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia Católica, secularizados, podrán ser totalizados, a solicitud del interesado y siempre que no se superpongan con los años de servicios que se acrediten en el Régimen de Clases Pasivas del Estado, tanto para causar derecho a pensión como para mejorar el importe de la misma. Los años de servicio resultantes de la expresada totalización en ningún caso podrán superar el número de 35.”*⁵⁴⁹

⁵⁴⁸ BOE de 14 de julio de 2010, núm. 170. Modifica al RD 432/2000 de 31 de marzo.

⁵⁴⁹ Estas prescripciones tienen relevancia en sede de pluriactividad sucesiva.

*En pensiones a favor de familiares la solicitud de uno de los interesados bastará para la aplicación de la totalización de períodos en todas las pensiones derivadas del mismo causante”.*⁵⁵⁰

b) Jugadores profesionales de fútbol

El art. 30.2 del RD 2064/1995, establece que las bases de cotización para contingencias comunes no podrán ser superiores ni inferiores respectivamente a las bases máximas y mínimas de cotización que correspondan a la categoría de los clubs para los que presten sus servicios, según la clasificación siguiente:⁵⁵¹

Grupo de cotización	Categoría profesional
2	Primera División.
3	Segunda División A.
5	Segunda División B.
7	Restantes categorías

El apartado 3º del art. 30 del RD 2064/1995, establece que para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y demás conceptos de recaudación conjunta, las bases de cotización estarán sujetas a los topes absolutos máximo y mínimo a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 9.

La cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se efectuará aplicando el tipo de cotización que corresponda de la tarifa de primas vigente.⁵⁵²

⁵⁵⁰ Por otro lado, la Disposición Transitoria 2ª del **RD 867/2010**, de 2 de julio, establece que el cómputo de los períodos asimilados a cotizados sólo surtirá efectos a fin de completar el período de carencia exigido, aplicándose para el cálculo de la pensión que proceda, exclusivamente, la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984, y que en estos supuestos, la parte de pensión a cargo del beneficiario será la cuantía proporcional que corresponda del importe total reconocido, por el número de años asimilados que se totalicen para completar los de carencia exigidos.

⁵⁵¹ Los grupos de cotización a que se refiere la clasificación anterior coincidirán con los de igual numeración de los grupos de categorías profesionales relacionados en el apartado 2 del artículo 26 del RD 2064/1995.

⁵⁵² El apartado 3º del art. 30 RD 2064/1995, tiene actualmente la redacción resultante de la modificación efectuada por el art. 2.5 de Real Decreto 328/2009, de 13 marzo.

c) Representantes de comercio

Son los sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y de abonar la cuota en su totalidad,⁵⁵³ tanto su propia aportación como la correspondiente al empresario o empresarios con los que mantenga relación laboral.

Éstos están obligados a entregarle en el momento de abono de su remuneración, la parte de cuota correspondiente a la aportación empresarial.⁵⁵⁴

Según el párrafo 2 del art. 31.1 RD 2064/1995, cuando el empresario no haga efectivo el indicado pago, la Tesorería General de la Seguridad Social procederá a reintegrar al representante de comercio, en el plazo y con los requisitos que se determinen, el importe de la aportación impagada por el empresario, iniciándose por el Organismo mencionado el procedimiento recaudatorio frente al empresario.

A efectos de cotización por contingencias comunes, están incluidos en el grupo 5º, de la escala de grupos de cotización vigentes en el Régimen General de la Seguridad Social, y para contingencias profesionales, se aplica el tipo de cotización que corresponda de la tarifa de primas vigente, no pudiendo ser la base de cotización mensual, ni superior ni inferior a las cuantías de los topes máximo y mínimo a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 9 de este mismo RD 2064/1995.

El art. 31, de la Orden TIN 25/2010, en su apartado 2.1.7, establece que los tipos de cotización por Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, a partir de 1 de enero de 2010, para los representantes de comercio que presten servicios como tales para varias empresas, les será de aplicación el tipo de cotización por desempleo que corresponda a cada contratación.

d) Artistas en espectáculos públicos

El régimen jurídico de la cotización de este colectivo se encuentra en el art. 32 RD 2064/1995, que en su apartado 6 establece que la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se efectuará aplicando el tipo de cotización que corresponda de la tarifa de primas vigente.

Las empresas declaran en los documentos de cotización, los salarios efectivamente abonados a cada artista en el mes posterior al que se refiere dicha cotización.

Cotizan mensualmente por todas las contingencias, sobre las bases fijadas en cada ejercicio económico, en función de las retribuciones percibidas por cada día que el artista haya ejercido su actividad, siendo de aplicación el tope máximo mensual, y con independencia del grupo profesional en que esté incluido. Si el salario efectivamente

⁵⁵³ Art. 31.1 RD 2064/1995.

⁵⁵⁴ La liquidación de cuotas se efectúa por medio de los documentos TC-1/3 y TC-2/10.

percibido por el artista, en cómputo diario, es inferior a las bases fijadas en cada ejercicio económico, se cotiza por dicho salario.

No obstante, la base de cotización por contingencias comunes y desempleo, no puede ser inferior al importe mínimo que corresponda al grupo del trabajador, salvo que éste sea inferior a la base mínima establecida para el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en cuyo caso se aplica ésta.⁵⁵⁵

El art. 10. 1 párrafo 2, de la Orden TIN 25/2010, establece que (a partir de 1 de enero de 2010), el tope máximo de las bases de cotización en razón de las actividades realizadas por un artista, para una o varias empresas, tendrá carácter anual y se determinará por la elevación a cómputo anual de la base mensual máxima señalada.

Para contingencias profesionales se aplican los tipos correspondientes a la actividad CNAE 92 de la tarifa de primas vigente, sin que la base de cotización pueda ser inferior al tope mínimo general.⁵⁵⁶

Las liquidaciones así efectuadas tienen el carácter de provisionales siendo los trabajadores los responsables de dicho ingreso, respecto de las contingencias comunes y desempleo.⁵⁵⁷

Al finalizar el ejercicio económico, la Tesorería General de la Seguridad Social efectúa la liquidación definitiva a los trabajadores, teniendo en cuenta las retribuciones declaradas y las bases cotizadas. Ahora bien, una vez recibida la liquidación definitiva, el trabajador puede optar por abonar su importe o porque la regularización se efectúe en función de las bases efectivamente cotizadas y no de las retribuciones percibidas, en cuyo caso el resultado no será a ingresar.

No obstante esta opción, influye en la consideración de días efectivamente cotizados, a efectos de su vida laboral. La Tesorería General puede autorizar el ingreso de la liquidación en períodos mensuales, con un máximo de seis.

El artista ha de comunicar a la Tesorería, una vez finalizado el año, la situación de pluriempleo, si lo hubo, con expresión de las Empresas afectadas y bases en función de las cuales se hayan realizado por él las cotizaciones, una primera especialidad en la materia, pero la principal es la establecida por el art. 8.3 y 4 de la OM de 20 de julio de 1987, consistente en que la Dirección Provincial de la Tesorería que tramite las solicitudes de afiliación y/o alta expedirá de inicio (y nuevamente a medida que a los artistas se les agoten los recibidos) un talonario de justificantes de actuaciones, que el

⁵⁵⁵ Apartado 5, art. 1., Real Decreto 335/2004, de 27 de febrero, por el que se modifican el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos a la Seguridad Social, aprobado por RD 2064/1995, de 22 de diciembre y el RD 2930/1979, de 29 de diciembre, por el que se revisa la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

⁵⁵⁶ El apartado 6 del art. 32 del RD 2064/1995, ha sido modificado por el art. 2.6 del RD 328/2009, de 13 de marzo, estableciendo que la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se efectuará aplicando el tipo de cotización que corresponda de la tarifa de primas vigente.

⁵⁵⁷ Los documentos de cotización son el TC-1/19 y TC-2/19.

trabajador conservará en su poder hasta causar baja definitiva en la actividad determinante de su afiliación y/o alta como artista en espectáculos públicos, en cuyo momento deberá devolverlo.⁵⁵⁸

La función de este documento (compuesto de matriz y justificante) no es otra que la de permitir el control y la regulación de la cotización del artista, aportando a la Tesorería, por doble vía, la información precisa al efecto.

En el momento de abonar sus retribuciones al trabajador o, en todo caso, al finalizar la prestación de sus servicios, el empresario requerirá dos ejemplares del justificante y cumplimentará los datos que el mismo exija, firmando un ejemplar (compuesto, como se ha dicho, de matriz y justificante) que entregará al artista; el otro ejemplar quedará en poder del empresario con el fin de que sea acompañado el justificante a la relación nominal de trabajadores a presentar mensualmente junto con la liquidación de cuotas, conservando la matriz.

Del ejemplar recibido, el artista retendrá también la matriz en su poder, debiendo enviar el justificante a la Dirección Provincial de la Tesorería en que figure adscrito dentro de los primeros quince días del mes de enero del año siguiente al que correspondan las actuaciones (o, de acaecer antes de esas fechas el hecho causante de alguna prestación vitalicia, al solicitar ésta), acompañando, en su caso, la comunicación de las situaciones de pluriempleo que se hayan producido a lo largo del año.⁵⁵⁹

Según el artículo 9.6 de la OM de 20 de julio de 1987, el artista está obligado a declarar anualmente las actuaciones realizadas en el ejercicio económico, amparadas por los justificantes de actuaciones que han de remitir en la misma fecha, refundiéndose todas las del año, indicando además la totalidad de las retribuciones percibidas y las bases liquidadas.⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ **Hurtado González, L.**, “La cotización a la Seguridad Social de los artistas en espectáculos públicos”. Actualidad Laboral, Nº 1, Sección Estudios, quincena del 1 al 15 de enero de 2006. Documento en soporte electrónico: laleydigital.es. 5342/2005. Págs. 5 y 6.

⁵⁵⁹ **Hurtado González, L.**, “La cotización a la Seguridad Social de los artistas en espectáculos públicos”. Actualidad Laboral, Nº 1, Sección Estudios, quincena del 1 al 15 de enero de 2006. Documento en soporte electrónico: laleydigital.es. 5342/2005.

En la pág. 12, considera que el problema se plantea a la hora de su aplicación en las situaciones de pluriempleo del artista, hay que tener en cuenta que no se considera pluriempleo, la prestación de servicios para dos o más empresarios *sucesivamente* dentro del mismo mes, en cuyo caso cada empresario cotizará por los días que el artista le haya trabajado y aplicará las normas sobre topes máximos sin contar con lo que hagan los otros empresarios.

⁵⁶⁰ La vigencia de esta última obligación (que es independiente y adicional a la establecida por el art. 8.4 de la misma OM en cuanto a la comunicación del pluriempleo, pero que, en la práctica, cumple también la función de ésta), no es clara, ya que hasta ahora las Órdenes anuales de desarrollo de las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, en materia de cotización a la Seguridad Social han venido abriendo plazos específicos para su cumplimiento. Pero desapareció toda mención a ella en la Orden TAS/77/2005, de 18 de enero, sobre cotización durante 2005; y en la Orden TAS/29/2006, de 18 de enero, sobre cotización durante 2006, así como en las sucesivas.

Por otro lado, el art. 32.5 a) RD 2064/1995, obliga al empresario artístico a declarar en los boletines de cotización los salarios efectivamente abonados a cada artista en el mes natural a que se refiera la cotización; obligación que, ya estaba contemplada en estos mismos términos, en el art. 9.4 de la OM de 20 de julio de 1987.

e) Profesionales taurinos

La regulación de las altas y bajas de los toreros se encuentra contenida en el art. 13.2 del RD 2621/1986 (y desarrollada por el art. 11.3.3 de la OM de 20 de julio de 1987).

El empresario taurino está obligado a declarar en los boletines de cotización las retribuciones efectivamente abonadas a los artistas, acompañando los justificantes de actuaciones. Las empresas declaran en los documentos de cotización, los salarios efectivamente abonados a cada profesional taurino, en el mes natural al que se refiere la cotización.⁵⁶¹

Dicha cotización se efectúa por una base fija por cada día que el profesional taurino haya ejercido su actividad, de acuerdo con las cantidades que se determinen para cada ejercicio económico y conforme al grupo de cotización en que el mismo se encuentre incluido. Si el salario realmente percibido por el profesional taurino, en cómputo diario, es inferior al importe indicado, se cotizará por dicho salario.

Los toreros, por su parte, están obligados a efectuar la declaración anual de actuaciones, asimismo acompañada de los correspondientes justificantes, y comunicación, en su caso, de la situación de pluriempleo.

El apartado 2, del art. 33 del RD 2064/1995, establece que la base de cotización para las contingencias comunes no podrá ser inferior ni superior a las bases mínimas y máximas establecidas para los grupos de categorías profesionales a que se refiere el apartado 1 del artículo 26, teniendo en cuenta la asimilación de categorías profesionales que se efectúa en el apartado siguiente de este artículo:

⁵⁶¹ Apartado a) del art. 33.5 RD 2064/1995. El apartado b) establece que con el carácter de liquidaciones provisionales, se cotizará por la base fija por cada día que el profesional taurino haya ejercido su actividad por cuenta de la misma, de acuerdo con las cantidades que se establezcan para cada ejercicio económico, y conforme al grupo profesional de cotización en que el profesional taurino se encuentre incluido.

Si el salario realmente percibido por el profesional taurino, en cómputo diario, fuese inferior a las cantidades señaladas en el párrafo anterior, se cotizará por aquél.

En ningún caso, para la cotización por contingencias comunes, podrá tomarse como base de cotización una cantidad menor al importe diario de la base mínima de cotización correspondiente al grupo de cotización en que se encuentre encuadrado el profesional taurino.

Para la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y por los demás conceptos de recaudación conjunta, la base de cotización no podrá ser inferior a los topes mínimos absolutos a que se refiere el apartado 2 del artículo 9.

El apartado 2 del art. 11, de la Orden TIN 25/2010, establece las bases de cotización para determinar las liquidaciones provisionales a partir de 1 de enero de 2010, para cada grupo de cotización.

Categoría Profesional	Grupo de Cotización
Matadores de Toros y Rejoneadores, clasificados en los grupos «A» y «B»	1
Matadores de Toros y Rejoneadores, clasificados en el grupo «C»	3
Picadores y Banderilleros, que acompañan a Matadores de Toros del grupo «A»	2
Restantes Picadores y Banderilleros	3
Mozos de Estoque y Ayudantes, Puntilleros, Novilleros y Toreros Cómicos	7

El apartado 4 del art. 33 del RD 2064/1995, puntualiza la cuestión al indicar, que no obstante lo dispuesto en los números anteriores, el tope máximo de las bases de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y para las de los conceptos de recaudación conjunta, en razón de las actividades realizadas por los profesionales taurinos para una misma o varias empresas, tendrá carácter anual y quedará integrado, para las contingencias comunes, por la suma de las bases mensuales máximas correspondientes a cada grupo de cotización, en el que cada categoría profesional esté encuadrada, y para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y demás contingencias, por el límite máximo absoluto vigente en cada momento.

Según el párrafo 2º del apartado 2 del art. 33, del RD 2064/1995, para las contingencias de desempleo, accidente de trabajo y enfermedad profesional y demás conceptos de recaudación conjunta, las bases de cotización no podrán ser superiores ni inferiores, respectivamente, a los topes máximo y mínimo a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 9.

El art. 11.1 de la Orden TIN 25/2010, establece que el tope máximo de las bases de cotización para los profesionales taurinos tendrá carácter anual y se determinará por la elevación a cómputo anual de la base mensual máxima señalada.

La cotización por contingencias profesionales se efectúa aplicando los tipos correspondientes a la actividad CNAE 92.342 de la tarifa de primas vigente.⁵⁶²

La Tesorería General de la Seguridad Social al finalizar cada ejercicio, efectúa la liquidación definitiva a empresarios y trabajadores, teniendo en cuenta las retribuciones y las bases declaradas para cada profesional taurino.

⁵⁶² Los documentos de cotización son el TC-1/19 y TC-2/19. El apartado 6 del art. 33 del RD 2064/1995, ha sido modificado por el art. 2.6 del RD 328/2009, de 13 de marzo, estableciendo que la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se efectuará aplicando el tipo de cotización que corresponda de la tarifa de primas vigente.

Durante la situación de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y/o maternidad, el sujeto responsable de la cotización es el trabajador, aplicándosele por contingencias profesionales los tipos correspondientes a la ocupación "c" de la tarifa de primas vigente.

El apartado 7 del art. 33 del RD 2064/1995, establece que el organizador del espectáculo taurino tendrá la consideración de empresario a efectos de las obligaciones impuestas a éste en materia de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social.

Los organizadores ocasionales de espectáculos taurinos, deberán ingresar las cuotas con anterioridad a la celebración de los mismos.

F) Especial mención al RD 404/2010, de 31 de marzo, regulador del establecimiento de un sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales, para empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral

El artículo 108 del texto refundido de la LGSS, establece en su apartado 3 la posibilidad de establecimiento de incentivos consistentes en reducciones de las cotizaciones por contingencias profesionales en el supuesto de empresas que se distingan por el empleo de medios eficaces de prevención de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, así como de aumento de tales cotizaciones en el caso de empresas que incumplan sus obligaciones en materia de higiene y seguridad en el trabajo.

Por su parte, el artículo 73 de la LGSS, dispone que el 80% del exceso de excedentes de la gestión de las MATEPS, una vez cubiertas las reservas reglamentarias, se adscribirá a los fines generales de prevención y rehabilitación, entre los que se encuentra el fomento de las actuaciones extraordinarias de las empresas en la prevención de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.

Un porcentaje de las dotaciones efectuadas por cada una de las mutuas en el Fondo de Prevención y Rehabilitación, constituido con el referido 80 por ciento del exceso de excedentes, podrá dedicarse, según el mismo precepto, a incentivar la adopción de las medidas y procesos que contribuyan eficazmente y de manera contrastable a la reducción de la siniestralidad laboral, mediante un sistema de incentivos en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.⁵⁶³

⁵⁶³ El aspecto penalizador en materia de Seguridad Social por el incumplimiento empresarial de las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales se encuentra representado por medidas como las relativas al recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, previsto en el artículo 123 de la LGSS, la pérdida de las bonificaciones sobre las cotizaciones a la Seguridad Social y la posible actuación en tales casos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Independientemente de ello, el Ministerio de Trabajo e Inmigración llevará a cabo los estudios pertinentes con objeto de valorar la oportunidad de establecer un sistema de incremento de las

Este RD desarrolla las previsiones contenidas en los artículos 73 y 108 de la LGSS, únicamente en lo que a la parte incentivadora se refiere, así como lo previsto en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012, mediante el establecimiento de las condiciones y requisitos que han de concurrir en las empresas para poder acceder al incentivo que en él se regula, consistente en una reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a dichas empresas por su contribución eficaz y contrastable a la reducción de la siniestralidad laboral, y que han de conjugar necesariamente dicha disminución de siniestralidad con el desarrollo de actuaciones, objetivas y eficaces, en materia de prevención de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, en los términos y condiciones que se establecen.

La percepción del incentivo que se regula en este RD está en función del cumplimiento por la empresa de las condiciones establecidas en el mismo, independientemente del límite máximo de gasto existente, que no ha de ser necesariamente alcanzado.

Los requisitos exigidos para ser beneficiarios de este sistema, se contienen en sus artículos 2 y 3, mientras que el art. 4 se dedica a establecer las normas de aplicación y establecimiento de la cuantía del incentivo.

En el ámbito de los requisitos marcados por este RD, para su aplicación, destaca el contenido en el apartado 2.1 c), *“No rebasar en el periodo de observación los límites que se establezcan respecto de los índices de siniestralidad general y siniestralidad extrema a que se refieren los apartados 1 y 2 del anexo II”*.

El anexo II de este RD establece que las empresas habrán de cumplir los dos índices de siniestralidad general que contiene, los cuales, en su definición, recogen la incidencia de la siniestralidad laboral, excluidos los accidentes «in itinere», la permanencia en la situación de activo del trabajador, el número de trabajadores y bases de cotización, así como la relación con la actividad desarrollada reflejada en el tipo de cotización por código de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) contemplado en la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales vigente en el período de observación.

Además de los dos índices de siniestralidad general, se contempla en este anexo II, en su apartado 2, un índice de siniestralidad extrema, en aquellos supuestos en los que durante el periodo de observación se hubiera producido el fallecimiento de algún trabajador o el reconocimiento de alguna pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez por contingencias profesionales, excluidos los que tengan su causa en los accidentes «in itinere», se calculará el índice de siniestralidad extrema, que mide el número de siniestros con repercusiones extremas (accidentes o enfermedades que ocasionen incapacidad permanente en alguno de los

cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas con índices excesivos de siniestralidad e incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

grados señalados o el fallecimiento de la persona trabajadora), ponderado entre el número total de trabajadores de la empresa, su permanencia en el trabajo y la actividad económica de la empresa.

Hay que tener en cuenta por tanto, que las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, en este sentido, también pueden tener repercusiones para las empresas, ya que producido un accidente laboral en una determinada actividad por cuenta ajena, si el trabajador, debido a su pluriempleo o pluriactividad, estuviera incluido en otra empresa, las prestaciones reconocidas por este otro empleo, se considerarán asimismo como derivadas de accidente laboral. STS 4949/1998 de 22 de julio, (RJ 1998\8545).⁵⁶⁴

Para determinar la base reguladora de la prestación causada por accidente laboral cuando este se produce en una de las empresas en que presta sus servicios el trabajador pluriempleado, deben calcularse sobre los salarios percibidos en las diversas empresas, y respondiendo de su abono también las empresas en que no ocurrió el accidente o su Mutua aseguradora, en la proporción al salario que percibía en ellas.⁵⁶⁵

De modo que cada mutua aseguradora debe satisfacer las prestaciones causadas en función de las respectivas cotizaciones del causante, tal y como previene para los supuestos de pluriempleo, el art. 32 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que establece normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia en el RGSS, aún vigente.

Así se soluciona la cuestión de la responsabilidad proporcional a los salarios percibidos en cada empresa, incluidas aquellas en que no tuvo lugar el accidente, lo que en principio no parece una solución demasiado equitativa,⁵⁶⁶ sin embargo, según la STS 4949/1998 de 22 de julio, (RJ 1998\8545); este precepto parte de que el accidente o enfermedad profesional, afectan por entero al trabajador, sin que pueda entenderse que sólo afecta al trabajador respecto a la empresa en que se produjo el accidente o se adquirió la enfermedad profesional, como si el accidente laboral fuera algo referido en primer término a la empresa y no al trabajador.

El accidente laboral sufrido en una empresa, en el supuesto de pluriempleo, debe ser considerado como tal en todas las relaciones laborales que vinculan al trabajador, cuando las consecuencias del accidente afectan por igual a todas ellas.

⁵⁶⁴ A favor: STSJ Comunidad Valenciana, núm. 626/2005, de 1 de marzo, (JUR 2005\165788); STSJ Madrid, núm. 363/2008, de 20 de mayo, (AS 2008\1863); sentencia Juzgado de lo social de Gerona, núm. 3, sentencia núm. 136/2001, de 26 de abril, (AS 2001\2620), STSJ Cantabria, núm. 826/2006 de 20 de septiembre, (AS 2006\2515).

⁵⁶⁵ STS de 22/07/1998, (RJ 1998,8545). Supuesto de un trabajador que prestaba un trabajo en dos empresas, asegurada cada una de ellas a efectos de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, en distintas Mutuas.

⁵⁶⁶ **Cavas Martínez, F., Fernández Orrico, F.J.**, “*La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de la Seguridad Social*”. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2006. Pág. 117.

El RD 404/2010 ha sido desarrollado por la Orden TIN 1448/2010, de 2 de junio, en cumplimiento de lo previsto en el art. 7.2 del RD 404/2010 mencionado, que establece que en sus disposiciones de aplicación y desarrollo se especificarán el diseño y contenido del fichero informático por medio del cual las entidades gestoras o las mutuas remitirán a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social el informe-propuesta no vinculante al que alude dicho precepto, en orden a la concesión o denegación del incentivo solicitado por las respectivas empresas protegidas, y su DT única añade que los valores límite y el volumen de cotización a tener en cuenta para el incentivo correspondiente al ejercicio 2009, se fijarán por Orden del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

G) Conclusiones sobre la cotización en supuestos de pluriempleo

El régimen jurídico de la cotización en supuestos de pluriempleo se caracteriza por la consideración de bases únicas de cotización, atendiendo a todas las actividades simultáneas desarrolladas en el régimen general, sujetas a sus propios límites máximos genéricos (por contingencias comunes y AT/EP).

Esta unidad en las bases de cotización se traslada íntegramente a las bases reguladoras, hasta el punto de que en caso de que la contingencia tenga origen profesional y haya acaecido en una sola de las empresas, el cálculo de la base reguladora correspondiente a la pensión debe tener en cuenta las bases de cotización de los otros empleos del mismo régimen, debiendo las mutuas implicadas en todos ellos abonar la prestación en la proporción correspondiente.

La STS 22 de julio de 1998,⁵⁶⁷ establece que *el pluriempleo, si bien abarca una multiplicidad de relaciones laborales, que necesariamente gozan de individualidad propia, sin embargo esta multiplicidad constituye una sola vida laboral, por lo que la protección social del trabajador necesariamente debe tender a una integración unitaria de las distintas relaciones.*

Este tratamiento inespecífico de la base de cotización y sus límites aplicable a las situaciones de pluriempleo se diferencia nítidamente de la situación de pluriactividad, que se compone de bases múltiples por cada uno de los regímenes en los que se prestan servicios, y que no admite el establecimiento de un tope único para la base única (por contingencias comunes o profesionales).

En la situación de pluriempleo, el límite máximo de cotización aplicable para cada régimen en atención a la contingencia en cuestión se distribuye entre todos los sujetos de la obligación de cotizar en proporción a las retribuciones abonadas (art. 9.1.3º RD 2064/1995).

⁵⁶⁷ STS 22 de julio de 1998. Nº de Recurso: 1878/1997, (RJ 1998\8545).

Esta eventual reducción en la cotización, puede implicar la configuración de un beneficio en el acceso a nuevos empleos para el sujeto pluriempleado frente al que no lo esté, ya que el que sólo desempeñe un empleo, está sujeto a las normas ordinarias de cotización que tiene menos probabilidades de superar el máximo establecido.

También se observa un tratamiento desigualitario en relación a los trabajadores pluriactivos, ya que para éstos no se prevé el reparto en la cuantía de cotización máxima.

Para **Ballester Pastor**,⁵⁶⁸ se privilegia inexplicablemente el pluriempleo frente al empleo único, lo que no casa con otros preceptos de Seguridad Social, pero sobre todo, la diferencia entre el tratamiento normativo que se concede al pluriempleo en relación a la pluriactividad en materia de bases de cotización máximas resulta injustificadamente desigualitaria porque la base reguladora adicionada por pluriactividad conforme a lo establecido en la DA 38ª LGSS sí que tiene como tope máximo la cuantía de la base de cotización máxima establecida.

Sin embargo, en el momento de la cotización pluriactiva, no hay precepto alguno que establezca la aplicación de los topes máximos, el tope se establece a la hora de la prestación, pero no existe en el momento de la contribución cotizatoria, salvo lo previsto para los trabajadores autónomos en la DA 2ª del Estatuto del Trabajo Autónomo, Ley 20/2007 de 11 de julio, que supone el reconocimiento para que ciertos colectivos o actividades gocen de peculiaridades en materia de cotización, como complemento de las medidas de fomento del autoempleo.

Se hace un mandato concreto para establecer reducciones en la cotización de algunos colectivos de trabajadores autónomos, entre otros, los que ejercen una actividad por cuenta propia junto con otra actividad por cuenta ajena, de tal modo que la suma de ambas cotizaciones supera la base máxima.

En la DA 38ª de la LGSS, introducida por el art. 1.1 de la Ley 36/2003, se produjo una equiparación entre pluriempleo y pluriactividad para la determinación de la base reguladora y se trasladó el límite de la base máxima de cotización existente en el pluriempleo a la pluriactividad, olvidando que en esta situación no existen topes máximos de cotización, lo cuál ha supuesto que el tope máximo en la base reguladora establecido en el ordenamiento referido exclusivamente al régimen general termina aplicándose con carácter absoluto a la prestación resultante de cómputo recíproco de cotizaciones pluriactivas, aunque en el momento de la cotización no hubiera tope máximo que aplicar.⁵⁶⁹

⁵⁶⁸ **Ballester Pastor, M. A.**, *“El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de Seguridad Social”*. La Ley. Madrid. 1ª ed. Septiembre 2007. Pág. 39.

⁵⁶⁹ **Ballester Pastor, M. A.**, *“El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de Seguridad Social”*. La Ley. Madrid. 1ª ed. Septiembre 2007. Págs. 38 - 40. La conexión artificial entre ambas situaciones hace surgir discordancias e incoherencias, que sólo podrían eliminarse si tuviera lugar la homogeneización del sistema de Seguridad Social.

El régimen jurídico de la base reguladora en pluriempleo, en el régimen general, se caracteriza por la adición de bases por las que se hubiera cotizado, ex art. 120.3 LGSS. Para el resto de regímenes de Seguridad Social, la aplicación del principio requiere unas precisiones:

1) No existen referencias expresas en los regímenes especiales de Seguridad Social al mecanismo para determinar la base reguladora en supuestos de pluriempleo.

2) Algunos regímenes especiales de Seguridad Social remiten al RGSS la configuración de las bases reguladoras, resultándoles de aplicación lo establecido en el art. 120.3 LGSS.

3) Los regímenes de Seguridad Social con sistemas de cotización tarifados o fijos no admiten la posibilidad de adición de bases de cotización para determinar la cuantía única de la base reguladora.

Se pueden adicionar bases de cotización para determinar la base reguladora, si la cotización se produce respecto a conceptos retributivos reales, lo que ocurre con los trabajadores por cuenta ajena retribuidos a salario o a la parte del Régimen Especial del Mar que presten servicios en embarcaciones dedicadas al transporte marítimo, que trabajen en embarcaciones pesqueras de más de 150 toneladas (incluidos en el bloque de cotización 1º del art. 54 RD 2064/1995, a los que se aplican las mismas reglas de cotización, conforme a la retribución realmente percibida según los límites máximos y mínimos aplicables con carácter general al RGSS, ex art. 52 RD 2064/1995) o que sin estar incluido en esta situación, opten, con acuerdo con los empresarios, por cotizar en la misma cuantía que para los retribuidos a salario.

A estos colectivos les corresponden bases de cotización variables atendiendo a la cuantía retributiva real y la acción protectora conduce a las normas del RGSS, por lo que para el cálculo de la base reguladora en pluriempleo se adicionan las bases de cotización simultáneas realizadas a este régimen especial.

Sin embargo, no procede la adición de bases de cotización correspondientes a diversos empleos cuando el régimen de Seguridad Social que resulte de aplicación no admite la configuración variable de bases de cotización atendiendo a la cuantía efectiva de las retribuciones por producirse la cotización conforme a bases tarifadas o normalizadas de hecho por establecerse unas bases máximas o mínimas, incluyendo aquellos regímenes en que la cotización no se produce conforme a conceptos retributivos reales, sino conforme a estimaciones directamente fijadas por la normativa correspondiente (bases tarifadas, fijas, o de fijación variable en atención a la voluntad del contribuyente), lo que sucede en estos casos:

1) Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Art. 43.2 RD 2064/1995.⁵⁷⁰

⁵⁷⁰ En este supuesto, se veda la posibilidad del pluriempleo, existe previsión tras la reforma del RD 1041/2005 de 5 de septiembre que modificó el art. 4.1 RD 84/1996, ya que en supuestos de realización

- 2) Régimen Especial de Empleados del Hogar. Art. 47 RD 2064/195.
- 3) Régimen Especial Agrario. Arts. 36.2 y 38.2 RD 2064/1995.
- 4) Trabajadores por cuenta ajena del mar retribuidos a la parte que no coticen conforme a retribuciones reales por no encontrarse incluidos en las situaciones que se han mencionado anteriormente (art. 52.1 RD 2064/1995).
- 5) Régimen Especial Minería del carbón, ya que sus trabajadores cotizan en función de cuantías fijas en bases normalizadas. Art. 57.2 RD 2064/1995.

Resulta imposible la adición de bases tarifadas a efectos de cotización en pluriempleo, la cotización en un régimen tarifado, de bases fijas o normalizadas, cualquiera que sea, es única, se cotiza por el trabajo realizado en ese régimen.

La DA 38ª no establece ninguna norma relativa al modo de adicionar bases de cotización cuando alguno de los regímenes implicados tiene establecidas bases de cotización tarifadas o desligadas de retribuciones reales, por lo que **Ballester Pastor**,⁵⁷¹ presume que debe cotizarse conforme a los establecido en cada uno de los regímenes, con lo que la adición de bases de cotización a efectos de determinación de la base reguladora puede dar lugar a acumulaciones de tarifas (o bases fijas) que, en algunas ocasiones, pudiera encubrir incrementos artificiales, y en otras, hacer superar la base máxima sin que pueda repercutir en una mayor pensión.

simultánea de dos o más actividades que dieran lugar a la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, el alta en dicho régimen y la cotización serían únicas y se practicarían por aquella de las actividades que elija el propio interesado, pero si se optaba por la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, tras la reforma del art. 47.3.1. RD 84/1996, operada por el RD 1041/1996, la realización de varias actividades que den lugar a la inclusión única en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, se practicará por aquella de las actividades a que resulte de aplicación el epígrafe de cotización más alto de los recogidos en el anejo 2 RD 2930/1979 de 29 de diciembre.

Los trabajadores deberán formular una declaración de sus distintas actividades ante la Tesorería General de la Seguridad Social en el momento de ejercitar la opción por la protección por contingencias profesionales o de producirse la pluriactividad, después de esa opción, en los términos y con los efectos señalados en los arts. 28 y 37 RD 2930/1979, y se dará cuenta de ello a la entidad colaboradora con la que se formalice o se haya formalizado la cobertura de las referidas contingencias.

A partir del 1 de enero 2008, ya que la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo, en su DA 3ª, establece que los trabajadores por cuenta propia o autónomos que no hayan optado por dar cobertura a las prestaciones de incapacidad temporal, deberán llevarlo a cabo de forma obligatoria, siempre que no tengan derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social.

⁵⁷¹ **Ballester Pastor, M. A.**, “El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de Seguridad Social”. La Ley. Madrid. 1ª ed. Septiembre 2007. Págs. 44 y 45.

1.4. Incumplimiento de los deberes de afiliación, altas, bajas y cotización

Cuando los requisitos de afiliación, alta y cotización no se han cumplido, o han sido cumplidos de forma defectuosa o incorrecta, supondría un incumplimiento de obligaciones legales, por ello surgiría la responsabilidad empresarial.

Las normas principales son las contenidas en los arts. 41.2, 126.2 y 127 LGSS, relativas a la responsabilidad en el pago de las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y cotización.

El problema de la previsión de responsabilidad a cargo del empresario ex art. 126.2 LGSS, radica en que el precepto en cuestión no establece en qué supuestos se produciría tal responsabilidad, sino que en él simplemente aparece condicionada la misma a la “ *previa fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva*”, sin que hasta la fecha se haya dictado la norma que recoja los supuestos de responsabilidad, su alcance y el procedimiento que se enjuiciaba.⁵⁷²

Como estos preceptos no han sido precisados hasta ahora mediante las oportunas normas complementarias o de desarrollo, en lo concerniente a supuestos de imputación, alcance de la responsabilidad y procedimiento para su exigencia, ante la infinidad de problemas que la laguna normativa provocaba, la jurisprudencia⁵⁷³ y la doctrina judicial,⁵⁷⁴ han venido aplicando con el carácter de normas reglamentarias sustitutorias de las todavía no dictadas, provisionalmente, el desarrollo reglamentario de estos preceptos contenidos en los arts. 92, 94, 95 y 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966,⁵⁷⁵ vigentes con rango reglamentario en virtud de lo dispuesto en la DT 2ª Decreto 1645/1972 de 23 de junio.⁵⁷⁶

Se aplican estos preceptos, ya que se habían dictado para la misma cuestión, sobre el argumento, cuestionable hoy en día, de que la DT 2ª del Decreto 1645/1972 de 23 de junio, dictado para la aplicación de la Ley 24/1972 en materia de cotización, dispuso la vigencia transitoria de aquellos preceptos de la LSS de 1966, en tanto no se hubieran dictado las disposiciones en las que se determinan las circunstancias a las que se refiere el art. 17 Ley 24/1972.

⁵⁷² Moliner Tambonero, G. y Gómez Ferreiro, F., “Aspectos complejos en materia de Seguridad Social”. CGPJ. Madrid. 1ª ed. 2003. Pág. 152.

⁵⁷³ STS 21 de abril de 1986, (RJ 1986, 2217); STS 10 de octubre de 1986, (RJ 1986, 5439); 29 de octubre de 1988, (RJ 1988, 8178); STS 28 de septiembre de 1994, (RJ 1994, 9714).

⁵⁷⁴ STSJ Cantabria núm. 826/2006 de 20 de septiembre. Westlaw.es.encuentra AS\2006\2515.

⁵⁷⁵ Texto Articulado de la Ley General de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966.

⁵⁷⁶ Que desarrolló la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la Seguridad Social de 1972. Esta vigencia ha sido subrayada entre otras, por la STS de 7 abril de 2004, 3874/02 Ordinal 9526. Revista Andaluza de Jurisprudencia Social. CARL.

La jurisprudencia también aplica los principios del derecho de la responsabilidad por daños. Uno de los principios del derecho de la responsabilidad por daños que la jurisprudencia tiene en cuenta para la atribución al empresario de la responsabilidad directa de prestaciones es el de proporcionalidad, que exige una mínima adecuación entre la gravedad del incumplimiento y el trascendental resultado de imputar a la empresa la responsabilidad en orden a las prestaciones.⁵⁷⁷

El alcance lógico del principio de proporcionalidad en materia de responsabilidad empresarial directa del abono de las prestaciones de Seguridad Social comporta en algunos casos que el empresario sea exonerado de la misma, y en otros supuestos que la citada responsabilidad sea compartida con la Gestora, cuando la entidad o la duración del incumplimiento son apreciables, pero las circunstancias del mismo no son particularmente graves.

La responsabilidad empresarial por incumplir prolongadamente el deber de afiliación, alta o cotización subsiste a pesar de haber prescrito la obligación de pago de las cotizaciones. Así en la STS 25 de enero de 1999,⁵⁷⁸ se exonera a la mutua en un supuesto de Incapacidad Permanente parcial por accidente de trabajo.

A. Responsabilidad por falta de afiliación y alta o por cumplimiento tardío de esta obligación

Para **Blasco Pellicer**,⁵⁷⁹ no es necesario distinguir los supuestos de falta de afiliación y de alta separadamente, ya que ésta exige aquella previamente y los efectos son los mismos.

En la regulación contenida en los preceptos reglamentario vigentes contenidos en la LSS, ya mencionados, se distinguen dos tipos de prestaciones: las que tienen reconocido un régimen completo de automaticidad, como es el caso de la jubilación y aquellas en las que ese régimen está limitado o condicionado, de forma que se aplica para los supuestos en que el trabajador se encuentra en alta, aunque existan descubiertos en materia de cotización, pero no cuando el trabajador no está en alta en el momento en que se actualiza la contingencia determinante.

Entre éstas, la jurisprudencia del TS ha establecido reiteradamente que se encuentra la antigua invalidez provisional, la incapacidad laboral y la Incapacidad Permanente.⁵⁸⁰

⁵⁷⁷ STS de 31 de mayo de 80, (RJ 1980\ 2312); 21 de abril de 1986, (RJ 1986\ 2217); 28 de septiembre de 1994, (RJ 1994\ 9714); 8 de mayo de 1997, (RJ 1997\ 3970); 29 de mayo de 1997, (RJ 1997\ 4472); 9 de febrero de 1998 (RJ 1998\ 1649) y 10 de marzo de 1998 (RJ 1998\ 2376).

⁵⁷⁸ Rec. 2345/1998, (RJ 1999\3748).

⁵⁷⁹ **Blasco Pellicer, A.**, *“La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de la Seguridad Social”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 1º ed. 2005. Pág. 33.

⁵⁸⁰ STS de 22 de abril de 1994, Sala General recursos 2304/93, (RJ 1994\3271) y 2475/93 (RJ 1994\3273), 3 de noviembre de 1994, recurso 3241/93 (RJ 1994\8588), 6 de junio y 24 de julio de 1995 recursos 163/95 (RJ 1995\4765) y 2711/94 (RJ 1995\6329).

a) Especial referencia a la falta de alta y el derecho a pensión de jubilación

Para la prestación de jubilación existe una dispensa en el requisito de alta que genera una situación especial en cuanto a la responsabilidad empresarial por el incumplimiento del requisito de alta.

Según el art. 161.3,⁵⁸¹ la pensión de jubilación podrá causarse, aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta, siempre que reúnan los requisitos de edad y cotización contemplados en el apartado 1.⁵⁸²

La dispensa del requisito de alta para poder acceder a la pensión de jubilación va a ser la determinante para que se puedan dar una serie de efectos en la dinámica de la prestación que no se producirían si se hubiera exigido por parte del legislador el cumplimiento del mismo.

En la STS de 17 de marzo de 2006, (RJ 2006\2118),⁵⁸³ sobre incumplimiento de la obligación de alta y el derecho a la pensión de jubilación, se declara que se ha de producir el anticipo, aunque en el momento del hecho causante la trabajadora no se encontraba en situación de alta, con lo que en este punto no opera el requisito contenido en el artículo 95.2 de la Ley de la Seguridad Social de 1966 de estar en alta, en casos en los que, como en la jubilación, ya no se exige esa situación para poder acceder al derecho.

En estos casos, se da lugar a la responsabilidad de la empresa que no hubiera efectuado el alta a través del pago de la prestación correspondiente. STSJ Madrid núm. 325/2008, de 31 de marzo.⁵⁸⁴

El INSS tiene la obligación de anticipar el pago de la prestación cuando existe una imputación parcial de responsabilidades a la empresa como consecuencia de que el trabajador no se encontrase en alta en el momento del hecho causante.

La interpretación literal de la Ley de 1966 conlleva que necesariamente se tuviera que estar en alta en el momento del hecho causante, contraponiéndose, de esta forma, a

Si bien respecto de la Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez, debería tenerse en cuenta en la actualidad la modificación que introdujo en el artículo 138.3 de la LGSS, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, posterior a la referida jurisprudencia y que por ello no se pudo tener en cuenta.

⁵⁸¹ Tras la reforma operada por la Ley 40/2007, se modifica la numeración de este apartado, permaneciendo su contenido.

⁵⁸² Haber cumplido 65 años de edad y tener cubierto un período mínimo de cotización de 15 años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho.

⁵⁸³ No se refiere a la situación de pluriempleo ni de pluriactividad, sino al supuesto de actividad única, pero su doctrina sería extrapolable a estas situaciones: sería responsable la empresa infractora, con anticipo de la prestación por parte del INSS.

⁵⁸⁴ JUR\2008\162656. Base de datos Westlaw.es.encuentra.

la dispensa en el requisito de alta que, para acceder a la pensión de jubilación, permitía el artículo 161.5 de la LGSS.

A diferencia de lo que ha sucedido en los supuestos de cotización, se ha generado una concepción de responsabilidad que impide exculpar al empresario, se han podido observar ciertas tendencias relativistas que, sobre todo cuando se ha cumplido con el requisito de cotización establecido, han atenuado el carácter taxativo de la regulación a través de la aplicación de criterios de humanidad y flexibilidad ante las circunstancias y voluntad con las que haya acontecido esa falta de alta.⁵⁸⁵

b) Alta tardía

b₁) Antes del hecho causante de la prestación

Para comprender la aplicación de la responsabilidad empresarial es imprescindible tener en cuenta si el alta se ha efectuado dentro del plazo legal o reglamentariamente previsto, por ello vamos a realizar un análisis diferenciado de las situaciones, en función de si el alta tiene lugar antes o después del hecho causante de la prestación.

Según el art. 126. 2 LGSS el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva.

En el apartado 3 se matiza en los siguientes términos: *“las Entidades gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en aquellos casos, incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios; el indicado pago procederá, aun cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquéllas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Igualmente, las mencionadas entidades, mutuas y servicios asumirán el pago de las prestaciones, en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto a dicho pago.”*

“El anticipo de las prestaciones, en ningún caso, podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y media el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante o, en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las Entidades gestoras, Mutuas o Servicios.”

⁵⁸⁵ **Romero Coronado, J.**, *“La automaticidad en el abono de la pensión de jubilación ante la falta de alta en el momento del hecho causante. Sentencia del TS, sala de lo Social de 17 de marzo de 2006”*. Temas laborales nº 87 año 2006. Págs. 223-226. Revista on line de la Comisión de lo Social de Jueces para la Democracia, nº 60, mayo 2007.

*En todo caso, el cálculo del importe de las prestaciones o del capital coste para el pago de las mismas por las Mutuas o empresas declaradas responsables de aquellas incluirá el interés de capitalización y el recargo por falta de aseguramiento establecido pero con exclusión del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo a que se refiere el artículo 123 de esta Ley”.*⁵⁸⁶

En el apartado 4 del mencionado art. 126,⁵⁸⁷ se establece que corresponde a la Entidad gestora competente la declaración en vía administrativa de la responsabilidad en orden a las prestaciones cualquiera que sea la prestación de que se trate así como de la Entidad que, en su caso, deba anticipar aquella o constituir el correspondiente capital coste.⁵⁸⁸

- Según el art. 95.1.4^a del TRLGSS, relativo al alcance de la responsabilidad empresarial en el ámbito de las prestaciones de vejez y pensiones y subsidios de invalidez y supervivencia, se establece que el empresario es exclusivamente el responsable de la totalidad de la prestación o de la parte proporcional de la misma en relación con el período trabajado, siendo su alcance total o parcial en el supuesto de que la obligación de cotización exigida para las prestaciones haya sido incumplida a lo largo del tiempo por uno o varios empresarios.⁵⁸⁹

- Existe responsabilidad exclusiva de la empresa en prestaciones derivadas de contingencias comunes, si el empresario no dio de alta al trabajador no existiendo por tanto anticipo con cargo al INSS.⁵⁹⁰

- Sí hay anticipos cuando hay descubiertos o retraso en el abono de cotizaciones.⁵⁹¹

- En caso de demora del alta del trabajador y por ello del inicio de su cotización, que genera falta de carencia para la jubilación, la responsabilidad debe ser distribuida entre la empresa y la entidad gestora en proporción al período no cotizado en el caso de la empresa y el cotizado efectivamente, en el caso de la entidad gestora.

⁵⁸⁶ Será abonada al trabajador o sus derechohabientes a través de la entidad gestora correspondiente.

⁵⁸⁷ Apartado añadido por el art. 34.3 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

⁵⁸⁸ Respecto a la responsabilidad empresarial y obligación de anticipo por la entidad gestora o colaboradora, destaca, **Gala Durán, C.**, “*La responsabilidad empresarial por incumplimiento de obligaciones de afiliación, alta y /o cotización a la Seguridad Social*”. Aranzadi. Navarra. 1^a ed. 1997. Pág. 99.

⁵⁸⁹ STS 6 de junio de 1995. Recurso de casación para unificación de doctrina 163/1995. (RJ 1995\4765).

⁵⁹⁰ Según la misma sentencia citada en la nota pie de página anterior, STS 6 de junio de 1995. Recurso de casación para unificación de doctrina 163/1995. (RJ 1995\4765).

⁵⁹¹ SSTs de 22 de abril de 1994, recurso de casación para unificación de doctrina 2475/1993, (RJ 1994\3273); 3 de noviembre de 1994, rec. 3241/1993, (RJ 1994\ 8588); 6 de junio de 1995, rec. 163/1995, (RJ 1995\4765); 13 de diciembre de 1995, rec. 2272/1994, (RJ 1995\4765); 14 de junio de 2000, rec. 3096/1999, (RJ 2000\5116).

b 2) Después del hecho causante de la prestación

La responsabilidad es exclusiva de la empresa en el caso de prestaciones derivadas de contingencias comunes, si el empresario no dio de alta al trabajador, no existiendo por tanto anticipo con cargo al INSS. STS 6/06/1995, (RJ 1995\4765).⁵⁹²

- Si la empresa indebidamente da la baja al trabajador antes del hecho causante, en supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes es responsabilidad exclusiva del empresario por las prestaciones a que la contingencia da lugar, sin obligación de anticipo por parte de la entidad gestora. STS 7/12/2005, (RJ 2006\406).⁵⁹³

- Si se da de alta al trabajador después de un accidente de trabajo, aunque sea en el mismo día, también da lugar a responsabilidad empresarial, al considerarse como alta tardía y no quedar cubierto por completo el día del accidente. STS 28/04/2006, (RJ 2006\4727).⁵⁹⁴

- Existe responsabilidad empresarial si el alta se cursó después del accidente o del hecho causante, aunque las cuotas se abonaran en plazo reglamentario,⁵⁹⁵ pero en estos casos la retroactividad de las cuotas ingresadas en plazo reglamentario pero después del hecho causante, queda limitada a la fecha en la que se produjo el ingreso de aquellas cuotas y en ningún caso al inicio de la actividad laboral. STS de 11 de octubre de 2006, (RJ 2006\7658),⁵⁹⁶ y STS de 11 de julio de 2006, (RJ 2006\8573).⁵⁹⁷

- En caso de que la empresa indebidamente de la baja al trabajador en supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes también es responsabilidad exclusiva

⁵⁹² En el mismo sentido: STS 14 de junio de 2000, (RJ 2000\5116); STS 29 de septiembre de 1998, (RJ 1998\7149); STS 22 de abril de 1994, (RJ 1994\3271), STSJ País Vasco de 20 de marzo de 2002, (JUR 2002\220538).

⁵⁹³ A favor: STSJ Murcia núm. 597/2008 de 8 de julio, (JUR 2008\362786), STSJ Cataluña núm. 8032/2006 de 17 de noviembre, (AS 2007\1336), STSJ Aragón núm. 398/2006 de 12 de abril (AS 2006\2591).

⁵⁹⁴ En el mismo sentido: STS 11 de octubre de 2006, (RJ 2006\7658); STS 23 de septiembre de 2008, (RJ 2008\5551). Contemplan el supuesto de dar de alta al trabajador con posterioridad al acaecimiento de un accidente de trabajo, causante de incapacidad Absoluta, aunque sea en el mismo día, también da lugar a responsabilidad empresarial, al considerarse como alta tardía y no quedar cubierto por completo el día del accidente.

⁵⁹⁵ Art. 35.1.1ª RD 84/1996 de 26 de enero. STS 27 octubre de 2004, (RJ 2004\7348) y de 30 de junio de 2006, (RJ 2006\8510).

⁵⁹⁶ En este caso se trata de la prestación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común. El alta se produjo después de efectuarse la baja médica de la empleada.

⁵⁹⁷ Reitera doctrina de las sentencias de 23 de junio de 2003 (recurso 3079/2002), 27 de octubre de 2004 (recurso 5097/2003) y 21 de septiembre de 2005 (recurso 3175/2004). Sentencias a favor: STS de 21 de septiembre de 2005, (RJ 2005\8364); STS de 27 de octubre de 2004, (RJ 2004\7348); STS de 23 de junio de 2003, (RJ 2005\4859).

del empresario por las prestaciones a que la contingencia da lugar. STS de 7 de diciembre de 2005, (RJ 2006\406).⁵⁹⁸

c) Supuesto de alta errónea en situación de pluriempleo o de pluriactividad

- En la STSJ Cataluña de 12 de enero de 2005,⁵⁹⁹ se establece la procedencia de la responsabilidad del empresario por infracotización, referido a personal estatutario, en el supuesto de un trabajador de profesión médico, que prestaba servicios en el Instituto Catalán de Salud y en una Mutua, para la contingencia de jubilación.

El médico demandante consideraba que la pensión de jubilación concedida por el ICS, era de inferior cuantía a la que le correspondía, puesto que estaba excluida la Mutua de la cotización por la pensión de jubilación y había estado cotizando el ICS como si de pluriempleo se tratara, distribuyendo las bases entre las empresas.

En el FJ 2º se dilucida la cuestión de si sería competencia de la jurisdicción contencioso- administrativa, en caso de considerarse que la infracotización fuera imputable a la Administración, en cuyo caso, se trataría de un procedimiento especial por responsabilidad de la Administración Pública.

Al respecto, al no discutirse la aplicabilidad del Régimen General, considera competente al orden jurisdiccional laboral, ya que el art. 2 a) de la LPL atribuye la competencia a la jurisdicción laboral en materia de Seguridad Social.

En el FJ 4º, se considera probado que la causa de la infracotización fue el hecho de que no se advirtiera que el personal de la Mutua no cotizaba por la contingencia de jubilación, por lo que se efectuó la distribución de cotización por pluriempleo sin que en realidad correspondiera efectuarla.

La STSJ de Madrid de 5 de abril de 2001,⁶⁰⁰ contempla el caso de un *alta errónea en situación de pluriactividad*, en el supuesto de un trabajador pluriempleado en tres empresas, y establece que pese a que el encuadramiento en una de ellas fue erróneo, debiendo haberse encuadrado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, procede la integración de las cotizaciones al RGSS por cada empresa y la aplicación de las normas pluriempleo, no las de pluriactividad.

⁵⁹⁸ A favor: STS de 14 de junio de 2000, (RJ 2000\5116); STSJ País Vasco de 20 de marzo de 2002, (JUR 2002\220538); STSJ Murcia, núm. 597/2008, de 8 de julio, (JUR 2008\362786); STSJ Castilla La Mancha, núm. 180/2008, de 31 de enero, (AS 2008\2714).

⁵⁹⁹ Rec. 8941/2003, (Ref. CISS: JS633084).

⁶⁰⁰ Rec. 686/2001, (Ref. CISS: JS414269).

d) Consecuencias de no comunicar la baja

Al respecto debemos traer a colación la STSJ Cataluña 8891/2004, de 13 de diciembre, (JUR 2005/67328). Se cesó en la situación de pluriempleo, pero no se había comunicado el cese en dicha situación a la entidad empleadora, ICS, ni el trabajador ni la empresa en la que cesaba, por lo cuál se estima ausencia de voluntad incumplidora por parte de la empresa en el supuesto de infracotización.

Entre los fundamentos jurídicos se mencionan las STS de 12 de febrero de 1996, 29 de mayo de 1997 y 8 de mayo de 1997, en las que se mantenía que la responsabilidad directa a la empresa por prestaciones de la Seguridad Social ha de llevarse a cabo en la actual situación normativa de ausencia de disposiciones precisas en la materia con rango de ley mediante el recurso a los principios generales del Derecho Sancionador y del derecho de responsabilidad por daños, y entre ellos ha destacado especialmente el de ponderación de la voluntad del agente habida cuenta que la norma de imputación de esta responsabilidad empresarial tiene una función de sanción de conductas de quien colabora en procedimientos aseguratorios pero no es el responsable de la acción protectora.

De acuerdo con este principio, considera que han de ser tenidas en cuenta circunstancias diversas, como la duración del incumplimiento del deber de cotizar, la excusabilidad de la causa del mismo, el importe global de la deuda, el carácter ocasional o no del descubierto, la causa del mismo, y la actitud más o menos diligente de la empresa en aras de superar las dificultades que lo hubieran podido ocasionar.

Al no constar en las actuaciones que el Instituto Catalán de Salud tuviera conocimiento de la falta de cotización por terminar la situación de pluriempleo, se considera plenamente excusable.

- La STSJ Madrid de 11 de mayo de 2001,⁶⁰¹ para el supuesto de la pensión de jubilación, considera que la infracotización se debió a un simple error al mantener a la trabajadora como pluriempleada, por no comunicarse la baja en uno de los trabajos que venía desempeñando la trabajadora.

Aunque la infracotización, consecuencia de la no comunicación del cese en la situación de pluriempleo, fuera prolongada en el tiempo, no supone una voluntad de la patronal de no cumplir con la obligación de cotizar adecuadamente, por lo que no se considera responsable a la empresa.

⁶⁰¹ Rec. 214/2001. (Ref. CISS: JS416469).

B) Responsabilidades en supuestos de descubiertos en la cotización, o por infracotización, o por incumplimiento de la obligación de cotización, pero con el trabajador en alta o situación asimilada.

En estos casos el empresario será total o parcialmente responsable según la gravedad del descubierto, con el anticipo de la Entidad Gestora o colaboradora. Art. 95.2 LSS de 1966.

a) Responsabilidades en supuestos de descubiertos en la cotización

La jurisprudencia ha distinguido entre los descubiertos constantes permanentes o el incumplimiento grave de las obligaciones de la empresa, frente al descubierto ocasional, para atribuir en el primer caso a la empresa la responsabilidad del pago de la pensión. STS 20 marzo de 1987, (RJ 1987\1647),⁶⁰² STS de 1 de junio de 1992, (RJ 1992\4502),⁶⁰³ en unificación de doctrina.

No existe unanimidad en cuanto a qué debe considerarse un descubierto grave, podemos resumir los pronunciamientos diferenciando si existen aplazamientos de pago o acuerdos con la TGSS, o en caso de que no existan éstos.

a₁) Existiendo aplazamientos de pago o acuerdos con la TGSS

Las cotizaciones efectuadas fuera del plazo no exoneran al empresario, salvo en los casos de aplazamiento o fraccionamiento de pago u otros supuestos que se determinen reglamentariamente. STS 12/02/1997, (RJ 1997\1262).⁶⁰⁴

Si se solicita el aplazamiento después de producirse un accidente de trabajo, no se exonera de responsabilidad a la empresa, ya que la fecha del accidente es la que determina los derechos del trabajador y todo el mecanismo en torno a la indemnización correspondiente, además los aplazamientos no pueden comprender las cuotas correspondientes a los accidente de trabajo. STS 21/02/2000, (RJ 2000\2058).

En la STSJ Asturias, núm. 425/2001, de 9 de febrero, (JUR 2001\2443),⁶⁰⁵ se solicita la declaración de responsabilidad de empresa en el pago de pensión de viudedad derivada de falta de cotización a la Seguridad Social, pero la sentencia de instancia funda su pronunciamiento desestimatorio de la demanda en que no existe un descubierto en el pago de cuotas que justifique la declaración de responsabilidad empresarial solicitada por la Mutua demandante ya que de la certificación expedida por la Jefe de Área de Régimen General de la Administración de la Seguridad Social de

⁶⁰² A favor: STS de 21 de febrero de 2000, (RJ 2000\2058); STS de 9 de febrero de 1988, (RJ 1988\602); STS de 6 de julio de 1987, (RJ 1987\5094, STS de 17 de marzo de 1999, (RJ 1999\3005).

⁶⁰³ A favor: STS de 17 de marzo de 1999, (RJ 1999\3005); STS de 25 de enero de 1999, (RJ 1999\3748).

⁶⁰⁴ En el mismo sentido: STSJ Cataluña núm. 5870/2006 de 5 de septiembre, (AS 2007\1314); STSJ Castilla y León, Valladolid, núm. 413/2007 de 25 de abril, (AS 2007\1848).

⁶⁰⁵ A favor: STSJ Castilla y León, Valladolid, núm. 413/2007, de 25 de abril, (AS 2007\1848).

Gijón se desprende que la empresa había ingresado, en la fecha del accidente, las cuotas inaplazables referidas a accidente de trabajo y enfermedad profesional y había conseguido un aplazamiento en el pago de las restantes cuotas.

No hay responsabilidad empresarial, en caso de acuerdos de pago con la URE de la TGSS para proceder a la cancelación de los descubiertos, aunque alguno fuera posterior al hecho causante. Si se solicita el aplazamiento después de producirse un accidente de trabajo, evidentemente, no se exonera de responsabilidad a la empresa, ya que la fecha del accidente es la que determina los derechos del trabajador y todo el mecanismo en torno a la indemnización correspondiente. Además otra razón que respalda el pronunciamiento de la STS de 21 febrero 2000, (RJ 2000\2058),⁶⁰⁶ es que los aplazamientos no pueden comprender las cuotas correspondientes a los accidentes de trabajo.

a₂) Si no existen aplazamientos o acuerdos con la TGSS

La responsabilidad empresarial comienza a partir del segundo mes siguiente a la fecha en que expire el plazo reglamentario que establece para el pago el art. 94.2.b) LSS 1966.

Las cotizaciones efectuadas fuera del plazo no exoneran el empresario, salvo en los casos de aplazamiento o fraccionamiento de pago u otros supuestos que se determinen reglamentariamente. Este artículo pretende evitar la inseguridad jurídica que tendría lugar de aceptar la consideración de no ser muy dilatado el período en descubierto. STS 12 febrero de 1997, (RJ 1997\1259).⁶⁰⁷

La falta de ingreso de las cotizaciones se consideró una infracción grave sancionable administrativamente ex arts. 13, 37 y 38 Ley 8/1998, actuales 21, 39 y 41 de la LISOS por la STS 8 de mayo de 1997, (RJ 1997\3970).⁶⁰⁸

Para no vulnerar el principio non bis in ídem, la responsabilidad empresarial en las prestaciones por falta de cotización, tenía que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección, de forma que la falta de cotización del empresario impidiera la cobertura del periodo mínimo de cotización exigido, de forma que si la falta de cotización no afectaba al reconocimiento de la prestación, no procedía declaración de ninguna responsabilidad empresarial, siendo la Entidad Gestora la directamente obligada al pago.

⁶⁰⁶ En el mismo sentido, entre otras: STSJ Madrid, núm. 207\2006, de 24 de abril, (JUR 2006\184158); STS de 7 de octubre de 1999, (RJ 1999\9410); STSJ Andalucía, Sevilla, núm. 2483/2007, de 19 de julio, (AS 2008\219).

⁶⁰⁷ A favor: STS de 9 de marzo de 1999, (RJ 1999\2755); STSJ Galicia, de 23 de marzo de 2001, (JUR 2001\142756); STSJ Cataluña, núm. 9135/1999, de 17 de diciembre, (AS 1999\7457).

⁶⁰⁸ A favor: STS de 10 de diciembre de 2001, (RJ 2001\10160); STS de 21 de febrero de 2000, (RJ 2000\2058); STS de 1 de febrero de 2000, (RJ 2000\1436); STS de 14 de diciembre de 2004, (RJ 2005\1729).

Pero el criterio de imputación de responsabilidad utilizado por esta sentencia no resulta aplicable a los supuestos derivados de contingencias profesionales, por existir el alta presunta de pleno derecho y no requerirse períodos previos de cotización, por lo cual acudió al criterio de la existencia o no de un incumplimiento deliberado, rupturista, rebelde y significativo de la voluntad de no cumplir con las obligaciones de Seguridad Social, para establecer la existencia o inexistencia de responsabilidad empresarial.⁶⁰⁹

- Siguiendo esta interpretación se ha determinado la existencia de responsabilidad empresarial por incumplimiento rupturista de la obligación de cotizar en un descubierto de 42 meses, en la STS 26 de septiembre 2001, (RJ 2002\320); de 20 meses en la STS 17 de septiembre 2001, (RJ 2002\628), e incluso por plazo inferior, como es el de 7 meses, por no haber cotizado nunca por el trabajador, contemplado en la STS 1 de febrero de 2000, (RJ 2000\1436).

- Considera que no existe tal incumplimiento rupturista no generándose responsabilidad empresarial por un descubierto de 14 meses, en la STS 19 de febrero de 2001, (RJ 2001\2808); la empresa tenía al descubierto el pago de cotizaciones de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de julio de 1995 a mayo de 1996 y de octubre a diciembre de 1996, por cuyos descubiertos se sigue vía ejecutiva, dado que se encontraba al corriente de las restantes cotizaciones, resultan circunstancias moderadoras del incumplimiento empresarial, que ha de ser considerado transitorio motivado por problemas económicos, y no definitivo y rupturista, o expresivo de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar, lo que determina la exoneración de responsabilidad del pago de las prestaciones a la empresa, manteniendo la responsabilidad de la Mutua de Accidentes.

- En caso de que se hubieran abonado cotizaciones sólo en parte durante el período de carencia, siendo la falta de abono de las restantes cuotas reiterada, continua y extensa, no procedería la distribución proporcional de responsabilidad entre el INSS y la empresa, siendo esta última exclusivamente responsable, sin perjuicio del anticipo del INSS. STS 23 de mayo de 1994, (RJ 1994\5363).

b) Responsabilidad en supuestos de infracotización

Se trata de supuestos de defectuosa cotización, bien porque esta se lleve a cabo sobre salarios inferiores a los reales (o a bases de cotización inferiores) o bien en los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, porque se haya falseado el grupo de tarifa y por tanto, el montante de la prima que corresponde al trabajador.⁶¹⁰

⁶⁰⁹ SSTs de 1 de febrero de 2000 (recurso 694/1999, Sala General, voto particular), -seguida, entre otras, por las sentencias de 29 de febrero de 2000, (recurso 1106/1999), 27 de marzo de 2000 (recurso 2474/1999), 31 de marzo de 2000 (recurso 2271/1999), 19 de abril de 2000 (recurso 1976/1999), 18 de septiembre de 2000 (recurso 3745/1999), 13 y 27 de noviembre de 2000 (recursos 4380/99 y 3305/99).

⁶¹⁰ **Moliner Tambonero, G., y Gómez Ferreiro, F.**, “*Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*”. Ed. CGPJ. Madrid. 1ª ed. 2003. Pág. 159.

La regla general es la de la responsabilidad directa del empresario que haya incumplido sus obligaciones con la Seguridad Social, entre ellas las de cotización, sin perjuicio del anticipo por parte de la entidad gestora.⁶¹¹

Si no ha existido fraude u ocultación, o si ha habido error en la base cotizada, o ha existido cualquier otra anomalía, pero se ha cotizado de forma que la Administración de la Seguridad Social lo hubiera considerado correcto, no puede alcanzar ninguna responsabilidad a la empresa, sino que es la Entidad Gestora la que debe responder”. STS de 1/06/2006, (RJ 2006\6054).⁶¹²

Ante la falta de desarrollo reglamentario de los arts. 126 y 127 TRLGSS 1994,⁶¹³ la jurisprudencia ha entendido vigentes los arts. 94, 95 y 96 LSS 1966.

Para el caso de falta de ingreso de las cotizaciones, el art. 94.2 b) de esta última norma,⁶¹⁴ determina el alcance de la responsabilidad empresarial en este supuesto, determinando que el empresario debe abonar la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada por el trabajador y la que corresponde asumir a la Seguridad Social, por las cuotas efectivamente ingresadas. En este sentido se pronuncia la STS de 4 de octubre de 2006, (RJ 2006\8425),⁶¹⁵ en un supuesto de prestación por incapacidad temporal derivada de enfermedad común.

- En esta misma sentencia se marca la diferencia con los supuestos de descubierto en la cotización: *“la doctrina de esta Sala ha ido fijando los supuestos en que procede atemperar la responsabilidad empresarial, distinguiéndose según se trate de prestaciones derivadas de accidente laboral o de enfermedad común, y en función de la repercusión del incumplimiento empresarial sobre los requisitos de acceso a la protección, señalando que esa moderación de la responsabilidad para cuando la infracción de cotización resulta esporádica, no grave ni reiterada, se aplica a los supuestos de descubiertos en la cotización, pero no, salvo casos excepcionales, a los supuestos concretos de infracotización a la Seguridad Social (STS de 16 de junio de 2005, recurso nº 3332/03).*

Conclusión que tiene su lógica puesto que la moderación de la responsabilidad en caso de infracotización va ínsita en la determinación de su alcance a cargo del empresario, que abarca solamente la diferencia entre la cuantía total de la prestación

⁶¹¹ STS 4/10/2006, (RJ 2006\9038), STS 16/06/2005 (RJ 2005\7324).

⁶¹² A favor: STS 7 de octubre de 2004, (RJ 2004\7638); STS 7 de julio de 2009, (RJ 2009\6071); STS 26 de junio de 2007, (RJ 2007\5481); STS 3 de abril de 2007, (RJ 2007\3392).

⁶¹³ LA LEY-LEG 2305/1994.

⁶¹⁴ El art. 95.4 dispone que “podrá moderarse reglamentariamente el alcance de la responsabilidad empresarial, cuando el empresario ingrese las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores”, nada se especifica para el supuesto de que se cotice por una base inferior a la que corresponda, es decir, que se produzca una infracotización, salvo lo dispuesto en el art. 94.2. c.

⁶¹⁵ A favor: STS de 30 de septiembre de 2004, (RJ 2004\7682); STS de 24 de enero de 2006, (RJ 2006\2861); STS de 28 de mayo de 2003, (RJ 2005\962).

causada y la que corresponde a la Seguridad Social en virtud de las cuotas efectivamente ingresadas”.

- La STS de 3 abril de 2001, rec. 3221/1999. (Ref. CISS: JS398394), en recurso de casación para la unificación de doctrina establece la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social por efectuar cotizaciones inferiores a las debidas, tras el cese en la situación de pluriempleo en el sector público y en el privado de un médico, el Insalud siguió aplicando el porcentaje por el que venía cotizando pese a que le había sido comunicado el cese en la situación de pluriempleo a la TGSS, sin que la Tesorería efectuara actuación alguna para que el Insalud dejara de aplicar el porcentaje reducido derivado de la situación anterior.

En base al apartado 2 del art. 126 LGSS, sobre la responsabilidad empresarial por incumplimiento de obligaciones de cotización y considerarse no como una norma autónoma de carácter sancionador, sino como una disposición que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador, el empresario está obligado a reparar el daño y por ello debe responder aunque la entidad gestora anticipe el pago de la prestación de acuerdo con el principio de automaticidad, sin que obste a la responsabilidad empresarial la ausencia de comunicación por parte de la TGSS al Insalud del cambio en la situación, debido a la peculiar posición administrativa que guardan entre sí estas dos entidades.

- Ha de existir proporcionalidad entre el incumplimiento empresarial y el trascendental resultado de imputar la íntegra responsabilidad en orden a las prestaciones de la empresa. STS 21 de abril de 1986, (RJ 1986\2217),⁶¹⁶ STS de 19 de febrero de 1991, (RJ 1991\848) y STS de 28 de septiembre de 1994, (RJ 1994\9714).

- En la STSJ Cataluña de 12 de enero de 2005, rec. 8941/2003, (Ref. CISS: JS633084), en el FJ 6º, se pronuncia sobre la responsabilidad, considera que en este caso se estima la concurrencia de culpa o negligencia por parte del ICS. La jurisprudencia del TS ha declarado con reiteración que cuando no existe una infracotización por un período nimio, sino prolongado en el tiempo, la responsabilidad por la diferencia de cotización corresponde al obligado a cotizar, sin perjuicio de la responsabilidad del INSS en cuanto a la automaticidad de las prestaciones.

- La STS de 13 de noviembre de 2001, (RJ 2001\9881), en caso de que se produjera antes de 1995 cuando no existía disposición expresa que estableciera la forma de

⁶¹⁶ En el supuesto de cotización efectuada por el empresario por una base inferior a la que reglamentariamente corresponda cotizar, la entidad gestora de la contingencia sobrevenida responde de las cuotas abonadas por el empresario y éste de la diferencia que exista entre la cuantía total de la prestación y la que corresponda asumir a la gestora, sin que tal resolución deba estimarse que cede en el caso en que por acta de la Inspección de la Seguridad Social se abonen por el empresario cotizaciones fuera de plazo.

cotizar por el salario en especie, con repercusión sobre la cuantía de esta cotización, condenó a la empresa responsable de la infracotización prolongada.

- Conforme a la STS de 21 de marzo de 2001, (RJ 2001\4108): "Ese mismo criterio ha sido aplicado igualmente para determinar las responsabilidades empresariales derivadas de riesgos comunes, tanto en los casos de descubiertos de cotización temporales como en los descubiertos por cotización inferior a la debida o infracotización, de forma que no solo se ha liberado de responsabilidad a la empresa cuando los descubiertos son ocasionales sino que cuando se le ha de imputar responsabilidad por descubiertos reiterados, sean temporales o por cotización inferior a la debida, se hace responsable a la empresa y al INSS pero en proporción a la influencia que el defecto de cotización haya tenido en la cuantía de la prestación (como supuestos de infracotización reiterada con responsabilidad proporcional pueden citarse las SSTs de 28-IX-1994 (Rec.- 2552/93), 20-VII-1995 (Rec.-3795/94), 27-II-1996 (Rec.- 1896/95) o 31-I- 1997 (Rec.- 820/96), entre otras)".

- Según la STS 18 de noviembre de 2005, rec. 5352/2004, (RJ 2005\10133), si el incumplimiento incide en la cuantía de la prestación, éste tiene trascendencia en la relación jurídica de protección, debiendo imponerse la responsabilidad empresarial por la diferencia entre lo efectivamente cotizado y lo que se debería haber cotizado. Por tanto en caso de infracotización existe responsabilidad empresarial. STS 17 de noviembre 2004, rec. 5997/2003, (RJ 2005\17).

- El Servicio Público de Empleo Estatal no puede ser condenado como responsable de una prestación por infracotización, aun cuando hubiera existido error en el establecimiento del importe de la cotización, cuando actúe como entidad gestora y no como empleador. STS de 31 de mayo de 2000, rec. 2550/1990, (RJ 2000\6620).⁶¹⁷

- La STS de 1 de junio de 2006, (RJ 2006\6054), rec. 5458/2004,⁶¹⁸ establece que *"si no ha existido fraude u ocultación, o si ha habido error en la base cotizada, o ha existido cualquier otra anomalía, pero se ha cotizado de forma que haya encontrado correcta la administración de la Seguridad Social, no puede alcanzar ninguna responsabilidad a la empresa, sino que es la Entidad Gestora la que debe responder"*.

- La STS 5143/2007 de 26 de junio, (RJ 2007\5481), establece la responsabilidad del INSS y no de la empresa por infracotización. La cuestión litigiosa planteada en esta sentencia se refiere a si la empresa es responsable del pago de las diferencias de la base reguladora por infracotización en una pensión de jubilación reconocida en un supuesto en que habiendo cesado el trabajador en la situación de pluriempleo, ni éste ni la

⁶¹⁷ La cotización era defectuosa por error del INEM, en el supuesto de una contingencia de jubilación y considera que el INEM no está obligado a ingresar capital ni coste de pensión en la TGSS.

⁶¹⁸ SSTs 28/11/05, [rec. 4928/04] y 20/02/06, [rec. 125/05]. A favor: STS 7 de octubre de 2004, (RJ 2004\7638); STS 7 de julio de 2009, (RJ 2009\6071); STS 26 de junio de 2007, (RJ 2007\5481); STS 3 de abril de 2007, (RJ 2007\3392).

Tesorería comunican a la empresa, la nueva situación y ésta sigue cotizando en cantidad inferior a la exigible por aplicación del tope de cotización por pluriempleo.

La Sala reiterando la doctrina existente en esta materia, recuerda que si no ha existido fraude u ocultación, o si ha habido error en la base cotizada, o ha existido cualquier otra anomalía, pero se ha cotizado de forma que haya encontrado correcta la administración de la Seguridad Social, no puede alcanzar ninguna responsabilidad a la empresa.

Y en este caso la empresa ha incurrido en infracotización por desconocer que la situación de pluriempleo había cesado, por lo tanto sin que concurriese en ella ánimo fraudulento o malicioso, lo que la disculpa completamente de la responsabilidad discutida, ya que ha venido cotizando en todo momento y con la plena anuencia de la Administración de la Seguridad Social, que sí tenía conocimiento dada la informatización de los servicios del cese en la situación de pluriempleo.

La STSJ Cataluña núm. 1321/2008 de 12 febrero,⁶¹⁹ establece que el hecho de que se trate simplemente de una falta de cotización y no de una falta de alta en la Seguridad Social haría que el INSS fuera el sujeto responsable del anticipo de la prestación en cualquier circunstancia, pues son distintos los supuestos de falta de alta que no han podido ser detectados por la Administración de la Seguridad Social y que el trabajador podría conocer y denunciar ex artículo 13 de la LGSS, de aquellos supuestos en que el trabajador ha sido dado de alta en la Seguridad Social pero la empresa no ha cotizado por el mismo, al ser posible perfectamente que la Tesorería General de la Seguridad Social hubiese requerido periódicamente a la empresa al pago de dichas cuotas, antes de que hubieran prescrito, de manera que el trabajador no tendría ningún problema en cuanto a la fijación del porcentaje de su pensión de jubilación, motivo por el cual también se debería estimar siempre este motivo de recurso en materia de anticipo de la prestación por parte del INSS, de acuerdo con constante doctrina jurisprudencial.

⁶¹⁹ JUR\2008\136926. Base de datos Westlaw.es.encuentra.

1.5. Cotización por pluriempleo en los casos de personal que figura en alta durante determinados períodos al mes en distintos códigos cuenta de cotización

A) Contestación de la TGSS n° 24, de 15 de enero de 1997

En esta consulta se plantea la cuestión de si debe considerarse pluriempleo la situación de los trabajadores con relación laboral exclusiva en un único centro docente subvencionado, aunque perciban sus retribuciones de dos órganos diferentes y a efectos del control del obligado pago en la Tesorería figuren en dos códigos de cuenta de cotización distintos.⁶²⁰

La TGSS considera que no deben considerarse en situación de pluriempleo, ya que existe un único empresario, por lo que procederá efectuar una liquidación complementaria de cuotas.

B) Contestación de la TGSS de 28 de enero de 2001

En el caso del pluriempleo en el Régimen general y tratándose de personal sanitario dado de alta durante determinados períodos al mes en diferentes códigos cuenta de cotización, se trata de una situación de pluriempleo especial y había que aplicar una normativa de cotización específica, con un tratamiento jurídico completo.⁶²¹

El tope máximo de cotización mensual entre las distintas empresas se distribuye en proporción a la retribución abonada por cada una de ellas, con referencia al mes, con independencia de los días en que el trabajador esté en alta, teniendo en cuenta la remuneración obtenida por el trabajador en el mes a que se refiera la cotización y sobre dicha remuneración se distribuirá el tope.

Ahora bien, determinada la fracción del tope máximo de cotización por la que debe cotizar cada empresa, deberán tenerse en cuenta asimismo, la base máxima correspondiente al grupo de su categoría profesional, cuando se trate de empresas que mantengan el alta del trabajador todo el mes, ya que la cotización no podrá ser superior a dicho importe.

Respecto de las empresas en las que el trabajador esté en alta algunos días del mes, deberá considerarse como límite de la base de cotización, la fracción del tope máximo que corresponda a cada una de las empresas, siempre que no sea superior a la base máxima correspondiente al grupo de su categoría profesional, pero referida o calculada en proporción a los días de alta, ya que si un trabajador está en situación de pluriempleo solo algunos días del mes, las bases máximas de cotización de dicho trabajador, con referencia a dicho mes, deberán ser proporcionales a los días cotizados, de forma que

⁶²⁰ Ref. CISS: JC079685.

⁶²¹ Ref. CISS: JC076361.

en ningún caso la cotización, aplicando las normas de pluriempleo, puede ser superior a la cotización que efectuara la empresa si no se produjera pluriempleo.

2. Prestaciones: compatibilidad e incompatibilidades

2.1. Principio de unidad e incompatibilidad de prestaciones económicas derivadas de una misma contingencia

1. Según el art. 122.1 LGSS, las pensiones del régimen general serán incompatibles entre sí, cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.⁶²²

En su apartado 2, se amplía el ámbito de aplicación del apartado 1, al extenderlo a las indemnizaciones a tanto alzado previstas en el apartado 2 del art.139, como prestación sustitutiva de la pensión de invalidez en el grado de Incapacidad Permanente total.

La incompatibilidad no afecta a las pensiones de regímenes especiales respecto a las del régimen general, ni tampoco a las de regímenes especiales entre sí (es decir en situaciones de pluriactividad), pues la incompatibilidad despliega sus efectos en relación con las prestaciones del mismo régimen, no respecto de las causadas en regímenes diversos,⁶²³ y ello con independencia de que la causa de la contingencia o la contingencia en sí misma coincida en los distintos regímenes.⁶²⁴

Para el caso de pluriempleo, debe aplicarse la regla de la compatibilidad entre pensiones, entendiendo que el beneficiario no tiene derecho a dos pensiones distintas, sino a una única pensión que sería el resultado de sumar las correspondientes bases de cotización.⁶²⁵

La ausencia de identidad en la causa generadora de las pensiones determina la declaración de compatibilidad, lo que sucede por ejemplo en caso de incapacidad

⁶²² No obstante lo anterior, el principio de incompatibilidad no impide el reconocimiento del derecho a ambas pensiones, sino que lo que sucede es que el beneficiario debe optar por una de ellas. La ley 2/2004 de 27 de diciembre de PGE para 2005 ordenó al gobierno flexibilizar el régimen de incompatibilidades de las pensiones SOVI, para permitir su compatibilidad con las pensiones de viudedad del Sistema de la Seguridad Social, según su DA 59ª.

⁶²³ STSJ Castilla y León, Valladolid de 1 de diciembre de 1998, (AS 1998/7522); que cita a su vez las SSTs de 20 de enero de 1993, (RJ 1993,102) y 15 de marzo de 1996, (RJ 1996, 2074).

A favor: STS de 21 de septiembre de 1992, (RJ 1992\6797); STSJ Asturias, núm. 407/2009 de 13 de febrero (JUR 2009\323128); STSJ Aragón núm. 388/2003 de 3 de abril, (JUR 2003\130939).

⁶²⁴ STS 15/03/1996 (RJ 1996, 2074). A favor: STS de 21 de septiembre de 1992, (RJ 1992\6797); STS de 20 de enero de 1993, (RJ 1993\102); STSJ Asturias, núm. 407/2009 de 13 de febrero (JUR 2009\323128); STSJ Aragón núm. 388/2003 de 3 de abril, (JUR 2003\130939).

⁶²⁵ **Sempere Navarro, A.V.**, *“Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social”*. Ediciones Laborum. Murcia. 1ª ed. 2003. Pág. 577 a 578.

permanente parcial por accidente de trabajo y una incapacidad permanente absoluta por enfermedad común. STS 21/06/ 1999, (RJ 1999/5225).⁶²⁶

2. Las pensiones extraordinarias, como las generadas por actos de terrorismo son incompatibles con las ordinarias que pudieran corresponder a sus beneficiarios por los mismos hechos causantes, así como con cualesquiera otras pensiones extraordinarias que en razón de la misma causa, pueda reconocer cualquier régimen público de protección social básica. Art. 4.1. RD 1576/1990.⁶²⁷

Pero estas pensiones son compatibles con las pensiones ordinarias de igual naturaleza, que en razón de la pluriactividad del interesado, pudiera este causar en otro régimen distinto del propio Sistema de la Seguridad Social, a expensas de lo que en cada momento y en relación a estas últimas pensiones, resulte de aplicación de las normas sobre señalamiento inicial y revalorización de pensiones públicas. Art. 4.2. RD 1576/1990.

3. En contra de la regla general de incompatibilidad de pensiones con independencia del régimen, ya sea el general o especiales en el que se generen, las pensiones del régimen de clases pasivas del Estado son compatibles con cualesquiera otras, siempre que para causar derecho a ellas no se hubiesen totalizado los períodos de cotización con otros sistemas, conforme a lo dispuesto en el RD 691/1991 de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de la Seguridad Social.

4. Por otro lado la ausencia de identidad en la causa generadora de las pensiones determina la declaración de compatibilidad, lo que sucede por ejemplo en caso de Incapacidad Permanente parcial por accidente de trabajo y una Incapacidad Permanente Absoluta por enfermedad común.⁶²⁸

La misma regla se aplica en caso de que un trabajador perciba la pensión de Incapacidad Permanente total y el beneficiario sufre un accidente o padece una enfermedad que antes no tenía, siendo declarado en situación de incapacidad temporal, como consecuencia de la realización de una actividad distinta a la habitual.⁶²⁹

5. En el Régimen Especial Agrario, hay un principio general de incompatibilidad de pensiones entre sí, salvo que expresamente se disponga lo contrario. Art. 47 RG Régimen Especial Agrario.

⁶²⁶ A favor: STSJ Castilla y León, Valladolid de 26 de noviembre de 2002, (JUR 2003\32307); STSJ Castilla y León, Valladolid de 11 de junio de 2002, (JUR 2002\201867).

⁶²⁷ de 7 de diciembre que regula la concesión de pensiones extraordinarias por actos de terrorismo en el Sistema de la Seguridad Social.

⁶²⁸ STS 21 de junio 1999, (RJ 1999\5225) y STSJ Castilla la Mancha 3 de julio de 2001, (AS 2001\ 2468). A favor: STSJ Castilla y León, Valladolid de 26 de noviembre de 2002, (JUR 2003\32307); STSJ Castilla y León, Valladolid de 11 de junio de 2002, (JUR 2002\201867).

⁶²⁹ SSTS 29 de septiembre de 1995, (RJ 1995\6924) y 10 de junio de 1997, (RJ 1997\4698), así como la STSJ Aragón de 15 de marzo de 1999, (AS 1999\1861).

2.2. Régimen de compatibilidad de las prestaciones de la Seguridad Social y el trabajo activo

En este apartado se plantea no sólo la cuestión de la incompatibilidad,⁶³⁰ a la hora de percibir varias pensiones, sino también si el hecho de ser beneficiario de alguna pensión y/o prestación acarrea la incompatibilidad para poder desarrollar actividad laboral.⁶³¹

A) - Presupuesto: Doctrina del TSJ de Madrid sobre la distinción conceptual de prestación y pensión

Según el art. 122.1 LGSS, las pensiones del régimen general serán incompatibles entre sí, cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente.

El concepto de prestación es más amplio que el de pensión, concepto al que engloba, “contemplando cuantos servicios incumben a la Seguridad Social deparar a sus beneficiarios”, aunque no sean de contenido económico.⁶³²

Así pues lo que se prohíbe es la acumulación de prestaciones económicas de tracto sucesivo, es decir de pensiones, no de otras prestaciones que puedan recibirse del sistema de la Seguridad Social.

B) - Inexistencia de principio general de compatibilidad o incompatibilidad

Algunos autores,⁶³³ consideran que el principio general sería la incompatibilidad de prestaciones por el tenor literal del art. 122 en su apartado 1, pero debido a la ingente cantidad de excepciones que se dan en la praxis judicial no considero apropiado considerar la incompatibilidad como principio general.

Se puede concluir que no existe un principio general de incompatibilidad sino que depende del caso concreto y de las circunstancias concurrentes, debido a que la regla de incompatibilidad de pensiones del art. 122.1 LGSS admite excepciones legales y

⁶³⁰ Benavides Vico, A., “Análisis práctico de las prestaciones de Seguridad Social”. Ed. Lex Nova. Valladolid. 1ª ed. 2006. Pág. 49.

⁶³¹ En principio, en cuanto a las situaciones de pluriempleo, considero, que si se establece la compatibilidad con el trabajo activo, y se dan los requisitos para que se perciban las prestaciones de forma compatible con el trabajo, ninguna norma prohíbe, que sean compatibles con el trabajo en situación de pluriempleo. No obstante dependerá del concreto supuesto de hecho de que se trate y de la contingencia que cause la pensión así como del tipo de pensión en cuestión.

⁶³² STSJ Madrid núm. 186/1998, de 24 de febrero, (AS 1998\602), STSJ Madrid, núm. 203/1998, de 12 de marzo, (AS 1998\1125), STSJ Madrid núm. 59/1998, de 29 de enero, (AS 1998\5020). Esta doctrina judicial, se refiere a la compatibilidad de la pensión de jubilación con la prestación por incapacidad permanente parcial.

⁶³³ Aguilera Izquierdo, R., “Incompatibilidad y concurrencia de pensiones”, en AAVV., Dir. Sempere Navarro, A. V., “Doctrina del TSJ de Madrid sobre Seguridad Social (1989-2000)”. Aranzadi. Navarra. 2002. Pág. 39.

reglamentarias, una de ellas, la permisión del alta simultánea a diferentes regímenes con el consiguiente deber de cotización y recíproco derecho a percibir las prestaciones.

La inexistencia de un principio general obedece a la permisión del alta simultánea a diferentes regímenes con el consiguiente deber de cotización y recíproco derecho a percibir las prestaciones, según la STSJ Madrid de 7 de julio de 1993, (AS 1993\3671).⁶³⁴ Además la regla de incompatibilidad de pensiones es flexible, al admitirse excepciones legales y reglamentarias.

La incompatibilidad se produce entre pensiones causadas dentro del régimen general, por un mismo beneficiario, por la misma actividad y por contingencias distintas, aplicándose tanto a las contributivas como a las no contributivas, según la Disposición Transitoria 6ª de la LGSS.

Pueden ser compatibles en supuestos de pluriactividad o dentro de otros regímenes de la Seguridad Social, “puesto que el art. 122.1 LGSS sólo se refiere a las dimanantes del régimen general y las del régimen especial de la minería del carbón ex art. 11 Decreto 298/1973 de 8 de febrero y art. 13 de la Orden de 3 de abril de 1973”.

Esta regla se aplica también en caso de dos o más pensiones reconocidas dentro de un mismo régimen especial, si las normas reguladoras del régimen correspondiente se remiten al art. 122.1 LGSS.⁶³⁵

C) - Subsidios por Incapacidad Temporal

a- Se plantea la cuestión de la compatibilidad del subsidio con el trabajo activo

En este caso, la aplicación estricta del art. 132 LGSS, impediría la compatibilidad entre el trabajo, ya sea por cuenta propia o ajena y la prestación de Incapacidad Temporal, por lo que no procedería un fraccionamiento de las bases que permitiera la percepción de la prestación de Incapacidad Temporal por un empleo y que se mantuviera en activo en otro, pero la doctrina judicial ha reconocido que en caso de pluriempleo anterior a la situación de Incapacidad Temporal, es admisible mantener la otra actividad laboral.⁶³⁶

⁶³⁴ Esta sentencia establece la compatibilidad de la pensión de invalidez del Régimen Especial de la Minería del Carbón, con la pensión de jubilación del Régimen General de la Seguridad Social.

⁶³⁵ Por su parte, el art. 47 RG Régimen Especial Agrario, para el Régimen Especial Agrario, establece que las pensiones del Régimen Especial Agrario serán incompatibles entre sí, salvo que expresamente se disponga lo contrario, de manera que el trabajador que pudiera tener derecho a dos o más pensiones por el Régimen Especial Agrario deberá optar por una de ellas.

⁶³⁶ La Ley 40/2007, pese a la gran reforma que ha supuesto en materia de Incapacidad Temporal, no plantea modificaciones relevantes en el ámbito de compatibilidad de prestaciones que puedan concurrir en situaciones de pluriempleo.

La STSJ del País Vasco de 10 de junio de 2003, (AS 2003, 2354);⁶³⁷ plantea un tema de gran trascendencia, como es la prestación de trabajo en régimen de pluriempleo y la posibilidad de compatibilizar, los partes de baja y alta en el RGSS en el supuesto de que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal.⁶³⁸

La situación de incapacidad temporal, ya sea por enfermedad o accidente, común o laboral, es causa de suspensión del contrato de trabajo, ex art. 45.1. c) del ET, con el consiguiente percibo de la prestación económica por parte del trabajador.

Esta prestación puede ser suspendida en caso de que se trabaje por cuenta propia o ajena, según los artículos 128 y 132 LGSS y además puede conllevar un despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual al existir la prohibición expresa legal de trabajar durante la situación de Incapacidad Temporal.⁶³⁹

En esta sentencia se contempla la posibilidad de trabajar en situación de pluriempleo y no se considera que se haya transgredido la buena fe contractual, porque la empresa conocía la situación de pluriempleo, pese a que el trabajador se estuviera recuperando de una enfermedad o accidente, y considera que para que la transgresión de la buena fe contractual constituya causa justa de despido disciplinario el incumplimiento debe contener las notas de gravedad y culpabilidad.

Además establece que una misma alteración de salud puede generar o no una situación de incapacidad temporal, lo que dependerá del concreto trabajo que se desempeñe, (vgr: si un trabajador que se encuentre en situación de pluriempleo sufre una rotura de un tendón y lo tiene que mantener inmovilizado, podría compatibilizar el trabajo con la baja por incapacidad en el trabajo en que necesitara su movilidad). Así pues, con esta interpretación de los arts. 128 y 132 de la LGSS, consideran legales los partes de baja y alta y considera improcedente el despido.

La STSJ del País Vasco de 28 de octubre de 2003, (AS 2003\3783),⁶⁴⁰ declara la compatibilidad de prestaciones económicas en caso baja médica para un trabajo pero no para otro.

⁶³⁷ A favor: STSJ Asturias núm. 3118/2002 de 31 de octubre, (AS 2002\3550), STSJ Cantabria núm. 1169/2003 de 17 de septiembre, (AS 2004\932), STSJ Navarra núm. 60/2003 de 21 de marzo, (AS 2003\1758).

⁶³⁸ **Burgos Giner, M.A.**, “*La incapacidad temporal y el trabajo en situación de pluriempleo como causa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual*”. Comentario a la STSJ del País Vasco de 10 de junio de 2003. (AS 2003, 2354). Revista Aranzadi Social nº 13, año 2003. Tomo 2. Págs. 2788.

⁶³⁹ En el artículo que acabamos de mencionar en la nota al pie inmediatamente anterior, la autora se plantea la cuestión de que cómo es posible una situación de baja y alta simultáneas así como cuestionar cómo se llega a considerar el despido como improcedente y llega a la conclusión de que la sentencia que estamos estudiando no considera la diferencia entre el pluriempleo y la pluriactividad.

⁶⁴⁰ A favor: STSJ Navarra, núm. 60/2003, de 21 de marzo, (AS 2003\1758); STSJ Cataluña, núm. 5183/2005, de 7 de junio, (AS 2005\1697); STSJ Asturias, núm. 3118/2002, de 31 de octubre, (AS 2002\3550); STSJ País Vasco, núm. 2236/2003, de 30 de septiembre, (AS 2003\3550).

El trabajador no había comunicado en la empresa en la que trabajaba a tiempo parcial el inicio de la situación de Incapacidad Temporal y continuó prestando servicios en la misma compatibilizando el percibo de las prestaciones de Incapacidad Temporal con el salario percibido por el trabajo realizado en la otra empresa, que desconocía tal situación, y venía efectuando las cotizaciones correspondientes, por lo cuál la inspección médica de la zona realizó una visita de inspección y la Inspección Provincial de Trabajo remitió un informe iniciándose el expediente sancionador, en virtud del cuál el trabajador perdió el subsidio de Incapacidad Temporal durante 3 meses, sanción prevista en el art. 47.1 b) 2 al incurrir en una infracción grave prevista en el art. 25 del RD Leg. 5/2000. El Juzgado declaró que la infracción era leve y sancionable conforme al art. 47.1 a) de 1 mes de pérdida de la pensión.

La Entidad Gestora de la Seguridad Social interpuso este recurso de suplicación ante el TSJ al entender que el art. 132 LGSS establece que no se pueden realizar trabajos por cuenta propia o ajena en el supuesto de percepción del subsidio de Incapacidad Temporal, siendo causa de denegación, anulación o suspensión.

El TSJ por su parte, considera que la sanción tipificada en el art. 27.1 del RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, se refiere a efectuar trabajos cuando se está percibiendo la prestación y reglamentaria o legalmente se establece la incompatibilidad. Este precepto está pensado para aquellos casos en que el trabajador está desarrollando una única actividad, suspende por Incapacidad Temporal la misma y estando en esta baja médica, inicia otra actividad distinta.

Otro caso es el que se plantea en el supuesto que se dirime, ya que no existía tal incompatibilidad al estar autorizado el pluriempleo y argumentando que el derecho sancionador tiene carácter restrictivo, debiendo limitarse a los supuestos específicos que contempla, por otro lado si sólo se le ha declarado incapaz de forma temporal para un trabajo, hay que presumir que podía seguir realizando la prestación.

Por todo ello llega a la conclusión de que el trabajador no comete ninguna infracción y que la percepción del subsidio es compatible con la realización de otro trabajo.

b- Otro supuesto problemático es el de la cuestión de la compatibilidad de la situación de baja por sanción de suspensión de empleo y sueldo y la situación de incapacidad temporal en otra empresa

Al respecto destaca la STSJ Cataluña de 7 de junio de 2005, (AS 2005\1697);⁶⁴¹ que considera que se extingue la suspensión de la relación por sanción, debiendo la empresa dar de alta y cotizar por la situación de incapacidad temporal. La trabajadora se

⁶⁴¹ Rec. 1450/2004. Ref. CISS: JS659454. En relación: STS 19 de febrero de 2002, (RJ 2002\4364); STSJ Cataluña núm. 6638\2004 de 1 de octubre, (AS 2004\3353).

encontraba en situación de pluriempleo y se estima que ambas empresas deben tener en alta a la trabajadora, con distribución de las cotizaciones.⁶⁴²

En su FJ 2º, se considera que la situación de baja por incapacidad temporal no puede dividirse, en caso de que afecte a diversas empresas, de modo que sirva para suspender el contrato en una y no lo haga en la otra, y sus consecuencias en orden al alta en la Seguridad Social y la subsiguiente cotización son las legales sobre la cotización en situación de incapacidad temporal, durante la que subsiste la obligación de cotizar, conforme a las bases del mes anterior a la baja, la cual se adapta legalmente a las bases de cotización existentes en ambas empresas, en el sentido de prorratear entre ellas la suma de los salarios percibidos en cada una en proporción a la base máxima de cotización posible.

El hecho de que se encuentre en situación de incapacidad temporal en una empresa mientras se tenga suspendido el contrato en la otra por sanción, sin obligación de cotizar, no impide que cuando la suspensión cambia su causa y por derivar de incapacidad temporal pasa a existir tal obligación, ambas empresas han de tener en alta al trabajador, sin perjuicio de la distribución de cotizaciones que corresponda conforme a las normas del pluriempleo.

D) - Prestaciones económicas derivadas de Incapacidad Permanente

El art. 141 LGSS trata del régimen de compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones de Incapacidad Permanente con el trabajo activo, pero también es preciso reparar en otros preceptos en los que se contiene el régimen jurídico de la compatibilidad/incompatibilidad de tales prestaciones respecto de otras de la Seguridad Social.⁶⁴³

a) Compatibilidad/ incompatibilidad con el trabajo activo

El régimen de compatibilidad o incompatibilidad depende del grado de incapacidad de que se trate, salvo que la causa de la Incapacidad Permanente sea enfermedad profesional, en cuyo caso, no importa el grado, porque el art. 43 de la OM de 15 de abril de 1969 compatibiliza la prestación con cualquier trabajo, siempre que se obtenga la pertinente y previa autorización de la Entidad Gestora.

En caso de que se trate de Incapacidad Permanente parcial, la indemnización es compatible con el trabajo que se estuviera realizando o con cualquier otro trabajo o profesión, porque el incapacitado permanente parcial puede seguir desempeñando las tareas fundamentales de su profesión o cualquier otra.

⁶⁴² En relación: STS 19 de febrero de 2002, (RJ 2002\4364); STSJ Cataluña núm. 6638\2004 de 1 de octubre, (AS 2004\3353).

⁶⁴³ AAVV Dir. **Martín Valverde A.** y **García Murcia J.**, *“Tratado práctico de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”*. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2002. Parágrafo nº 5031, pág. 1807.

En caso de Incapacidad Permanente Total, el art. 141.1 LGSS, considera compatible la pensión con el salario que pueda percibir el trabajador, en la misma empresa o en otra distinta, pero eso sí, debe tratarse de un trabajo distinto de aquel para el que fue declarado incapaz.

Si se realizan trabajos que dan lugar a la inclusión en el sistema de la Seguridad Social, existe obligación de causar la correspondiente alta y efectuar la cotización que proceda.

En los supuestos de pluriactividad se originan tantas altas como actividades se realicen, y por tanto la obligación de cotizar lo será a cada uno de los Regímenes en que quede incluido el trabajador y de acuerdo con las normas que rijan en cada uno de ellos, a excepción del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, (donde el alta es única por la actividad que escoja el interesado), y en el seno de los regímenes que admiten la modalidad de trabajo por cuenta propia, ya que en caso de simultanear actividades por cuenta propia y ajena dentro del mismo régimen especial, se produciría una excesiva carga para el sujeto cotizante.

Tampoco se trataría de supuestos de pluriempleo, ya que el art. 8 LGSS prohíbe la inclusión múltiple obligatoria dentro del mismo régimen de Seguridad Social.⁶⁴⁴

- El incremento del 20% de la Incapacidad Permanente cualificada resulta incompatible con la realización de trabajos por cuenta propia o ajena, si dan lugar a la inclusión del trabajador en cualquier régimen de Seguridad Social.
- Conforme al art. 141.2 LGSS, las pensiones por Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez, no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo, a efectos de revisión, incluso si provocan su alta y cotización en un régimen de Seguridad Social, en cuyo caso, deberá comunicarse dicha actividad a la entidad gestora.⁶⁴⁵

b) Pronunciamientos jurisprudenciales y de doctrina judicial

Acto seguido se van a analizar algunos pronunciamientos jurisprudenciales y de doctrina judicial relevantes sobre la materia:

1). STS de 6 de febrero de 2007, (RJ 2007\988),⁶⁴⁶ establece la compatibilidad de pensión de Invalidez Permanente Total para el desempeño de una determinada profesión con trabajo por cuenta ajena en otra distinta.

⁶⁴⁴ De Sala Franco, T., Moliner Cambronero, G., Albiol Montesinos, I., Díaz Martín, S., Redondo Torano, M., Atlas laboral. Base de datos CISS. Wolters Kluwer. Marzo 2007.

⁶⁴⁵ Art. 2.1. RD 1071/1984.

⁶⁴⁶ Rec. 4854/2005. A favor: STS de 28 de julio de 2003, (RJ 2003\7258); STS de 13 de junio de 2007, (RJ 2007\5478); STS de 10 de octubre de 2005, (RJ 2005\10142); STS de 19 de noviembre de 2004, (RJ 2005\746); STS de 2 de marzo de 2004, (RJ 2004\2430).

La compatibilidad entre la pensión de Incapacidad Permanente total y el desempeño de otra profesión distinta de la que se tuvo en cuenta para la declaración de dicho grado de invalidez ha sido afirmada reiteradamente por la jurisprudencia.⁶⁴⁷

Expongo una síntesis del razonamiento efectuado:

"1º.- La Incapacidad Permanente total tiene un carácter estrictamente profesional, como resulta literalmente de su propio concepto en los *artículos 137.2 y 139.2 de la LGSS*.

2º.- La compatibilidad que se controvierte en el presente proceso viene establecida en el *art. 141.1 de la LGSS*, si bien con sujeción a un desarrollo reglamentario cuya insuficiencia acerca de la concreta cuestión litigiosa, es claro que no puede dar lugar a la negación del derecho legal del beneficiario.

3º.- La norma reglamentaria que sirve de complemento al citado precepto legal sigue siendo el *artículo 24.3 de la OM de 15 de abril de 1969*, cuya vigencia no ha sido afectada por el *Real Decreto de 21 de junio de 1995*, que precisamente autoriza en los supuestos de que se trata a reducir de mutuo acuerdo el salario hasta un máximo del 50% del importe de la pensión si se produjera una reducción de la capacidad laboral en el nuevo puesto de trabajo asignado.

4º.- No es posible someter a nuevo análisis de calificación cada desempeño profesional ulterior a la declaración de la Incapacidad Permanente total para una determinada profesión porque tal actuación no sólo carecería de soporte normativo alguno, sino que sería contraria a los *preceptos recién mencionados*.

5º.- Cuestión distinta a la que constituye el objeto aquí litigioso pudiera ser la ineptitud psico-física para el desempeño de otra profesión distinta de aquella a que se refiere la declaración de incapacidad total y por las mismas deficiencias que la determinaron, en virtud de lo dispuesto en las normas sobre prevención de riesgos laborales, mediante aplicación de las mismas y con efecto no dirigido a la privación o suspensión del derecho a percibir la pensión de Incapacidad Permanente total".

2). STS de 12 de enero de 2007, (RJ 2007\1002); sobre compatibilidad de prestaciones. La sentencia de instancia confirma la declaración de incompatibilidad del derecho al percibo de la pensión de Incapacidad Permanente total con la realización de la actividad actual, quedando en suspenso el abono de la pensión. En este caso se

⁶⁴⁷ STS de 28 de julio de 2003, (RJ 2003\7258), sobre compatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente total con trabajos por cuenta propia o ajena; STS de 28 de enero 2002, (RJ 2002\3761), sobre compatibilidad de la pensión de IPT con la nueva y distinta profesión realizada por el actor en la misma empresa; STS de 2 de marzo de 2004, (RJ 2004\2430), STS de 15 de octubre de 2004, (RJ 2004\7025); STS de 29 de octubre de 2004, (RJ 2004\7612); STS de 19 de noviembre de 2004, (RJ 2005\746); STS de 26 de noviembre de 2004, (RJ 2005\1226); STS de 19 de abril de 2005, (RJ 2005\4535) y STS de 10 de octubre de 2005, (RJ 2005\10142).

trataba de una Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual de Secretario de Ayuntamiento.⁶⁴⁸

Se examina la infracción del art. 141.1 de la LGSS en relación con el art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969. El legislador pudo haber estimado que, puesto que se reconocía al declarado incapacitado total una pensión vitalicia, tal circunstancia era incompatible con el desempeño de determinados trabajos.

Sin embargo, optó por un criterio general de compatibilidad del cobro de la pensión con la retribución correspondiente al desempeño de un trabajo distinto, si bien que sólo en los términos que reglamentariamente se establezcan según dispone el art. 141-1 LGSS.

Nuestro ordenamiento no incompatibiliza el cobro de la pensión por incapacidad total con el desempeño de trabajos propios de profesiones distintas a aquella para la que ha sido declarado incapaz,⁶⁴⁹ pudiendo resumirse dicha doctrina con todas ellas en los siguientes términos: "... que la valoración se realiza en función de la profesión (que no del puesto o concreta categoría profesional)", pues "... la única Incapacidad Permanente que exige un examen completo de toda la capacidad funcional y laboral de una persona es la Absoluta -y por supuesto, la Gran Invalidez-; el resto esto es la parcial y la total, exige un análisis concreto de unas determinadas lesiones en comparación con una determinada profesión.

A lo que no autoriza la ley es a comparar unas determinadas lesiones con las profesiones que pueda ejercitar en el futuro una persona, sino es con fines revisorios. Declaración de incapacidad para una concreta profesión que, en consecuencia, no cabe extender en sus efectos jurídicos a otras, en modo alguno analizados a la hora de realizar esa calificación.

⁶⁴⁸ La actora comunicó al INSS que desde el 16 de febrero trabaja por cuenta ajena para el Gobierno de Navarra como Técnico de la Administración Pública manifestando que las funciones de éste con las de Secretario de Ayuntamiento son distintas y en el Suplico manifiesta que se tenga por cumplimentada la obligación de la actora respecto a la comunicación a la entidad gestora de la realización por su parte del trabajo por cuenta ajena como técnico de la Administración Pública.

El INSS considera que la actividad a desarrollar es incompatible con su estado y presenta un cambio en su capacidad a efectos de revisión, ante lo cuál la actora opta por continuar desempeñando el trabajo, dejando el INSS en suspenso el percibo de la pensión. La sentencia de instancia confirma el criterio de la entidad gestora, que a su vez se ratifica en la sentencia de suplicación ahora recurrida, por entender que, si bien se trata de dos profesiones diferentes, sin embargo las funciones básicas de ambos cuerpos profesionales, aunque no sean idénticas son similares.

Pero el TS considera que no es relevante a efectos de apreciar la contradicción el hecho de que las profesiones y dolencias de cada supuesto sean distintas, por cuanto que no se discute el caso concreto, sino la cuestión general, que no es otra que la determinación de la existencia o no de incompatibilidad entre la percepción de la pensión y la nueva actividad laboral.

⁶⁴⁹ Reitera doctrina de las sentencias del TS de 28/07/03, (RJ 2003\7258); 2/03/04, (RJ 2004\2430); 19/11/04, (RJ 2005\746) y 19/04/05, (RJ 2005\4535).

3). STS de 18 de julio de 2003, (RJ 2003\8798). Declara la incompatibilidad entre dos prestaciones, de Incapacidad Permanente total para la profesión habitual de peón en mina de carbón, derivada de accidente de trabajo la una y la otra de Gran Invalidez, derivada de otro accidente de trabajo, cuando desempeñaba funciones de vigilante de seguridad. El TSJ de Castilla León-Valladolid, declaró la compatibilidad de ambas prestaciones expresamente.

El TS considera que no se pueden percibir ambas simultáneamente, el trabajador debe escoger entre una de ellas, ya que supondría infracción de los mandatos de los art. 122 de la Ley General de la Seguridad Social y 13 de la Orden Ministerial de 3 de abril de 1973, que desarrolla el Régimen Especial de la Minería del Carbón.⁶⁵⁰

4). STSJ Andalucía (Granada), núm. 567/2002, de 12 de febrero, (JUR 2002\125054). El trabajador declarado en Invalidez Permanente Total para su profesión habitual de oficial del sector químico como consecuencia de accidente de tráfico que sigue prestando servicio en otra empresa y en profesión distinta, (vendedor de coches), causa baja en esta última debido a la reactivación del proceso de enfermedad al cabo de un año, se plantea la cuestión de si tiene derecho a compatibilizar la prestación de Incapacidad Permanente Total con la Incapacidad Temporal.

La Sala entiende que sea la nueva baja, debida al empeoramiento del cuadro patológico que dio lugar al reconocimiento de la invalidez permanente total, como si obedeciera a causa distinta.

Considera ambas prestaciones compatibles, pues el devengo de la primera no puede dejarse sin efecto, salvo en el caso de mejoría en el correspondiente procedimiento revisorio, iniciando de oficio por la entidad o por propio trabajador, y el de la segunda tiene como razón de ser la pérdida del salario que el trabajador percibía en un segundo trabajo y si el salario era compatible con la pensión, con igual base lógica lo tienen que ser con el subsidio que lo sustituye y por el que viene cotizando a la Seguridad Social.

Tal posicionamiento no puede invalidarlo la interpretación literal del art. del art. 122 de la LGSS, pues el mismo al hablar de incompatibilidad, admite excepciones a la regla general y sólo en el caso de que hubiese existido un fraude de ley por parte del trabajador para alterar una nueva colocación y darse posteriormente de baja, podría darse la incompatibilidad que sostiene el INSS, pero esto fraude a parte de no presumirse es evidente que no concurren, habían transcurrido casi tres años.

⁶⁵⁰ “Como señalaban nuestras sentencias de 19 de diciembre 2.000 y 22 de mayo 2001, en nuestro ordenamiento, la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución, porque en ese caso la renta de sustitución podría ser superior a la sustituida. Cierto es que en la prestación de gran invalidez entran dos componentes: renta de sustitución y compensación por la asistencia de terceros. Pero la coincidencia de renta de sustitución se produce entre uno de dichos componentes y la prestación por Incapacidad Permanente total”.

5). STS de 28 de enero de 2002, (RJ 2002\3761).⁶⁵¹ Establece la compatibilidad de la pensión por Incapacidad Permanente total con la nueva y distinta profesión realizada por el actor en la misma empresa; artículo 141.1 de la LGSS.

6). STS de 18 de enero de 2002, (RJ 2002\2681). La pensión de Incapacidad Permanente total tiene una función de sustitución de las rentas de trabajo de la profesión habitual, y no es compatible con el salario derivado del ejercicio de dicha profesión habitual después de la declaración de tal situación.

7). STS de 21 de junio de 1999, (RJ 1999\5225). La cuestión que se suscita en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si es o no compatible el disfrute por un mismo beneficiario de una prestación a tanto alzado por estar en situación de Incapacidad Permanente en grado de parcial derivada de accidente de trabajo con otra prestación periódica consecuencia de encontrarse en situación de Incapacidad Absoluta o Total derivada de distinta contingencia.

En concreto, se plantea el problema de la compatibilidad entre una prestación de Incapacidad Permanente parcial derivada de accidente de trabajo y una pensión de incapacidad total derivada de enfermedad profesional, en especial en el supuesto de que las profesiones habituales del propio beneficiario a los efectos de las incapacidades reconocidas sean distintas en una y otra situación. El supuesto se desarrolla en el ámbito del régimen especial de la minería del carbón.

El TS considera que son compatibles, en base a los siguientes razonamientos:

a) Las secuelas derivadas del accidente de trabajo son, en el presente caso, totalmente independientes de las que fueron tomadas en consideración para declarar la invalidez permanente derivada de enfermedad profesional del trabajador y el grado de incapacidad total de la misma, por lo que sería analógicamente aplicable la excepción al principio de incompatibilidad, expresamente regulada en el art. 152 LGSS/94 ("salvo en el caso de que dichas lesiones, mutilaciones y deformidades sean totalmente independientes de las que hayan sido tomadas en consideración para declarar tal invalidez y el grado de incapacidad de la misma"), entre indemnización por baremo y prestaciones económicas por invalidez permanente.

b) La objeción de posible incompatibilidad ex art. 122.1 LGSS/94, que podría derivar del reconocimiento simultáneo del derecho a las prestaciones económicas derivadas de una incapacidad parcial y de una incapacidad total para la misma profesión habitual, aunque derivaran de distintas contingencias, no puede ser ahora opuesta, no solo porque las pensiones responden a situaciones distintas y tienden a subvenir distintas situaciones de necesidad originadas por merma en la capacidad

⁶⁵¹ Entre otras sentencias, se puede citar la Jurisprudencia del TS a favor siguiente: STS de 19 de noviembre de 2004, (RJ 2005\746); STS de 2 de marzo de 2004, (RJ 2004\2430); STS de 15 de octubre de 2004, (RJ 2004\7025); STS de 20 de marzo de 2006, (RJ 2006\4829); STS de 17 de mayo de 2006, (RJ 2006\2403).

laboral, sino fundamentalmente porque es dable entender que las profesiones habituales para las que se ha producido, en un caso imposibilidad de desempeño y en otro merma trascendente en el rendimiento, son distintas.

c) Las profesiones habituales resultan en el caso enjuiciado distintas a efectos de las prestaciones en conflicto: a afectos de la derivada de enfermedad profesional el trabajador era "vigilante segunda en interior de minas" a afectos de la originada por el accidente de trabajo el actor es "maquinista conductor" desarrollando su actividad en el exterior de la mina.

El art. 137 LGSS en su redacción dada por Ley 24/1997 de 15-VII no está aun vigente,⁶⁵² sigue en vigor la originaria redacción del art. 137 LGSS/1994 en cuyo número 2 se establecía con relación a lo que deba conceptuarse por "profesión habitual" que se entenderá por ella "en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo" y "en caso de enfermedad común o profesional, aquélla a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine".

En el art. 11.2 OM 15-IV-1969,⁶⁵³ vigente por ahora con valor reglamentario, desarrollando el precepto legal establece que "se entenderá por profesión habitual en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo, y en caso de enfermedad, común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiere iniciado la incapacidad laboral temporal, de la que derive la invalidez".

E) - Pensión de jubilación

a) La incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la realización de trabajo

El art. 165 de la LGSS regula la incompatibilidad entre la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y el trabajo o desempeño de una actividad profesional del pensionista, pero no precisa el alcance del concepto de trabajo incompatible, sino que se remite a los términos que legal o reglamentariamente se determinen.

Estos términos se establecieron en el art. 16 de la Orden de 18 de enero de 1967, que declaró incompatible la pensión con todo trabajo que diera lugar a la inclusión del trabajador en el campo de aplicación de la Seguridad Social, fuera en el régimen

⁶⁵² como se deduce de lo establecido en la disposición transitoria 5ª bis del texto refundido LGSS, añadido por el art. 8.2 de la propia Ley 24/1997 y de lo preceptuado por la disposición adicional 39ª de la Ley 50/1998 de 30 de diciembre que amplió el plazo previsto en la referida disposición transitoria 5ª bis durante todo el ejercicio 1999.

⁶⁵³ Por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

general, en los regímenes especiales e incluso en los regímenes de funcionarios previstos en el art. 10.2 y 3 de la propia LGSS.⁶⁵⁴

El apartado 2 de este mismo artículo, estableció que:

“No obstante lo dispuesto en el número anterior, el pensionista de vejez podrá realizar los trabajos a que el mismo se refiere, siempre que antes de iniciarlos lo comunique a su Mutualidad Laboral.

La realización del trabajo surtirá respecto del pensionista los siguientes efectos:

- a) Quedará en suspenso el derecho a la pensión de vejez.*
- b) Quedará en suspenso, igualmente, el derecho a la asistencia sanitaria inherente a la condición de pensionista.*
- c) El empresario que, en su caso, le emplee vendrá obligado a solicitar su alta como trabajador y a ingresar la totalidad de las cotizaciones de Empresa y trabajador.*
- d) Tales cotizaciones, cuando se efectúen en el Régimen General, cuando así resulte de las normas a que se refiere el número 5 del artículo 9, podrán surtir efecto para mejorar la pensión anteriormente reconocida, si sumados los nuevos períodos de cotización con los que se computaron para determinar dicha pensión dieran lugar a la aplicación de porcentajes más elevados. Para ello se volverán a efectuar, respecto al período total de cotización que resulte, los cálculos previstos en el número 1 del artículo 9. En todo caso, los nuevos porcentajes que procedan se aplicarán sobre la misma base reguladora de la pensión inicial.*

*El cese en el trabajo a que se refiere el párrafo 1º de este número, una vez comunicado a la Mutualidad Laboral en que tenía reconocido el derecho a la pensión, producirá el restablecimiento de tal derecho, con la modificación prevista en el apartado d), en su caso. Las normas contenidas en los números 2 y 3 del artículo 14 serán aplicables al devengo de la pensión que se restablece”.*⁶⁵⁵

El apartado 3 del art. 16 de la Orden de 18 de enero de 1967, estableció que el pensionista que realizara los trabajos a que se refiere el número 1 de este artículo sin comunicarlo a la Mutualidad correspondiente, incurriría en responsabilidad y sería objeto de la oportuna propuesta de sanción, de conformidad con el Reglamento General de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social, viniendo obligado a reintegrar el importe de las pensiones indebidamente percibidas. El empresario que le hubiera empleado sin comunicar su alta, respondería subsidiariamente con él, de dicho reintegro, de conformidad con lo dispuesto en el número 2 del artículo 56 de la Ley de

⁶⁵⁴ STS de 21 de junio de 1988. Ar. 8111.

⁶⁵⁵ Destacan las siguientes sentencias en el ámbito de aplicación del apartado 2 del art. 16 de la Orden de 18 de enero de 1967: STSJ Islas Baleares, núm. 533/2006, de 28 de noviembre, (AS 2007\702), STS de 29 de noviembre de 2005, (RJ 2006\404); STSJ Madrid, núm. 613/2004, de 10 de febrero.

la Seguridad Social, sin perjuicio de la sanción que procediera de acuerdo con el citado Reglamento.

Para **López Gandía**,⁶⁵⁶ el concepto de trabajo incompatible en este caso es menos amplio que en el supuesto de la incompatibilidad en caso de desempleo, ya que en el desempleo, el art. 221 LGSS establece que la incompatibilidad lo es con cualquier trabajo por cuenta propia o ajena, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, (excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio, la parte proporcional al tiempo trabajado), mientras que en la jubilación el trabajo incompatible necesariamente ha de estar incluido en el campo de aplicación de la Seguridad Social.⁶⁵⁷

El art. 11 de la Orden de 18 de enero de 1967, establecía las reglas para determinar la base reguladora de la pensión de vejez, en caso de pluriempleo, pero este artículo fue derogado expresamente por la disposición derogatoria única del RD 1647/1997, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social.

En el ámbito del pluriempleo, en sede de jubilación, en su modalidad contributiva, se han flexibilizado los requisitos para causar derecho a la pensión, ya que según el art. 162.5 LGSS, a raíz de la DA 48ª de la Ley 30/2005, han quedado derogadas las restricciones impuestas por el RD Ley 13/1981 de 20 de agosto y por la Orden de 4 de julio de 1983, en virtud de las cuales este artículo exigía que se acreditara la permanencia en aquella situación durante los diez años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, persistiendo en la actual redacción la exigencia de que en el cómputo de la totalidad de las bases por las que se haya cotizado a las diversas empresas, no se supere el límite máximo de cotización vigente en cada momento, para la determinación de la base reguladora de la prestación de jubilación en supuestos de pluriempleo.

⁶⁵⁶ **López Gandía, J.**, “*Jubilación parcial*”. Ed. Bomarzo. Colección Básicos de Derecho Social. Albacete. 1ª ed. Septiembre de 2004. Pág. 15.

⁶⁵⁷ Razón por la cuál no se da la incompatibilidad en todas aquellas actividades de profesionales liberales colegiados que han seguido encuadrados en su propia mutualidad, tras la Ley 30/1995. Esta compatibilidad puede suponer una desigualdad en relación con los que hayan optado por afiliarse al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, que no podrían compatibilizar el percibo de la pensión y el trabajo.

b) Excepciones. La jubilación parcial y la jubilación flexible. Pensión de jubilación anticipada y trabajo a tiempo parcial. Compatibilidad de la jubilación parcial con la prestación laboral

El art. 165 de la LGSS establece una excepción a la incompatibilidad, en el párrafo 2º de su apartado 1: las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Parece que se refiere a la jubilación flexible, configurada por el art. 1 Ley 35/2002, una vez reconocida y obtenida la pensión, cuando ya se ha producido el hecho causante, y se accede con posterioridad a un nuevo trabajo.

Pero también puede referirse a la jubilación parcial, regulada en el art. 166 LGSS, consistente en el mantenimiento del empleo, pese al acceso a la pensión parcial de jubilación, ya sea a edad anticipada, (condicionándose en este caso a que la empresa concierte un contrato de relevo) o a la edad ordinaria, es decir jubilación parcial autónoma (no sería necesario en este caso concertar un contrato de relevo).

En cuanto a la jubilación anticipada, de forma sintética, se puede indicar que su régimen jurídico vigente con carácter general, se encuentra contenido en el art. 161 bis de la LGSS, añadido por el art. 3.3 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre y ha sido desarrollado por el RD 1851/2009, de 4 de diciembre, relativo a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento.

El régimen jurídico aplicable con carácter general a la jubilación parcial, se encuentra contenido en el art. 166 LGSS, que ha sido reformado por la Ley 40/2007. Conforme a la DT 17ª 5ª de la LGSS, introducida por la Ley 40/2007, el régimen jurídico de la jubilación parcial vigente en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social 40/2007 de 1 de enero de 2008, podrá seguir aplicándose a los trabajadores afectados por los compromisos adoptados con anterioridad a la fecha, mediante Convenios y acuerdos colectivos.⁶⁵⁸

El art. 14 RD 1131/2002 establece las reglas de compatibilidad e incompatibilidad de esta pensión.

1. La pensión de jubilación parcial será compatible:

a. Con el trabajo a tiempo parcial en la empresa y, en su caso, con otros trabajos a tiempo parcial anteriores a la situación de jubilación parcial, siempre que no se aumente la duración de su jornada.

⁶⁵⁸ La previsión inicialmente establecida era que esta normativa regiría hasta que finalizara la vigencia de estos compromisos, y como máximo hasta 31 de diciembre de 2009.

Asimismo, con los trabajos a tiempo parcial concertados con posterioridad a la situación de jubilación parcial, cuando se haya cesado en los trabajos que se venían desempeñando con anterioridad en otras empresas, siempre que no se aumente la duración de la jornada realizada hasta entonces.

En los dos supuestos anteriores, en caso de aumentarse la duración de su jornada, la pensión de jubilación parcial quedará en suspenso.

b. Con la pensión de viudedad, la prestación de desempleo, y con otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones que correspondieran a los trabajos a tiempo parcial concertados con anterioridad a la situación de jubilación parcial, en los términos indicados en el párrafo anterior, a excepción de lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La pensión de jubilación parcial será incompatible:

a. Con las pensiones de Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez.

b. Con la pensión de jubilación que pudiera corresponder por otra actividad distinta a la realizada en el contrato de trabajo a tiempo parcial.

c. Con la pensión de Incapacidad Permanente total para el trabajo que se preste en virtud del contrato que dio lugar a la jubilación parcial

- Al respecto es interesante examinar la STS de 18 de marzo de 2002,⁶⁵⁹ que considera que la existencia de una situación de pluriempleo no impide al trabajador a tiempo parcial acceder a la jubilación anticipada a los 64 años, máxime cuando su jornada laboral normal, aunque fraccionada a tiempo parcial en diferentes empresas, es sustituida por otros trabajadores que continúan su actividad profesional en las mismas condiciones que el jubilado anticipadamente.

- STSJ del País Vasco de 27 de abril de 2004.⁶⁶⁰ En esta sentencia se plantea el supuesto de hecho de un trabajador en situación de pluriempleo, en una empresa trabajaba a tiempo completo y en la otra empresa una jornada del 90% con respecto a la jornada ordinaria.

En la primera empresa llega a un acuerdo para su jubilación parcial y reduce la jornada en ella al 15% de la ordinaria, cubriéndose el restante 85% mediante contrato de relevo con un nuevo trabajador.

Cuando el trabajador solicita del INSS la pensión de jubilación parcial, el INSS la deniega alegando que mantiene entre ambos empleos más del 75% de la jornada ordinaria. El TSJ considera compatible la jubilación parcial en una actividad y la prestación laboral en otra.

⁶⁵⁹ Rec. 532/2001. Ref. CISS JS473273.

⁶⁶⁰ Rec. 422/2004. (AS 2004\1079).

Este TSJ estima que no hay colisión con el art. 12.5 ET, (que sólo compatibiliza la pensión de jubilación con el trabajo derivado del contrato cuya jornada se reduce), al considerar que emana de una facultad que el legislador ha otorgado al Gobierno, con carácter general, para ordenar las compatibilidades de la pensión de jubilación, ex art. 156.2 LGSS de 1974.

Por otro lado, **Fernández Orrico**,⁶⁶¹ se plantea la disyuntiva sobre la correcta forma de actuar de la Entidad gestora en el caso de un trabajador con una jubilación parcial que es despedido de forma improcedente por su empresa y posteriormente es contratado en otra empresa distinta por la jornada dejada de trabajar, supuesto enjuiciado en la STSJ de Asturias, núm. 3297/2009, de 20 de noviembre, efectuando un comentario a la mencionada sentencia.⁶⁶²

Considera este autor, que el Tribunal acierta cuando al comentar el art. 14.1 del RD 1131/2002 en donde se establece la compatibilidad de la jubilación parcial con «el trabajo a tiempo parcial en la empresa», precisa que se refiere *«sin duda a la empresa en la que se produce el cese en la jornada que se venía realizando y que es con la que se suscribe el contrato a tiempo parcial y que es la que concierta el contrato de relevo con otro trabajador, existiendo entre ambos contratos una íntima vinculación al simultanearse uno u otro»*.

Junto a ello, el art. 14.1 del RD 1131/2002 establece la compatibilidad de la jubilación parcial con otros trabajos a tiempo parcial, pero *solamente con los que hubieran sido concertados con anterioridad a la situación de jubilación parcial, o los concertados con posterioridad, pero cuando se haya cesado en los trabajos que se venían desempeñando con anterioridad en otras empresas, y siempre en uno y otro caso no se aumente la duración de la jornada realizada hasta entonces*.

Al respecto, precisa el Tribunal, *“a sensu contrario se está excluyendo la compatibilidad cuando se concierta un trabajo a tiempo parcial con posterioridad a la jubilación parcial pero sin haber venido desempeñando, con anterioridad a la misma, trabajos en otras empresas”*.

⁶⁶¹ **Fernández Orrico, F. J.**, *“Incompatibilidad de la pensión de jubilación parcial con un contrato de trabajo a tiempo parcial posterior al despido improcedente”*. Aranzadi Social. Paraf. 6/2010 (Presentación). Editorial Aranzadi, S.A. 2010. Documento en soporte electrónico: Westlaw.es. BIB 2010\671. Págs. 1-3. La cuestión que se debate en el presente comentario se concreta en determinar cuál es la actuación que procedería: la extinción o la suspensión de la pensión, o bien, si es compatible la nueva actividad a tiempo parcial con la pensión de jubilación parcial que en su caso viniera percibiendo tras el despido.

⁶⁶² STSJ de Asturias, sentencia núm. 3297/2009, de 20 noviembre, (AS 2010\58).

c) Evolución normativa

1. El art. 13.1. a) del RD 1991/1984, de 31 de octubre, regulador del contrato de trabajo a tiempo parcial, contrato de relevo y jubilación parcial dispuso que la pensión de jubilación parcial sería compatible con el trabajo a tiempo parcial en la empresa,⁶⁶³ y en su caso, *con otro trabajo anterior a la situación de jubilación parcial siempre que no se aumente la duración de su jornada.*

Ya en la redacción originaria de la primera norma destinada a regular esta figura jurídica, (es decir, el RD 1991/1984, que se acaba de mencionar) se permitía la jubilación parcial del trabajador pluriempleado en uno de sus empleos subsistiendo los restantes, respecto a los cuales no imponía más efectos que el de impedir que se ampliara su jornada, para evitar que la jornada que se pierde por un lado la gane por otro, dejando sin sentido el fundamento de la jubilación parcial, es decir reducir el tiempo de trabajo.

Así pues la reducción del 50% del tiempo y salario se refería al concreto empleo en el que se reducía la jornada, y no al conjunto de empleos que se tuvieran.

2. Con la nueva LGSS de 1994, en su art. 166 se reconoce también expresamente la compatibilidad del disfrute de la pensión de jubilación parcial con un puesto de trabajo a tiempo parcial, hasta que no se cumpla la edad ordinaria de jubilación, como supuesto específico que excepciona la regla general de incompatibilidad del trabajo del pensionista de jubilación con el disfrute de su pensión (art. 165.1), subsistiendo la delegación al Gobierno para que pueda establecer otras.

3. Con el RD Ley 15/1998, de 27 de noviembre; se reduce a 60 años la edad de acceso a la jubilación parcial, permitiendo que la reducción de jornada y salario pase del 50% a poder realizarse entre el 30% y el 70% (límite máximo fijado por coincidir con el máximo previsto para el contrato a tiempo parcial).

4. El RD 144/1999, en su art. 13.1. a) (ya derogado por el RD 1131/2002 de 31 de octubre), no sólo contemplaba la compatibilidad de la pensión de jubilación parcial con el trabajo en el que se reduce la jornada para ser relevado por una trabajador desempleado, sino que se afirma la compatibilidad con otros trabajos a tiempo parcial anteriores a la situación de jubilación parcial siempre que no se aumente la duración de su jornada, así como con los trabajos a tiempo parcial concertados con posterioridad a la situación de jubilación parcial, cuando se haya cesado en los trabajos que se venían desempeñando con anterioridad en otras empresas, siempre que no se aumente la duración de la jornada realizada hasta entonces.

5. A consecuencia del RD ley 5/2001 de 2 de marzo, que modifica el concepto de trabajo a tiempo parcial puesto que lo extiende a todo aquel en el que se presten servicios por tiempo inferior al ordinario en la actividad, aunque sin modificar el de la

⁶⁶³ Art. 12.5. Si al trabajador le faltaban menos de 3 años para cumplir la edad ordinaria de jubilación.

jubilación parcial, que sí tuvo lugar por la Ley 12/2001 de 9 de julio, al introducir 3 importantes novedades en el art. 12. 6 del ET:

- a) Se exige que el trabajador y su empresario sustituyan su contrato por uno a tiempo parcial por el que se reduzca su jornada y salario entre un 25% y un 85%.
- b) Se permite el acceso a la misma una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación, sin exigir el relevo del jubilado parcial en la parte de jornada que deja de trabajar.⁶⁶⁴
- c) Se elimina el límite temporal que existía hasta entonces para el cobro de la pensión de jubilación parcial, de modo que se puede seguir percibiendo después de la edad ordinaria de jubilación en forma compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial.⁶⁶⁵

6. Con la Ley 35/2002 de 12 de julio, en su art. 2 se deslegaliza el régimen de la jubilación parcial, al remitirse al que se disponga reglamentariamente. Tal regulación se efectuó por RD 1131/2002 de 31 de octubre, definiendo como aquella situación iniciada después del cumplimiento de los 60 años, simultánea con el contrato de trabajo a tiempo parcial y vinculado o no con un contrato de relevo, conforme lo dispuesto por el art. 166 LGSS y 12.6 ET.

Se exige en caso de que se tenga menos de 65 años el concierto simultáneo de un contrato de relevo con un trabajador en desempleo o que tenga concertado ya con la empresa un contrato temporal (art. 10. b) del RD 1131/2002).

En relación al pluriempleo se reproducen las reglas anteriores respecto al cálculo de la base reguladora y la compatibilidad de esa pensión con trabajos a tiempo parcial. Art. 14.1. a) del RD 1131/2002.

7. Con la Ley 40/2007 de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social, se modifican los apartados 1 y 2 del art. 166 LGSS, y se incorpora una nueva disposición transitoria, la 17ª, sobre normas transitorias de jubilación parcial.

d) Pensión de jubilación e Incapacidad Permanente

La STSJ Andalucía (Granada), núm. 545/2002, de 12 de febrero, (JUR 2002\125055); considera que no puede declararse la invalidez de quien ya está jubilado, pues al hecho causante de la invalidez ha de preceder el desempeño en régimen laboral de profesión en oficio o la posibilidad de hacerlo.

⁶⁶⁴ La finalidad de esta norma es claramente distinta a la de la jubilación parcial del trabajador relevado, ya que el elemento central en ésta era la obtención del empleo por parte del desempleado, tal y como se afirmaba en el preámbulo de la Ley 32/1984, introductoria en nuestro ordenamiento de la jubilación parcial, concibiéndolo como una medida tendente a animar al trabajador en edad próxima a la jubilación a su relevo parcial, puesto que se le otorga una prestación compensatoria de la falta de salario.

Sin embargo en la nueva medida se busca retrasar la edad de jubilación del trabajador, para no dañar las arcas de la Seguridad Social y posibilitar que se prolongue la vida laboral.

⁶⁶⁵ Los apartados b y c se plasmaron en modificaciones de la LGSS en su art. 166, operados por el art. 34.6 Ley 24/2001 de 27 de diciembre.

El trabajador estaba percibiendo prestación de jubilación cuando solicitó en tiempo y forma la de Incapacidad Permanente, *“la protección por jubilación es en realidad el eje del sistema, y sólo cabe su sustitución por la de invalidez, cuando el interesado, inmerso todavía en una actividad profesional, aunque sea por la vía del alta por asimilación, se ve impedido para su prosecución, con motivo de la evolución negativa de su estado de salud”*.

F) – Prestación de desempleo

En el ámbito del Régimen General de la Seguridad Social, y en términos generales, aunque no se efectúe alusión específica a los supuestos de pluriempleo y pluriactividad, hay que tener en cuenta las novedades introducidas, en sede de prestaciones de desempleo, por el **RD Ley 12/2010**, de 20 de agosto,⁶⁶⁶ de prórroga del programa temporal de protección por desempleo e inserción, regulado por la **Ley 27/2009**, de 31 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, y por el **RD Ley 10/2010**, de 16 de junio, y **Ley 35/2010**, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que se concretan en su art. 8, relativo a protección por desempleo y reducción de jornada, que modifica los apartados 2 y 3 del art. 203 y 1.3 del art. 208⁶⁶⁷ de la LGSS.⁶⁶⁸

El desempleo será total; cuando el trabajador cese, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario.

A estos efectos, se entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión de contrato o reducción de jornada autorizada por la autoridad competente. (Apartado 2 del art. 203 de la LGSS).

El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por 100, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción.

A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el

⁶⁶⁶ Entró en vigor el mismo día de su publicación en el BOE y es de aplicación retroactiva desde el 16 de agosto de 2010, según su DF 3ª.

⁶⁶⁷ Se consideran en situación legal de desempleo: (...) Cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, en virtud de expediente de regulación de empleo en los términos del artículo 203.3.

⁶⁶⁸ Han sido modificados también por la Ley 35/2010, en su art. 8. Se transcribe el texto vigente a 28/10/2010, fecha de cierre de la edición de esta Tesis, tras haberse efectuado reiteradas modificaciones.

período que resta de la vigencia del contrato de trabajo. (Apartado 3 del art. 203 de la LGSS).

Como ya hemos adelantado, el art. 221 LGSS⁶⁶⁹ establece que la incompatibilidad lo es con cualquier trabajo por cuenta propia o ajena, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social.

Si el trabajador no realiza actividades por cuenta ajena ni propia, no existe incompatibilidad. Otra excepción al principio general de incompatibilidad, es la realización del trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, deduciéndose en este último caso del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado.

Según el art. 26 de la LISOS, se considera infracción muy grave, entre otras, la conducta tipificada en su apartado 2, *compatibilizar el percibo de prestaciones por desempleo con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial, en los términos previstos en la normativa correspondiente.*

En el caso de subsidio por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios, se entenderá que el trabajador ha compatibilizado el percibo de la prestación con el trabajo por cuenta ajena o propia, cuando los días trabajados no hayan sido declarados en la forma prevista en su normativa específica de aplicación.

Para **Cavas Martínez**,⁶⁷⁰ se refiere al subsidio agrario, regulado por el RD 5/1997, que establece que sólo pueden ser beneficiarios del subsidio por desempleo, establecido a favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, aquellos desempleados que reuniendo los requisitos hayan sido beneficiarios de dicho subsidio en alguno de los 3 años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud del mismo.

Esta norma sanciona la vulneración de los preceptos que establecen la incompatibilidad de las prestaciones o subsidios de desempleo con el trabajo activo, salvo el supuesto de realización de trabajo por cuenta ajena, cuando se efectúe a tiempo parcial.

En cuanto a los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia, destaca la STS de 12 de julio de 2004,⁶⁷¹ que establece la compatibilidad de la prestación por desempleo con la situación de alta en el impuesto de actividades económicas, puesto

⁶⁶⁹ 1. La prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado.

2. Serán, asimismo, incompatibles con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo.

⁶⁷⁰ AAVV. Dir. **Cavas Martínez, F., Luján Alcaraz, A.**, *“Infracciones y sanciones en el orden social”*. Ediciones Laborum. Murcia. 1ª ed. 2009. Pág. 356.

⁶⁷¹ Rec. 1739/2003. Ref. CISS: JS613736.

que el hecho de que haya seguido abonando el IAE, que grava el ejercicio de actividades profesionales o artísticas, no presupone, necesariamente la realización de un trabajo productivo y la incompatibilidad viene referida a la prestación de servicios y no al pago del referido impuesto.

Además quedó probado que no desarrolló actividad alguna ni percibió ninguna prestación. La colegiación supone el cumplimiento de un requisito necesario para poder ejercer la profesión, no que se esté realizando.

La prestación de desempleo, es incompatible con las pensiones o prestaciones de la Seguridad Social, salvo que estas hayan sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo. Del art. 16.4 del RD 625/1985 de 2 de abril,⁶⁷² parece derivarse la compatibilidad de la pensión de incapacidad y la prestación por desempleo.

Sin embargo hay que tener en cuenta que esa compatibilidad sólo se refiere a los supuestos en que siendo el trabajador perceptor de una pensión de Incapacidad Permanente Total y desarrollando un trabajo compatible con dicha situación invalidante, pierde o se le suspende éste, es decir, el trabajo, no las facultades para desarrollarlo, a causa de una nueva situación de invalidez permanente respecto de la segunda de las actividades. STSJ Madrid de 30 de septiembre de 1994, (AS 1994, 3644).⁶⁷³

Por otro lado, la LISOS, considera infracción grave, en el apartado 3 de su art. 25, *no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en la prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes se suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción, cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente.*

En este sentido, y siguiendo además el tenor literal de los artículos 231 e) de la LGSS y el art. 28.2 del RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, el trabajador debe solicitar la baja en las prestaciones de desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos necesarios para su percepción, desde el momento en que concurran las causas determinantes de tales situaciones, y en todo caso, antes de que transcurra el tiempo que determina la percepción de la nueva mensualidad indebida.

⁶⁷² RCL 1985, 1039 y 1325, por el que se desarrolla la Ley 31/1984 de 2 de agosto, RCL 1984, 2011, de protección por desempleo.

⁶⁷³ A favor: STSJ Navarra, núm. 237/1995, de 31 de mayo, (AS 1995\1838).

Por otro lado, siguiendo el art. 45.1 LGSS, se podría imponer al sujeto infractor, la sanción accesoria del reintegro de prestaciones indebidas, en el supuesto de obtención indebida de las mismas.⁶⁷⁴

El art. 47 de la LISOS, tipifica las sanciones establecidas, tanto para los trabajadores, solicitantes y beneficiarios, distinguiendo entre infracciones leves, graves y muy graves.

En el apartado 1 a), de este artículo, se establece que las infracciones leves serán sancionadas con pérdida de pensión durante un mes. En el caso de las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, las infracciones leves tipificadas en los apartados 2 y 3 del artículo 24, se sancionarán conforme a la siguiente escala:⁶⁷⁵

- 1ª. Infracción. Pérdida de 1 mes de prestaciones.
- 2ª. Infracción. Pérdida de 3 meses de prestaciones.
- 3ª. Infracción. Pérdida de 6 meses de prestaciones.
- 4ª. Infracción. Extinción de prestaciones.

En el apartado b) del art. 47.1, se establece que las infracciones graves tipificadas en el artículo 25, tienen establecida una sanción de pérdida de la prestación o pensión durante un período de tres meses, salvo las de sus números 2 y 3, respectivamente, en las prestaciones por incapacidad temporal y en las prestaciones y subsidios por desempleo, en las que la sanción será de extinción de la prestación.

En el caso de las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial las infracciones graves tipificadas en el apartado 4 del artículo 25 se sancionarán conforme a la siguiente escala:⁶⁷⁶

1. Infracción. Pérdida de 3 meses de prestaciones.
2. Infracción. Pérdida de 6 meses de prestaciones.
3. Infracción. Extinción de prestaciones.

⁶⁷⁴ Además, el apartado 2 de este mismo artículo 45 de la LGSS, establece que quienes por acción u omisión hayan colaborado a la percepción indebida de la prestación, salvo buena fe, que ha de probarse, responderán de forma subsidiaria con los perceptores, de la obligación de reintegro de la misma.

La obligación de reintegro de las prestaciones prescribe a los 4 años, computados desde la fecha de su cobro indebido, o desde que fuera posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originara la percepción indebida, incluyendo los supuestos contemplados en el art. 45.3 LGSS, de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora.

⁶⁷⁵ Se aplicará esta escala a partir de la primera infracción y cuando entre la comisión de una infracción leve y la anterior no hayan transcurrido más de los 365 días que establece el artículo 41.1 de esta Ley, con independencia del tipo de infracción.

⁶⁷⁶ Se aplicará esta escala a partir de la primera infracción y cuando entre la comisión de una infracción grave y la anterior no hayan transcurrido más de los 365 días que establece el artículo 41.1 de esta Ley, con independencia del tipo de infracción.

Las infracciones muy graves, según el apartado c) del art. 47.1, serán sancionadas con pérdida de la pensión durante un período de 6 meses o con extinción de la prestación o subsidio por desempleo.

Igualmente, se les podrá excluir del derecho a percibir cualquier prestación económica y, en su caso, ayuda de fomento de empleo durante un año, así como del derecho a participar durante ese período en acciones formativas en materia de formación profesional ocupacional y continua.

El apartado d) del art. 47.1, establece que no obstante, las sanciones anteriores, en el supuesto de que la trasgresión de las obligaciones afecte al cumplimiento y conservación de los requisitos que dan derecho a la prestación, podrá la entidad gestora suspender cautelarmente la misma hasta que la resolución administrativa sea definitiva.

El apartado 2 del art. 47 establece que en el caso de trabajadores por cuenta propia o ajena, y demandantes de empleo no solicitantes ni beneficiarios de prestaciones por desempleo, las infracciones se sancionarán:

a. En el caso de desempleados inscritos como demandantes de empleo en el Servicio Público de Empleo, no solicitantes ni beneficiarios de prestaciones por desempleo, las infracciones leves, graves y muy graves tipificadas en el artículo 17 se sancionarán con el cambio de la situación administrativa de su demanda de empleo de la de alta a la de baja, situación en la que permanecerá durante uno, tres y seis meses respectivamente. En esta situación estos demandantes no participarán en procesos de intermediación laboral ni serán beneficiarios de las acciones de mejora de la ocupabilidad contempladas en las políticas activas de empleo.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, estos demandantes, cuando trabajen y queden en situación de desempleo, podrán inscribirse nuevamente en el Servicio Público de Empleo y, en ese caso, solicitar las prestaciones y subsidios por desempleo si reúnen los requisitos exigidos para ello.

b. En el caso de trabajadores por cuenta propia o ajena que cometan las infracciones tipificadas en el artículo 17.3, se les excluirá del derecho a percibir ayudas de fomento de empleo y a participar en acciones formativas en materia de formación profesional ocupacional y continua durante seis meses.

3. Las sanciones a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

4. La imposición de las sanciones por las infracciones previstas en esta subsección se llevará a efecto de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, respetando la competencia respectiva del órgano sancionador y estableciendo la cooperación necesaria para la ejecución de la sanción impuesta, cuando la misma corresponda a la competencia de otro órgano.

a) Realización de dos trabajos a tiempo parcial

Si el trabajador realiza dos trabajos a tiempo parcial y pierde uno de ellos, tendrá derecho a percibir la prestación de desempleo que corresponda, sin deducción alguna, salvo que obtenga un nuevo trabajo a tiempo parcial, en cuyo caso éste será incompatible con la prestación o subsidio que se le hubiera reconocido. Art. 15.4 RD 625/1985, de desarrollo de la ley 31/1984, de Protección por Desempleo.

El trabajador tendría derecho a la prestación, aunque los dos contratos de trabajo a tiempo parcial se hubieran concertado con la misma empresa. STS 21/03/2005, (RJ 2005\3879).⁶⁷⁷

b) Realización de dos trabajos, uno a tiempo parcial y otro a tiempo completo

En este caso la pérdida del trabajo a tiempo parcial, no da derecho a percibir prestación o subsidio por desempleo.

Por el contrario, la pérdida del trabajo a tiempo completo sí da derecho, aunque con una reducción en su cuantía, no en su duración, proporcional al tiempo trabajado. Art. 15 RD 625/1985.

G) - Prestaciones por muerte y supervivencia

Constituyen una excepción al principio de incompatibilidad de las pensiones del régimen general, cuando coincidan en un mismo beneficiario, previsto en el art. 122.1 LGSS, puesto que el art. 179 del mismo texto normativo, establece la compatibilidad con cualesquiera rentas de trabajo.

Esto significa que la compatibilidad no sólo alcanza a las rentas salariales que perciba el beneficiario, sino que también a las prestaciones sustitutorias de tales rentas, por lo que resultan compatibles con la pensión de viudedad, las prestaciones de desempleo, ya sean en modalidad contributiva o no contributiva, ya que la cuantía que se perciba en concepto de pensión de viudedad debe computarse para determinar el límite de rentas que da derecho al subsidio de desempleo.⁶⁷⁸

El art. 10 de la Orden de 13 de febrero 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social, determina expresamente que la pensión de viudedad será compatible con la pensión de jubilación o Incapacidad Permanente a que el beneficiario pueda tener derecho.

⁶⁷⁷ A favor: STS de 4 de mayo de 2005, (RJ 2005\6329); STSJ Castilla y León, Burgos, núm. 1027/1998 de 16 de noviembre, (AS 1998\4477); STSJ País Vasco núm. 2863/2006 de 5 de diciembre, (AS 2007\1188).

⁶⁷⁸ **Navarro Roldán, R.**, *“Pensión de supervivencia. Presente y futuro de la pensión de viudedad”*. La Ley Actualidad. Madrid. 1ª ed. Marzo 2006. Pág. 183.

En cualquier caso, pese a ser compatibles, deberán aplicarse las reglas de concurrencia y límites, mínimos y máximos de las pensiones. Hay que tener en cuenta que si la pensión con la que concurra la pensión de viudedad es asistencial, la pensión de viudedad se considerará como renta.

Según la STSJ de Madrid de 8 de junio de 1995, (AS 1995\2654), encontrándose el sujeto causante en situación asimilada al alta de paro involuntario, considera que no puede ser esencial en el presente caso que el causante hubiera o no lucrado prestaciones por desempleo, en primer lugar porque éstas constituyen un derecho que no es obligado pretender, y para cuya obtención son exigibles unos requisitos entre los que se encuentran los de suficiencia de cotizaciones que en algunos supuestos pudieran no darse.⁶⁷⁹

En caso de pluriempleo, en base al art. 32.1 de la Orden de 13 de febrero de 1967, anteriormente mencionada, la STS de 22 de julio de 1998, (RJ 1998\8545);⁶⁸⁰ en el supuesto de hecho de un accidente de trabajo ocurrido a un trabajador pluriempleado, considera que si la muerte tuvo lugar por accidente laboral en una empresa, la consideración de tal contingencia se extiende a la otra u otras empresas en las que prestara servicios el pluriempleado, aunque no sufriera en ellas accidente alguno.

⁶⁷⁹ De tal manera, que es lo primordial como venimos repitiendo que el esposo y padre de los solicitantes se encontraba en situación de desempleo involuntario total, cumpliéndose el presupuesto de la mencionada norma para que sea reconocido el derecho a las respectivas pensiones de viudedad y orfandad.

⁶⁸⁰ A favor: STSJ Com. Valenciana, núm. 626/2005, de 1 de marzo, (JUR 2005\165788); STSJ Madrid, núm. 363/2008, de 20 de mayo, (AS 2008\1863); STSJ Cantabria, núm. 826/2006, de 20 de septiembre, (AS 2006\2515); STSJ País Vasco, de 7 de septiembre de 1999, (AS 1999\3629).

3. Análisis de las peculiaridades de las contingencias protegidas en supuestos de pluriempleo

La normativa de la Seguridad Social aborda con claridad la regulación de la forma de cotizar, que es el terreno donde inicialmente surgió el pluriempleo, como un problema de determinación de los topes máximos de cotización y su distribución.

Sin embargo en cuanto a la acción protectora se vislumbra una cierta imprevisión o inadecuación de la normativa en vigor para hacer frente a esta combinación de varios trabajos por cuenta ajena dentro de un mismo régimen, normalmente el general (art. 120.3 LGSS).

3.1. Determinación de la base reguladora de las prestaciones

A • Norma general de determinación de la base reguladora: adición de bases de cotización simultáneas

Para el cálculo de la base reguladora en situación de pluriempleo se adicionan las bases de cotización simultáneas. En el Régimen General, el art. 120.3 LGSS establece que la base reguladora se determina en función de la suma de las bases por las que se haya cotizado.

Para el resto de regímenes de Seguridad Social, en el supuesto hipotético de que se pudiera admitir la posibilidad del pluriempleo en el seno de los regímenes especiales, hay que realizar las siguientes matizaciones:⁶⁸¹

1. En ninguno de los regímenes especiales existen referencias expresas al mecanismo para determinar la base reguladora en caso de pluriempleo.

2. Algunos regímenes remiten al régimen general la determinación de las bases reguladoras, lo cual significa que les será aplicable el art. 120.3 LGSS: es decir adición de bases de cotización simultáneas.

3. Los regímenes especiales con sistemas de cotización tarifados o fijos no admiten la posibilidad de adición de bases de cotización para determinar una cuantía única de la base reguladora.

4. Será posible la adición cuando la cotización se produzca respecto a conceptos retributivos reales, lo cual sucede con los trabajadores por cuenta ajena retribuidos a salario o a la parte del régimen especial del mar que presten servicios en embarcaciones dedicadas al transporte marítimo, que trabajan en embarcaciones pesqueras de más de 150 toneladas o que, sin estar incluidos en las anteriores situaciones opten, por acuerdo

⁶⁸¹ **Ballester Pastor, M.A.**, “La acción protectora en pluriempleo con relación a la normativa sobre trabajo a tiempo parcial”. Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica nº 18 año 2003, págs. 272 y 273.

con sus empresarios, por cotizar en la misma cuantía que los retribuidos a salario. (Bloque de cotización 1º del art. 54 del RD 2064/1995).⁶⁸²

El art. 52 RD 2064/1995 establece que las reglas de cotización aplicables a estos trabajadores son las mismas que las correspondientes a los trabajadores del régimen general, es decir conforme a la retribución realmente percibida y atendiendo a los mismos límites máximos y mínimos.⁶⁸³

A ellos se les aplican bases de cotización variables atendiendo a la cuantía retributiva real y la acción protectora se remite a las normas del régimen general (adición de bases de cotización simultáneas).

5. No procede la adición, cuando el régimen de Seguridad Social aplicable no admite la configuración variable de bases de cotización en función de la cuantía efectiva de las retribuciones al producirse la cotización conforme a bases tarifadas, lo que tiene lugar en los siguientes casos:

- 1). Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Art. 43.2. RD 2064/1995.
- 2). Régimen Especial de Empleados del Hogar. Art. 47 RD 2064/1995.
- 3). Régimen Especial Agrario. Arts. 36.2 y 38.2 RD 2064/1995
- 4). Trabajadores por cuenta ajena del mar retribuidos a la parte que no coticen conforme a las retribuciones reales al no encontrarse en el Bloque de cotización 1º del art. 54. Art. 52.1. RD 2064/1995.
- 5) Régimen especial de la minería del carbón, puesto que sus trabajadores cotizan por cuantías fijas con bases normalizadas. Art. 57.2 RD 2064/1995.

6. En caso del RGSS, Régimen Especial de la minería del carbón y trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, la DA 7ª, apartado 3 de la LGSS, establece las siguientes reglas:

1º). La base reguladora se establece conforme a las reglas ordinarias aplicables al trabajo a tiempo completo.

2º). La base reguladora para la prestación de maternidad, es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización del año anterior entre 365.

3º). La integración de lagunas de cotización en las pensiones de jubilación e Incapacidad Permanente se realiza con la base mínima de entre las aplicables en cada momento correspondiente al número de horas contratadas en último término.

⁶⁸² de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

⁶⁸³ El límite máximo de las bases de cotización será único para todas las actividades, categorías profesionales y contingencias comprendidas en el Régimen o en los Regímenes de que se trate y se aplicará cualquiera que sea el número de horas trabajadas, incluidos los supuestos de pluriempleo, pero no los de pluriactividad. Art. 9.1.1. RD 2064/1995.

4º). El tiempo de cotización que resulte acreditado al aplicar las normas específicas para determinar el tiempo cotizado, se aplica para la concreción del porcentaje aplicable a la pensión de jubilación, considerándose como años completos las fracciones de los mismos.

B • Normas especiales

a). Determinación de la base reguladora de prestaciones correspondientes al pluriempleo, en caso de que uno de los empleos se realice a tiempo completo

- En caso de que al menos uno de los empleos sea realizado a tiempo completo, para la determinación de los derechos ligados a eventuales pensiones futuras hay que tener en cuenta las siguientes reglas:

1) Resultan irrelevantes las cotizaciones por el empleo a tiempo parcial simultáneas al empleo a tiempo completo, puesto que se aplica el límite máximo. No podría computarse un nº de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo. Art. 3.6 RD 1131/2002.

2) Sí se aplican las normas específicas del contrato a tiempo parcial, si no hay superposición temporal entre el trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial.

Durante los días en que se mantuvo vigente el contrato a tiempo parcial exclusivamente, se aplican los mecanismos correctores para el cálculo del período de carencia, es decir equivalencia de días teóricos y coeficiente del 1,5; pero para tales días no puede concluirse en un período de cotización superior al que resultaría si la prestación de servicios se hubiera realizado a tiempo completo.

3) La determinación de la base reguladora deriva de la cuantía de las bases de cotización mensuales adicionales y eventualmente variables, realizándose el cálculo de la cuantía de las mismas en atención a las normas concretas para cada pensión.

4) La cobertura de lagunas depende del empleo realizado en último lugar,⁶⁸⁴ ex DA. 7ª LGSS, si fue a tiempo completo la base mínima es la establecida en cada momento para los trabajadores mayores de 18 años (arts. 162.1.2 LGSS para jubilación y 140.4 LGSS para Incapacidad Permanente).

⁶⁸⁴ Hay que entender que la alusión de la DA 7ª las horas contratadas en último término, no son las inmediatamente anteriores al hecho causante, sino las que precedieron a cada situación de vacío de cotización, ya que de no ser así, en caso de ser trabajos de menor entidad realizados de modo inmediatamente anterior al hecho causante no sería proporcionado. **Ballester Pastor, M.A.**, “La acción protectora en pluriempleo con relación a la normativa sobre trabajo a tiempo parcial”. Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica nº 18 año 2003, págs. 283 y 284.

b). Prestación de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural; procedente de varios trabajos a tiempo parcial

En el caso del RGSS, minería del carbón y trabajadores del mar por cuenta ajena, la DA 7ª de la LGSS, establece que para determinar el período de carencia, hay que aplicar la regla de la equivalencia para días teóricos del art. 3 RD 1131/2002, por adición de todos los períodos cotizados en situación de pluriempleo, según el art. 3.5 RD 1131/2002, pero con el tope del período que hubiera resultado si el trabajo se hubiera desempeñado a tiempo completo (art. 3.6 RD 1131/2002).

Para determinar la carencia cualificada, el art. 3.1.2º párrafo del RD 1131/2002, establece que el lapso se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente.

La LO 3/2007, (DA 18ª) ha extendido la obligación de cotizar a las situaciones de paternidad y riesgo durante la lactancia natural, al ampliar los términos del apartado 4 art. 106 y también se amplía respecto a las condiciones de acceso a las prestaciones, apartado 3 art. 124: *“Las cuotas correspondientes a la situación de incapacidad temporal, maternidad, de paternidad, de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural serán computables a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones”*.

b₁). Incapacidad Temporal

Si un trabajador realiza simultáneamente más de una actividad a tiempo parcial, se adicionan las bases reguladoras de los trabajos realizados que se encuentren afectados por la merma de capacidad profesional del pluriempleado, (art. 120.3 LGSS), tanto las aplicadas efectivamente, como las que debían haberse aplicado, ya que en caso de error al calcular la base reguladora de la Incapacidad Temporal, se permite la revisión para la prestación de Incapacidad Permanente parcial.⁶⁸⁵

En este caso la base reguladora es el resultado de dividir las sumas de las bases de cotización durante los 3 meses anteriores entre el nº de días efectivamente trabajados. El art. 4 a) RD 1131/2002, que es el que lo contempla, habla de empresa en singular, sin considerar la situación de pluriempleo, pero en caso de esta situación debemos sumar las bases correspondientes a todas las empresas que puedan estar implicadas en las actividades que hayan causado esta situación del trabajador.

La percepción de la prestación se realiza por las mismas jornadas durante las que el trabajador estuviera contratado, lo cuál permite la percepción de esta durante el tiempo establecido de trabajo efectivo para todos y cada uno de los empleos.

⁶⁸⁵ STSJ Galicia de 30 de enero de 1992, (AS 1992\239).

Así se genera una base reguladora diaria cuya cuantía es parecida a la retribución diaria real durante los días en que trabajó, o por lo menos a la media, en caso de que la duración de las jornadas fuera irregular.

Si el trabajo se presta de forma alterna en distintos días para distintos empresarios, la base reguladora no estaría constituida por la base de cotización específica de cada empleo por cada día, sino por el promedio diario de todos los trabajos realizados que corresponda a los 3 meses previos, percibiéndose la prestación todos los días en que existiera prestación efectiva de servicios.

b₂). Maternidad y Paternidad

Respecto a la maternidad, según la DA 7^a, apartado 1. 3^a de la LGSS, el promedio para hallar la base reguladora se obtiene a partir de la división entre las bases de cotización correspondientes al año anterior entre 365, percibiéndose el subsidio durante todos los días en que la trabajadora permanece en esta situación, con independencia de cuándo estuviera pactada la prestación de servicios.

Al percibirse durante todos estos días, se establece este mecanismo para compensar la disminución diaria con respecto a lo que se percibiría por Incapacidad Temporal, ya que al coincidir la base reguladora de la prestación con la base de cotización durante la situación de maternidad, por el art. 65.3 RD 2064/1995, resultarían disminuidas futuras prestaciones. En el caso de la Incapacidad Temporal, la cuantía de la base reguladora diaria tiene relación más exacta con la cuantía real salarial percibida por el trabajador.

Según el art. 3.6 del RD 295/2009, de 6 de marzo, el subsidio por MATERNIDAD de naturaleza contributiva, en caso de pluriempleo o pluriactividad el beneficiario disfrutará de los descansos y prestaciones por maternidad en cada uno de los empleos de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso.

En el cálculo de las prestaciones se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación a la base reguladora del correspondiente régimen el tope máximo establecido a efectos de cotización.

En caso de disfrute compartido del permiso de maternidad deberá coincidir el número de días disfrutado en los dos empleos o actividades por el beneficiario que se encuentra en pluriempleo o pluriactividad.

El art. 9 del RD 295/2009 mencionado, establece la opción a favor del otro progenitor, y en su apartado 2, indica que en supuestos de pluriempleo o de pluriactividad de la madre, la opción que realice para el disfrute de parte del descanso en favor del otro progenitor deberá ser coincidente, en cuanto al número de días cedidos, en los dos empleos o actividades.

Otra especialidad, es que no supondría causa de denegación, anulación o suspensión de la percepción del subsidio por maternidad, cuando el beneficiario trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso, si se encontrara en régimen de jornada a tiempo parcial o en los supuestos de pluriempleo y pluriactividad, según el apartado b del art. 11, RD 295/2009.

Los periodos de percepción del subsidio se corresponderán con los periodos de descanso que, en esos casos, serán los no ocupados por la jornada a tiempo parcial o por los empleos o actividades que no dan lugar al subsidio.

Respecto al subsidio por PATERNIDAD, el apartado 4 del art. 23 del RD 295/2009, establece que en situaciones de pluriempleo, el trabajador podrá causar el subsidio en cada empleo, si disfruta el correspondiente periodo de descanso y, a efectos de base reguladora, se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización.

En los casos de pluriempleo y pluriactividad, el disfrute de los descansos y prestaciones por paternidad en cada uno de los empleos o actividades se efectuará de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso.

Según el art. 26 del mismo RD, en el apartado 3 del art. 26, relativo, al nacimiento, duración y extinción del derecho, en las situaciones de pluriempleo o pluriactividad, los subsidios por paternidad podrán iniciarse en cualquier momento de los indicados en los párrafos anteriores, por lo que podrán percibirse simultáneamente, de forma sucesiva, o separados en el tiempo.

El art. 28 también excepciona de la regla general de causa de denegación, anulación y suspensión del derecho, cuando el beneficiario trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso, los supuestos de percepción de un subsidio por paternidad en régimen de jornada a tiempo parcial o en los supuestos de pluriactividad o pluriempleo.

Los periodos de percepción del subsidio se corresponderán con los periodos de descanso que, en esos casos, serán los no ocupados por la jornada a tiempo parcial o por los empleos o actividades que no dan lugar al subsidio.

b₃). En el caso de Riesgo durante el embarazo

El apartado 1 del art. 34 del RD 295/2009, de 6 de marzo, establece que para el cálculo del subsidio por riesgo durante el embarazo, *la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, o, en su caso, equivalente a la establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, cuando el régimen de que se trate no contemple la cobertura de las contingencias*

*profesionales, tomando como referencia la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo.*⁶⁸⁶

Por otro lado, el apartado 2 de este mismo artículo establece que en las situaciones de pluriempleo se tendrán en cuenta las siguientes particularidades:⁶⁸⁷

a) Cuando la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se declare en todas las actividades que realice simultáneamente la trabajadora, para la determinación de la base reguladora del subsidio, se computarán todas sus bases de cotización en las distintas empresas, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización.

b) Si la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se declarase en una o en algunas de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no en todas, en el cálculo de la base reguladora del subsidio sólo se tomarán las bases de cotización correspondientes a las empresas en las que se produce la suspensión del contrato de trabajo, aplicando, a estos efectos, el límite que corresponda a la fracción o fracciones del tope máximo que aquéllas tengan asignado.

Se reconoce la posibilidad de fraccionar las bases y la compatibilidad entre la prestación de esta naturaleza por un empleo y el mantenimiento del trabajo por otro, en la inteligencia de que la intensidad física de las ocupaciones puede ser diversa, incluso aunque estas ocupaciones se den dentro del mismo régimen, bajo mi punto de vista.

b₄)- Riesgo durante la lactancia natural

A diferencia de lo que sucede con las demás contingencias analizadas en este apartado de la Tesis: incapacidad temporal, maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo, el RD 295/2009, no se pronuncia expresamente sobre la determinación de la base reguladora de las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural, cuando se desempeñen varios trabajos en supuestos de pluriempleo.⁶⁸⁸

Sin duda el argumento más sólido que justifica la aplicación de las normas de la situación de riesgo durante el embarazo a la situación de riesgo durante la lactancia natural, se encuentra contenida en el art. 50 del RD 295/2009, en cuyo apartado 1 establece que *la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se concederá a la mujer trabajadora en los términos, condiciones y con el procedimiento previstos en el capítulo IV para la prestación por riesgo durante el embarazo, debiendo*

⁶⁸⁶ La principal novedad en relación con la normativa inmediata anterior a la actual redacción, que venía constituida por el art. 17.1 del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, (RD derogado expresamente por la disposición derogatoria única del RD 295/2009), es que con la anterior redacción, en cualquier caso se tomaba como referencia la base reguladora establecida para IT derivada de contingencias comunes.

⁶⁸⁷ La redacción de esta prescripción normativa, contenida en el apartado 2 del art. 34 del RD 295/2009, es idéntica la que se establecía en el apartado 2º del art. 17 del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, ya derogado.

⁶⁸⁸ Tampoco se hace mención a la pluriactividad en sede de esta contingencia protegible.

entenderse referida a la distinta naturaleza del riesgo todas las previsiones contenidas en el mismo.

Al efectuar una remisión genérica y para todas las previsiones contenidas en el capítulo IV, resulta indiscutible su aplicación a la situación de riesgo durante la lactancia natural.⁶⁸⁹

Otro argumento que justificaría su aplicación analógica se encuentra en la misma Exposición de Motivos del RD 295/2009, que reconoce que el régimen jurídico de esta prestación por riesgo durante la lactancia natural, se afronta, en este RD en paralelo con el previsto respecto del subsidio por riesgo durante el embarazo, ya que su concesión, por mandato legal, (el contenido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo), se realiza en las mismas condiciones que éste.

c). Prestación de Incapacidad Permanente procedente de varios trabajos a tiempo parcial

1. Si la Incapacidad Permanente es parcial, la base reguladora coincide con la que se haya establecido para el cálculo de la Incapacidad Temporal, ex RD 1646/1972 de 23 de junio de 1972, art. 9.

Así pues, si la Incapacidad Temporal se produce para todos los trabajos que el pluriempleado venía desempeñando y la Incapacidad Permanente Parcial también se refiere a todos los empleos, la base reguladora va a estar formada por la suma de las bases de cotización de todos ellos.

Si la Incapacidad Permanente Parcial no se refiere a todos los trabajos, no tienen lugar problemas de incompatibilidades que tenían lugar en supuestos de Incapacidad Temporal del trabajador pluriempleado, lo cual implica que la base reguladora va a estar constituida por la suma de las cotizaciones de aquellas actividades para las que esté incapacitado, sin que se tengan en consideración para el cálculo de la prestación las bases reguladoras de las eventuales incapacidades temporales que puedan existir por los empleos que no hayan conllevado la Incapacidad Permanente parcial.

2. En caso de Incapacidad Permanente total, se aplica la misma regla, ya que la adición de las bases de cotización será la que corresponda a las actividades a las que se refiera la incapacidad para la *profesión habitual* objeto de Incapacidad Permanente, luego para determinar a qué profesiones nos estamos refiriendo hemos de precisar el

⁶⁸⁹ Incluso en el caso de que no se hubiera previsto esta remisión genérica, se podría plantear la cuestión de si cabría la aplicación analógica del apartado 2 del art. 34 del RD 295/2009, precepto regulador de la situación de pluriempleo en el ámbito de la contingencia de riesgo durante el embarazo, en esta sede.

Bajo mi punto de vista, se podría concluir que sí resultaría de aplicación tal prescripción, sería razonable su aplicación analógica, ya que considero que concurren una identidad de razón y un término de comparación entre ambas contingencias, muy similares.

En cualquier caso, al remitirse expresamente a la regulación del capítulo IV de este mismo RD, y en su totalidad, es indiscutible su aplicación en esta sede.

concepto de *profesión habitual*, pero la jurisprudencia a la hora de precisar este concepto, no está pensando en la situación de pluriempleo.⁶⁹⁰

En este sentido, la STS de 23 de febrero de 2006, (RJ 2006\2093); considera profesión habitual la desarrollada al tiempo del accidente, no la segunda actividad.⁶⁹¹

De forma reiterada, ha establecido esta Sala, que la referencia a dicha profesión anterior se hace a todas las funciones propias de dicha profesión, o como dijo la STS 17-1-1989, (RJ 1989, 259), «la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle», lo que significa que –como ha reiterado esta Sala en SSTS 12-2-2003, (RJ 2003, 3311), (Rec.– 861/02); ó 27-4-2005, (RJ 2005, 6134), (Rec.– 998/04) contemplando supuestos semejantes al que ahora nos ocupa– no solo hay que tener en cuenta a la hora de resolver sobre una demanda de invalidez cuáles eran las funciones o trabajos concretos que el trabajador afectado pudiera estar desarrollando antes o las que pueda estar realizando después del accidente sino todas las que integran objetivamente su «profesión», las cuales vienen delimitadas en ocasiones por las de su propia categoría profesional o en otras las de su grupo profesional, según los casos y el alcance que en cada caso tenga el «ius variandi» empresarial de conformidad con la normativa laboral aplicable.

La **Ley 26/2009**, de 23 de diciembre de PGE, ha dado una nueva redacción al art. 140 de la LGSS, en virtud de su Disposición Final 3 Siete.

Destaca por sus eventuales repercusiones en las situaciones de pluriempleo, concretamente en materia de determinación de la base reguladora, la vigente redacción del apartado 4 del art. 140, que establece que si en el período que hay que tomar para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiera existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de 18 años.

En los supuestos en que alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista sólo durante una parte del mismo, procederá la integración señalada en el párrafo anterior, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto la integración alcanzará hasta esta última cuantía.

⁶⁹⁰ La STS de 17 de enero de 1989, (AS 1989\259), consideró vinculado el concepto a las funciones susceptibles de ser realizadas por el trabajador según su clasificación profesional así como a las posibilidades de movilidad funcional derivadas de aplicar el art. 39 ET.

⁶⁹¹ En el mismo sentido: STS 25 de marzo de 2009, (RJ 2009\2878); STS de 10 de junio de 2008, (RJ 2008\5153); STS de 28 de febrero de 2005, (RJ 2005\5296); STS de 27 de abril de 2005, (RJ 2005\6134).

d). Pensión de jubilación procedente de varios trabajos a tiempo parcial en situación de pluriempleo

El RD 144/1999 en su art. 11.3, establecía que en el cálculo de la base reguladora se incluyeran sólo las bases de cotización correspondientes al trabajo desempeñado hasta entonces a jornada completa, en muestra de que no era posible la jubilación parcial del pluriempleado con dos empleos a tiempo completo.

d₁)- Art. 162.5 LGSS. La actual no exigencia de la superposición final. Estudio comparativo de la redacción vigente y la anterior

El art. 162.5 LGSS, modificado por la DA 48^a Ley 30/2005 de PGE, establece para la pensión de jubilación un requisito adicional para determinar la base reguladora en el supuesto de pluriempleo:

“A efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación en las situaciones de pluriempleo, las bases por las que se haya cotizado a las diversas empresas sólo se computarán en su totalidad sin que la suma de dichas bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento” Art. 162.5. LGSS, modificado por la Disposición Adicional 48^a de la Ley 30/2005 de PGE, con independencia de que la situación de pluriempleo se haya mantenido o no durante los 10 años anteriores al hecho causante de la pensión de jubilación.⁶⁹²

Se produce una modificación sustancial en el cálculo de la Base Reguladora que dará lugar a la pensión de jubilación en caso de pluriempleo. Antes de la reforma, se computaban en su totalidad las bases de cotización acreditadas en todos los empleos siempre que el jubilado hubiera permanecido (entre otros requisitos) en esa misma situación de pluriempleo durante los 10 años anteriores a la jubilación.

Quedan así derogadas las restricciones impuestas por el RDL 13/1981 de 20 de agosto y por la Orden de 4 de julio de 1983, en virtud de las cuales este art. exigía además: *“si se acredita la permanencia en aquella situación durante los diez años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante”*.⁶⁹³

⁶⁹² **D’ Anjou Andrés, G.**, “Reformas introducidas en materia de Seguridad Social por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 (Ley 30/2005, de 29 de diciembre”. Editorial La Ley. Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, N° 10, Sección Colaboraciones, quincena del 30 de mayo al 14 de junio de 2006. Ref. 1960/2006. Documento en soporte electrónico: laleydigital.es 1983/2006. Pág. 1.

⁶⁹³ Si el pluriempleo se había producido durante, al menos 10 años antes de la fecha del hecho causante de la jubilación, la base reguladora no requería posteriores limitaciones. En caso de que no hubiera sido así, se aplicaban unas reducciones a la base reguladora contenidas en la OM de 4 de julio de 1983:

1) Había que tomar el 100% de las bases de cotización correspondientes a los empleos en los que el trabajador haya permanecido en alta o situación asimilada, durante los 10 años inmediatamente anteriores a la jubilación.

2) Los demás importes se dividían para cada empleo entre 3650, con la finalidad de hallar el promedio diario de los 10 años. El resultado se multiplica por el número de días efectivamente cotizados.

Además, hay que tener en cuenta que con carácter general, para el supuesto de único empleo, el párrafo 1 del apartado 1, así como el punto 1.1 del art. 162, han sido modificados por la DF 3.9 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de PGE, estableciendo su redacción actual, que la base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será el cociente que resulte de dividir por 210, las bases de cotización del interesado durante los 180 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante, mientras que en el apartado 1.1 se establecen las reglas por las que se expresa la fórmula matemática de determinación de la misma, a cuya redacción me remito.

d₂)- Problemática de aplicar las cotizaciones ficticias para un solo empleo

El problema de los incrementos en las bases reguladoras en períodos inmediatamente anteriores al acceso a la jubilación, se agudiza en el caso del pluriempleo. Por ello se exigía la acreditación de la permanencia en la situación de pluriempleo durante los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.⁶⁹⁴

Otra cuestión que se plantea en relación a este problema es el caso de que durante esos 2 años antes de la jubilación se desempeñe un único puesto de trabajo.

Se puede detectar fácilmente el ánimo fraudulento en los aumentos retributivos de alcance general, si la naturaleza de la actividad no se ha modificado,⁶⁹⁵ pero si el incremento responde a un nuevo empleo, podría a simple vista, ser legítimo.

3) La suma de la base de cotización del trabajo principal y la de los trabajos secundarios constituía la base reguladora final.

A la actividad principal no se le aplicaba ninguna penalización, computaba al 100%, las reducciones sólo se aplicaban a las actividades complementarias. Pero ¿qué actividad es principal y cuál es secundaria? Según esta OM de 4 de julio de 1983, sería trabajo principal aquel en el que el trabajador hubiera estado en alta durante todo el período de 10 años. En caso de que en ninguno de los empleos secundarios existiera una cotización continua durante 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante, se consideraría actividad principal aquella que obtuviera las bases de cotización mayores.

La finalidad de este mecanismo reductor era evitar que se incrementara a última hora de forma fraudulenta la base reguladora a través de empleos ficticios, tal y como se expresaba en le Exposición de Motivos de esta Orden. Su carácter era complementario al establecido en el art. 162.2 LGSS, en virtud del cuál no resultaban computables los incrementos en las bases de cotización que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual del convenio colectivo aplicable, producidos en los 2 años inmediatamente anteriores al hecho causante de la pensión contributiva de jubilación en el RGSS así como en el ámbito interno de cada uno de los regímenes especiales, puesto que en virtud de la DA 8ª LGSS, les resultaba de aplicación.

En otro caso, sólo se acumularía la parte proporcional de las bases de cotización que corresponda al tiempo realmente cotizado en situación de pluriempleo dentro de aquel período, en la forma que se determine por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales”.

⁶⁹⁴ En el apartado anterior se ha comentado su supresión en la redacción vigente.

⁶⁹⁵ Un ejemplo de ello es la STS de 30 de enero de 2001, (RJ 2001\2135), considera que existe fraude y no admite los incrementos artificiales anteriores a los dos años, siendo irrelevante que sea anterior a este plazo.

Al respecto el art. 162.3 LGSS establece que es posible que los incrementos que responden a una mejora en la situación profesional del trabajador con un único empleo, permitan legítimamente incrementar las bases de cotización durante los dos años anteriores al hecho de la jubilación, sobre todo en caso de que al existir un nuevo empresario se dificultan acuerdos fraudulentos.

Art. 162. 3. Se exceptúan de la norma general establecida en el apartado anterior los incrementos salariales que sean consecuencia de la aplicación estricta de las normas contenidas en disposiciones legales y convenios colectivos sobre antigüedad y ascensos reglamentarios de categoría profesional.

No obstante, la referida norma general será de aplicación cuando dichos incrementos salariales se produzcan exclusivamente por decisión unilateral de la empresa en virtud de sus facultades organizativas.⁶⁹⁶

Quedarán asimismo exceptuados, en los términos contenidos en el párrafo anterior, aquellos incrementos salariales que deriven de cualquier otro concepto retributivo establecido con carácter general y regulado en las citadas disposiciones legales o convenios colectivos.

El apartado 4 del art. 162, establece que *“no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en ningún caso se computarán aquellos incrementos salariales que excedan del límite establecido en el apartado 2 del presente artículo y que hayan sido pactados exclusiva o fundamentalmente en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la jubilación”*.

En el mismo sentido: STS de 8 de abril de 1992, (RJ 1992\2611); STS de 23 de noviembre de 2006, (RJ 2006\9113); STS de 24 de junio de 2002, (RJ 2002\9899); STS de 27 de octubre de 1998, (RJ 1998\9046); STS de 8 de febrero de 1993, (RJ 1993\753) y STSJ Cataluña de 13 de julio de 1999, (Ar. 3427).

Destaca el FJ 2º de la STS de 23 de noviembre de 2006, (RJ 2006\9113); que afirma que la Sala ha establecido ya doctrina en sentido contrario a la pretensión del recurrente en sus sentencias de 22 de abril de 1998 (RJ 1998, 2697), 27 de octubre de 1998, (RJ 1998, 9046), 30 de enero de 2001, (RJ 2001, 2135) y 12 de marzo de 2003, (RJ 2003, 3642).

En estas sentencias se establece que «la limitación a dos años para el cómputo de los incrementos de las bases de cotización, que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo, como establece actualmente el artículo 162.2 de la Ley General de la Seguridad Social, no puede ser motivo para que en estos casos no se amplíe dicha reducción a todo el período en el que se ha cometido el abuso, pues lo contrario supondría autorizar el fraude.

Añaden dichas sentencias que «la misma conclusión se alcanza con la aplicación de lo dispuesto en los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, en cuanto prescriben el fraude y no amparan el abuso del derecho o el ejercicio anormal del mismo cuando en períodos próximos a la jubilación, los salarios comprendidos en el período de tiempo necesario para el cálculo de las bases reguladoras de la pensión no se ajustaban a los que al actor le hubieran correspondido percibir, y no tienen otra finalidad que la de conseguir una pensión superior a la que en realidad correspondería aplicando unos incrementos objetivamente razonables o normales».

⁶⁹⁶ Si se trata de incrementos salariales resultado exclusivo de decisiones unilaterales del empresario en virtud de sus facultades organizativas, el art. 162.3 párrafo 2º establece que no se podría incrementar la base reguladora.

d₃)- Especialidades en la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, procedente de varios trabajos a tiempo parcial

La aplicación de los mecanismos de reducción proporcional de las bases reguladoras, en caso de no superponerse al menos 10 años cotizados, planteaba, en la redacción anterior, la cuestión de si resultaría aplicable en el caso de lagunas de cotización, ya que la finalidad del mecanismo corrector era evitar incrementos ficticios en las de cotización y la existencia de estas lagunas no es consecuencia de estas ficciones y aplicar este mecanismo, en este caso, produciría un efecto contrario al perseguido por la normativa de la contratación a tiempo parcial, que entre otras finalidades pretende suplir estas lagunas, para asimilar al trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo.⁶⁹⁷

El art. 162.1.2 LGSS, establece al respecto en su redacción actual, que si en el período que ha de tenerse en cuenta para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuáles no hubiera existido obligación de cotizar, las lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de 18 años. Esto significa que las lagunas se integran según la cuantía proporcional por horas de las bases mínimas de cotización.

Siguiendo la redacción anterior del art. 162.5 de la LGSS, si las bases de cotización globales se mantenían durante 10 años como consecuencia de sucesivos empleos distintos con distintas empresas, a cada una de ellas debían aplicarse los criterios reductores de la OM de 4 de julio de 1983, lo que conllevaría una reducción de la base reguladora, aunque no hubiera indicios de incremento fraudulento.

Esta solución no parecía acertada atendiendo al espíritu y finalidad de las normas que estamos examinando, lo que había llevado a cierta doctrina judicial,⁶⁹⁸ a utilizar a su vez mecanismos correctores para evitar la aplicación de esta OM, cuando había un mantenimiento (en el sentido de que no haya un incremento), durante 10 años de la cuantía global de las bases de cotización, puesto que por ello no se beneficia al pluriempleado y la aplicación de la OM conllevaría una discriminación con respecto a un trabajador que cotizara lo mismo pero en una única empresa.⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ Las normas aplicables a los trabajadores a tiempo parcial contenidas en la LGSS se recogen en la DA 7ª. Entre otras cuestiones se establece que se considerarán integrantes de la base de cotización las horas complementarias, con las mismas bases y tipos que las ordinarias.

⁶⁹⁸ STSJ Cataluña de 18 de noviembre de 1998, (Ar. 6914).

⁶⁹⁹ Actualmente, tal y como hemos analizado en el apartado anterior, esta Orden de 4 de julio de 1983, ha quedado derogada por la Disposición 48ª de la Ley 30/1995 de la LPGE.

d4)- Referencia a la problemática, ya inexistente, de la integración de lagunas de cotización de los contratos a tiempo parcial inferiores a 12 horas semanales ó 48 horas al mes

Los contratos a tiempo parcial inferiores a 12 horas semanales o 48 horas al mes regulados en el RD ley 18/1993,⁷⁰⁰ estaban excluidos de la cotización, a efectos de contingencias comunes, incluida la jubilación.

En estos supuestos, cuando en la carrera de seguro de un trabajador aparecían períodos trabajados a tiempo parcial con una jornada inferior a los límites señalados, se producían lagunas de cotización en las que por disposición legal no había posibilidad de cotizar por la contingencia de jubilación. Por ello la Orden de 18/07/1991, reguladora del convenio especial en el sistema de Seguridad Social, les permitía suscribir este convenio para completar la cotización reducida derivada de este tipo de contratos.

La configuración del trabajo a tiempo parcial nacida de la Ley 63/1997 y hecha efectiva por el RD 489/1998 de 27 de marzo, equipara a los trabajadores a tiempo parcial, cualquiera que sea su jornada de trabajo, con los trabajadores a tiempo completo y hace inaplicable la regla que establecía que el trabajador a tiempo parcial, de carácter marginal, (es decir cuya prestación de servicios sea inferior a 12 horas semanales o 48 al mes), quedaba excluido por el art. 4.3 de la ley 10/1994 de 19 de mayo, de la protección a efectos de determinadas contingencias, las derivadas de contingencias comunes, incluida la jubilación.

La desaparición de esta limitación, también queda patente tras la entrada en vigor de Disposición Adicional 48ª LPGE 30/2005 de 29 de diciembre para 2006, ya que la redacción que se da al art. 162.5 LGSS, no establece más límites que los derivados del tope máximo de cotización vigente en cada momento.

Antes de su derogación, **Maldonado Molina**,⁷⁰¹ se planteaba la cuestión de si habría que integrar estos períodos, la forma de realizar la integración, en caso de que procediera ésta, o si se debería acudir a otra solución. Este autor consideraba que no era conveniente la integración, por dos razones:

1. Si había bases por las que se hubiera cotizado no podía considerarse laguna de cotización sino una cotización legalmente limitada.

⁷⁰⁰ Art. 4.3, *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. En el supuesto de trabajadores cuya prestación efectiva de servicios sea inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho al mes, los derechos de protección social sólo incluirán las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, asistencia sanitaria por contingencias comunes y Fondo de Garantía Salarial.*

⁷⁰¹ **Maldonado Molina, J. A.**, “*La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2002. Págs. 323 y 324.

2. Si se admitiera la integración habría que acudir a las bases mínimas que para el trabajo a tiempo parcial marginal, eran las mismas que para el trabajo a tiempo completo, y se daría mejor tratamiento a los contratos a tiempo parcial que a los ordinarios.

Por ello propuso aplicar la doctrina del paréntesis, ideada para períodos de carencia específicos, pero cuyo ámbito de aplicación fue extendido por el TS al cálculo de la base reguladora.

Las sentencias STS de 7 de febrero de 2000, (RJ 2000/1610), 18 de julio de 2000, (RJ 2000/9664), 4 de octubre de 2000, (RJ 2001/1411), entre otras, han proclamado la doctrina del paréntesis en todos los supuestos en que no existió obligación de cotizar.

En otras sentencias del TS, vgr: la de 05 de febrero de 2001, (RJ 2001/2142) y 7 de junio de 2001, (RJ 2001/5500), se ha aplicado este criterio a supuestos en los que posteriormente a la existencia de un período en que no existiera la obligación de cotizar les siguiera otro período de alta con la consiguiente cotización.

Esta segunda interpretación era beneficiosa si existían períodos de cotización previos y más aún si lo eran a tiempo completo, pero tenía inconvenientes:

1) El supuesto de hecho contemplado en ella, todavía no se ha extendido por el TS la aplicación de la doctrina del paréntesis, aunque dada la identidad de razón pueda llegar a producirse tal aplicación, debido al carácter excepcional de la misma y las previsiones legales al respecto, hacen de difícil extensión sin más, esta solución.

2) Esta doctrina no podría aplicarse al supuesto hipotético, pero posible de que no existan períodos previos de cotización y por tanto no existan bases reguladoras previas a dichas lagunas, o aun existiendo, los mismos sean insuficientes.

En caso de no existir este período previo de cotización, no sería aplicable la doctrina del paréntesis, sólo se podría aplicar la integración de lagunas.

Pero se planteaba la cuestión de qué base de cotización habría que integrar. No servía la solución del RD 1131/2002, porque no existían horas contratadas en último término. La solución sería aplicar las normas generales, las bases mínimas vigentes en cada momento para trabajadores a tiempo completo, lo mismo que ocurriría en el supuesto hipotético de tener que integrar lagunas de cotización de trabajadores a tiempo completo que no hubieran cotizado nunca antes a dichos períodos a integrar.

La norma general era la establecida en la DA 7º 1.3ª LGSS y el art. 1.1. RD 1131/2002: a las bases de cotización acreditadas en los últimos 15 años habría que aplicarles la fórmula del art. 162 LGSS. En caso de realizar dos o más trabajos a tiempo parcial o alguno o algunos a tiempo parcial y otro a tiempo completo, se sumarían todas las bases de cotización, con el límite del tope vigente en cada momento para la base de cotización. Art. 120 LGSS.

3) Si existieran períodos previos de cotización estaríamos ante la hipótesis general en la que piensan las normas especiales aplicables a trabajadores contratados a tiempo parcial, integración de lagunas conforme a las horas contratadas en último término, lo que permitiría sin más aplicar la integración de lagunas, ya sea con bases mínimas completas, en caso de que las horas contratadas en último término lo fueran a tiempo completo, o bien con las bases proporcionales que correspondan si lo fueron a tiempo parcial.

Negar tal posibilidad hubiera supuesto otorgar peor condición a quienes se han esforzado por encontrar un trabajo, aunque fuera marginal, con respecto a los que no lo hubieran hecho.

d₅)- Pensión de jubilación parcial anticipada y trabajo a tiempo parcial

El RD 1131/2002 en su art. 12. 3 establece que *“en los supuestos de pluriempleo, para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación parcial, sólo se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes al trabajo desempeñado hasta dicho momento y que es objeto de la correspondiente reducción de jornada”*.

La pensión de jubilación parcial sólo se calculará sobre el trabajo desempeñado en jornada completa que experimenta la reducción, porque el jubilado podrá compatibilizar estos otros empleos con el que da lugar a la jubilación parcial.

Cuando el jubilado parcial alcance la edad ordinaria o anticipada de la jubilación se procederá a recalcular la cuantía de la pensión, computándose las bases de cotización correspondientes al período de jubilación parcial incrementadas hasta el 100%, como si se hubiera trabajado a tiempo completo, a la que en su caso habrá que sumar las bases correspondientes a los otros trabajos a tiempo parcial compatibles con la jubilación parcial, como procedería si hubiera simultaneado un trabajo a tiempo completo con otros a tiempo parcial, con sujeción a las normas especiales que regulan el pluriempleo.

A estas bases les serán de aplicación los porcentajes correspondientes a tiempo real de cotización incluido el transcurrido entre la jubilación parcial y la ordinaria.

El art. 162.5 LGSS establece la posibilidad de computar de forma acumulada, las diversas bases de cotización efectuadas durante la situación de pluriempleo a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, sin que la suma de dichas bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento.

Con anterioridad a la redacción actual del apartado 5 del art. 162 LGSS, efectuada por la DA 48.5 de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, (de entrada en vigor el 1 de enero de 2006), las bases por las que se hubiera cotizado a las diversas empresas sólo se computaban en su totalidad, si se acreditaba la permanencia durante los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, de no ser así, sólo se acumulaba la parte proporcional de las bases de cotización que correspondieran al

tiempo efectivamente cotizado en situación de pluriempleo, dentro que aquel periodo, en la forma que se determinara por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

En los supuestos de trabajo a tiempo parcial simultáneo con la percepción de subsidio para mayores de 52 años, (período que el INEM computaba para la contingencia de jubilación si se reunía el requisito de haber permanecido los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante en situación de pluriempleo), se negó la posibilidad de computar lo cotizado por el INEM, por la STSJ Galicia de 15 de diciembre de 2000, (JUR 2001, 12790), por no poder equipararse la situación de desempleo subsidiado simultaneada con trabajo a tiempo parcial en una empresa, con la situación de pluriempleo.

e). Determinación de la base reguladora para las contingencias de Viudedad y Orfandad, en caso de pluriempleo

Siguen vigentes los arts. 32 y 33, contenidos en el capítulo VIII de la Orden de 13 de febrero de 1967,⁷⁰² que establecen las normas aplicables en estas contingencias para la situación de pluriempleo.

Artículo 32. Base reguladora. 1. Para la determinación de la base reguladora de las prestaciones por muerte y supervivencia, en caso de pluriempleo del causante, se computarán todas sus bases de cotización en las distintas Empresas, siendo de aplicación a la base reguladora así determinada el tope máximo establecido a efectos de cotización.

2. Salvo en el caso de fallecimiento debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional, las prestaciones por muerte y supervivencia se abonarán íntegramente por una sola Mutualidad Laboral. Dicha Mutualidad será aquella en que el causante tuviese una base de cotización de cuantía superior en el mes inmediatamente anterior al de su fallecimiento y, a igualdad de bases, la Mutualidad que hubiera reconocido el derecho al subsidio de defunción.

3. En el supuesto de que el fallecimiento sea debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional, el importe de los subsidios o del capital coste de las pensiones se prorrateará entre las diversas Mutualidades Laborales y Mutuas patronales, en su caso, que cubran dichas contingencias en función de las respectivas bases de cotización del causante.

Artículo 33. Reconocimiento del derecho y pago de las prestaciones. El reconocimiento del derecho a las prestaciones a que la presente Orden se refiere y el pago de las mismas en las situaciones de pluriempleo, se llevará a cabo, según la contingencia que haya originado el fallecimiento del causante, de acuerdo con las siguientes normas:

⁷⁰² Reglamento de las prestaciones por muerte y supervivencia.

- a) *Cuando la muerte sea debida a enfermedad común o accidente no laboral, el reconocimiento y pago de las prestaciones se llevará a cabo por una sola Mutualidad Laboral; dicha Mutualidad será aquella en que el causante tuviese una base de cotización de cuantía superior en el mes inmediatamente anterior al de su fallecimiento y, a igualdad de bases, la Mutualidad que hubiera reconocido el derecho al subsidio de defunción.*
- b) *Cuando la muerte sea debida a accidente de trabajo, el reconocimiento y pago de las prestaciones se llevará a cabo por la Mutualidad Laboral o Mutua patronal, en su caso, que cubriese la indicada contingencia en la Empresa en la que se hubiera producido el accidente, y el importe de las prestaciones satisfechas, incluido el del capital coste de las pensiones, se prorrateará, en proporción a las respectivas bases por las que viniese cotizando el causante, entre todas las Mutualidades laborales o Mutuas patronales, en su caso, que cubrieran la citada contingencia en las distintas Empresas en las que se diese la situación de pluriempleo.*
- c) *Cuando la muerte sea debida a enfermedad profesional, el reconocimiento y pago de las prestaciones se llevará a cabo por el correspondiente Servicio común de la Seguridad Social, de acuerdo con las normas generales aplicables en la materia.*

En caso de que todos los trabajos se desarrollen con contratación a tiempo parcial, se computarán todas sus bases de cotización en las distintas empresas, siendo de aplicación a la base reguladora así determinada, el tope máximo establecido a efectos de cotización, (art. 32 OM 13/02/1967).

En caso de existir una prestación de servicios a tiempo completo y otra a tiempo parcial, cada una de las bases reguladoras se obtendría conforme a las normas correspondientes, la base reguladora del trabajo a tiempo completo conforme a las normas generales, y la derivada del trabajo a tiempo parcial, conforme a las normas que acabamos de mencionar. La suma de ambas bases sería la base reguladora final de las pensiones de viudedad y orfandad.

Si la muerte se produce como consecuencia de Accidente de Trabajo en una de las dos empresas, la contingencia ha de ser la de accidente de trabajo, al existir una integración unitaria de las relaciones, lo que ha de prosperar, al existir doctrina de lo social del TS en este sentido, constituida por la STS de 22 de julio de 1998, (RJ 1998, 8545).

Recordemos que cuando el causante fuera un trabajador en activo y dado de alta, o se encuentre en situación asimilada al alta, al tiempo de su fallecimiento, y este se deba a enfermedad común o accidente no laboral, la base reguladora, sería el cociente resultante de dividir entre 28, la suma de las bases de cotización del causante, durante un período ininterrumpido de 24 meses naturales, elegido por el beneficiario, dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se cause el derecho a la pensión,

aun cuando dentro del mismo, existan lapsos en los que no haya obligación de cotizar.⁷⁰³

En caso de que la muerte del trabajador haya acaecido por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el art. 9 d) de la Orden de 13 de febrero de 1967, establece al igual que en la pensión de Incapacidad Permanente,⁷⁰⁴ derivada de riesgos profesionales, que la base reguladora de la pensión de viudedad se calcula dividiendo entre 12 los salarios reales del año anterior al accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Para la determinación de la indemnización a tanto alzado, la base reguladora de la pensión se obtiene de la misma forma que la señalada para el cálculo de la pensión de viudedad y de orfandad, ya sea derivada de Accidente de Trabajo o de Enfermedad Profesional.

e1) Base reguladora de las pensiones de viudedad y orfandad derivadas de accidente no laboral con cotizaciones a tiempo parcial. Resolución de la DGSS de 5 de abril de 1994

El art. 174.1 LGSS no exige período de carencia alguno, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, por lo que aunque resulten de aplicación las mismas normas que en caso de que el trabajador fallezca por enfermedad común, puede darse el caso de que no existan bases de cotización o que sean prácticamente inexistentes, por lo que la aplicación estricta de la norma contenida en el art. 9 a) de la OM 13/06/1967 podría conducir a bases reguladoras cuyo importe fuera cero o muy próximo a cero.

Para evitar esto, la Entidad Gestora dictó la Resolución de 5 de abril de 1974 DGSS sobre determinación de la base reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia a consecuencia de accidente no laboral.

Para **Ruíz Salvador**,⁷⁰⁵ como en el resto de la normativa no existe previsión sobre el cálculo de la base reguladora para las prestaciones de viudedad y de orfandad, habrá que aplicar íntegramente la normativa establecida con carácter general, incluyendo esta Resolución, ya que del art. 7 del RD 1131/2002, se establece que a efectos del cálculo de la base reguladora en estas pensiones en lo no previsto expresamente en dicha norma se aplicarán las normas generales para la determinación de la cuantía de las pensiones.

Así lo estableció la sentencia del juzgado de lo social nº 2 de Castellón de 13 de julio de 2001, *“el precepto que contempla la cuestión del cálculo de las bases reguladoras*

⁷⁰³ Art. 9. a) de la Orden de 13 de febrero de 1967.

⁷⁰⁴ **Fernández Orrico, F. J.**, *“Prestaciones contributivas del Régimen general de la Seguridad Social”*. Ed. Laborum. 1ª ed. 2001. Pág. 288.

⁷⁰⁵ **Ruíz Salvador, J. A.**, *“Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo. Especialidades de su protección social”*. Ed. Bomarzo. Albacete. 1º ed. 2003. Pág. 167.

en los contratos a tiempo parcial, es el art. 6 del RD 144/1999 de 29 de enero,⁷⁰⁶ por el que se desarrolla en materia de acción protectora de la Seguridad Social, el RD Ley 15/1998, de 27 de noviembre de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, en cuyo párrafo 1º se establece: a los efectos del cálculo de las bases reguladoras de las pensiones de Incapacidad Permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes y de jubilación.

En lo no previsto expresamente en este RD se aplicarán las normas establecidas con carácter general para la determinación de la cuantía de las pensiones, realizando así una remisión a las normas generales sin especificación alguna, por lo que hay que estar a la normativa general contenida en el art. 9 de la Orden de 13 de febrero de 1967,(...) por lo que si la norma no impone la aplicación de estas bases mínimas horarias, no puede realizarse una interpretación no contemplada en la misma y que es más perjudicial para los beneficiarios.

Esta ST, fue recurrida en suplicación ante el TSJ de la Comunidad Valenciana, que por sentencia de 30 de mayo de 2002, ha entendido lo contrario, rec. 2785/2001, (JUR 2003\154728). Esta STSJ fue recurrida en amparo ante el TC por considerar que infringía el art. 14 de la CE, puesto que la diferencia de trato que se imputa a la entidad gestora y a la STSJ no se establece entre trabajadores de distintos regímenes de la Seguridad Social, sino ante normas que rigen con carácter general en la actuación del INSS y que se aplican de forma distinta, según que el causante de las prestaciones sea un trabajador a tiempo completo o parcial, perteneciente al mismo régimen, en este caso el general.

Según el TC en la STC 103/1983, de 22 de noviembre y STC 39/1992, de 30 de marzo, *en relación con las diferencias de trato que se produzcan en el ámbito del mismo régimen legal... corresponde justificar la diferencia al que defiende su constitucionalidad.*

Si por régimen legal se entiende no al relativo al de Seguridad Social de encuadramiento, sino de forma más amplia, el legal aplicable a trabajadores a tiempo completo, y el aplicable a trabajadores a tiempo parcial, en este caso es evidente, que no existen razones que justifiquen el trato diferenciado que se pretende aplicar.

Como la única justificación que alegó la entidad gestora era que el trabajador lo era a tiempo parcial y de ahí derivaba la necesidad de aplicar esas bases mínimas horarias, en este caso no está justificado, ya que no se exige cotización previa alguna y no existe disposición legal o reglamentaria que autorice el trato diferenciado.

⁷⁰⁶ Fue derogado por el RD 1131/2002, pero resultaba de aplicación a los hechos que se enjuiciaban en aquel momento.

No responde a diferencias reales que por ser objetivas, razonables y congruentes constituyan suficiente justificación del tratamiento desigual, STC 39/1992 de 30 de marzo, y además no tiene cobertura legal ni reglamentaria de ningún tipo.

Para **Ruíz Salvador**,⁷⁰⁷ en estas prestaciones, el principio de contribuidad no puede tener el mismo alcance y significado que el general, ya que en el art. 94.4 TRLGSS de 1974 y 124.4 del vigente TRLGSS ya se establecía que no se exigirán períodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que se deriven de accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional, salvo disposición legal expresa en contrario.

Como el RD Ley 15/1998 y el RD 1131/2002 no establecen especialidad alguna y existe remisión a las normas generales, y la entidad gestora, en la Resolución estableció que sería de aplicación la normativa general, mientras dicho problema no se regule en un nuevo reglamento de prestaciones, no se le puede dar un trato diferenciado.

e₂) Base reguladora de las pensiones de viudedad y orfandad derivadas de Enfermedad Profesional

Se produce una integración unitaria de las relaciones. STS 22/07/1998, (RJ 1998, 8545).⁷⁰⁸ El accidente o la enfermedad profesional, afectan por entero al trabajador.

El TS, en STS de 20 de diciembre de 1972, (RJ 1973/193), declaró que si la enfermedad se diagnostica con posterioridad al cese en el trabajo, para el cálculo de la base reguladora se debe tener en cuenta el promedio salarial que habría percibido el trabajador de haber permanecido en activo hasta dicha fecha, por ello habrá que tener en cuenta el salario percibido por los trabajadores con la misma categoría profesional.

En caso de que la empresa no existiera en la fecha en la que hubiera cesado la situación de alta del trabajador, según la STS de 31 de enero de 1992, (RJ 1992/139), habría que considerar los salarios establecidos en el convenio colectivo de aplicación o el salario normalizado que a la fecha del reconocimiento médico, esté fijado para la categoría profesional que ostentó en su día el inválido y sobre el mismo aplicar las mismas reglas que para el cálculo de la base reguladora derivada de Accidente de Trabajo.

e₃) Base reguladora de las pensiones de viudedad y orfandad derivadas de Accidente de Trabajo

En caso de que la causa de la muerte del trabajador haya sido un accidente de trabajo, y este trabajador prestara sus servicios en más de una empresa, sin llegar a completar en ninguna de ellas la jornada máxima legal de trabajo, o completándola de

⁷⁰⁷ **Ruíz Salvador, J. A.**, “*Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo. Especialidades de su protección social*”. Ed. Bomarzo. Albacete. 1º ed. 2003. Pág. 168.

⁷⁰⁸ A favor: STSJ C. Valenciana, núm. 626/2005 de 1 de marzo, (JUR 2005\165788), STSJ Madrid, núm. 437/2001 de 5 de abril, (AS 2001\2710).

forma alternativa, la pensión por su muerte se calcularía sobre el salario establecido por jornada máxima legal para los de su clase y categoría en las bases o reglamentaciones de trabajo que sean aplicables a la actividad laboral en que sufrió el accidente, incrementando con los conceptos complementarios que deban computarse y cuyas sumas servirán de base para el pago de las primas.⁷⁰⁹

El salario base anual de la pensión se determinará multiplicando por los 365 días del año el salario que corresponda computar en cada caso e incrementado el producto de esta operación con el importe total anual de las gratificaciones o pagas extraordinarias, tanto de carácter fijo como voluntario que sean computables.

La STS de 22 de julio de 1998,⁷¹⁰ establece que la base reguladora de la prestación por contingencias profesionales, en aquellos casos en que existe una situación de pluriempleo, no debe obtenerse en relación con la empresa en que se produjo el accidente o se adquirió la enfermedad profesional, como si el accidente laboral fuera algo referido a la empresa y no al trabajador, sino que debe calcularse sobre los salarios percibidos en las distintas empresas y, en consecuencia, respondiendo de su abono también la empresa en que no ocurrió el accidente o su Mutua aseguradora en la proporción al salario que percibía en ellas.

f). Regímenes especiales excluidos del mecanismo de corrección para el trabajo a tiempo parcial

Según la DA 7ª.2 de la LGSS, la normativa relativa a la protección social del trabajo a tiempo parcial sólo se refiere a los trabajadores del RGSS, Régimen especial de la minería del carbón y trabajadores por cuenta ajena incluidos en el régimen especial de trabajadores del mar.

Se excluyen así de esta protección los trabajadores a tiempo parcial incluidos en el Régimen Especial Agrario y REEH, dada su peculiar forma de cotización, en los que quedan diluidas las exigencias de contribuidad.⁷¹¹

En los empleados del hogar, no se aplican los beneficios correspondientes al período de carencia del trabajador a tiempo parcial por existir una base de cotización y una

⁷⁰⁹ Art. 66 Reglamento de accidentes de trabajo. La DT 1ª del Decreto 1646/1972, mantiene su vigencia de las normas aplicables, en tanto no se aprobara el Reglamento General de desarrollo de la Ley 24/1972 de 21 de junio en materia de prestaciones de Seguridad Social. Este Reglamento General todavía no se ha aprobado, por ello, el art. 60 del Reglamento de Accidentes de Trabajo establece en su norma 2ª, la forma de cálculo del salario real en la fecha del accidente. **De Sala Franco, T., Moliner Cambroner, G., Albiol Montesinos, I., Díaz Martín, S., Redondo Toraño, M.**, Atlas laboral. Base de datos CISS. Wolters Kluwer. Actualizada en marzo de 2007. Ruta de búsqueda por materias: Seguridad Social / muerte y supervivencia / pensión de viudedad / prestación económica / base reguladora / contingencias profesionales.

⁷¹⁰ Rec. 18778/1997. Ref. CISS JS 490497.

⁷¹¹ **González Ortega, S.**, “Novedades en la protección social del trabajo a tiempo parcial contenidas en el RD Ley 15/1998 y en el RD 144/1999”. Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 18, 1999, pág. 172.

cuantía fija mensual independiente de la jornada real realizada y de la retribución percibida, no se aplica más corrección que la establecida en el art. 46 RD 2064/1995, la obligación de cotizar corresponde exclusivamente al trabajador.

Sólo en caso de que las situaciones de alta o baja no coincidan con el inicio o final de mes se admite una corrección proporcional en la cuantía de la cotización.

En el ámbito del Régimen Especial Agrario, (por cuenta ajena), los trabajadores a tiempo parcial sí que disponen de bases específicas prefijadas por día en las órdenes anuales de cotización.

La cotización no se realiza por horas sino por días, por ello el cálculo de las prestaciones no requiere que se produzcan equivalencias en días teóricos de cotización, aunque esto no parece ser una razón de peso para no aplicar el coeficiente multiplicador del 1,5 que se aplica para compensar la pérdida que ha supuesto para los trabajadores a tiempo parcial la sustitución de la doctrina judicial del anterior día cotizado, por la hora efectiva realizada, en un sector con tanta irregularidad temporal como es el agrario.⁷¹²

Por carecer de cotizaciones a tiempo parcial se excluye el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, trabajadores del mar por cuenta propia y funcionarios.

C • Normativa en materia de carencia sobre pluriempleo y trabajo a tiempo parcial. Convenio especial

El convenio especial, se puede definir como un acuerdo entre un pensionista y la Seguridad Social, en virtud del cual se le considera a este en alta o situación asimilada al alta respecto a determinadas contingencias y prestaciones de cuya posible cobertura carecería sin tal convenio y /o se le facilita la ampliación de la protección dispensada con ocasión de determinadas contingencias cuya cobertura prestacional ya tenía parcialmente asegurada sin tal convenio.⁷¹³

Concepto: Ficción del Ordenamiento Jurídico que permite la conservación del alta a sujetos que han cesado temporal o definitivamente en el trabajo o actividad, en los supuestos y con el alcance previsto por las normas, evitando que las cuotas pagadas con anterioridad no tengan en el futuro efecto alguno.

⁷¹² Navarro Gallel, C., “Cotizaciones a tiempo parcial y cobertura del período de carencia: especial referencia a la pensión de jubilación”. Revista Actualidad Laboral, nº 26, año 2000. Págs. 2561 y ss.

⁷¹³ Ferrer López, M.A., “Casos Prácticos de Seguridad Social 2006”. Deusto S.A. Ediciones. Barcelona. 15ª ed. 2006. Pág. 48. Quedarían excluidas de la cobertura por convenio especial del RGSS, las contingencias comunes de Incapacidad Temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo, y las profesionales y de FOGASA, y FP. Para este autor los supuestos de convenio especial de los trabajadores a tiempo parcial, serían un supuesto especial de convenio especial, (valga la redundancia), ya que se prevén en aquellas situaciones en las que el posible suscriptor mantiene su vinculación con la Seguridad Social, respecto de todas o algunas de las prestaciones.

El art. 2 de la Orden TAS/2865/2003, establece la posibilidad de que lo suscriban los trabajadores o asimilados, en situación de pluriempleo o pluriactividad, que cesen en alguna de las actividades por cuenta ajena determinantes de la situación de pluriempleo o de pluriactividad.

La configuración del trabajo a tiempo parcial nacida de la Ley 63/1997 y hecha efectiva por el RD 489/1998, de 27 de marzo, equipara a los trabajadores a tiempo parcial, cualquiera que sea su jornada de trabajo, con los trabajadores a tiempo completo y hace inaplicable la regla que establecía que el trabajador a tiempo parcial, de carácter marginal, (es decir cuya prestación de servicios sea inferior a 12 horas semanales o 48 al mes), quedaba excluido por el art. 4.3 de la ley 10/1994 de 19 de mayo, de la protección a efectos de determinadas contingencias, las derivadas de contingencias comunes, incluida la jubilación.⁷¹⁴

Por esta razón, la Orden de 18 de julio de 1991, reguladora del convenio especial en el sistema de la Seguridad Social, les permitía suscribir un convenio especial a efectos de completar la cotización reducida derivada de este tipo de contratos.⁷¹⁵

El art. 2 a) 2º párrafo, queda inaplicable al estar condicionada la prestación de servicios del interesado inferior a 12 horas semanales o 48 horas al mes cuando sus derechos de protección social no incluyan las pensiones de invalidez permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes, así como jubilación.

El art. 1.2 RD 1131/2002 establece que *“a efectos de las prestaciones que sean objeto de cobertura mediante convenio especial y por los períodos en que éste sea simultáneo con la realización de un trabajo a tiempo parcial, quedan excluidos de la aplicación de este Real Decreto:*

a. Los trabajadores que, una vez suscrito un convenio especial, sean incluidos en el mismo régimen de la Seguridad Social, como consecuencia de un contrato a tiempo parcial.

Se impide la aplicación de los mecanismos específicos para el trabajo a tiempo parcial previstos en este RD, a los trabajadores cuyo contrato a tiempo parcial coincida en el tiempo con un convenio especial correspondiente al mismo régimen de la Seguridad Social.

⁷¹⁴ **Purcalla Bonilla, M.A., Rivas Vallejo, M.P.**, *“La contratación indefinida a tiempo parcial. Relación laboral, incentivos y su protección social”*. CISS Praxis Profesional. Valencia. Marzo 2000. Pág. 119.

⁷¹⁵ **Ferrer López, M.A.**, *“Casos Prácticos de Seguridad Social 2006”*. Deusto S.A. Ediciones. Barcelona. 15ª ed. 2006. Pág. 49. Los requisitos para poder suscribir un convenio especial, son: 1) Tener cubierto un período mínimo de cotización de 1080 días dentro de los 12 años inmediatamente anteriores a su baja en la Seguridad Social. 2) Efectuar la solicitud, que puede realizarse en cualquier momento, siempre que el interesado se encuentre en alguna de las situaciones que permiten suscribir el convenio especial. Pero la presentación de la solicitud dentro o fuera del plazo de 90 días afecta a la fecha de efectos del convenio suscrito. 3) Cotizar desde la fecha de efectos del convenio y durante toda su vigencia.

Es un caso parecido al pluriempleo, ya que se produce una integración en un mismo régimen, ya sea el general, el de la minería del carbón o trabajadores por cuenta ajena del régimen especial del mar.

Sus peculiaridades radican en el convenio especial y en el trabajo a tiempo parcial, simultáneos en el tiempo, posibilidad que se reconoce expresamente en el art. 13.1 OM de 18 de julio de 1991,⁷¹⁶ y que se excluye expresamente del ámbito de aplicación del RD 1131/2002 en su art. 2.b), que se pronuncia en los siguientes términos:

b. Los trabajadores con contrato a tiempo parcial que suscriban el convenio especial, previsto en el artículo 13 de la Orden del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 18 de julio de 1991, reguladora del convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

En los supuestos contemplados en los párrafos anteriores, las prestaciones se otorgarán con arreglo a las normas que las regulen para los trabajadores que presten servicios a tiempo completo”.

Características de la regulación

1. En cuanto a su naturaleza, puede considerarse como una especificación puntual a la prohibición genérica que establecía el art. 3.6 del RD 144/1999, que se considerara como tiempo cotizado un tiempo superior al que hubiera correspondido en caso de que se hubiera trabajado a tiempo completo.

2. Se deriva de la prohibición de que a efectos de cotización se compute más períodos de los que resultarían de aplicación en caso de que el trabajo se hubiera desarrollado a tiempo completo, ya que se produce una situación ficticia de trabajo a tiempo completo, al conjugar convenio especial y trabajo a tiempo parcial, que al sumarlas llega a la base mínima de cotización de la categoría profesional del trabajador, si no se limitara así, se podría superar lo cotizado a tiempo completo.

A tales efectos hay que entender que cada día de cotización a tiempo parcial que coincida con el convenio especial en el mismo régimen, corresponde a un día cotizado.

3. Se limita a los convenios especiales correspondientes al mismo régimen de la Seguridad Social (y que sean o del RGSS, régimen especial de mar por cuenta ajena o régimen especial de la minería del carbón) en el que se desarrolle el trabajo a tiempo parcial. No se aplica al supuesto de pluriactividad entre estos regímenes.

⁷¹⁶ En caso de que no estén percibiendo prestación de desempleo, los trabajadores contratados a tiempo parcial podrán suscribir convenio especial para completar la cotización derivada del contrato a tiempo parcial hasta la base mínima de cotización establecida con carácter general para su categoría profesional, sin que el trabajador tenga que acreditar período de cotización previo a la solicitud del convenio.

D. El accidente de trabajo y la enfermedad profesional en la situación de pluriempleo

a) Comparación con la situación de pluriactividad

Producido un accidente laboral en una determinada actividad por cuenta ajena, si el trabajador, debido a su pluriempleo o pluriactividad, estuviera incluido en otra empresa, las prestaciones reconocidas por este otro empleo, se considerarán asimismo como derivadas de accidente laboral. STS 4949/1998 de 22 de julio, (RJ 1998\8545).⁷¹⁷

Para determinar la base reguladora de la prestación causada por accidente laboral cuando este se produce en una de las empresas en que presta sus servicios el trabajador pluriempleado, deben calcularse sobre los salarios percibidos en las diversas empresas, y respondiendo de su abono también las empresas en que no ocurrió el accidente o su Mutua aseguradora, en la proporción al salario que percibía en ellas.

Estas reglas bajo mi punto de vista, tienen o pueden tener repercusiones en el ámbito de aplicación del **RD 404/2010**, de 31 de marzo, regulador del establecimiento de un sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales, para empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral,⁷¹⁸ ya que entre los requisitos que se enuncian en el apartado c) del art. 2.1 de este RD, se establece “no rebasar en el periodo de observación los límites que se establezcan respecto de los índices de siniestralidad general y siniestralidad extrema a que se refieren los apartados 1 y 2 del anexo II”. En el apartado 3 de este mismo artículo, se excluyen del cómputo los accidentes in itinere.

De modo que cada mutua aseguradora debe satisfacer las prestaciones causadas en función de las respectivas cotizaciones del causante, tal y como previene el art. 32 de la Orden de 13 de febrero de 1967.⁷¹⁹

Así se soluciona la cuestión de la responsabilidad proporcional a los salarios percibidos en cada empresa, incluidas aquellas en que no tuvo lugar el accidente, lo que en principio no parece una solución demasiado equitativa,⁷²⁰ sin embargo, según la STS que acabamos de mencionar, este precepto parte de que el accidente o enfermedad profesional afectan por entero al trabajador, sin que pueda entenderse que sólo afecta al

⁷¹⁷ A favor: STSJ Comunidad Valenciana, núm. 626/2005, de 1 de marzo, (JUR 2005\165788); STSJ Madrid, núm. 363/2008, de 20 de mayo, (AS 2008\1863); sentencia Juzgado de lo social de Gerona, núm. 3, sentencia núm. 136/2001, de 26 de abril, (AS 2001\2620), STSJ Cantabria, núm. 826/2006 de 20 de septiembre, (AS 2006\2515).

⁷¹⁸ tal como se ha analizado en el Apartado F) de la cuestión 1.3, en sede de Cotización en situación de pluriempleo, incluida en el Capítulo III de esta Tesis. Páginas 291-294.

⁷¹⁹ STS de 22/07/1998, (RJ 1998,8545). Supuesto de un trabajador que prestaba un trabajo en dos empresas, asegurada cada una de ellas a efectos de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, en distintas Mutuas.

⁷²⁰ **Cavas Martínez, F., Fernández Orrico, F.J.**, “La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de la Seguridad Social”. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2006. Pág. 117.

trabajador respecto a la empresa en que se produjo el accidente o se adquirió la enfermedad profesional, como si el accidente laboral fuera algo referido en primer término a la empresa y no al trabajador.

El accidente laboral sufrido en una empresa, en el supuesto de pluriempleo, debe ser considerado como tal en todas las relaciones laborales que vinculan al trabajador, cuando las consecuencias del accidente afectan por igual a todas ellas.

Según la Resolución de 4 de julio de 1996 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, respecto a los trabajadores que se encuentran en situación de pluriempleo o de pluriactividad, y que hayan sufrido un accidente de trabajo en el empleo o actividad no asegurada por esa Mutua, el criterio a seguir es que no cabe discriminar sobre la base de la naturaleza del accidente de trabajo con respecto a cada empresa y por los principios de homogeneidad y consideración conjunta de situaciones y contingencias que informan el sistema de Seguridad Social.

Para algunos autores,⁷²¹ si quien sufre el accidente de trabajo como trabajador por cuenta ajena, simultáneamente, está dado de alta como trabajador por cuenta propia, (es decir uno de los posibles supuestos de pluriactividad), en relación a esta actividad por cuenta propia el accidente sería considerado como no laboral.

Así mismo, consideran estos mismos autores, que cuando se trate de una enfermedad a la que se otorgue la condición de accidente laboral, al tener su causa en el trabajo, si esta enfermedad la sufre un trabajador en pluriempleo o pluriactividad, se le dará el tratamiento del accidente laboral en ambas actividades, salvo que en alguna de ellas no se contemple la protección de las contingencias profesionales, o siendo voluntaria su protección, el trabajador no haya optado por ella, en cuyo caso se considerará como enfermedad común.

b) Prestación económica: base reguladora e imputación de responsabilidades según la doctrina judicial y la jurisprudencia

1). En la STSJ Andalucía, Sevilla, de 10 de julio de 2003,⁷²² se contempla la determinación de la base reguladora para prestaciones por Incapacidad Permanente en situación de pluriempleo,⁷²³ en caso de accidente laboral por el que se le reconoce una Incapacidad Permanente total para la profesión desempeñada.

⁷²¹ **Sala Franco, T., Moliner Tambonero, G., Albiol Montesinos, I., Díaz Martín, S., Redondo Torano, M., “Atlas laboral”.** Base de datos CISS. Actualizada a marzo de 2007. Ruta de búsqueda: Seguridad Social/ Accidente de trabajo/ Supuestos especiales de accidente de trabajo.

⁷²² Núm. 2433/2003. (JUR 2004\139231).

⁷²³ Se considera que el contenido de la nómina queda desvirtuado en caso de contradicción con el certificado patronal de salarios, ya que se estima que es el documento más indicado para probar la retribución anual del trabajador.

2). La cuestión ha sido resuelta por el TS en unificación de doctrina en STS 4949/1998 de 22 de julio, (RJ 1998\8545),⁷²⁴ al señalar que aunque el pluriempleo abarca una multiplicidad de relaciones laborales que gozan de individualidad propia, tal multiplicidad constituye, sin embargo una sola vida laboral, razón por la que la protección social del trabajador necesariamente debe tender a la integración unitaria de las diferentes relaciones, lo que comporta el que la base reguladora de las prestaciones venga constituida por la suma de las distintas ocupaciones por las que se haya cotizado.

El art. 120.3 de la LGSS impone el cómputo de todos los salarios cobrados en caso de pluriempleo.

La sentencia recurrida, estima y establece que las pensiones y prestaciones causadas por el accidente deben calcularse sobre los salarios percibidos en las dos empresas y en consecuencia condena también a la empresa en que no ocurrió el accidente a su Mutua aseguradora en la proporción al salario que percibía en esta empresa.

De modo contrario la sentencia que el recurso aporta como contraria, la dictada en 22 de Marzo de 1991 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, ante una pluriempleado que trabajando para dos empresas y que sufrió un accidente laboral que le produjo limitaciones que le constituía en invalidez permanente total en ambas profesiones, solo le reconoce la invalidez por accidente con respecto a los salarios que percibía en la empresa en que se accidentó y declara que en la otra empresa sufrió un accidente no laboral y en consecuencia absuelve a la empresa y su Mutua aseguradora, correspondiendo al I.N.S.S. el pago de la prestación correspondiente.

Para el TS la sentencia recurrida es la que contiene la doctrina recta, es decir que el accidente laboral, sufrido en una empresa, en el supuesto de pluriempleo debe ser considerado como tal en todas las relaciones laborales que vinculan al trabajador, cuando las consecuencias del accidente afectan por igual a todas ellas.

3). La STSJ Comunidad Valenciana, núm. 626/2005 de 1 de marzo de 2005,⁷²⁵ en un supuesto de Incapacidad Permanente total para la profesión habitual de limpiadora, derivada de enfermedad común y agravada por accidente de trabajo al encontrarse en situación de pluriempleo, se imputan las responsabilidades en orden a las prestaciones a la entidad aseguradora del riesgo.

⁷²⁴ Rec. 1878/1997. La cuestión planteada en este presente recurso, es la determinación de la base reguladora de una prestación causada por accidente laboral, cuando este se produce en una de las empresas en que presta sus servicios un trabajador pluriempleado, decidiendo si la muerte, la invalidez o la incapacidad laboral transitoria producida por el accidente laboral en una empresa se extiende con este carácter a la otra u otras, en que preste sus servicios el pluriempleado y en las que no sufrió accidente alguno. y en consecuencia condena también a la empresa en que no ocurrió el accidente a su Mutua aseguradora en la proporción al salario que percibía en esta empresa.

⁷²⁵ Rec. 3626/2004. (JUR 2005\165788).

Se considera que tanto si las secuelas sufridas son consecuencia inmediata del accidente como si este agravó las ya padecidas, actuando como elemento desencadenante de la patología invalidante que ahora sufre, debe entenderse que la contingencia es de accidente de trabajo: art. 115.1 y 2 f LGSS.

En virtud del art. 120.3 LGSS, la base reguladora en supuestos de pluriempleo causadas por accidente, debe calcularse sobre los salarios percibidos en las dos empresas, debiendo responder cada Mutua en función de las respectivas cotizaciones del causante. Es responsable la mutua que cubría la contingencia en el momento del accidente, circunstancia que concurre en ambas aseguradoras.⁷²⁶

En caso de accidente de trabajo destaca la STS de 3 de julio de 2002, (RJ 2002, 9198), que determina el pago delegado de la empresa interrumpido después del cese, pero con descuento del subsidio en las liquidaciones hechas a la Mutua Patronal, determinando la responsabilidad de ésta en el pago, al no existir descubiertos en las cotizaciones, no existiendo responsabilidad subsidiaria del INSS.

Esta sentencia a su vez alude a STS 11 de julio de 2001,⁷²⁷ que declara responsable a la Mutua porque en el momento del accidente se cumplían todas las obligaciones, pese a que en la recaída enjuiciada, que se produjo con posterioridad a la primera alta médica, el trabajador accidentado no estaba en alta en la Seguridad Social.

Según la STS de 6 de marzo de 1997,⁷²⁸ ante un incumplimiento de la obligación de pago delegado por parte de la empresa, que había deducido el importe del subsidio en sus liquidaciones de cotización, declara la inmediata responsabilidad de la aseguradora, sin perjuicio de su derecho a repetir contra quien ha retenido el importe de la prestación.

La responsabilidad inicial para el pago del subsidio era de la Mutua, debido a la sustitución de la obligación empresarial de cobertura, no aplicándose el apartado 2 del art. 126 LGSS, que aparece doblemente infringido, por su inaplicación al negar la responsabilidad de la Mutua y por indebida aplicación de su nº 2, al declarar responsable a la empresa que tenía cubierto legalmente este riesgo.

Al no nacer la responsabilidad así establecida, carece de fundamento la subsidiaria que el fallo ahora recurrido impone al INSS. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 3 de julio de 2002, (RJ 2002\8937).

⁷²⁶ La trabajadora prestaba sus servicios como limpiadora para las dos empresas aseguradas y su incapacidad lo es para esa profesión.

⁷²⁷ Rec. 3813/2000. (RJ 2001/7467).

⁷²⁸ Rec. 2772/1996. (RJ 1997/2253).

c) Hay que tener en cuenta la **Resolución de 27 de mayo de 2009**,⁷²⁹ en su instrucción 3ª, relativa a la determinación de la mutua responsable de la constitución del capital coste, que establece determinadas normas para las situaciones de pluriempleo y pluriactividad.

En caso de que el trabajador se encuentre en situación de pluriempleo en la fecha de referencia para la determinación de la entidad responsable del capital coste, conforme a las reglas contempladas en los apartados 1 y 2 de esta instrucción, la responsabilidad en Orden al ingreso del capital coste se imputará a cada entidad en proporción a la base de cotización del trabajador en cada una de las empresas en que prestara sus servicios.

En caso de que el trabajador se encuentre en situación de pluriactividad y cause derecho a prestación económica por enfermedad profesional en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en que estuviera encuadrado en la fecha de referencia, para la determinación de la entidad responsable del capital coste, conforme a las reglas contempladas en los apartados 1 y 2 de esta instrucción, la responsabilidad en Orden al ingreso del capital coste se imputará a cada entidad en función del importe de prestación que cause en cada régimen, una vez aplicado el tope máximo de pensiones.

d) Breve referencia al recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad y situaciones de pluriempleo

La responsabilidad del pago del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene, cuando se produce un accidente de trabajo,⁷³⁰ recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, al no tratarse de una verdadera prestación de Seguridad Social,⁷³¹ siendo nulo de pleno derecho, cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla, de acuerdo con el art. 123.2. LGSS y art. 75 RD 1415/2004 de 11 de junio.⁷³²

⁷²⁹ de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se dictan instrucciones en materia de cálculo de capitales coste y para la aplicación de lo previsto en la disposición adicional primera de la Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre, sobre constitución por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social del capital coste correspondiente a determinadas prestaciones derivadas de enfermedades profesionales.

⁷³⁰ Considero obvio, aunque digno de mención recordar que sólo se daría el recargo en caso de que el trabajador fuera por cuenta ajena, respecto a las actividades en las que se produjera el accidente de trabajo por omisión de medidas de seguridad, si se dan las condiciones requeridas para la apreciación de la procedencia del recargo.

⁷³¹ STS de 23 de marzo de 1994, (RJ. 1994, 2627).

⁷³² por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

El RD 1415/2004, ha sido desarrollado recientemente por la Orden TIN/2777/2010, de 29 de octubre, que modifica la Orden TAS 1562/2005, de 25 de mayo, que establece normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio. Entre otros aspectos, se ha agilizado la emisión y cumplimentación de los documentos de cotización, así como el ingreso de las cuotas, reforzando el uso del Sistema de Remisión Electrónica de Datos (RED) por los sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar.

En este sentido, lo más razonable es que en supuestos de pluriempleo y pluriactividad, sólo sea responsable la empresa que no haya observado las medidas de seguridad pertinentes y sólo en caso de que concurren los requisitos para la aplicación del recargo.⁷³³

Pese a que el accidente de trabajo y la enfermedad profesional afectan por entero al trabajador, no procedería responsabilizar a otra empresa en la que el trabajador pudiera venir desempeñando otros trabajos, en supuestos de pluriempleo y pluriactividad, puesto que si ni siquiera cabe asegurar con una mutua la cobertura del recargo, menos aún cabe que se responsabilice a otra empresa que haya observado las medidas de seguridad e higiene, que le resulten de aplicación.

e) El suicidio como accidente de trabajo en situación de pluriempleo

Las sentencias del Tribunal Supremo dictadas hasta finales de los años sesenta solían descartar automáticamente la calificación a efectos de Seguridad Social del suicidio del trabajador como accidente de trabajo, cualesquiera que fueran sus circunstancias, incluido el suicidio consumado en tiempo y lugar de trabajo.

A partir de 1970 las decisiones jurisprudenciales no tienen siempre el mismo signo. En ocasiones se estima la reclamación de las indemnizaciones de accidente de trabajo solicitadas por los familiares sobrevivientes, y en ocasiones se llega a la conclusión contraria. Ello no significa, sin embargo, falta de criterio uniforme sobre el enjuiciamiento de estos litigios. Se trata más bien de la consideración como elementos determinantes de las decisiones adoptadas de ciertos factores circunstanciales y contingentes, que concurren unas veces y están ausentes otras en los casos enjuiciados.

⁷³³ Con el objeto de no alargar excesivamente la exposición, y dado que se trata de un tema colateral en relación con el central objeto del presente trabajo de investigación, me remito para las cuestiones generales relativas a la naturaleza y responsabilidades del recargo de prestaciones, cuando el trabajador esté en alta en una única empresa a los estudios realizados por los siguientes autores en las siguientes obras:

- **Duréndez Sáez, I.**, “*El recargo de prestaciones*”. Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 108, noviembre-diciembre de 2001. Págs. 853 a 875. Destacan sus consideraciones acerca la naturaleza del recargo, págs. 863 a 868, así como la posibilidad de imputación de responsabilidad solidaria por el recargo de prestaciones en caso de contratas y subcontratas. Págs. 869 a 871.

- **Cavas Martínez, F., Fernández Orrico, J.**, “*La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de la Seguridad Social*”. Aranzadi. Navarra. 1ª edición mayo 2006. Págs. 118 a 164. Contiene abundante jurisprudencia y doctrina judicial acerca de la responsabilidad empresarial en caso de recargo de prestaciones.

- **AAVV. López Fernández, M.**, coord. **Blanco Martín, J.M.**, “*Dinámica de la prestación y gestión de la Incapacidad Temporal. Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico*”. Lex Nova. Valladolid. 2ª ed. 2002. Págs. 167 y 168. Ni siquiera subsidiariamente responderían las entidades gestoras de la Seguridad Social, porque ello supondría la sustitución de la responsabilidad personal que la ley impone. Las consecuencias podrían ser perjudiciales para el trabajador, porque en caso de insolvencia del empresario, el trabajador no percibiría el recargo, al no permitirse legalmente que dicho riesgo pueda ser asumido, ni tan siquiera por una entidad privada de seguros.

Tales factores determinantes se refieren siempre o casi siempre a la conexión de causalidad entre el trabajo y la conducta de suicidio, concretándose en la existencia o no de trastorno mental del suicida y en la etiología laboral o no de dicho trastorno mental o de la enfermedad mental que conduce a la decisión suicida.

El suicidio puede considerarse como accidente de trabajo cuando queda probado que la situación emocional determinante de esta situación se encuentra directamente relacionada con las condiciones laborales del trabajador que adopta tan definitiva y drástica decisión, fruto de la angustia y tensión que su vida laboral le produce. STS de 25 de septiembre de 2007, rec. 5452/05, (RJ 2007\8316).⁷³⁴

Como ya expuso el TS en sentencia de 28 de enero de 1969, si el proceso depresivo o perturbación mental no puede imputarse directamente al trabajo o, al menos, estimarse agravado por la situación laboral, no sería procedente la calificación de accidente laboral.

Para calificar como accidente laboral el suicidio de un trabajador es necesario examinar en cada supuesto concreto la conexión existente entre la conducta de suicidio y las circunstancias del trabajo prestado". El Supremo considera que hay que determinar si incidieron en su decisión las circunstancias laborales.

La STS de 22 de octubre de 1999, (RJ 1999\8738), establece que la aplicación de la presunción de laboralidad del artículo 115.3 de la Ley General ha de hacerse "no sólo a los accidentes de trabajo en sentido estricto, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que puedan surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos". Junto a ello, en segundo término, la citada jurisprudencia indica que para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad de trabajo "surgida en el tiempo y el lugar de la prestación de servicios".

La jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen el nexo causal".⁷³⁵

⁷³⁴ Un comentario interesante a esta sentencia se encuentra en **Cardenal Carro, M.**, "El suicidio como accidente de trabajo en la STS 25 septiembre 2007: ¿se anuncia una modificación en la interpretativa restrictiva del art. 115 LGSS característica de la Jurisprudencia reciente?". Texto desarrollado del esquema utilizado en la mesa redonda «Seguridad Social: problemas y soluciones jurisprudenciales», en el Encuentro de Presidentes y Magistrados de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y de Presidentes de las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia, celebrado en Córdoba los días 26 y 27 de noviembre de 2007. Editorial Aranzadi, S.A. Aranzadi Social, núm. 17/2007 (Tribuna). Westlaw.es. BIB 2007\3031. Pág. 3.

⁷³⁵ La Sentencia contiene el Voto Particular de dos magistrados que discrepan de la opinión mantenida por la Sala en base a dos argumentos de naturaleza distinta.

El primero de ellos hace relación al concepto mismo de accidente, ya que del artículo 115.4 b LGSS, quedan excluidos del concepto de accidentes laborales, los que se deben a la propia voluntad del trabajador. Siendo así, quienes suscriben el voto particular, siguiendo algunos pronunciamientos de los

No desvirtúa dicha calificación el hecho de que la enfermedad fuera calificada de común por parte de los servicios sanitarios de la Seguridad Social y que, como tal, fuera tratada por los servicios sanitarios públicos. Igualmente, tampoco impide la calificación de accidente de trabajo el gran lapso de tiempo que pasó desde el cambio de puesto de trabajo hasta el desenlace fatal.⁷³⁶

La importancia de la sentencia radica en la interpretación no excesivamente rígida que se hace del nexo causal que debe existir entre la realización de la prestación y la situación que genera la autoagresión mortal. Resulta suficiente para el Tribunal la concurrencia de una causa laboral en el desarrollo de un cuadro depresivo que se halla en la base del suicidio para que éste pueda calificarse de accidente de trabajo.

En el ámbito del pluriempleo, destaca la **STS de 22 de julio de 1998**, (RJ 1998\8545), que considera que la calificación como laboral afecta a todos los empresarios, en caso de pluriempleo, con independencia de que se haya producido al servicio de uno sólo de ellos.

La doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia ha venido exigiendo tradicionalmente una estricta relación de causa-efecto entre el desempeño de la actividad laboral y el suicidio, de manera que la situación depresiva previa al mismo, tenga en su origen como única y exclusiva causa generadora la actividad laboral. Sentencia del TSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2000, (AS 2001\208); en la que se rechazó la consideración de accidente de trabajo del suicidio debido a que *“aun admitiéndose como cierto que el cuadro depresivo del paciente se descompensara coincidiendo con una situación laboral estresante, se ha de valorar que la tensión emocional no derivaba propiamente del trabajo, sino de la forma de vivirlo del causante, pues eran sus características de personalidad y la actividad laboral las que provocaban desajustes psíquicos”*.

En un sentido similar, en la STSJ Comunidad Valenciana de 4 de diciembre de 2000, (recurso de suplicación núm. 3370/1997) se denegó la consideración de accidente de trabajo al suicidio por la insuficiente acreditación de la relación entre las tensiones emocionales derivadas del trabajo y la autolesión mortal.

Tribunales Superiores de Justicia, consideran que concurre en la autolesión la nota de voluntariedad que excluye el accidente de trabajo.

Este argumento puede verse con despliegue de un gran aparato argumental en la STSJ País Vasco de 11 de septiembre de 2001 (AS 4089). También, STSJ Andalucía/Sevilla de 30 de marzo de 2000 (AS 3313).

En segundo lugar, los magistrados disidentes se oponen al parecer mayoritario entendiendo que no ha quedado suficientemente demostrado el nexo de causalidad entre el origen laboral de la depresión y el suicidio. En su opinión, de los hechos probados únicamente se desprende que el cambio de puesto de trabajo provocó en el trabajador una situación de nerviosismo. No obstante, de dicha situación no puede derivarse, según los que suscriben el voto particular, un cuadro depresivo como el diagnosticado por los servicios de salud de la Seguridad Social y, en consecuencia, el suicidio del trabajador.

⁷³⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de mayo de 2001, (AS. 2602/2001); relativa al suicidio del trabajador y su calificación jurídica como accidente de trabajo.

La rigidez en la exigencia del nexo causal en el suicidio se extiende también a los supuestos en los que la muerte del trabajador se produce en el lugar de trabajo y en tiempo de trabajo. Es sabido que el artículo 115.1 LGSS establece una presunción *iuris tantum* de accidente laboral del percance padecido durante el tiempo de trabajo y en el lugar de trabajo. Sucede, sin embargo, que salvo que exista una clara conexión entre el suicidio y la prestación de trabajo se excluye de nuevo su calificación de accidente de trabajo.

En este sentido se pronuncian las sentencias siguientes: STSJ Baleares de 18 de mayo de 1999, (AS 5669) y STSJ de País Vasco de 29 de febrero de 2000, (AS 3270). En esta última sentencia se reconoce que la presencia de una enfermedad mental previa permite destruir la presunción *iuris tantum*. Se descarta, así, que el trabajo pueda tener influencia alguna en la decisión del suicida, no teniendo en cuenta que pueda existir un “desencadenante laboral” de la decisión del trabajador o que la enfermedad se manifieste, durante la jornada de trabajo, con un episodio de especial intensidad que conduzca a la decisión de suicidio.

La STS 22 julio 1998, (RJ 1998, 8545), califica como accidente laboral al suicidio, aunque concurra la culpa de la víctima o de tercero, la fuerza mayor interna (caso fortuito) y supuestos externos, así como la imprudencia en el accidente *in itinere*.

Por otra parte, la calificación como laboral afecta a todos los empresarios, en caso de pluriempleo con independencia de que se haya producido al servicio de uno sólo de ellos.

No se consideraron accidentes laborales, sino que se calificaron como accidentes no laborales, los supuestos de hecho enjuiciados en las siguientes sentencias del TS: STS de 9 de febrero de 2010, (JUR 2010\100780); STS de 10 de junio de 2009, (RJ 2009\4555); STS de 31 de enero de 2006, (RJ 2006\1555) y STS 27 de noviembre de 2002, (RJ 2003\1932); basándose en que cuando la causa del óbito, repentino fuera directamente producido por una causa externa, no por un deterioro psico-físico, desarrollado de forma paulatina, estamos en presencia de un accidente no laboral.

Si ello es así, sin duda que el suicidio puede ser considerado como accidente no laboral, pues el artículo 117.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que lo define, delimitándolo negativamente en relación a las contingencias profesionales, no excluye del concepto de accidente no laboral, al que es consecuencia de una acción voluntaria del propio afectado, a diferencia con lo que sucede en el artículo 115.4 b), con respecto al accidente de trabajo, al excluir el causado por el propio trabajador, ya sea por dolo o por imprudencia temeraria.

O dicho de otra manera, en este supuesto, la voluntariedad en la producción del siniestro no conlleva dejar sin prestación al trabajador, o en su caso, a sus familiares, pero si otorgársela sin el mayor plus de protección que comportaría su consideración como accidente de trabajo.

Entender lo contrario, implicaría -dada la practica imposibilidad conceptual y legal del encaje del suicidio como enfermedad común- el dejar sin protección a los familiares del trabajador suicidado, lo que por absurdo y contrario a la finalidad de la Seguridad Social ha de ser rechazado.

3.2. Análisis de las contingencias protegibles en las que puede tener repercusiones la situación de pluriempleo

A. Incapacidad Temporal. Análisis de situaciones controvertidas en situaciones de pluriempleo

En los supuestos de pluriempleo, el subsidio por IT correrá a cargo del INSS, Mutua y/o empresa colaboradora en proporción a las bases por las que se venga cotizando por el beneficiario en cada una de las empresas en que preste sus servicios, que abonarán, en régimen de pago delegado, la parte de subsidio que corresponda a la base por la que hayan cotizado.⁷³⁷

El art. 132.1 b) de la LGSS, establece que el derecho al subsidio por IT, podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena, según los pronunciamientos de jurisprudencia y doctrina judicial, analizados en esta Tesis para precisar la solución adecuada a cada supuesto de hecho concreto, se concluye, que tal posibilidad reviste múltiples matices que dependen del caso concreto, admitiéndose la compatibilidad del subsidio por IT con el trabajo activo en algunos supuestos concretos.

Un ejemplo de la cuestión, en sede de pluriempleo, se contempla en la STSJ País Vasco de 25 de abril de 2006, (Ref. CISS JS691774), que considera que no existe transgresión de la buena fe contractual, por tratarse de dos profesiones distintas, en el supuesto de un trabajador que encontrándose previamente en situación de pluriempleo, accede a la situación de incapacidad temporal y obtiene parte de baja médica para uno de los trabajos, continuando la prestación de servicios en el otro.

a). En el supuesto de que un trabajador realice simultáneamente **más de una actividad a tiempo parcial**, se sumarán los días teóricos de cotización acreditados en las distintas actividades, tanto en las situaciones de pluriempleo, como de pluriactividad en las que deban aplicarse el cómputo recíproco de cotizaciones.

Para la determinación de la base reguladora en los supuestos de pluriempleo, se computaban todas las bases de cotización del beneficiario en las distintas empresas,

⁷³⁷ Ferrer López, M. A., “Casos Prácticos de Seguridad Social 2010”. Deusto S.A. Barcelona. 19ª edición, actualizada a mayo de 2010. Pág. 225.

siendo de aplicación, a la cuantía final, el tope máximo establecido a efectos de cotización. Art. 7.1. Orden de 13/10/1967.⁷³⁸

En cualquier caso, nunca podría computarse un nº de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo. Art. 3.6 RD 1131/2002 de 31 de octubre.

Respecto de la base reguladora diaria de la prestación, será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los 3 meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el nº de días efectivamente trabajados y por tanto, cotizados en dicho período.⁷³⁹

Cuando por interrupción de la actividad, asuma la entidad gestora, o en su caso, la entidad colaboradora, el pago de la prestación, se calculará de nuevo la base reguladora de ésta. A este fin la base reguladora diaria de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los 3 meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el nº de días naturales comprendidos en dicho período.⁷⁴⁰

De ser menor la antigüedad del trabajador en la empresa, la base reguladora sería el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el nº de días naturales a que estas corresponde. La prestación económica se abonará en todos los días naturales en que el interesado se encuentre en situación de Incapacidad Temporal.

Cuando por extinción del contrato de trabajo, el pago de la prestación tenga que ser asumido directamente por la entidad gestora o por la entidad colaboradora, la cuantía de la prestación será la equivalente a la que correspondería por las prestaciones de desempleo, conforme al art. 222 LGSS.

En el caso de trabajos a tiempo parcial, hay que tener en cuenta el inciso 2º del art. 3.1. RD 1131/2002 de 31 de octubre, para hacer compatibles el principio de contribuidad con los de igualdad de trato y proporcionalidad, en el trabajo a tiempo parcial, para la determinación del lapso de tiempo en que debe estar comprendido el período mínimo de cotización para el subsidio por Incapacidad Temporal del art. 130 LGSS.

Este lapso se incrementará en la misma proporción en que se reduce la jornada efectivamente realizada respecto de la jornada habitual en la actividad correspondiente.⁷⁴¹

⁷³⁸ **Albiol Montesinos, I.**, “*Colección Todo Social*”. Ed. CISS. Valencia. 1ª ed. 2006. Pág. 1131.

⁷³⁹ Art. 4.1. a) RD 1131/2002, de 31 de octubre.

⁷⁴⁰ **AAVV. Dir. Monereo Pérez, J. L.**, “*Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento gestión y responsabilidad*”. Ed. Comares. 1ª ed. Granada 2005. Pág. 374.

⁷⁴¹ **AAVV. Dir. Sempere Navarro, A. V.**, “*Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*”. Ediciones Laborum. Murcia. 1ª ed. Año 2003. Pág. 641.

b). Períodos de carencia y situaciones de recaída

En relación a los períodos de carencia en el ámbito de la contratación a tiempo parcial, para el cómputo del tiempo trabajado a tiempo parcial, a efectos de los períodos de cotización exigidos para causar derecho a prestaciones de Seguridad Social, se mantiene el principio del cómputo exclusivo de las horas efectivamente trabajadas para determinar los períodos de cotización exigidos, pero atenuado mediante diversas reglas correctoras, con la finalidad de facilitar el acceso a la protección de la Seguridad Social a los trabajadores a tiempo parcial.⁷⁴²

Se fija con carácter general un concepto de día teórico de cotización, equivalente a cinco horas diarias de trabajo efectivo, o mil ochocientos veintiséis horas anuales, la duración máxima de la jornada anual según el art. 34.1 ET, excluidas las horas extraordinarias, de forma que para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computan las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, pero calculando su equivalencia en días teóricos de cotización.⁷⁴³

En el ámbito de la IT, el art. 4 del RD 1131/2002, establece las peculiaridades de la prestación económica por IT, de los trabajadores contratados a tiempo parcial.

Cuando se realice simultáneamente más de una actividad a tiempo parcial, se sumarán los días teóricos de cotización acreditados en las distintas actividades, tanto si se trata de situaciones de pluriempleo como en las de pluriactividad en las que deba aplicarse el cómputo recíproco de cotizaciones (art. 3.5 RD 1131/2002).

En ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo (art. 3.6 RD 1131/2002).

En las SSTS de 24 de noviembre de 1998, (RJ 1998, 10031) y 18 de febrero de 1999, (RJ 1999, 2016), se establece que en caso de recaída, procede al reconocimiento del subsidio de Incapacidad Temporal, si en anterior baja médica, no tuvo el trabajador derecho al mismo, por no acreditar el período de carencia, pero al recaer en idéntica dolencia, tras un intervalo de baja médica no ha conseguido integrar dicho requisito.

Por otra parte, el TS en STS de 1 de febrero de 1999,⁷⁴⁴ reconoce el derecho a la prestación de Incapacidad Temporal al trabajador que ha completado un nuevo período de carencia, tras ser dado de alta, aunque con anterioridad hubiese agotado el plazo

⁷⁴² **Cavas Martínez, F.**; "La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: historia de un desagravio". Editorial Aranzadi, S.A. Aranzadi Social núm. 1/2005 (Tribuna). Documento en soporte electrónico: Westlaw.es. BIB 2005\796. Pág. 9.

⁷⁴³ A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales, ex DA 7ª, 1 Segunda a) LGSS.

⁷⁴⁴ STS 530/1999, rec. 981/1998.

máximo de una prestación de Incapacidad Temporal por la misma dolencia, pues en puridad no se trata de un supuesto de recaída, ya que el intervalo de actividad superior a 6 meses origina la iniciación de un nuevo período de incapacidad subsidiada.

El Tribunal Supremo en STS de 2 de octubre de 2003,⁷⁴⁵ se pronuncia en el supuesto de recaída en situación de Incapacidad Temporal de un trabajador que después de haber permanecido en situación de Incapacidad Temporal derivada de accidente de trabajo, causó nuevamente baja por recaída en las mismas dolencias, habiendo cotizado por este segundo periodo sobre una base reguladora inferior.

La pretensión se concretaba en reclamar el reconocimiento y abono de este segundo período sobre la base reguladora del anterior, a lo que no dio lugar la sentencia recurrida por entender que la base reguladora de la situación de Incapacidad Temporal en este segundo período estuvo bien abonada sobre la nueva base reguladora, tomando en consideración que la diferencia derivaba de que cuando inició la Incapacidad Temporal prestaba sus servicios para dos empresas en régimen de pluriempleo mientras que en la segunda época se hallaba prestando servicios para una de aquéllas, con lo que llegaba a la conclusión de que la recaída y el cambio producido justificaban la nueva base.

Denuncia el recurrente como infringido por la sentencia recurrida lo dispuesto en el art. 13 del Decreto 1646/1972,⁷⁴⁶ de 23 de junio y en el art. 9.1.2º de la OM de 13 de octubre de 1967,⁷⁴⁷ reguladores de las condiciones de reconocimiento y percepción de las prestaciones por incapacidad temporal, y todo ello por entender que, no habiéndose producido en ningún caso el transcurso de seis meses entre el alta y la segunda baja, el período de incapacidad temporal es el mismo y por lo tanto debe ser la misma base reguladora de dicha prestación en ambos periodos.

Para el TS en el art. 13 del Decreto 1646/1972 lo que en él se está fijando es la cuantía inicial del subsidio por Incapacidad Temporal, sin que de sus previsiones se pueda deducir que con ello haya querido resolver las diversas vicisitudes por las que puede pasar una situación de incapacidad temporal a lo largo de su duración.

Por su parte el art. 9 de la Orden de 13-X-97 lo único que está regulando es la duración del derecho a las prestaciones por Incapacidad Temporal sin referencia alguna a cuál sea el cálculo que procede hacer de la base reguladora.

A partir de la normativa aplicable a esta prestación no se puede sostener que una recaída después de trabajar menos de seis meses dé derecho a la prestación que se tenía,

⁷⁴⁵ Ref. CISS: JS563766. Rec. 3605/2002.

⁷⁴⁶ "la base reguladora para el cálculo de la cuantía del subsidio de incapacidad laboral transitoria será el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador... en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad..."

⁷⁴⁷ "si el proceso de incapacidad laboral transitoria se viera interrumpido por periodos de actividad laboral por un período superior a seis meses se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad".

pues, al contrario, una recaída supone el inicio de una nueva situación que determinará la aplicación del régimen jurídico que en ese momento corresponda, contemplando supuestos en los que el trabajador no reunía la carencia necesaria cuando inició la Incapacidad Temporal y sí que la tenía cuando se produjo la recaída.

Es así como se mantiene la adecuada proporción entre cotización y pensión, evitando, por otra parte, que se produzca una situación totalmente rechazable en cualquier tipo de aseguramiento, cual es que un asegurado pueda percibir ante cualquier situación de baja laboral satisfacción económica superior a la que le correspondería de no haberse producido la misma.

c). Otra cuestión controvertida es la posibilidad de excluir del período mínimo de cotización, el lapso de tiempo en el que el trabajador estuviera imposibilitado legalmente o de hecho, para cotizar por la contingencia de Incapacidad Temporal

Se plantea la cuestión de si sería aplicable la doctrina del paréntesis, como se efectúa en el reconocimiento de pensiones de jubilación e invalidez permanente para el cálculo de la carencia a un subsidio como este, de carácter temporal.

El TS ha negado esta posibilidad, sobre la base de que se trata de una prestación para cuyo devengo se exige un período corto de cotización en un amplio lapso de tiempo, dentro del cuál implícitamente se prevén situaciones eventuales de inactividad para obtener derecho al subsidio. SSTS 10 de octubre de 1994, (RJ 1994\7762) y 29 de septiembre de 1995, (RJ 1995\6924).

d). Breve referencia a la reforma introducida por la Ley 40/2007 y otras novedades normativas posteriores

La Ley 40/2007 establece que si un trabajador en situación de Incapacidad Temporal derivada de contingencias profesionales ve extinguido su contrato de trabajo, permanecerá en dicha situación de incapacidad temporal hasta su finalización, sin que la extinción de la relación laboral repercuta en la cuantía del subsidio, ni durante la misma se consuma período alguno de la prestación por desempleo. Art. 222.1 LGSS según redacción dada por el art. 8 de la Ley 40/2007.

En el texto, se ha mantenido la regulación anterior respecto de la Incapacidad Temporal por contingencias comunes y el tenor del art. 222.3 LGSS, según el cuál el trabajador que causa baja por Incapacidad Temporal durante la situación de desempleo, percibía el subsidio de Incapacidad Temporal en la cuantía correspondiente a la prestación por desempleo, si bien la baja no comporta una ampliación del período de percepción de esta prestación. (Párrafo 4º art. 222).⁷⁴⁸

⁷⁴⁸ Según Ferrando García, F., en AAVV. Cavas Martínez, F., Rodríguez Iniesta, G., “La reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”. Ediciones Laborum. Murcia. 1ª ed. 2007. Págs. 44 a 46, se echa de menos en la Ley

Por otro lado, actualmente, sumando todos los períodos: inicial, prórroga, calificación, demora para la calificación; en ningún caso podrán superarse los 24 meses de duración. Se amplía así el período máximo de protección del trabajador en situación de Incapacidad Temporal, llegando hasta el tope de los 24 meses.⁷⁴⁹

El desarrollo reglamentario de la Ley 40/2007, se articuló a través del **RD 1430/2009**, de 11 de septiembre, en relación con la prestación de incapacidad temporal.

En síntesis, en este RD se regulan las comunicaciones informáticas por parte de los servicios públicos de salud al cumplirse el duodécimo mes en los procesos de incapacidad temporal, así como el desarrollo de las competencias de control otorgadas a las entidades gestoras por el artículo 128.1 de la LGSS, una vez agotado el período de doce meses de duración de la situación de incapacidad temporal, ya que resulta mucho más operativo para las citadas entidades proceder, en su caso, al pago directo de la mencionada prestación, a fin de evitar duplicidades o falta de coordinación en el pago que, hasta ese momento, se efectúa por la empresa.

Asimismo, destaca la **Resolución de 13 de abril de 2010**, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, que establece en el ámbito de las entidades gestoras de la Seguridad Social, de la Tesorería General de la Seguridad Social y de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, las actuaciones de control y verificación de las compensaciones en los documentos de cotización por pago delegado de la prestación de incapacidad temporal realizadas por las empresas y, en su caso, su ulterior reclamación.

Recientemente, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, a través de su DA 19ª, ha adicionado un nuevo apartado 4 al art. 73 de la LGSS, con el siguiente tenor literal:

“Las Mutuas podrán destinar una parte de los excedentes obtenidos en la gestión de las contingencias profesionales o de la incapacidad temporal por enfermedad común al establecimiento de sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias comunes de las empresas, en los términos que se establezcan reglamentariamente, siempre que hayan reducido los costes de la incapacidad temporal, por debajo de los límites establecidos, o que hayan obtenido una reducción significativa de estos costes como consecuencia de la aplicación de planes pactados en el ámbito de la empresa con la representación de los trabajadores que modifiquen las condiciones de trabajo, flexibilicen el cambio de puesto de trabajo de los trabajadores afectados por enfermedad común y mejoren el control del absentismo injustificado. Las reducciones de cotización serán proporcionales a los ahorros de costes generados al sistema a través de estos procesos de colaboración.”

40/2007 una previsión que devuelva el art. 222.3 a su redacción previa a la reforma de 2001, también respecto a la Incapacidad Temporal por contingencias comunes.

⁷⁴⁹ **Cardenal Carro, M., Hierro Hierro, F.J.**, en AAVV., (Dir. **Monereo Pérez, J.L.**), “La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social”. La Ley. Madrid. 1º ed. Marzo 2008. Pág. 228.

A través de la misma DA 19ª de este RD, en su apartado 2, se suprime el tercer párrafo del apartado 1 del artículo 131 bis de la LGSS, mientras que en el apartado Tres de esta DA, se adiciona un tercer párrafo a la DA cuadragésima de la LGSS, con la siguiente redacción: *“La inspección médica de los servicios públicos de salud podrá solicitar la remisión de los datos médicos, necesarios para el ejercicio de sus competencias, que obren en poder de las entidades gestoras de la Seguridad Social.”*

Se adiciona una nueva disposición adicional a la LGSS, la quincuagésima primera, con la siguiente redacción: *“Gastos por la anticipación de la readaptación de los trabajadores en incapacidad temporal por contingencias comunes. Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social asumirán a su cargo, sin perjuicio del posible resarcimiento posterior por los Servicios de Salud o por las Entidades Gestoras de la Seguridad Social el coste originado por la realización de pruebas diagnósticas, tratamientos y procesos de recuperación funcional dirigidos a evitar la prolongación innecesaria de los procesos de baja laboral por contingencias comunes de los trabajadores del sistema de la Seguridad Social, y que deriven de los acuerdos o convenios a que se refieren los artículos 12.4 y 83 del Reglamento General sobre colaboración en la gestión de las MATEPS, aprobado por RD 1993/1995, de 7 de diciembre”*.

Se añade otra DA, la quincuagésima segunda, a la LGSS: *“Competencias sobre los procesos de Incapacidad Temporal:*

Hasta el cumplimiento de la duración máxima de 365 días de los procesos de incapacidad temporal del Sistema de la Seguridad Social, el INSS, y, en su caso, el Instituto Social de la Marina, a través de los Inspectores Médicos adscritos a dichas entidades, ejercerán las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, para emitir un alta médica a todos los efectos.

Cuando el alta haya sido expedida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Social de la Marina, éstos serán los únicos competentes, a través de sus propios médicos, para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal si aquélla se produce en un plazo de 180 días siguientes a la citada alta médica por la misma o similar patología.

La Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a propuesta del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y mediante resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado, determinará la fecha a partir de la cual se asumirán las funciones atribuidas en el párrafo anterior”.

B- Maternidad

a) Novedades generales introducidas por la LOIMH

El art. 45.1. d) del ET establece como supuestos suspensivos del contrato de trabajo, la maternidad, la adopción y el acogimiento de menores de 6 años, entre otros supuestos, mientras que el art. 48.4 del ET regula la duración y condiciones de esta causa suspensiva, y los efectos sobre el contrato de trabajo, diferenciando entre la maternidad biológica y la adoptiva o acogimiento.

Vamos a examinar las novedades introducidas por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La principal novedad de esta causa suspensiva del contrato de trabajo es la contemplación de más derechos y con carácter más flexible.⁷⁵⁰

El régimen jurídico de la maternidad ha sido modificado en diversos aspectos, aunque no se altera su estructura básica y su contenido, sí se intenta diseñar una maternidad corresponsable y garantizar los derechos laborales de las madres trabajadoras.

En el caso de la maternidad biológica, la suspensión dura 16 semanas ininterrumpidas, que en caso de parto múltiple se puede ampliar en dos semanas más por cada hijo. Se puede disfrutar a elección de la madre, en que sea anterior o posterior al parto, pero siempre 6 semanas han de ser inmediatamente después del parto.

En caso de que ambos progenitores trabajen, la madre trabajadora puede optar porque sea el otro progenitor quien disfrute de la suspensión del contrato por paternidad.

Esta opción la debe ejercitar la madre trabajadora al iniciarse el período de suspensión, e incluye la posibilidad de cesión parcial del período de descanso para su disfrute por el otro progenitor, de modo simultáneo o sucesivo con la madre.

Con la LOIMH las novedades que se han introducido en relación a la cesión de parte del descanso por maternidad son:

1. La anterior regulación excluía la posibilidad de que padre disfrutara de de su período de descanso de forma sucesiva a la madre, si en el momento en que esta debiera incorporarse al trabajo, no pudiera hacerlo sin que ello supusiera un peligro para su salud.

La pretensión era evitar que el padre disfrutara de la baja por maternidad y simultáneamente la madre tuviera que pasar a la situación de incapacidad temporal.

⁷⁵⁰ AAVV, Coordinadores: **García - Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J. R.**, “*La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*”. Ed. Lex Nova. Valladolid. 1ª ed., abril 2007. Págs. 176 a 180.

Con la LOIMH se admite expresamente que pueda seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento de reincorporación de la madre al trabajo esta se encuentre en situación de Incapacidad Temporal, pudiendo coincidir en el tiempo la situación de maternidad y de incapacidad de los progenitores.

2. El art. 48.4 ET establecía que en caso de fallecimiento de la madre, el padre podía hacer uso de la totalidad o, en su caso, parte que reste del período de suspensión, sin requerir que la madre fuera trabajadora y titular del derecho al descanso.

La Resolución de 21 de abril de 2004, declaró el derecho del padre a disfrutar de este permiso, al margen de que la madre fuera trabajadora por cuenta ajena.

La solución aportada por esta Resolución es la que se acoge ahora en el apartado 4 del art. 48 ET, al establecerse, que en caso fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto, sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto.

3. Otra novedad es que se contempla el supuesto del fallecimiento del hijo, determinando el apartado 4 art. 48 ET, que no implicará una reducción del período de suspensión salvo que una vez finalizadas las 6 semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.⁷⁵¹

4. Se incorpora un nuevo párrafo al apartado 4 art. 48 ET, que establece que en el caso de que la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre.

La jurisprudencia ha venido exigiendo que la madre fuera trabajadora por cuenta ajena para poder hacer uso de la opción que le ofrece el art. 48.4 ET.⁷⁵²

Sin embargo la DA 11ª bis de la LGSS, establece que los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en los distintos regímenes especiales del sistema,

⁷⁵¹ La STSJ de Murcia de 7 de julio de 2003, núm. 924/2003, rec. 838/2003, (JUR 2003\234706); ya había negado la posibilidad de que en caso de parto múltiple, el fallecimiento de uno de los hijos afectara negativamente a los derechos de la madre vinculados al parto múltiple.

⁷⁵² Denegando el derecho de cesión a favor del padre, en un supuesto en que la madre era registradora de la propiedad, que según la STS de 28 de diciembre de 2000, rec. 1479/2000, (RJ 2001\1882); considera que el régimen de las clases pasivas el Estado, no prevé la posibilidad de disfrute compartido de la licencia por maternidad.

Con las modificaciones que se introducen en el art. 30.3 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública, para reconocer expresamente el derecho de las funcionarias a ceder parte del descanso por maternidad al otro progenitor siempre que ambos trabajen, se soluciona la cuestión.

tendrán derecho a la prestación por maternidad, con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores del RGSS.

En caso de trabajadores por cuenta propia, los períodos durante los cuales se tenga derecho a percibir el subsidio por maternidad serán coincidentes tanto en lo relativo a su duración, como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena.

Esto no ha impedido que se reconozca en algunos regímenes, general o especiales, el derecho a ceder al otro progenitor parte del descanso por maternidad. STSJ País Vasco de 13 de octubre de 2004, rec. 1550/2004, (AS 2004\3583).

Además de lo que se acaba de exponer, la actual redacción del art. 48.4 ET, contempla 2 nuevos supuestos de ampliación de la duración del descanso por maternidad:

a) Parto prematuro con falta de peso, y aquellos en que el neonato precise, por alguna condición clínica hospitalización a continuación del parto, por un período superior a 7 días, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de 13 semanas adicionales.⁷⁵³

b) Supuesto de que el hijo menor adoptado o acogido sea discapacitado. La suspensión del contrato de trabajo en estos supuestos sería de 2 semanas. Si los dos progenitores trabajan, este período adicional se distribuirá entre ambos y podrán disfrutarlo bien de forma simultánea o sucesiva, pero ha de ser de forma ininterrumpida.⁷⁵⁴

En sede de esta contingencia protegible, la maternidad, recientemente, el 20 de octubre de 2010, el Parlamento Europeo aprobó una propuesta de ampliación de la baja por maternidad mínima en toda la Unión Europea, hasta las 20 semanas posteriores al parto, suponiendo un incremento de 6 semanas en relación al límite mínimo previsto con anterioridad en el ámbito europeo.

b). Reglas especiales para el cálculo del subsidio contributivo de maternidad en supuestos de pluriempleo y pluriactividad

Para la determinación de la prestación de maternidad en el caso de pluriempleo, se computan todas las bases de cotización en las distintas empresas, siendo de aplicación a la base reguladora así determinada, el tope máximo establecido a efectos de cotización.⁷⁵⁵

⁷⁵³ La DA 31ª dispone que se adoptarán las disposiciones necesarias para aplicar estas medidas sobre partos prematuros a otros colectivos no incluidos en el ámbito de aplicación del ET.

⁷⁵⁴ En los dos casos, el progenitor que disfrute del descanso, tendrá acceso, en su caso, a las prestaciones correspondientes de la Seguridad Social, art. 133 bis LGSS.

⁷⁵⁵ Ferrer López, M. A., “Casos Prácticos de Seguridad Social 2010”. Deusto S.A. Barcelona. 19ª edición, actualizada a mayo de 2010. Pág. 286.

Según el art. 3.6 del **RD 295/2009**, de 6 de marzo, el subsidio por maternidad de naturaleza contributiva, en caso de pluriempleo o pluriactividad el beneficiario disfrutará de los descansos y prestaciones por maternidad en cada uno de los empleos de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso.

En el cálculo de las prestaciones se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación a la base reguladora del correspondiente régimen el tope máximo establecido a efectos de cotización.

En caso de disfrute compartido del permiso de maternidad deberá coincidir el número de días disfrutado en los dos empleos o actividades por el beneficiario que se encuentra en pluriempleo o pluriactividad.

El art. 9 del RD 295/2009 mencionado, establece la opción a favor del otro progenitor, y en su apartado 2, indica que en supuestos de pluriempleo o de pluriactividad de la madre, la opción que realice para el disfrute de parte del descanso en favor del otro progenitor deberá ser coincidente, en cuanto al número de días cedidos, en los dos empleos o actividades.

Otra especialidad, es que no supondría causa de denegación, anulación o suspensión de la percepción del subsidio por maternidad, cuando el beneficiario trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso, si se encontrara en régimen de jornada a tiempo parcial o en los supuestos de pluriempleo y pluriactividad, según el apartado b del art. 11, RD 295/2009.

Los periodos de percepción del subsidio se corresponderán con los periodos de descanso que, en esos casos, serán los no ocupados por la jornada a tiempo parcial o por los empleos o actividades que no dan lugar al subsidio.

c). Prescripciones comunes a los permisos de maternidad y paternidad, para el disfrute del permiso a tiempo parcial

La Disposición Adicional 1ª del RD 295/2009 establece en su apartado 2, que será imprescindible el acuerdo previo entre el empresario y el trabajador afectado, para que tanto el permiso de maternidad como el de paternidad puedan disfrutarse a tiempo parcial.

El acuerdo podrá celebrarse al inicio del descanso correspondiente o en un momento posterior y podrá extenderse a todo el período de descanso o a parte del mismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 3 siguiente.

Según el apartado 3 de la DA 1ª del RD 295/2009, el derecho al permiso de maternidad, en régimen de jornada a tiempo parcial, podrá ser ejercido por cualquiera de los progenitores, adoptantes o acogedores y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del período de descanso. No obstante, en caso de parto,

la madre no podrá hacer uso de esta modalidad de permiso durante las seis semanas inmediatas posteriores al mismo, que serán de descanso obligatorio.

Otras prescripciones relevantes tanto en esta contingencia protegible, maternidad, como en la de paternidad, son las contenidas en los apartados 5, 6, 7 y 8 de esta DA 1ª del RD 295/2009, que establecen que:

4. El disfrute a tiempo parcial del permiso de maternidad y de paternidad se ajustará a las siguientes reglas:

a) El período durante el que se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice.

b) El disfrute del permiso en esta modalidad será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, por iniciativa de éste y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor.

c) Durante el período de disfrute del permiso de maternidad o de paternidad a tiempo parcial, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

5. El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante.

No serán de aplicación a este supuesto las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el artículo 12 del ET y sus normas de desarrollo.

6. Si el trabajador es beneficiario de la prestación por desempleo de nivel contributivo y la compatibiliza con trabajo a tiempo parcial, cuando pase a las situaciones de maternidad o paternidad, tanto si se disfrutan en régimen de jornada completa como de jornada parcial, se suspenderá la prestación por desempleo en los términos establecidos en el artículo 222.3 de la LGSS.

7. El permiso de maternidad y el de paternidad a tiempo parcial serán incompatibles con el disfrute simultáneo por los mismos trabajadores de los derechos previstos en los apartados 4 y 4 bis, del artículo 37 del ET y de la reducción de jornada por guarda legal prevista en el apartado 5 del mismo artículo. Será asimismo incompatible con el ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de familiares regulado en el artículo 46. 3 de la citada Ley.

8. Los trabajadores por cuenta propia podrán, asimismo, disfrutar los descansos por maternidad y paternidad a tiempo parcial, a cuyos efectos, la percepción de los subsidios y la reducción de la actividad sólo podrá efectuarse en el porcentaje del 50 por 100.

Para el reconocimiento de esta modalidad de percepción del subsidio y correspondiente disfrute de los permisos de maternidad y paternidad, los interesados

deberán comunicar a la entidad gestora, al solicitar la correspondiente prestación, el régimen en que se llevará a efecto, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3. Asimismo, serán de aplicación las reglas contempladas en las letras a) y b) del apartado 4, en relación con la duración y disfrute de los descansos y respecto de las causas que permiten la modificación del régimen de disfrute declarado a la entidad gestora.

C- Riesgo durante el embarazo

En los supuestos de pluriempleo se tendrán en cuenta las peculiaridades contenidas en el art. 34.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

En supuestos de pluriempleo, cuando la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se declare en todas las actividades que realice simultáneamente la trabajadora, se computarán todas sus bases de cotización en las distintas empresas, siendo de aplicación a la base reguladora así determinada el tope máximo establecido a efectos de cotización.

Si la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se declarase en una o algunas de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no en todas, sólo se tomarán en consideración las bases de cotización en las empresas donde se produce la suspensión del contrato, aplicando a estos efectos, el límite que corresponda a la fracción o fracciones del tope máximo que aquéllas tengan asignado.

a) En supuestos de que la trabajadora desempeñe sus servicios **a tiempo parcial**, hay que tener en cuenta que se establecen unas peculiaridades, relativas tanto a la duración del derecho, como a los períodos de cotización, así como para la determinación de la base reguladora.⁷⁵⁶

En cuanto a la duración del derecho, la prestación económica correspondiente, en el supuesto de contrato a tiempo parcial, se abonará durante los días naturales en los que las trabajadoras permanezcan en situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

Respecto a los períodos de cotización en supuestos de contratación a tiempo parcial, no se exige período alguno por tener la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales.

En el supuesto de contrato a tiempo parcial, la base reguladora es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización de los 3 meses anteriores a la fecha en que se

⁷⁵⁶ **Ferrer López, M. A.**, “Casos Prácticos de Seguridad Social 2010”. Deusto S.A. Barcelona. 19ª edición, actualizada a mayo de 2010. Pág. 267.

inicia la suspensión del contrato entre el número de días naturales comprendidos en dicho período.

b) Riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal

En supuestos de un único empleo, es decir, prestación de servicios para un único empleador, no procedería el reconocimiento del subsidio por riesgo durante el embarazo, mientras la trabajadora se encuentre en situación de incapacidad temporal y viceversa, se trata de prestaciones incompatibles.

Una vez finalizada la respectiva situación, si se reúnen los requisitos necesarios para su apreciación, se podría reconocer el otro subsidio.

D- Paternidad

Es una causa suspensiva del contrato de trabajo, enumerada en el art. 45.1. ET, apartado d).⁷⁵⁷ Se trata de un derecho independiente y de titularidad exclusiva del otro progenitor, incorporándose un nuevo art. 48 bis al ET, en virtud del cual, en los casos de maternidad, adopción o acogimiento, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante 13 días ininterrumpidos,⁷⁵⁸ ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples, en 2 días más por cada hijo a partir del 2º.

La incorporación de esta nueva causa de suspensión que se añade al permiso por nacimiento de hijo previsto en el art. 37. b) del ET, se acompaña de la delimitación de la correspondiente prestación a la Seguridad Social regulada en los nuevos artículos 133 octies a 133 decies de la LGSS.

Respecto a la duración del permiso por paternidad, en el ámbito europeo, destaca la aprobación el 20/10/2010 de una propuesta del Parlamento de la UE, de ampliación del período mínimo del permiso de paternidad en toda la UE, de al menos dos semanas.

a) La **titularidad del derecho** corresponde en caso de parto, en exclusiva al otro progenitor, según el art. 48 bis ET, mientras que si el hecho causante es la adopción o el acogimiento, este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados, pero cuando el periodo de descanso regulado en el art. 48.4 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.

⁷⁵⁷ Se enumeran todas aquellas causas vinculadas con la maternidad: descanso por maternidad, el riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y la adopción o acogimiento preadoptivo o permanente, de menores de 6 años. A estas causas suspensivas se incorporan dos supuestos nuevos: paternidad y el riesgo durante la lactancia.

⁷⁵⁸ El Gobierno ha asumido el compromiso de ampliar la duración de 13 días de forma progresiva y gradual para los trabajadores por cuenta ajena y para los funcionarios hasta alcanzar el objetivo de 4 semanas, para lo cuál se marca el plazo de 6 años desde la entrada en vigor de la LOIMH. (DT 9ª). Entró en vigor el 24 de marzo de 2007, salvo el art. 71.2 que entrará en vigor el 31/12/2008. DF 8ª.

Así se impide que los derechos suspensivos de maternidad y paternidad se concentren y ejerzan en su totalidad por un solo progenitor, no cabe la posibilidad de que un solo progenitor ejerza la maternidad y la paternidad sucesivamente.

b) En cuanto a las **modalidades y nacimiento del disfrute del permiso**, el art. 48 bis, señala que el trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el art. 48.4 o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

El trabajador deberá comunicar al empresario su voluntad de ejercer este derecho con la debida antelación y en la forma y términos establecidos en su caso en los convenios colectivos.

Además, en la Disposición Adicional 1ª del RD 295/2009, se prevé que la suspensión del contrato por paternidad podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial con una jornada mínima del 50%, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, conforme se determine reglamentariamente.⁷⁵⁹

El tiempo de prestación de servicios a tiempo parcial se considerará como de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante y sin que sean de aplicación las reglas del contrato a tiempo parcial.⁷⁶⁰

En caso de disfrute a tiempo parcial, es de aplicación la nueva DA 18ª del ET, para el cálculo de las indemnizaciones por extinción o modificación de la relación laboral. Las indemnizaciones serían las que le hubieran correspondido sin considerar la reducción de jornada.

Además se establecen unas medidas que pretenden atenuar la merma económica que supone este disfrute para el empresario:

1- Se realizan modificaciones en el RD Ley 11/1998 de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con las personas desempleadas, para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, para ampliar la bonificación del 100% en las cuotas empresariales a la Seguridad Social, incluidas

⁷⁵⁹ Será imprescindible el acuerdo previo entre el empresario y el trabajador afectado. En el caso de la paternidad, la jornada realizada a tiempo parcial no podrá ser inferior al 50 por 100 de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo.

El acuerdo podrá celebrarse al inicio del descanso correspondiente o en un momento posterior y podrá extenderse a todo el período de descanso o a parte del mismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 3 siguiente.

⁷⁶⁰ AAVV, Coordinadores: **García - Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J. R.**, “*La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*”. Lex Nova. Valladolid. 1ª ed. Abril 2007. Pág. 171.

las de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional, y aportaciones empresariales de recaudación conjunta, a los contratos de interinidad celebrados para sustituir a trabajadores que se encuentren en alguna de las nuevas situaciones suspensivas del contrato de trabajo, la paternidad y el riesgo durante la lactancia.

2- También se modifica la Ley 12/2001 de 9 de julio de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. La finalidad es ampliar a los mismos supuestos que acabamos de mencionar, las bonificaciones en la cotización de los trabajadores que son sustituidos mediante contratos de interinidad bonificados durante las situaciones suspensivas de paternidad y riesgo durante la lactancia.

c) Pluriempleo y paternidad

En supuestos de **pluriempleo**, para la determinación de la prestación de paternidad, se computarán todas las bases de cotización en las distintas empresas, siendo de aplicación a la base reguladora resultante el tope máximo establecido a efectos de cotización.

Respecto al **subsidio** por paternidad, el apartado 4 del art. 23 del **RD 295/2009**, establece que en situaciones de pluriempleo, el trabajador podrá causar el subsidio en cada empleo, si disfruta el correspondiente periodo de descanso y, a efectos de base reguladora, se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización.

En los casos de pluriempleo y pluriactividad, el disfrute de los descansos y prestaciones por paternidad en cada uno de los empleos o actividades se efectuará de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso. En situaciones de pluriempleo el trabajador podrá causar el subsidio en cada empleo, si disfruta el correspondiente período de descanso.

Según el art. 26 del mismo RD, en el apartado 3 del art. 26, relativo al nacimiento, duración y extinción del derecho, establece que en las situaciones de pluriempleo o pluriactividad, los subsidios por paternidad podrán iniciarse en cualquier momento de los indicados en los párrafos anteriores, por lo que podrán percibirse simultáneamente, de forma sucesiva, o separados en el tiempo.

El art. 28, también excepciona de la regla general de causa de denegación, anulación y suspensión del derecho cuando el beneficiario trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso, los supuestos de percepción de un subsidio por paternidad en régimen de jornada a tiempo parcial o en los supuestos de pluriactividad o pluriempleo.

Los periodos de percepción del subsidio, se corresponderán con los periodos de descanso que, en esos casos, serán los no ocupados por la jornada a tiempo parcial o por los empleos o actividades que no dan lugar al subsidio.

Para **García Viña**,⁷⁶¹ a diferencia de la prestación de maternidad, donde caben supuestos de disfrute de forma exclusiva o conjunta, entre los dos beneficiarios, conforme a la regulación contenida en los diversos números del art. 23 del RD 295/2009, puede apreciarse en la prestación de paternidad una mayor rigidez en los supuestos de pluriempleo y pluriactividad.

Este autor considera en el caso de pluriactividad o pluriempleo, que el otro progenitor tiene derecho a tantas prestaciones por paternidad como regímenes a los que cotice, siempre que reúna los requisitos en cada uno de ellos; teniendo en cuenta que en la situación de pluriempleo que la suma de las bases reguladoras no supere el tope máximo de cotización.

Sin embargo, en estos casos de pluriactividad o pluriempleo, el disfrute de las diversas situaciones de paternidad, no tienen por qué ser coincidentes en el tiempo, por lo que pueden iniciarse en cualquier momento, siempre que se cumplan los requisitos del período de disfrute regulados en el Estatuto de los Trabajadores.

De la misma manera, si se presenta acuerdo entre empresario y trabajador para trabajar a tiempo parcial se puede efectuar de forma independiente para cada uno de los trabajos o para cada una de las actividades.

d) En el supuesto de **trabajadores contratados a tiempo parcial**, se establecen algunas peculiaridades, que no resultarían de aplicación en caso de que la contratación fuera ab initio a jornada completa y estuvieran disfrutando del período de suspensión por paternidad en régimen de jornada a tiempo parcial.

En estos casos de contratación a tiempo parcial, la prestación económica se abonará durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en la situación de suspensión por paternidad.

Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de paternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias, como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá entre 5, equivalente diario al cómputo de 1826 horas anuales.

El período de 5 años dentro del que han de estar comprendidos los 180 días se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente

⁷⁶¹ **García Viña, J.**, “*El permiso de paternidad: cuestiones laborales y de Seguridad Social*”. Revista Actualidad Laboral, Nº 16, Sección Estudios, quincena del 16 al 30 de septiembre de 2009. Documento en soporte informático: laleydigital.es 13746/2009. Págs. 8 y 9.

realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente. La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo.

La base reguladora diaria para la prestación por paternidad es el resultado de dividir la suma de bases de cotización acreditadas en la empresa durante los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, entre 365.

De ser menor la antigüedad del trabajador en la empresa, será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan.

Se podría reconocer provisionalmente la prestación, cuando no esté incorporado al sistema la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso. En este caso, hasta que no se produzca esa incorporación, se tomará como base reguladora la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema.

E- Riesgo durante la lactancia natural

a). Prescripciones generales sobre esta contingencia protegible

Es una causa suspensiva del contrato de trabajo. Antes de que se contemplara tal situación, si la actividad laboral desarrollada por la trabajadora resultaba incompatible con el embarazo o la lactancia, si procedía, se reconducía a la suspensión del contrato por Incapacidad Temporal.

Entre las medidas de protección de la maternidad se introduce el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural, cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulta posible, o a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora o del hijo lactante; tampoco puede ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente por no existir puesto de trabajo o función compatible y no resulta técnica u objetivamente posible el cambio de puesto o no cabe por motivos justificados exigirlo.

Se modifica el art. 45.1. d) del ET al incorporar el riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses como causa de suspensión del contrato de trabajo. También se incorpora la prestación económica de riesgo durante la lactancia natural en los nuevos artículos 135 bis y ter de la LGSS.

El art. 48.5 del ET, relativo al riesgo durante el embarazo, ha experimentado una nueva redacción con la LOIMH 3/2007, se establece que tanto en el riesgo durante el embarazo como en el caso de riesgo durante la lactancia natural, la suspensión del contrato finalizará en el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o el lactante cumpla 9 meses, respectivamente, o en ambos casos cuando

desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

En cuanto al **inicio** y **finalización** de la suspensión por riesgo durante la lactancia natural, la situación se iniciará una vez que la madre trabajadora finalice la suspensión de su contrato por maternidad, siempre que haya optado por la alimentación de su hijo mediante la lactancia natural, y se de la circunstancia de que estando acreditado el riesgo para la lactancia derivado de las condiciones o del tiempo de trabajo, resulte imposible anular ese riesgo mediante la adaptación del puesto o la movilidad de la trabajadora. Además se requiere que los servicios médicos correspondientes acrediten estos extremos conforme al art. 26 LPRL.

Finalizará, conforme al art. 48.5 ET, cuando el hijo cumpla los 9 meses, o por superación de la incompatibilidad entre el trabajo y la lactancia.

La LO 3/2007 establece las siguientes modificaciones en la LPRL, en su art. 26:

1. Exige que la evaluación de riesgos de cada puesto de trabajo tenga en cuenta aquellos que puedan afectar a las trabajadoras, de modo que junto a la evolución genérica de los puestos de trabajo se exige una evaluación específica que deberá comprender la determinación de la naturaleza, grado y duración de la exposición de las mujeres trabajadoras embarazadas o de parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la del feto, en cualquier actividad susceptible de representar un riesgo específico.

2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado.

El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

3. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1. d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

1. Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo.

Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1. d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo.

2. Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo.

b). Pluriempleo y riesgo durante la lactancia natural

La situación de riesgo durante la lactancia natural es una de las causas de suspensión del contrato de trabajo y, en consecuencia, las partes, trabajadora y empresario, quedan exoneradas de las recíprocas obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo, respectivamente, permaneciendo la obligación de cotizar durante esta situación, por lo que se plantearía la cuestión problemática de determinar si en casos de pluriempleo, encontrándose en esta situación la trabajadora, en una de las empresas para las que prestara servicios, podría continuar “en activo” en la otra empresa, tratándose de un trabajo compatible con su estado.

Bajo mi punto de vista, dado que esta contingencia va ligada a las condiciones y riesgos laborales, además de al estado de la trabajadora, si esta actividad no es incompatible con su estado, estaría permitido, ya sea el pluriempleo anterior o posterior al hecho causante.

Si fuera incompatible con su estado, el derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido, “cuando la beneficiaria realice cualquier trabajo o actividad, bien por cuenta ajena o por cuenta propia, iniciados con posterioridad a la suspensión del contrato del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural.

Cuando la trabajadora se encuentre en situación de pluriempleo habrá que tener en cuenta si el riesgo se ocasiona en todas las actividades que viene desempeñando o sólo en una de ellas, causando derecho a la suspensión del contrato de trabajo, en una o en todas en función del riesgo inherente a las tareas desempeñadas en cada uno de ellos.

No tendrá la consideración de protegida aquella que venga derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del hijo cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñados.

Cuando la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia se declare en todas las actividades que realice simultáneamente la trabajadora, se computarán todas sus bases de cotización en las distintas empresas, siendo de aplicación a la base reguladora así determinada el tope máximo establecido a efectos de cotización.

Si la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural se declarara sólo en una o algunas de las actividades realizadas simultáneamente por la trabajadora, sólo se considerarían las bases de cotización en las empresas en las que se produjera la suspensión del contrato, aplicando el límite correspondiente a la fracción o fracciones del tope máximo que tengan asignado.

c). Peculiaridades en el ámbito de la contratación a tiempo parcial

Dado que como ya se ha explicado en otras ocasiones en esta Tesis, las situaciones de pluriempleo y de pluriactividad, suelen ir muy ligadas a la contratación a tiempo parcial, merece especial mención, que el subsidio se abona a las trabajadoras contratadas a tiempo parcial durante todos los días naturales en que se mantiene la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia, pero el derecho al subsidio de las trabajadoras fijas discontinuas se suspende durante los períodos entre temporadas, en tanto no se produzca el nuevo llamamiento.

En el trabajo a tiempo parcial, durante la situación de riesgo durante la lactancia natural, la base diaria de cotización será el resultado de dividir las sumas de las bases de cotización acreditadas en la empresa entre el número de días efectivamente trabajados y por tanto cotizados en dicho período. Esta base se aplicará exclusivamente a los días en que la trabajadora hubiera estado obligada a prestar servicios efectivos en la empresa, de no hallarse en situación de riesgo.

F- Prestaciones económicas derivadas de Incapacidad Permanente

a). Problemática de la prestación por Incapacidad Permanente procedente de varios trabajos a tiempo parcial. Acreditación de los períodos de cotización necesarios

Según el Art. 3 del RD 1131/2002 *para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, Incapacidad Permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales.*

Cuando para poder causar la prestación de que se trate, excepto las pensiones de jubilación e Incapacidad Permanente a las cuales será de aplicación lo establecido en el apartado 2 de este artículo, el período mínimo exigible deba estar comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, este lapso se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente. La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo.

2. Para causar derecho a las pensiones de jubilación e Incapacidad Permanente, el número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5 resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización. La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo.

b). Incompatibilidades

En el art. 14.2 RD 1131/2002, se establecen las incompatibilidades de la pensión de jubilación parcial:

a) Con las pensiones de Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez. [...]

b) Con la pensión de Incapacidad Permanente total para el trabajo que se preste en virtud del contrato que dio lugar a la jubilación parcial.

Analizando la doctrina judicial podemos encontrar pronunciamientos relativos a la situación:

- La percepción de la pensión de Incapacidad permanente total es compatible, siempre que se cumplan determinados requisitos. En el caso de la pérdida del empleo: la STSJ Madrid de 30 de septiembre de 1994, (AS 1994, 3644); establece la compatibilidad de la pensión de Incapacidad Permanente Total con las prestaciones o subsidios de desempleo.

- En la STSJ Madrid de 20 de octubre de 1998, (AS 1998, 3785); se deniega un subsidio de desempleo para mayores de 52 años, pues el art. 215.1 LGSS, exige entre los requisitos para la obtención de aquel que el beneficiario carezca de rentas de cualquier clase, cifrándose estas, respecto de una eventual percepción de una pensión de Incapacidad Permanente total, en una cuantía inferior al 75% del SMI.

La compatibilidad entre el subsidio y la pensión no significa en ningún caso, que tal compatibilidad sea posible en casos en que no se reúnen todos los requisitos, para generar la prestación por desempleo de que se trate, de tal modo que si uno de ellos falta, (en este caso el tope de rentas que hemos mencionado), no cabe la percepción simultánea entre ambas prestaciones, pues no surge o nace la de desempleo, que únicamente tendría lugar cuando lo percibido en el otro concepto, es decir pensión de invalidez, no sobrepase, el referido límite.

- La STSJ Madrid de 29 de enero de 1998, (AS 1998, 5020); partiendo de la distinción entre prestación y pensión, establece que las incapacidades permanentes pueden dar lugar según el caso al pago de prestaciones del sistema de la Seguridad Social, en caso de la parcial o al de pensiones vitalicias o temporales.

Concretamente la prestación por Incapacidad Permanente parcial, no es pensión sino compensación o indemnización por el menoscabo funcional u operativo, y el hecho de que consista en 24 mensualidades del salario, no supone sino un modo de evaluación de la misma, que por ello no pierde su carácter de cantidad a tanto alzado que le otorga el art. 139.1 LGSS, sin posibilidad en ningún caso de consistir en pensión vitalicia o temporal, de manera que el supuesto es distinto a las demás incapacidades permanentes, pues de incluirse en la total, donde la pensión puede sustituirse por una cantidad a tanto alzado, ésta evidentemente al tener que equivaler a aquella, no es sino la pensión misma abonada de una sola vez mediante los cálculos actuariales pertinentes y no puede predicarse a la cantidad derivada de Incapacidad Permanente parcial.

La incompatibilidad a la que alude la LGSS, trata de evitar un enriquecimiento injusto del beneficiario, se refiere a las pensiones, no a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, de manera que partiendo de la simple interpretación literal de los términos empleados por el legislador, que es la primera de las interpretaciones a llevar a cabo según el art. 3. 1. del Cc., no es posible mezclar a estos efectos, prestaciones que sean pensiones con aquellas que no lo sean.

La plena compatibilidad entre la prestación de Incapacidad Permanente parcial y la pensión de jubilación, se funda además en la aplicación del principio in dubio pro operario, y en el radical rechazo de cualquier interpretación analógica in malam partem de la norma, de forma que resulta inviable introducir una expresa determinación perjudicial para el beneficiario, extendiéndolo de un caso concreto, el concepto de pensión a una generalidad, concepto de prestación, pues al ser la indemnización derivada de una Incapacidad Permanente parcial una compensación por un menoscabo funcional u operativo que carece de virtualidad temporal en su aplicación, mantener su

equivalencia supondría configurarla de forma diferente a los establecido según la interpretación literal de la LGSS. STSJ Madrid de 24 de febrero de 1998, (AS 1998, 602).

- La STSJ de Madrid de 23 de marzo de 1993, (AS 1993, 1447); considera que la incompatibilidad entre las pensiones de jubilación y de Incapacidad Permanente total resulta contradictorio con la admisibilidad de la percepción de la pensión de Incapacidad Permanente total y los trabajos distintos de los afectados por la incapacidad.

c). Novedades introducidas por la Ley 40/2007 y otras modificaciones posteriores

En síntesis, se puede mencionar que el art. 1 de la Ley 40/2007 se refiere a la Incapacidad Temporal, siendo el apartado 2 el que afecta al cambio de fronteras entre la Incapacidad Temporal y la Incapacidad Permanente, por lo que para el estudio de este precepto debe analizarse conjuntamente con éste, puesto que ambas prestaciones se ven afectadas.⁷⁶²

La Ley 40/2007, da una nueva redacción al apartado 2 del art. 131 bis de la LGSS, desapareciendo del texto legal la calificación como Incapacidad Permanente provisional o revisable en el período de 6 meses sin exigir períodos de cotización distintos de los de la Incapacidad Temporal.

El apartado 2 del art. 138 de la LGSS, relativo al período mínimo de cotización exigible para causar las pensiones de incapacidad permanente, ha sido modificado por el art. 2.1 de la Ley 40/2007, el art. 2.3 de la misma Ley ha modificado los apartados 4 y 5 del art. 139 LGSS, añadiendo el art. 2.2, el párrafo 3º al apartado 2 de la LGSS.

Con posterioridad a las modificaciones introducidas por esta Ley, hay que tener en cuenta que la **Ley 26/2009**, de 23 de diciembre de PGE, ha dado una nueva redacción al art. 140 de la LGSS, en virtud de su Disposición Final 3 Siete.

Destaca por sus eventuales repercusiones en las situaciones de pluriempleo, concretamente en materia de determinación de la base reguladora, la vigente redacción del apartado 4 del art. 140, que establece que si en el período que hay que tomar para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiera existido

⁷⁶² **Cardenal Carro, M., Hierro Hierro, F.J.**, en AAVV., (Dir. **Monereo Pérez, J.L.**), *“La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social”*. La Ley. Madrid. 1º ed. Marzo 2008. Págs. 259, 261, 262. Para estos autores, resulta ineludible para dar cuenta de la operación de redimensionamiento de las pensiones de incapacidad permanente, como uno de los principales hilos conductores de la reforma legal.

Llegan a la conclusión de que se ha producido un endurecimiento en el acceso a las pensiones de incapacidad permanente, y que las situaciones para las que se prevé la prórroga de la IT, son definidas en términos muy amplios por lo que consideran que es previsible la judicialización en la definición de las fronteras entre la IT y la IP.

obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de 18 años.

En los supuestos en que alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista sólo durante una parte del mismo, procederá la integración señalada en el párrafo anterior, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto la integración alcanzará hasta esta última cuantía.

La Ley 26/2009, anteriormente mencionada, también ha añadido un párrafo segundo al apartado 3 del art. 143, en materia de calificación y revisión de la situación de incapacidad permanente, estableciendo que cuando como consecuencia de revisiones por mejoría del estado invalidante profesional, proceda reintegrar parcialmente o en su totalidad, la parte no consumida de los capitales coste constituidos por las MATEPSS, o por las empresas que hubieran sido declaradas responsables de su ingreso, este último no tendrá la consideración de ingreso indebido, a los efectos previstos en los apartados 1 y 3 del art. 23 de la LGSS, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el art. 24 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, de PGE.

G- Prestaciones por muerte y supervivencia

En primer lugar, con carácter general en el ámbito de estas prestaciones, merecen especial mención: el **RD 296/2009**, de 6 de marzo, que modifica determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia, el **RD 1465/2001**, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, la Resolución de la Secretaría de Estado de Seguridad Social, de 19 de septiembre de 2007, sobre determinación de la contingencia causante en el ámbito de las prestaciones por incapacidad temporal y por muerte y supervivencia del sistema de la Seguridad Social, así como la Circular del INSS, 4/2003, de 8 de septiembre, que dicta Instrucciones para la aplicación de la normativa vigente en materia de pensiones de jubilación y de prestaciones por incapacidad permanente y por muerte y supervivencia.

Respecto a la cuestión de la determinación de la base reguladora de las prestaciones por muerte y supervivencia, en situaciones de pluriempleo, se efectúa una remisión a los análisis efectuados en el subapartado e), del apartado B), de la cuestión 3.1 del capítulo III de esta Tesis, contenidos en las páginas 357 a 361, con la finalidad de evitar reiteraciones innecesarias.

En síntesis, hay que tener en cuenta que sigue vigente la Orden de 13 de febrero de 1967, que establece normas para la aplicación de las prestaciones de muerte y supervivencia en el RGSS, y según su art. 32, para la determinación de la base reguladora de las prestaciones por muerte y supervivencia, en caso de pluriempleo del causante, se computarán todas sus bases de cotización en las distintas empresas, siendo

de aplicación a la base reguladora así determinada el tope máximo establecido a efectos de cotización.

El apartado 2 de este mismo artículo, indica que salvo en el caso de fallecimiento debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional, las prestaciones por muerte y supervivencia se abonarán íntegramente por una sola Mutualidad Laboral. Dicha Mutualidad será aquella en que el causante tuviese una base de cotización de cuantía superior en el mes inmediatamente anterior al de su fallecimiento y, a igualdad de bases, la Mutualidad que hubiera reconocido el derecho al subsidio de defunción.

En el supuesto de que el fallecimiento sea debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional, el apartado 3 de este artículo establece que el importe de los subsidios o del capital coste de las pensiones, se prorrateará entre las diversas Mutualidades Laborales y Mutuas patronales, en su caso, que cubran dichas contingencias en función de las respectivas bases de cotización del causante.

Kahale Carrillo,⁷⁶³ se plantea la cuestión del régimen jurídico aplicable si el causante de la prestación de viudedad se encontraba en situación de pluriempleo o pluriactividad y reconoce que tradicionalmente, la doctrina científica ha venido considerando que en caso de pluriempleo, se causaría una única pensión de viudedad, originada por la suma de las bases de cotización de todos los empleos realizados por aquél hasta llegar al tope máximo establecido en el ordenamiento jurídico.

Al respecto, **Rodríguez Iniesta**,⁷⁶⁴ considera, que si el causante ejercía más de una actividad por las que figuraba al fallecer, dado de alta en el RGSS, en supuestos de pluriempleo, la base reguladora debería determinarse computando todas sus bases de cotización en las distintas empresas, con el tope máximo a efectos de cotización, y que esta previsión se refiere exclusivamente al RGSS, mientras que en supuestos de pluriactividad, cuando el trabajador acredite cotizaciones a más de un régimen de los que integran el sistema, en principio se parte de la consideración por separado de las respectivas bases de cotización, dada la posibilidad de causar pensión en cada uno de los regímenes en que estuviera encuadrado el causante.

En cuanto a la responsabilidad del pago de las prestaciones, destacan los siguientes pronunciamientos de doctrina judicial:

1. Al respecto destaca la STSJ de Madrid de 5 de abril de 2001, rec. 686/2001,⁷⁶⁵ se contempla el supuesto de un trabajador pluriempleado en 3 empresas figurando en alta en el Régimen general de la Seguridad Social en las tres, pero sin embargo como en una

⁷⁶³ **Kahale Carrillo, D.T.**, “*La incidencia de la pensión de viudedad en los matrimonios homosexuales*”. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 3, Sección Doctrina, quincena del 8 al 23 de febrero de 2008, Año XXIV. Documento en soporte electrónico: laleydigital.es 125/2008. Págs. 13 y 14.

⁷⁶⁴ **Rodríguez Iniesta, G.**, “*La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*”. Ed. Laborum. 1ª ed. 2006. Pág. 272, y nota a pie de página nº 955.

⁷⁶⁵ Ref. CISS: JS414269.

de ellas era socio y titular del 99% de las acciones de esa empresa y ostentaba el cargo de administrador único de la misma, no se incluyeron en la base reguladora de las pensiones de viudedad y de orfandad las cotizaciones efectuadas en esa empresa, la mutua no las había incluido en su cómputo.

En el momento del hecho causante la mutua aseguradora de la contingencia de accidentes de trabajo era la misma que había determinado la base reguladora de la pensión y de haber tenido en cuenta las cotizaciones en las tres empresas la base reguladora se hubiera incrementado en más del triple.⁷⁶⁶

El TSJ considera plenamente válido y con presunción de legalidad el encuadramiento, al existir un acto administrativo posterior que lo declare indebido y no cabe instarlo después de acaecer el hecho causante. Se condena a la mutua aseguradora, eximiendo de responsabilidad al INSS.

2 En la STS de 22 de julio de 1998, (RJ 1998/8545); en un supuesto de accidente de trabajo de un trabajador que se encontraba en situación de pluriempleo, se establece que en caso de pluriempleo, cada mutua aseguradora ha de satisfacer las prestaciones causadas en función de las respectivas cotizaciones del causante.

La cuestión que se dirime en esta ST es si la determinación de la base reguladora de una prestación causada por Accidente de Trabajo, cuando este se produce en una de las empresas en las que presta servicios un trabajador pluriempleado, cuya muerte, invalidez o incapacidad laboral transitoria producida por el accidente laboral en una empresa, se extiende a la otra u otras, en que preste sus servicios el pluriempleado, y en las que no sufrió accidente alguno.

En este caso el trabajador prestaba servicios para dos empresas asegurada cada una de ellas a efectos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional, en distintas Mutuas. El TS considera que el accidente laboral sufrido en una empresa, en el supuesto de pluriempleo, debe ser considerado como tal en todas las relaciones laborales que vinculan al trabajador, cuando las consecuencias del accidente afectan por igual a todas ellas.

⁷⁶⁶ Para el TSJ el hecho causante de la prestación es primordial y no es posible a posteriori que se pueda discutir sobre si su encuadramiento en el Régimen general de la Seguridad Social por su trabajo en la empresa en la que ostentaba la mayoría del capital social y la administración rea correcto o no, ya que se debe entender que el alta se consolidó con la muerte sin que sea posible su discusión posterior. Lo que era un derecho en curso de adquisición deja de serlo para convertirse en un derecho adquirido y consolidado. Por otro lado, la TGSS no acordó en ningún momento la revisión del acto administrativo del alta en el RGSS, y la Mutua Aseguradora tampoco se pronunció en contra del encuadramiento en el RGSS y asumió la contingencia por el riesgo de accidentes de trabajo, no constando en las actuaciones que hubiera dejado de percibir las primas correspondientes.

H- Pensión de jubilación

a). Pensión de jubilación anticipada y trabajo a tiempo parcial

La jubilación parcial ha sido objeto de reforma por la Ley 40/2007.⁷⁶⁷ La nueva redacción del art. 166.2 b) de la LGSS, exige para las jubilaciones parciales causadas a partir de 1 de enero de 2008, que se acredite un período de antigüedad en la empresa, de al menos 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de jubilación parcial. A tal efecto, se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior, si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el art. 44 ET, o en empresas pertenecientes al mismo grupo.

Para acreditar la antigüedad en la empresa, las Instrucciones de 2 de enero de 2008, para la aplicación provisional de la Ley 40/2007, han establecido que se tendrán en

⁷⁶⁷ Según el art. 4 de la Ley 40/2007, relativo a la jubilación parcial, los apartados 1 y 2 del art. 166 LGSS, quedan redactados del siguiente modo:

1. *Los trabajadores que hayan cumplido 65 años de edad y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, siempre que se produzca una reducción de su jornada de trabajo comprendida entre un mínimo de un 25 % y un máximo de un 75 %, podrán acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo. Los porcentajes indicados se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.*

2. *Asimismo, siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo en los términos previstos en el artículo 12.7 del Estatuto de los Trabajadores, los trabajadores a tiempo completo podrán acceder a la jubilación parcial cuando reúnan los siguientes requisitos:*

a. *Haber cumplido la edad de 61 años, o de 60 si se trata de los trabajadores a que se refiere la norma 2 del apartado 1 de la disposición transitoria tercera, sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.*

b. *Acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o en empresas pertenecientes al mismo grupo.*

c. *Que la reducción de su jornada de trabajo se halle comprendida entre un mínimo de un 25 % y un máximo del 75 %, o del 85 % para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida y se acrediten, en el momento del hecho causante, seis años de antigüedad en la empresa y 30 años de cotización a la Seguridad Social, computados ambos en los términos previstos en las letras b y d. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.*

d. *Acreditar un período previo de cotización de 30 años, sin que, a estos efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.*

e. *Que, en los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, exista una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 % de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial. Reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial.*

f. *Los contratos de relevo que se establezcan como consecuencia de una jubilación parcial tendrán, como mínimo, una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de sesenta y cinco años.*

cuenta sólo los períodos cotizados y los que deban ser computados como cotizados, tales como excedencias computables o los días asimilados por parto.

Por el contrario, por no tener la consideración de días cotizados o asimilados a cotizados, deben estar excluidos, a efectos de antigüedad períodos tales como las suspensiones de empleo o determinados tipos de excedencia.

Además se requiere que la condición de trabajador a tiempo completo se cumpla durante toda la antigüedad requerida y que los años de antigüedad sean consecutivos y sin interrupción.

En supuestos de pluriempleo, se debe reunir tanto la antigüedad requerida, como la equivalencia con un trabajo a tiempo completo en el conjunto de empresas, excluyendo del cómputo las situaciones que no responden a actividad laboral efectiva.

La Ley 40/2007 también modifica el art. 166.1 LGSS, pueden ser beneficiarios de la jubilación parcial, los trabajadores por cuenta ajena integrados en cualquier régimen de la Seguridad Social, que estén contratados a tiempo completo, cuando con carácter simultáneo, se concierte un contrato de relevo.

Se ha considerado oportuno asimilar a ellos los trabajadores a tiempo parcial cuyas jornadas, en conjunto equivalgan en días teóricos a los de un trabajo a tiempo completo comparable (equiparable al 100% del trabajo efectivo), siempre que reúnan ciertos requisitos de antigüedad, reducción de jornada y contratación relevista.

A estos efectos, no podrán equipararse a trabajadores a tiempo completo, quienes hayan suscrito un convenio especial a tiempo parcial o perciban desempleo a tiempo parcial, puesto que estas situaciones no responden a supuestos de actividad laboral efectiva. (Instrucciones provisionales de 2 de enero de 2008, para la aplicación de la Ley 40/2007).

Se excluyen del régimen anterior, los trabajadores fijos discontinuos del art. 15.8 ET cuyos trabajos no se repiten en ciertas fechas por no poder determinarse a priori el porcentaje de reducción de la jornada efectivamente realizada y si ésta se encuentra dentro de los límites porcentuales establecidos.⁷⁶⁸

También se excluyen los trabajadores por cuenta propia, si bien está previsto en la DA 8ª LGSS que en un futuro pueda ser de aplicación a los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes agrario, del mar y de trabajadores autónomos.

Para las jubilaciones causadas con anterioridad a 1 de enero de 2008, y las que surjan por compromisos adquiridos por convenios y acuerdos colectivos anteriores a esta fecha, hasta que finalice la vigencia de estos compromisos y como máximo hasta 31 de diciembre de 2009, ex DT 17ª.5, hay que tener en cuenta las siguientes puntualizaciones:

⁷⁶⁸ Instrucción 3.2.1 C) Circular INSS 4/2003 de 8 de septiembre.

1. En muchos casos se ha planteado el problema de si cabe acceder a dicha jubilación especial anticipada a los 64 años por quien venía prestando servicios en dos empresas en régimen de trabajo a tiempo parcial, habiéndose suscrito contratos de la misma naturaleza para cubrir la jornada dejada vacante por el trabajador jubilado.

La Entidad Gestora ha negado tal posibilidad en atención a la prohibición expresa de que los nuevos contratos no puedan ser a tiempo parcial, señalando que si un contratado a tiempo parcial puede acceder a la jubilación anticipada sobre la base del RD 1194/1985, es absurdo y contrario a todo principio de justicia que la contratación del trabajador que la empresa contrate en su sustitución, deba serlo mediante un contrato a tiempo completo, pues mediante esa contratación no se sustituye al trabajador jubilado ni se recurre a un contrato de la misma naturaleza.

Según la ST del Juzgado de lo social nº 2 de Navarra de 30/06/2000, (AS 2000\2760), confirmada por STSJ Navarra de 30/12/2000, (AS 2001\264); la regulación por tanto, tiene una laguna legal que debe llenarse atendiendo al fin pretendido por el legislador, que no es otro que el de evitar que se produzcan desequilibrios y fomentar el empleo, evitando que mediante la jubilación anticipada, se reduzca el empleo en la empresa,⁷⁶⁹ confirmada a su vez por el TS en STS de 18 de marzo de 2002, (RJ 2002/5211); en recurso de casación para la unificación de doctrina.

2. También ha cuestionado el INSS la validez del nuevo contrato si el trabajador había estado vinculado por un contrato a tiempo parcial y eventual con baja voluntaria previa y posterior contratación a tiempo completo e indefinido, lo que ha sido aceptado por los tribunales.

El TSJ de Madrid en ST de 18/11/1999, (AS 1999/7399) y de 7/11/1997, (AS 1997/388); así lo reconoce al señalar que la condición de sustituir al trabajador jubilado con 64 años por otro desempleado, ha de entenderse perfectamente cumplida, desde el momento en que el puesto de trabajo en cuestión ha sido ocupado con carácter indefinido por quien hasta entonces sólo tenía en todo caso una vinculación temporal para con la empleadora, por más que para lograr ese objetivo superior o de mayor calidad en la ocupación, el nuevo trabajador fijo hubiera renunciado voluntariamente a la contratación precaria aun en vigor durante unos meses más.

b). Suspensión de la pensión de jubilación parcial

En cualquier caso en que se produzca un incremento de la jornada o jornadas de trabajo a tiempo parcial que viniera realizando el jubilado parcialmente, al Entidad Gestora procederá a suspender el abono de la pensión de jubilación parcial. Art. 14.1.a) tercer párrafo del RD 1131/2002.

⁷⁶⁹ En sentido contrario, STSJ Asturias de 20 de marzo de 1998, (AS 1998\539).

Esta suspensión, para algunos autores,⁷⁷⁰ cesaría en el momento en que se restableciera la situación anterior al momento de la suspensión, al reducirse la jornada o jornadas, incrementadas, aunque la norma no diga nada al respecto.

I - Pluriempleo y desempleo

a). Realización de dos trabajos a tiempo parcial

Si el trabajador realiza dos trabajos a tiempo parcial y pierde uno de ellos, tendrá derecho a percibir la prestación o subsidio de desempleo que le corresponda, sin deducción alguna, salvo que obtenga un nuevo trabajo a tiempo parcial, en cuyo caso éste será incompatible con la prestación o subsidio que se le hubiera reconocido, en virtud del art. 15.4 RD 625/1985, de 2 de abril, de Protección por Desempleo, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.⁷⁷¹

Es posible que los dos contratos de trabajo a tiempo parcial se concierten con la misma empresa. Así lo contemplan las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS de 17/05/2004, rec. 3223/2003; (RJ 2004\4157); 21 de marzo de 2005, rec. 4951/2003, (RJ 2005\3879) y 04/05/2005, rec. 1847/2004, (RJ 2005\6329).

b). Realización de dos trabajos, uno a tiempo parcial y otro a tiempo completo

En este caso la pérdida del trabajo a tiempo parcial, no da derecho a percibir prestación o subsidio por desempleo. Por el contrario, la pérdida del trabajo a tiempo completo sí da derecho a percibir la prestación o subsidio por desempleo, aunque con una reducción en su cuantía, no en su duración, proporcional al tiempo trabajado. Art. 15.3 Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, de desarrollo de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, que continúa vigente.

En sede de esta contingencia protegible, destaca en el ámbito del RGSS, que es aquel en cuyo seno se suelen dar con más frecuencia las situaciones de pluriempleo, en términos generales, aunque no hagan alusión específica a los supuestos de pluriempleo y pluriactividad, hay que tener en cuenta las novedades introducidas, en sede de

⁷⁷⁰ Ruíz Salvador, J. A., “Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo. Especialidades de su protección social”. Ed. Bomarzo. Albacete. 1º ed. 2003. Pág. 152.

⁷⁷¹ El art. 15.4 del RD 625/1985, de 2 de abril, continúa vigente sin duda a la fecha de cierre de esta Tesis 28/10/2010.

Respecto al resto del texto se efectúan las siguientes precisiones: ha sido modificado por el RD 43/1996 de 19 de enero, parcialmente derogado por la Ley 8/88, por Real Decreto-Ley 5/2002 y por Ley 45/2002. Modificados los artículos 1, 4, 6, 7, 10, 13, 15, 24 y 26 y añadido art. 6 bis por RD 200/2006, de 17 de febrero, que entró en vigor el 1 de abril, salvo los apartados 10.3, 13.4 y 5 y 24.3 c), que entraron en vigor el 3 de septiembre.

Aunque la Ley 31/84 ha sido derogada por la Ley General de la Seguridad Social, el RD 625/1985 debe entenderse en vigor en lo que no se oponga a la misma, y en tanto no se produzca el desarrollo reglamentario previsto en la disposición final séptima.

prestaciones de desempleo, por el **RD Ley 12/2010**, de 20 de agosto,⁷⁷² de prórroga del programa temporal de protección por desempleo e inserción, regulado por la **Ley 27/2009**, de 31 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, y por el **RD Ley 10/2010**, de 16 de junio, y la **Ley 35/2010**, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que se concretan en su art. 8, relativo a protección por desempleo y reducción de jornada, que modifica los apartados 2⁷⁷³ y 3⁷⁷⁴ del art. 203 y 1.3 del art. 208⁷⁷⁵ de la LGSS.

II. PLURIACTIVIDAD

1. Actos de encuadramiento y cotización en supuestos de pluriactividad

1.1. Distinción entre pluriactividad simultánea y sucesiva

A) Pluriactividad simultánea

Se produce esta situación cuando se desarrollan simultáneamente dos o más actividades profesionales que dan lugar al encuadramiento también simultáneo en dos o más regímenes de la Seguridad Social.

Dado que las cotizaciones se superponen, no opera el mecanismo del cómputo recíproco de cotizaciones, técnica que evita los efectos negativos que para la movilidad de la mano de obra entre los distintos sectores productivos pudiera causar la pluralidad de regímenes.

En caso de pluriactividad simultánea, con períodos cotizados a más de un régimen, hay que cotizar por ambos regímenes, sin que juegue el tope máximo, se pueden

⁷⁷² Entró en vigor el mismo día de su publicación en el BOE y es de aplicación retroactiva desde el 16 de agosto de 2010, según su DF 3ª.

⁷⁷³ El desempleo será total cuando el trabajador cese, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario. A estos efectos, se entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión de contrato o reducción de jornada autorizada por la autoridad competente.

⁷⁷⁴ El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por 100, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo.

⁷⁷⁵ Se consideran en situación legal de desempleo: (...) Cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, en virtud de expediente de regulación de empleo en los términos del artículo 203.3.

generar varias prestaciones, salvo algún caso como el de asistencia sanitaria, justificado por la STC 39/1992 de 30 de marzo.

Para generar estas prestaciones hay que estar en alta,⁷⁷⁶ y cumplir los períodos mínimos de carencia en las actividades de que se trate.

B) Pluriactividad sucesiva

En este caso si que opera el mecanismo del cómputo recíproco de cotizaciones, ya que en este caso, lo normal es que el sujeto protegido no pueda cumplir en cada uno de los regímenes, los requisitos mínimos para generar el derecho a las prestaciones. Así se posibilita que se considere toda la carrera profesional del trabajador para que se reconozca el derecho a una prestación.

1.2. Actos de encuadramiento y cotización en situaciones de pluriactividad

En el caso de la pluriactividad, deberán solicitarse tantas altas como regímenes en que se encuentre comprendido el trabajador. Estas solicitudes deberán efectuarse por las personas obligadas y en las condiciones establecidas con carácter general. En estos casos, la TGSS podrá solicitar informe de la Inspección de Trabajo a fin de comprobar las situaciones.

Al respecto, destaca el RD 84/1996, que en su Art. 41, relativo a la pluriactividad, pluriempleo y opción previa a la inclusión en diversos Regímenes, establece:

1. Deberán solicitarse tantas altas y bajas de quienes se hallen en la situación de pluriactividad que se determina en el apartado 4.1.º del artículo 7 de este Reglamento cuantos sean los Regímenes en que se encuentren comprendidos, realizándose por las personas y en las formas y condiciones generales establecidas en los artículos 29 y siguientes del mismo.

En el supuesto de realización simultánea de dos o más actividades que den lugar a la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el alta en dicho régimen, así como la cotización a este, serán únicas y se practicarán por aquella de las actividades que elija el propio interesado. No obstante, si este hubiera optado por acogerse a la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se estará a lo dispuesto en el apartado 3.1º del artículo 47 de este reglamento general. (Párrafo añadido por el RD 1041/2005).

⁷⁷⁶ para causar el derecho al percibo en algunas prestaciones, dependiendo del Régimen de Seguridad Social de que se trate, bastaría con estar en situación asimilada al alta, tal como se irá analizando de forma casuística en los siguientes apartados.

La Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma podrá pedir, a estos efectos, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Hay varios regímenes especiales que cuentan con la posibilidad de que se desempeñe el trabajo por cuenta propia. En estos casos, el deslinde entre estos regímenes y los requisitos exigidos para encuadrar al trabajador, exigen la habitualidad y dedicación tal que podrían impedir la realización de otras actividades por cuenta propia, ya dentro de cada régimen, ya simultáneamente en otro u otros. Esto es lo que sucede entre autónomos y agrarios, entre autónomos y trabajadores del mar y entre agrarios y trabajadores del mar.⁷⁷⁷

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en el ámbito de la pluriactividad, la situación real, con cierta frecuencia se caracteriza por que en el momento de acceder a las prestaciones, el trabajador no se encuentra en alta o en situación asimilada, en todos los regímenes concurrentes, sino sólo en uno, o incluso no lo está en ninguno.

En estos casos, para algunas pensiones, el requisito del alta es sustituido por otro, la superposición de cotizaciones durante al menos 15 años, que se establece verbigracia, para las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, derivadas de contingencias comunes, por el art. 138.4 de la LGSS, para la pensión contributiva de jubilación en el art. 161.4 de la LGSS, y para las pensiones de viudedad, en el art. 179.1. 2º párrafo del mismo texto refundido.

Fernández Prol,⁷⁷⁸ se plantea la cuestión del alcance de este requisito subsidiario, considerando que sólo procederá su aplicación, cuando se den cumulativamente dos circunstancias: 1) que se soliciten varias pensiones del mismo tipo, lo cuál se pone de relieve a propósito de lo establecido en los artículos 138.4, 161.4 y 179.1 segundo párrafo de la LGSS, ya analizados; y 2) que el peticionario de las mismas se encuentre de baja como mínimo en uno de los regímenes.

También se plantea esta autora, la cuestión de cómo se computan los 15 años de cotización superpuesta, considerando que se puede interpretar de dos formas, por un lado, considerarlos como años naturales, o bien como años carenciales en los que sumados a los días naturales, se podrían computar los equivalentes a la parte proporcional de pagas extraordinarias, es decir, lo que a lo largo de la presente Tesis se ha conceptualizado como días cuota.

⁷⁷⁷ **López Gandía, J.**, “*Pluriactividad y Seguridad Social*” Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica nº 7 año 2005. página 383.

⁷⁷⁸ **Fernández Prol, F.**, “*Pluriempleo y pluriactividad simultánea en el sistema de Seguridad Social*”. Ed. Bomarzo. Albacete. 1ª ed. 2007. Pág. 256.

La STS de 21 de septiembre de 1998, (RJ 1998\7420),⁷⁷⁹ considera que se trata de averiguar cuál fue la finalidad perseguida por el legislador, mediante la disposición contenida en el art. 1.3 de la Ley 26/1985, si lo que quiso fue exigir requisitos carenciales superiores a los ordinarios, que se computen los años como períodos naturales de 365 días o si es posible interpretar la exigencia de superposición de los 15 años en el sentido tradicional traducido en el Régimen General, no como año natural, sino como año cotizado para que comprenda no sólo los días ordinarios, sino también los ficticios correspondientes a las pagas extraordinarias por las que se cotizó.

Partiendo, pues, de la base de que la superposición exigida es de quince años y de que su finalidad va dirigida exclusivamente a exigir en los casos de pluriactividad el mismo período de carencia que en los supuestos de monoactividad o pluriempleo en un mismo Régimen de Seguridad Social, la consecuencia lógica será la de entender que el cómputo del período de superposición habrá de efectuarse con arreglo a las mismas pautas que rigen el cómputo del período de carencia que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, ha de realizarse con el sistema de días-cuota; pudiendo citarse como aval de ese cómputo de días-cuota a los efectos específicos de cómputo carencial las Sentencias de esta Sala de 19 junio 1974, dictada en interés de ley y resolutoria de tal cuestión de una forma directa y precisa, así como las más recientes de 24 enero 1995, (RJ 1995\405), (Recurso 735/1994); o 4 julio 1995, (RJ 1995\5473), (Recurso núm. 959/1995).

La Ley 40/2007, sin embargo ha dado un giro de 180° a este criterio tradicional, al reformar la letra b) del apartado 1 del art. 161 de la LGSS, en virtud de su art. 3, al establecer que para el cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias, en el ámbito de la determinación del período de cotización necesario para causar la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

Para **Fernández Prol**,⁷⁸⁰ este requisito subsidiario parece exigir una cierta profesionalización del trabajador pluriactivo, que no resulta razonable por varios motivos: porque resulta muy complicado superponer cotizaciones simultáneas durante 15 años y sobre todo, porque supone una situación de desventaja en relación con el trabajador que sin ser pluriactivo no se encuentra en alta el momento de causar derecho a la pensión, creándose una desigualdad entre quien accede a estas prestaciones desde una única actividad sin alta o desde varias, o con alta en una de ellas, pero no en otras, ya que el pluriactivo no solo tendrá que acreditar los 15 años de cotización como el que

⁷⁷⁹ Al respecto también se pronuncian las siguientes sentencias: STS de 24 de enero de 1995, (RJ 1995\405); STS de 3 de marzo de 1992, (RJ 1992\1614); STS de 28 de abril de 1999, (RJ 1999\4652); STS de 4 de julio de 1995, (RJ 1995\5473); STSJ de Navarra núm. 484/1995, de 31 de octubre, (AS 1995\3622).

⁷⁸⁰ **Fernández Prol, F.**, *“Pluriempleo y pluriactividad simultánea en el sistema de Seguridad Social”*. Ed. Bomarzo. Albacete. 1ª ed. 2007. Págs. 257 a 259.

sólo ejerza una única actividad, sino que tendrá que acreditar también la superposición, lo cuál da lugar a una diferencia de tratamiento injustificada.

Los efectos de esta regulación pueden ser muy negativos, ya que se podría dar lugar al efecto contrario al pretendido, evitar el alta y acudir a la economía sumergida, mientras que lo que se puede considerar que pretendía el legislador era subsanar la ausencia de alta y acreditar la vinculación al Sistema de Seguridad Social, pero ésta se puede considerar que ya estaba probada debido al alta del trabajador pluriactivo en los regímenes implicados, en un momento anterior al hecho causante, aunque no lo estuviera en el mismo momento del hecho causante.

Concluye Fernández Prol, su exposición, analizando las consecuencias para el trabajador en caso de no acreditarse la superposición de cotizaciones durante el período de 15 años, entendiéndose que hasta la Ley 36/2003 de 11 de noviembre, las cotizaciones efectuadas simultáneamente inferiores a 15 años, ni permitían generar una prestación autónoma ni se incrementaba la reconocida al amparo de un régimen distinto, al no poder recurrir al cómputo recíproco de cotizaciones, ya que este mecanismo se reserva para las cotizaciones sucesivas, no simultáneas a diferentes regímenes.

Con la entrada en vigor de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, se incorporó la DA 38ª a la LGSS, que permite tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la pensión generada en un régimen, las cotizaciones causadas de modo simultáneo a otro régimen distinto.

Tras la reforma operada por la Ley de PGE 30/2005, de 29 de diciembre, se establece que sólo se podrán acumular al Régimen en que se cause la pensión exclusivamente para determinar la base reguladora, sin que la suma de bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento, suprimiéndose la inicial exigencia contenida en el párrafo 2º de la DA 38ª, (actualmente inexistente), de que sería precisa la permanencia en la situación de pluriactividad, durante los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante.⁷⁸¹

⁷⁸¹ Se establecía también, que en caso de no acreditarse la permanencia en la situación de pluriactividad durante este plazo, se acumularía la parte proporcional de las bases de cotización que correspondieran al tiempo realmente cotizado en régimen de pluriactividad, dentro del período de 10 años, en la forma que determine el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

A) - Pluriactividad y prohibición de inclusión múltiple obligatoria en un mismo régimen de Seguridad Social

El art. 8 de la LGSS establece que:

1. Las personas comprendidas en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social no podrán estar incluidas por el mismo trabajo, con carácter obligatorio, en otros regímenes de previsión distintos de los que integran dicho Sistema.

Este inciso lo que prohíbe es la inclusión múltiple obligatoria en el sistema de Seguridad Social y en otros sistemas de previsión distintos a los externos de los que integran el sistema, siempre que sea por el ejercicio del mismo trabajo.

Se trata de una norma de carácter externo,⁷⁸² que se completa en el plano interno, con lo dispuesto por el art. 98.b) LGSS, en relación a la prohibición de inclusión múltiple obligatoria por el ejercicio de un mismo trabajo en varios regímenes de Seguridad Social dentro del sistema.

2. Los sistemas de previsión obligatoria distintos de los regulados en esta Ley, que pudieran tener constituidos determinados grupos profesionales, se integrarán en el Régimen General o en los Regímenes Especiales, según proceda, siempre que resulte obligatoria la inclusión de los grupos mencionados en el campo de aplicación de dichos Regímenes.

En ambos casos la regla se prevé cuando se trata del ejercicio de una única actividad profesional, porque en caso de que se realicen varias actividades profesionales, la inclusión múltiple, ya sea dentro o fuera del sistema es obligatoria.⁷⁸³

En los regímenes de los trabajadores por cuenta propia, la LGSS, en este art. 8, establece la prohibición de la inclusión múltiple obligatoria, es decir, se prohíbe la pluriactividad interna dentro del mismo régimen.⁷⁸⁴

En caso de realizar dentro de cada uno de ellos múltiples actividades, no se considera que exista pluriactividad, (vgr: art. 41.1 párrafo 2º RD 84/1996, establece que en el supuesto de realización simultánea de dos o más actividades que den lugar a la inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el alta en dicho Régimen, así como la cotización a éste, serán únicas y se practicarán en los términos indicados por los artículos 46.3 y 47.4.4.ª de este Reglamento).⁷⁸⁵

⁷⁸² **Sempere Navarro, A. V.**, “Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social”. Ediciones Laborum. Murcia. 1ª ed. Año 2003. Págs. 77 a 79 y en relación al art. 98. b), pág. 454.

⁷⁸³ STSJ Madrid de 4 de noviembre de 1999. (AS 2000, 326).

⁷⁸⁴ Esta cuestión la iremos analizando pormenorizadamente a lo largo de la explicación de las distintas contingencias protegibles en cada régimen especial, en supuestos de pluriactividad.

⁷⁸⁵ Antes de la entrada en vigor de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo, (Ley 20/2007 de 11 de julio), el párrafo 2º del art. 41.1 del RD 84/1996, reformado por el 1041/2005 de 5 de septiembre, se

También se prohíbe la pluriactividad externa en otros regímenes por cuenta propia, (vgr: en el RETA, el art. 5 del del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que mantiene su vigencia, establece que estarán excluidos de este Régimen Especial los trabajadores por cuenta propia o autónomos cuya actividad como tales, de lugar a su inclusión en otros regímenes de la Seguridad Social).

- Doctrina del TSJ de Madrid sobre pluriactividad y prohibición de inclusión múltiple obligatoria de un mismo régimen de Seguridad Social:⁷⁸⁶

El TSJ de Madrid ha fallado sistemáticamente reconociendo que cuando los trabajadores realicen actividades que permiten la inclusión del trabajador en el régimen general y en cualquier otro régimen, están obligados a darse de alta en ambos regímenes y a abonar unas cotizaciones que atienden a todas y cada una de las contingencias que en cada régimen previene la ley.⁷⁸⁷

Por el contrario, si no se dan los presupuestos necesarios para la inclusión del trabajador en alguno de estos regímenes, no tendrá validez el alta en alguno de ellos.⁷⁸⁸

B) - Características generales y distintivas del pluriempleo en materia de cotización

En los supuestos de pluriactividad, dado que se originan tantas altas como actividades se realicen, la obligación de cotizar lo será a cada uno de los regímenes en que quede incluido el trabajador y de acuerdo con las normas que rijan en cada uno de ellos.⁷⁸⁹

Mientras que en el pluriempleo cada empresa cotiza por los conceptos retributivos que abone al trabajador con el límite de la fracción del tope máximo de cotización

establecía que en los casos de realización de varias actividades que determinen la inclusión en el RETA, el alta y la cotización al mismo serán únicas y se producirán por la actividad que elija el trabajador; salvo que éste hubiera optado por la cobertura de las contingencias profesionales, en cuyo caso, tal libertad de elección no existía y se sustituía por la obligación de efectuar en el momento de ejercitar su opción, una declaración de todas las actividades que realiza el interesado, quedando integrado en el RETA y siendo objeto de cobertura frente a dichas contingencias por aquella de tales actividades a que resulte de aplicación el epígrafe de cotización más alto entre los establecidos en el anejo 2 del RD 2939/1979 de 29 de diciembre.

El art. 47.4.ª RD 84/1996, en su redacción vigente, mantiene que en el caso de trabajadores que realicen varias actividades que den lugar a una única inclusión en este Régimen Especial, la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se practicará por aquella de sus actividades a la que resulte aplicable el tipo de cotización más alto entre los recogidos en la tarifa de primas vigente.

⁷⁸⁶ AAVV. **Sempere Navarro, A. V. y Cano Galán, Y.**, “*Doctrina del TSJ de Madrid sobre Seguridad Social 1989-2000*”. Aranzadi editorial. Cuadernos de Aranzadi Social, nº 12. Navarra. 1ª ed. 2002. Pág. 122.

⁷⁸⁷ STSJ Madrid de 9 de octubre de 1992, (AS 1992, 4900) y 25 de mayo de 1994, (AS 1994, 2013).

⁷⁸⁸ STSJ Madrid de 18 de febrero de 1992, (AS 1992, 1018) y 18 de enero de 1999, (AS 1999, 5114).

⁷⁸⁹ AAVV. Dir. **Martín Valverde, A. y García Murcia, J.**, “*Tratado práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2002. Parágrafo 4460. Pág. 1594.

asignado, en los supuestos de pluriactividad, no se aplica esta distribución, sino que la obligación de cotizar permanece en su integridad teniendo como límite el tope máximo en cada uno de los regímenes en los que queda incluido el trabajador, lo que supondrá en el futuro, si se cumple los requisitos exigidos por la legislación, pensiones independientes y compatibles por cada régimen en el que se haya estado incluido.

Para algunos autores,⁷⁹⁰ la cotización en situación de pluriactividad, es una cuestión sin resolver, por lo que debería articularse un sistema de cotización tendente a una base y prestación únicas y no exigir al trabajador cotizaciones completas por cada régimen de inclusión para alcanzar el derecho a las correspondientes prestaciones.

La cotización en situaciones de pluriactividad tiene efectos distintos a las de pluriempleo, en relación con las prestaciones, en caso de pluriactividad, en principio, las cotizaciones independientes, pueden generar prestaciones independientes, mientras que en el supuesto de pluriempleo, conduce a una prestación única.

No es posible equiparar los supuestos de pluriempleo y pluriactividad al tratarse de situaciones claramente diferenciadas, pues el pluriempleo supone la existencia de distintas actividades laborales, la implantación de un sistema de topes máximos y prorrateo entre las distintas empresas y supone una cotización que puede fraccionarse en distintas cotizaciones: contingencias comunes, accidente de trabajo, enfermedad profesional.⁷⁹¹

La característica más importante de la pluriactividad es la cotización independiente por cada una de las actividades que se realizan, sin que se aplique el tope máximo de cotización vigente en el RGSS, que sí se aplica en el pluriempleo. Art. 9.1.2º RD 2064/1995 de 22 de diciembre.⁷⁹²

Es necesario que existan mínimas diferencias entre las bases de cotización en situación de pluriempleo, pluriactividad o actividad única, y que en definitiva el principio de igualdad no queda lesionado al aplicar regímenes distintos a situaciones distintas.

En materia de cotización, la pluriactividad simultánea implica que en cada régimen se cotiza con arreglo a sus normas propias, sin tener en cuenta la situación de alta y cotización en otro régimen.

La cotización es íntegra y única en cada actividad y de ella pueden derivarse varias prestaciones, aplicando el tope máximo de pensiones, pero hay prestaciones que no se

⁷⁹⁰ **Cardenal Carro, M., Palomar Olmeda, A., Sempere Navarro, A. V.**, “*Diccionario de Seguridad Social*”. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2006. Pág. 142.

⁷⁹¹ STS de 18 de febrero de 1991, rec. 653/90; STS 14 de abril de 1992, rec. 1724/91; STS 3 de mayo de 1992, rec. 1984/92; STS 27 de septiembre de 1993, rec. 2396/92 y STS 21 de marzo de 1997, rec. 436/91.

⁷⁹² **López Gandía J.**, “*Pluriactividad y Seguridad Social*” Relaciones laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica nº 7, año 2005. Página 390.

pueden recibir varias veces por no ser dinerarias, tales como asistencia sanitaria y social, por lo que en algún momento se ha planteado la constitucionalidad de la doble cotización para una misma contingencia.

Se reitera que dentro de los regímenes de trabajadores por cuenta propia, no se admite la cotización múltiple, en caso de que se realicen varias actividades encuadradas en el mismo régimen. Es lo que se suele denominar pluriactividad interna.

La STC 39/1992 de 30 de marzo, (RTC 1992, 39), deniega el amparo, al considerar que el art. 3 del Real Decreto 1.245/1979, de 25 de mayo, como continuación a lo dispuesto en el Real Decreto 2.530/1970, de 20 de agosto, establece que los tipos de cotización de los distintos Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social «serán únicos y no se fraccionarán», con determinadas excepciones, entre las que no está la asistencia sanitaria, no es arbitrario, ni supone discriminación alguna, en cuanto existe la justificación objetiva y razonable de una norma que lo impone, no supone la desigualdad que se alega, interpretando y aplicando, lo que por solidaridad se fijó sobre la base del mismo tratamiento legal para todos.

Cuando se de una pluralidad de cotizaciones a diversos regímenes, que no den lugar a prestaciones distintas, el profesor **López López**,⁷⁹³ considera que no pueden sumarse las bases de cotización superpuestas para integrar la base reguladora.⁷⁹⁴

• Posibles situaciones en el ámbito de la pluriactividad

1) Si se encontrara en alta o situación asimilada en dos o más regímenes acreditando la carencia exigida en cada uno, devengará una prestación por régimen, o sólo por aquel en el que se cumplan los requisitos.

Es lo lógico, ya que si establece una cotización simultánea, debe posibilitarse el derecho a percibir las prestaciones correspondientes de cada régimen.

Si no afecta a todas las actividades, únicamente tendrá derecho al subsidio en el Régimen en el que estén incluidas las actividades en las que exista dicho riesgo. Art. 29 RD 1251/2001.

2) Si el trabajador no está en alta o situación asimilada, para causar determinadas pensiones en más de un régimen (vgr: jubilación, incapacidad permanente absoluta o

⁷⁹³ **López López, J.**, “La pluriactividad y el pluriempleo: historia de un desencanto”. Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 61, año 1993. Págs. 773 a 778.

⁷⁹⁴ En este caso, las SSTs de 14 de abril de 1992, (Ar. 2650); 20 abril de 1993, (Ar. 3341), 3 de mayo de 1993, (Ar. 4017) y 14 de mayo de 1993, (Ar. 4094), argumentan que la situación de pluriempleo determina en el RGSS y en los especiales que a él se remiten, en este punto, un tratamiento integrado en materia de cotización (distribución de los topes entre las empresas), como en materia de prestaciones (cómputo de las cotizaciones realizadas con esos límites) que conduce a una prestación única, mientras que por el contrario, la pluralidad de actividades en distintos regímenes no es objeto de este tratamiento integrado, por lo que en principio, las cotizaciones independientes pueden generar prestaciones independientes.

gran invalidez derivada de contingencia común), es necesario que tales cotizaciones se superpongan y que de forma independiente sean suficientes para tener derecho a la pensión. Arts. 138.4 y 161. 6 LGSS y art. 6 RD 1799/1985.

Para el cómputo de dicho período de superposición de cuotas han de incluirse las correspondientes a los días cuota, lo que lleva a contabilizar años cotizados y no años naturales.

3) En caso de que no se reúnan cotizaciones suficientes de forma independiente en cada Régimen, es cuando se recurre al mecanismo de cómputo recíproco de cotizaciones, y sólo si tales cotizaciones no se superponen, (art. 9.2 LGSS), ya que lo que se pretende con este instrumento es coordinar las cotizaciones efectuadas por el trabajador que a lo largo de su vida laboral ha cambiado de actividad, no el que de forma simultánea realiza varias actividades, ya que en este caso deben computarse de forma independiente.

1. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

En materia de cotización, hay que tener en cuenta que la Ley 20/2007, de 12 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, estableció en su Disposición Adicional 2ª, la posibilidad de que por Ley se establezcan reducciones y bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social, entre otros colectivos de trabajadores autónomos, a quienes en función de otra actividad realizada, coticen sumando las bases de cotización, por encima de la base máxima del RGSS, lo que implicaría en la práctica la imposición de un tope máximo a la pluriactividad, en el supuesto de que se superara la base máxima de cotización, siendo ya preexistente este tope máximo en el seno del pluriempleo.

Se considera positiva esta limitación máxima en aras del principio de contribuidad, ya que la desigualdad que existía entre pluriempleo y pluriactividad, se podría considerar injustificada.

Para algunos autores,⁷⁹⁵ es una exigencia del sector derivada de razones de contribuidad y de la relación de cotizaciones y pensiones, puesto que consideran que se trataba de una diferenciación entre el pluriempleo y la pluriactividad, injustificada.

No obstante, estos autores, consideran que dado que el Estatuto del Trabajo Autónomo, habla de bonificación, y no de exención, podría ocurrir que aun cuando por la otra actividad ya se superara el tope máximo de cotización, podría mantenerse cierta obligación de cotizar por la actividad como autónomo, por lo menos hasta alcanzarlo.

⁷⁹⁵ **López Gandía, J., Toscani Gimenez, D.**, “Reformas de la Seguridad Social 2007. Ley de medidas en materia de Seguridad Social (L 40/2007, de 4 de diciembre)”. Sistemática Memento. Dossier Práctico. Francis Lefebvre. Ediciones Francis Lefebvre, S.A.; Madrid. 1ª ed. Actualizada a 5 de diciembre de 2007. Pág. 291. Parágrafo 4075.

Sistema Especial de Trabajadores Agrarios del Régimen Especial de Trabajadores
Autónomos

- Para incentivar la afiliación a la Seguridad Social de los cotitulares de explotaciones familiares agrarias, se prevé la adopción de medidas positivas a través de reducciones temporales en la cotización a la Seguridad Social, en orden a propiciar también en el sector agrario, una potenciación de los mecanismos que favorezca la igualdad material entre hombres y mujeres.

Se trata así de tener en cuenta también el importante papel que desempeña el cónyuge colaborador, que dedique de forma personal y directa y de forma predominante en la explotación familiar, y de facilitar la incorporación de hombres y mujeres jóvenes a la Seguridad Social, reduciendo las cotizaciones en los primeros años.⁷⁹⁶

• La DT 1ª de la Ley 18/2007, establece que los trabajadores por cuenta propia agrarios, que a 1 de enero de 2008 (entrada en vigor de la ley), estuvieran encuadrados en el RETA y cumplieran los requisitos para quedar comprendidos en tal condición en el campo de aplicación del REA, podrían solicitar en plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la Ley, la baja en el RETA y su inscripción en el censo del REA. Si no solicitaban esta baja y esta inscripción en este plazo, permanecerían en el RETA.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, introdujo, con efectos desde el 1 de enero de 2009, importantes modificaciones en la cotización del Régimen Especial Agrario.

En cuanto a las modalidades de cotización, en los apartados 1 y 2 del número Tres de su artículo 120, se establecen **dos modalidades de cotización** por la que los empresarios deberán **optar**, con carácter general, respecto de todos sus trabajadores por cuenta **ajena en el momento del alta** de dichos trabajadores en el correspondiente código de cuenta de cotización.⁷⁹⁷

Aspectos comunes a ambas modalidades

- El empresario debe descontar de las retribuciones de los trabajadores la aportación del trabajador para contingencias comunes y desempleo, e ingresar dicha aportación a

⁷⁹⁶ En el acuerdo al que nos estamos refiriendo se propuso la reducción del 30% de la cuota a abonar por las contingencias de cobertura obligatoria, durante un período de 3 años para las incorporaciones de segundos titulares menores de 40 años. Esta medida fue implantada con la Ley 30/2005 de 29 de diciembre LPGE para el año 2006 en su DA 49ª.

⁷⁹⁷ La elección de la modalidad de cotización respecto de los trabajadores que figuraban en situación de alta a 1 de enero de 2009 se podía realizar hasta el 8 de febrero de 2009. En el supuesto de que a dicha fecha no se hubiese realizado respecto de algún trabajador la correspondiente opción, la Tesorería General procederá a asignar a dichos trabajadores la opción correspondiente al apartado 2, modalidad por jornadas reales.

la Seguridad Social de forma similar a como se efectúa para el resto de trabajadores por cuenta ajena.

- Para la cotización por **contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales**, las cuotas resultantes a cargo exclusivo de la empresa.
- No se aplican las reglas específicas de cotización a tiempo parcial aunque el trabajador tenga un contrato de esta modalidad contractual.
- No se cotiza por Formación Profesional.
- La base de cotización para desempleo y Fondo de Garantía Salarial será la correspondiente a contingencias comunes.
- Jornadas reales: Se debe continuar realizando la comunicación por parte del empresario de las jornadas reales, durante los 6 primeros días de cada mes de las realizadas durante el mes natural inmediatamente anterior conforme establece el Reglamento General aprobado por el Real Decreto 84/1996.

La opción realizada de la modalidad de cotización **se debe mantener durante toda la situación de alta** del trabajador.

Se considera modalidad general, la incluida en el apartado 1, la cotización se extiende durante todos los días en situación de alta en el CCC con independencia del número de jornadas reales realizadas efectivamente por los trabajadores. Los empresarios deben comunicar la finalización de la prestación de servicios de los trabajadores respecto de los que se elija esta modalidad, con independencia de si el contrato de trabajo del trabajador es indefinido o temporal.

Obligatoriedad y excepciones en la elección de la modalidad “general”

- 1- Es obligatoria para los trabajadores con contrato de trabajo indefinido, a tiempo completo o parcial, a excepción de los fijos-discontinuos.
- 2- Podrá ser elegida para los trabajadores con contrato de trabajo temporal o de fijos-discontinuos cuando presten servicios durante todo el mes o la actividad tenga una duración de, al menos, 30 días naturales consecutivos, en cuyo caso la cotización se realizará con carácter proporcional a los días trabajados en el mes.
- 3- No es de aplicación a los trabajadores agrarios extranjeros con obligación de retorno a su país de origen una vez finalizada la prestación de servicios.
- 4- Alguna de las características indicadas de esta modalidad de cotización no resultan de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena que realicen labores agrarias que, por cualquiera de las causas establecidas en la normativa aplicable al REA, se encuentren excluidos del censo agrario, entre otras, estos trabajadores deben incluirse en CCC distintos de aquellos en los que causen alta el resto de trabajadores agrarios.

En el apartado 2º se recoge la modalidad por jornadas reales, en la que la cotización por contingencias comunes se extiende exclusivamente durante los días en que se realicen efectivamente jornadas reales por parte de los trabajadores.

Con carácter general durante los días en que el trabajador permanezca de alta en el censo agrario sin realización de jornadas reales con esta modalidad, éstos tienen la consideración de sujetos responsables del ingreso de cuotas.

Obligatoriedad y excepciones en la elección de la modalidad por jornada real

- 1- No puede ser elegida para los trabajadores con contrato de trabajo indefinido, a tiempo completo o parcial, a excepción de los fijos-discontinuos.
- 2- Es de aplicación obligatoria para los trabajadores agrarios extranjeros con obligación de retorno a su país de origen una vez finalizada la prestación de servicios.
- 3- No puede ser elegida para los trabajadores por cuenta ajena que realicen labores agrarias que, por cualquiera de las causas establecidas en la normativa aplicable al REA, se encuentren excluidos del censo agrario.

2. Régimen Especial Agrario

Se exige: reunir las condiciones para la inclusión en el censo agrario, estar en alta o situación asimilada al alta, hallarse al corriente en el pago de las cuotas así como reunir los períodos mínimos de cotización necesarios (salvo para causar derecho a las contingencias derivadas de accidente, sea o no de trabajo o de enfermedad profesional, ya que en este caso la LGSS dispone en su art. 124. 4 que no se exigirán períodos previos de cotización).⁷⁹⁸

3. Régimen Especial de Empleados del Hogar

En el caso de que uno de los regímenes implicados en la situación de pluriactividad del trabajador sea el régimen especial de empleados del hogar, dado que en las situaciones de pluriactividad, cada régimen se rige por sus normas de cotización, hay que tener en cuenta en cuanto al Régimen Especial de Empleados del Hogar los arts. 46 a 50 del RD 2064/1995, así como las Orden de Presupuestos y de Cotización de cada año.

⁷⁹⁸ Resultaría de aplicación este precepto, por las remisiones que efectúa la LREA y el RGREa a la LGSS, aunque este art. se ubique en el Título II. **García Romero, B.**, “*Seguridad Social Agraria: Acción Protectora*”. Thomson Civitas. Navarra. 1ª ed. 2006. Pág. 49. Para mayor ahondamiento se recomienda la lectura de las págs. 37 a 51 de este libro.

Los períodos mínimos de cotización, se tienen que cubrir por completo, STS de 10 de febrero de 1993, (RJ 1993, 759), pero, en algunos casos, los tribunales no han tenido en cuenta la insuficiencia de la cobertura por pocos días, del período de carencia, aludiendo a razones de equidad. STSJ Castilla y León de 31 de mayo de 1994. (AS 1994, 2172), en el caso de pensión por IP.

Las bases de cotización en este régimen son fijas y el tipo de cotización por contingencias comunes es inferior al del RGSS.⁷⁹⁹ Por otro lado no se cotiza por contingencias profesionales. No hay distinción entre riesgos comunes y profesionales, art. 22.3 RD 2346/1969, y no están protegidos por desempleo.

El RD 1426/1997, ha modificado el art. 25 RD 2346/1969, y establece que su cuantía debe superar las bases mínimas establecidas en el RGSS, para trabajadores mayores de 18 años.

4. Régimen Especial de la Minería del Carbón

Tanto en lo que respecta a las bases de cotización como a los tipos de cotización resultan aplicables las previsiones del Régimen General pero, para las contingencias comunes, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales debe determinar las bases normalizadas, correspondientes a cada año, dentro del ámbito territorial de cada una de las zonas que se hayan establecido y por categorías, grupos de categorías y especialidades profesionales.

Entales situaciones, la base de cotización por contingencias profesionales se determinará de acuerdo con las normas establecidas en el Régimen General para la situación de que se trate.

Si se deriva de enfermedad común o accidente no laboral, la base reguladora del subsidio será la base normalizada que corresponda en cada momento al trabajador según la categoría profesional que tuviera a iniciarse dicha situación.

5. Régimen Especial de Trabajadores del Mar

La cotización es el aspecto más singular de este régimen especial. Hay que tener en cuenta que hay 3 grupos de cotización, sometidos a parámetros propios respecto a las bases de cotización, y se introducen normas más flexibles atendiendo a la capacidad económica de los trabajadores incluidos en este régimen. Hoy se regula por el RD 2064/1995 de 22 de diciembre, arts. 51 y siguientes, a los cuales me remito.

C)- Cómputo de recíproco de cotizaciones y pluriactividad

Hay que tener en cuenta que el art. 124.2 LGSS, establece que en aquellas prestaciones cuya concesión esté subordinada al cumplimiento de determinados períodos de cotización, solamente serán computables: a) bien las cotizaciones efectivamente realizadas; b) bien las expresamente asimiladas a ellas.

⁷⁹⁹ **Pulmar Beltrán, N.**, *“La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social”*. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2001, pág. 147.

Por ello en el cómputo del período de carencia se deben diferenciar dos cuestiones: cómputo de cotizaciones efectivamente realizadas al sistema y períodos asimilados a tiempo cotizado.

Ya se ha mencionado en otros apartados de esta Tesis, que es perfectamente posible, que a lo largo de su carrera profesional, el trabajador realice sucesiva o simultáneamente actividades que den lugar a su encuadramiento y consiguiente cotización en diversos regímenes de la Seguridad Social.

Atendiendo a estas situaciones, la LGSS en su art. 9.2; establece que se dictarán normas reglamentarias,⁸⁰⁰ relativas al tiempo, alcance y condiciones, para la conservación de los derechos en curso de la adquisición de las personas que pasen de unos a otros regímenes de la Seguridad Social, mediante la totalización de los períodos de permanencia, en cada uno de dichos regímenes, siempre que no se superpongan.

La técnica denominada *Cómputo Recíproco De Cotizaciones*,⁸⁰¹ que evita los efectos negativos que para la movilidad de mano de obra entre los distintos sectores productivos pudiera causar la pluralidad de regímenes.

Así, pues cuando se haya dado lugar una situación de altas sucesivas del mismo trabajador en distintos regímenes, cotiza con arreglo a las normas comunes en cada uno de ellos, con la salvedad de la protección.⁸⁰²

Este cómputo recíproco de cotizaciones, en principio iría en contra del principio de incompatibilidad entre pensiones del RGSS. No existe incompatibilidad en los casos de pluriactividad, entre las pensiones del RGSS y las de los regímenes especiales o respecto de las de los regímenes especiales entre sí, salvo que en los casos de pluriactividad sucesiva, se hubiera optado por el interesado el cómputo recíproco de cotizaciones.⁸⁰³

⁸⁰⁰ Este desarrollo reglamentario tuvo lugar en el D. 2957/1973 de 16 de noviembre sobre cómputo de cotizaciones, RD 691/1991 de 12 de abril y el RD Ley 5/1998 de 29 de mayo, que establece normas respecto al reconocimiento del derecho a pensión de jubilación cuando el interesado acredita cotizaciones en dos o más regímenes de la Seguridad Social, sin que en ninguno de ellos, aisladamente considerados, reúna los requisitos para acceder a dicha pensión.

A su vez, el D. 2957/1973 de 16 de noviembre, sobre cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema de Seguridad Social, estableció que el mismo procederá en aquellos regímenes especiales, que sin tenerlo así reconocido expresamente, coincidan en tenerlo establecido con el RGSS. (Art. único).

⁸⁰¹ Hay que tener en cuenta que el art. 124.2 LGSS, establece que en aquellas prestaciones cuya concesión esté subordinada al cumplimiento de determinados períodos de cotización, solamente serán computables: a) bien las cotizaciones efectivamente realizadas; b) bien las expresamente asimiladas a ellas. Por ello en el cómputo del período de carencia se deben diferenciar dos cuestiones: cómputo de cotizaciones efectivamente realizadas al sistema y períodos asimilados a tiempo cotizado.

⁸⁰² **García Ortega, J.**, “*Supuestos especiales de cotización: trabajadores fijos discontinuos. Pluriempleo y Pluriactividad. Convenio especial*”. CISS Praxis. Valencia. Revista Tribuna Social, nº 20/21 año 1992, pág. 55 y 56.

⁸⁰³ **Albiol Montesinos, I.**, “*Colección Todo Social*”. Ed. CISS. Valencia. 1ª ed. 2006. Parágrafo nº 6 - 255.

Ello incluso en los supuestos de integración en el general del régimen especial de que se trate, si la normativa reguladora del régimen especial de que se trate, permite la compatibilidad.⁸⁰⁴

1. Supuestos de aplicación

1.- En el caso de pluriactividad simultánea, dado que las cotizaciones se superponen, no opera el mecanismo del cómputo recíproco de cotizaciones. La LGSS se refiere a los supuestos de pluriactividad sucesiva y no simultánea, ya que en casos de simultaneidad, no cabe la totalización, sino sólo eventualmente, de causar derecho a 2 pensiones compatibles entre sí, cuando el interesado reúna de forma independiente los requisitos precisos para acceder a cada una de ellas.⁸⁰⁵

Deberán ser tenidas en cuenta las cotizaciones efectuadas con independencia del régimen para el que se realizaron, siendo el régimen distinto según que se cumplan o no, de forma independiente los requisitos de cada uno de ellos y siempre que la situación de necesidad afecte a todas las actividades, (lo cual no siempre ocurre, como es el caso del subsidio por riesgo durante el embarazo), y en caso de que afecte a todas las actividades, en función de que el trabajador esté en alta o baja.⁸⁰⁶

• Si se encontrara en alta o situación asimilada en dos o más regímenes acreditando la carencia exigida en cada uno, devengará una prestación por régimen, o sólo por aquel en el que se cumplan los requisitos.⁸⁰⁷

Es lo lógico, ya que si establece una cotización simultánea, debe posibilitarse el derecho a percibir las prestaciones correspondientes de cada régimen.

En caso de que se cumplan de forma independiente los requisitos en cada régimen, tendrá derecho al subsidio en cada uno de los regímenes si reúne los requisitos exigidos de manera independiente en cada uno de ellos, mientras que si no afecta a todas las actividades, únicamente tendrá derecho al subsidio en el Régimen en el que estén incluidas las actividades en las que exista dicho riesgo. Art. 29 RD 1251/2001 de 16 de noviembre.

• Si el trabajador no está en alta o situación asimilada, para causar determinadas pensiones en más de un régimen (vgr: Jubilación o Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez derivada de contingencia común), es necesario que tales cotizaciones se

⁸⁰⁴ Vgr: en el caso de trabajadores ferroviarios, así lo permite la DT 3ª. 1. b) del D. 2824/1974.

⁸⁰⁵ La STSJ de Asturias de 6 de junio de 1997, niega la toma en consideración de períodos de cotización simultáneos. En igual sentido STS de 5 de marzo de 1998, rec. u.d. 2674/97, ante la falta de contradicción con la sentencia aportada de contraste, que había procedido al cómputo acumulado de períodos de cotización sucesivos, que no se superponían entre sí.

⁸⁰⁶ **Maldonado Molina, J. A.**, “*Los períodos de cotización. Acceso y cálculo de las prestaciones*”. Ed. Comares. Granada. 1ª ed. 2003. Págs. 36 a 39.

⁸⁰⁷ STS 13 de marzo de 1995, (RJ 1995/1768).

superpongan y que de forma independiente sean suficientes para tener derecho a la pensión. Arts. 138.4 y 161. 6 LGSS⁸⁰⁸ y art. 6 RD 1799/1985.

Para el cómputo de dicho período de superposición de cuotas han de incluirse las correspondientes a los días cuota, lo que lleva a contabilizar años cotizados y no años naturales.

En caso de que no se reúnan cotizaciones suficientes de forma independiente en cada Régimen, es cuando se recurre a este mecanismo de cómputo recíproco de cotizaciones, y sólo si tales cotizaciones no se superponen, (art. 9.2 LGSS), ya que lo que se pretende con este instrumento es coordinar las cotizaciones efectuadas por el trabajador que a lo largo de su vida laboral ha cambiado de actividad, no el que de forma simultánea realiza varias actividades, ya que en este caso deben computarse de forma independiente.

2- Cuando un trabajador se encuentra dado de alta sucesivamente en diferentes regímenes, lo normal será que el sujeto protegido no pueda cumplir en cada uno de ellos los requisitos mínimos para generar el derecho a las prestaciones, por lo que este mecanismo, posibilita la totalización de la carrera profesional a los efectos de reconocimiento de una nueva prestación.

Cuando se haya dado lugar una situación de altas sucesivas del mismo trabajador en distintos regímenes, cotiza con arreglo a las normas comunes en cada uno de ellos, con la salvedad de la protección.

La LGSS se refiere a los supuestos de pluriactividad sucesiva y no simultánea, ya que en casos de simultaneidad, no cabe la totalización, sino sólo eventualmente, causar derecho a 2 pensiones compatibles entre sí, cuando el interesado reúna de forma independiente los requisitos precisos para acceder a cada una de ellas.

Así pues, son computables las cotizaciones realizadas en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social, aunque la prestación se cause en otro: la cotización se considera realizada al sistema y no al régimen, siempre y cuando no se superpongan en el tiempo.

2. Alcance

El cómputo recíproco de cotizaciones con carácter general sólo opera para las pensiones, y no para todas, el mecanismo sólo permite acceder a pensiones de común naturaleza que estén comprendidas en la acción protectora de los regímenes de cuyo cómputo recíproco se trate, (Art. 2.1. RD 691/1991), es decir se excluyen aquellas en las que no exista equivalencia en la acción protectora de otros regímenes. Por ello quedan excluidos, al no existir equivalencia:

⁸⁰⁸ Se exigen 15 años de superposición para el acceso a ambas prestaciones.

- La pensión de jubilación parcial del sistema de Seguridad Social regulada por RD 1991/1984 de 31 de octubre, es decir, la jubilación parcial anticipada en el marco de la normativa sobre contrato de relevo, que al estar derogada por el RD 144/1999, habrá que estar a la jubilación parcial regulada por el RD 1131/2002, que tampoco es de aplicación a todos los regímenes del sistema, por lo que se mantiene la falta del presupuesto de equivalencia previsto en todos los regímenes previsto en el RD 691/1991.⁸⁰⁹

- Las prestaciones a favor de familiares referidas a nietos, hermanos, abuelos e hijos, sin derecho a pensión de orfandad. Art. 2.2 RD 691/1991.

Sin embargo, el art. 4.1 del RD 691/1991, sí considera susceptibles de cómputo recíproco, las pensiones de jubilación o retiro, invalidez permanente o muerte y supervivencia.⁸¹⁰

El juego del cómputo recíproco de cotizaciones implica que cuando un causante tenga acreditados, sucesiva o alternativamente, períodos de cotización en más de un régimen, dichos períodos y los que sean asimilados a ellos, que hubieran sido cumplidos en virtud de las normas que los regulen podrán ser totalizados, eso sí, a solicitud del interesado, siempre que no se superpongan, para la adquisición del derecho a la pensión, así como para determinar, en su caso, el porcentaje por años de cotización o de servicios aplicable para el cómputo de la misma. Art. 4.1. RD 691/1991.

En cualquier caso, los períodos de cotización, deberán ser anteriores al hecho causante, por lo tanto, una vez que haya acontecido el hecho causante de una pensión respecto de un determinado régimen, en ningún caso, dicho régimen tomará en consideración, a efectos de revisar o reconocer el derecho a dicha pensión, las cotizaciones que pudiera acreditar el interesado, con posterioridad a la fecha de aquel hecho causante y que correspondieran a actividades que dieran lugar a la inclusión o mantenimiento del mismo en otro régimen distinto. Art. 4.4 RD 691/1991.

3. Reconocimiento de la pensión

El reconocimiento corresponderá al régimen en el que el causante hubiera efectuado las últimas cotizaciones, el cuál resolverá aplicando sus propias normas, pero teniendo en cuenta la totalidad de los períodos resultantes del cómputo recíproco, salvo que en dicho régimen, el interesado no cumpliera las condiciones exigidas para obtener el derecho a la pensión, en cuyo caso, procederá el que resuelva el otro régimen, con aplicación de sus propias normas, y teniendo en cuenta la totalidad del período resultante.⁸¹¹

⁸⁰⁹ De ahí que el RD 1131/2002, en su art. 10 lo restrinja a los trabajadores por cuenta ajena.

⁸¹⁰ También, se consideran susceptibles de cómputo recíproco en virtud del art. 6 RD 691/1991, en el que se establecen reglas específicas para pensiones derivadas de contingencias profesionales.

⁸¹¹ Art. 4.2. RD 691/1991.

Estas normas hay que entenderlas en relación con el D. 2957/1973 siempre que en dicho régimen alternativo sí pueda acreditarse el período mínimo de cotización exigido.

El apartado 2 del art. único del D 2957/1973, establece que cuando un trabajador no reúna este período mínimo de cotización exigido para el derecho a una pensión, de acuerdo con las normas particulares del régimen que debería reconocerla, por ser aquel en el que el trabajador tenga acreditado mayor nº de cotizaciones y en cambio, reúna el período mínimo requerido al efecto en alguno de los demás regímenes que se hayan tenido en cuenta para la totalización de los períodos de cotización, se entenderá que es este último régimen el que debe otorgar la pensión.

Si en ninguno de los regímenes se reunieran los requisitos, habrá que estar a la normativa específica de los mismos para solucionar la cuestión.

En el caso del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, que es quizás el más habitual, la normativa reguladora de este régimen especial, dispone que cuando el trabajador no hubiera reunido en cualquiera de los regímenes computados separadamente los períodos de carencia precisos, podrán sumarse a tal efecto, las cotizaciones efectuadas a todos y la pensión se otorgará por el régimen que tenga acreditado mayor nº de cotizaciones,⁸¹² con la consecuencia de que la prestación se reconocerá con el alcance que tenga en dicho régimen.⁸¹³

4. Incompatibilidades

Una vez reconocida una pensión, si el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido para tener derecho a ella o la determinación del porcentaje aplicable para calcular su cuantía, o ambas cosas, hubiese dependido de las cotizaciones computadas de otro régimen, dicha pensión será incompatible con otra que la misma persona hubiera causado o pudiera causar en este último, debiendo optar el interesado por una de ambas pensiones. Art. 5.1. RD 691/1991.⁸¹⁴

También será incompatible el percibo de la pensión reconocida con la prestación de servicios o la realización de trabajos por cuenta propia o ajena, que den lugar a la inclusión del causante de la pensión en el régimen de las clases pasivas, en el RGSS o regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social o supletorios de aquellos, en los supuestos en que se hayan totalizado períodos correspondientes a un régimen que tenga establecida tal incompatibilidad. Art. 5.2. RD 691/1991.

⁸¹² STS de 28 de septiembre de 1992, rec. u.d. 37/92; STS de 12 de mayo de 1999, rec. u.d. 3549/88 y STS de 30 de abril de 2002, rec. u.d. 2851/01.

⁸¹³ **Albiol Montesinos, I.**, “*Colección Todo Social 2006*”. Ed. CISS. Valencia. 1ª ed. 2006. Parágrafos 6-255. Págs. 1064 a 1065.

⁸¹⁴ STS de 24 de febrero de 1995, rec. ud. 1683/94.

No hay incompatibilidad, sin embargo, si en el reconocimiento de la 1ª pensión, no se han tomado en cuenta las cotizaciones efectuadas a otro régimen.⁸¹⁵

5. Normas sobre cómputo de cotizaciones en el trabajo a tiempo parcial

Para la acreditación, de los períodos de cotización necesarios para causar derecho a prestaciones de Incapacidad Permanente, muerte y supervivencia, Incapacidad Temporal y maternidad, por parte de los trabajadores contratados a tiempo parcial, hay que tener en cuenta las siguientes reglas,⁸¹⁶ contenidas en la DA 7ª LGSS y RD 1131/2002 de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial y la jubilación parcial:⁸¹⁷

1º. Se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias.

2º. Para calcular los días teóricos de cotización, el total de dichas horas trabajadas se dividirá entre 5, que es el equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales, asimilándose la fracción de día a día completo.

3º. Exclusivamente para el cálculo de las pensiones de jubilación e Incapacidad Permanente, el nº de días teóricos de cotización resultante de la aplicación de la regla anterior, se multiplicará por 1, 5, siendo el resultado obtenido el nº de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización, que en ningún caso podrá ser superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo. Aquí también se asimila la fracción de día al día completo.⁸¹⁸

4º. El tiempo de cotización acreditado conforme a las normas anteriores se computará para determinar el nº de años cotizados a efectos de fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación, equiparándose la fracción de año a un año completo.

5º. La base reguladora de las prestaciones de jubilación e Incapacidad Permanente se calculará conforme a la regla general. Si hubiera períodos durante los cuales no haya habido obligación de cotizar, la integración se llevará a cabo con la base mínima de

⁸¹⁵ STS 13 de marzo de 1995, rec. u.d. 2758/94.

⁸¹⁶ Son de aplicación a trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial, y contrato fijo discontinuo, conforme a lo dispuesto por los arts. 12 y 15.8 ET, que estén incluidos dentro del ámbito de aplicación del RGSS y del régimen especial de la minería del carbón, y a los que siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos dentro del ámbito de aplicación del régimen especial de los trabajadores del mar.

⁸¹⁷ Hay que tener en cuenta las reglas contenidas en la DA 7ª LGSS y arts. 3-7, RD 1131/2002, reformadas por LO 3/2007 DA 18ª nº 19.

⁸¹⁸ La STC 253/2004 de 22 de diciembre, declaró inconstitucional la redacción inicial del TR del ET, que establecía que para determinar los períodos de cotización y el cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de desempleo, había que computar exclusivamente las horas trabajadas, sin aplicar ninguna corrección. En igual sentido SSTC 49 y 50 del año 2005.

cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondientes al nº de horas contratadas en último término.

6º. Cuando, para causar derecho a una prestación, que no sea una pensión de jubilación o de Incapacidad Permanente, el período de cotización exigible deba estar comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, es decir, que sea preciso un período de carencia específico, dicho lapso de tiempo se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto de la jornada habitual en la actividad correspondiente, asimilándose la fracción de día a día completo.

7º. La base reguladora diaria para la prestación por maternidad será la resultante de dividir entre 365 la suma de bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante.

8º. El cómputo de los períodos que legalmente se asimilan a cotizados, que sucedan a períodos trabajados a tiempo parcial, se llevará a cabo de forma idéntica a la utilizada en relación con el último período trabajado.

9º. Cuando el trabajador realice simultáneamente más de una actividad a tiempo parcial que de lugar a su inclusión en el RGSS, en el especial de la minería del carbón o en el especial del mar como trabajador por cuenta ajena, se sumarán los días teóricos de cotización acreditados en las distintas actividades tanto en situaciones de pluriempleo, como en las de pluriactividad en las que deba aplicarse el cómputo recíproco de cotizaciones.

10º. Los períodos de Incapacidad Temporal, riesgo durante el embarazo o descanso por maternidad durante los que perviva el contrato de trabajo a tiempo parcial, así como los de percepción de la prestación de desempleo, determinados por la suspensión o extinción de una relación laboral de este tipo, tendrán la consideración, a efectos de lo previsto en los apartados anteriores, del período de trabajo precedente a la baja médica, al descanso, a la suspensión o a la extinción del contrato, respectivamente.⁸¹⁹

Posibilidad de suscripción de convenio especial

El art. 23 Orden TAS /2865/2003, reconoce la posibilidad de suscribirlo, para mantener la protección de los beneficiarios, en sí misma considerada o el nivel que se hubiera alcanzado, cuando fallen las vías ordinarias de tipo contributivo tanto para las situaciones pluriempleo, cuando se extingan todos o alguno de sus contratos, ya sea en régimen de contratación a tiempo completo o a tiempo parcial y pluriactividad, ya sea simultánea o sucesiva, cesando en alguna o todas las actividades que dieron lugar a su inclusión obligatoria en dos o más Regímenes del Sistema de Seguridad Social, en las siguientes condiciones:

⁸¹⁹ **Albiol Montesinos, I.**, “Colección Todo Social 2006”. CISS. Valencia. 1ª ed. 2006. Pág. 1066.

1. Hay que acreditar un período específico de cotización previa de, al menos, 1.080 días en la respectiva situación de pluriempleo o de pluriactividad.

2. En esta modalidad de convenio especial la base mensual de cotización estará constituida por la misma base o bases de cotización que el trabajador o asimilado tuviere en el mes natural anterior al cese en todas las empresas o actividades, o solamente por la diferencia que resulte de la nueva distribución de las bases si la nueva base fuere inferior a la anterior a la suscripción del convenio, en los casos de cese de la prestación de servicios a alguna o algunas de dichas empresas o en alguna o algunas de las actividades que sigan dando lugar a la situación de pluriempleo o pluriactividad.

3. Los suscriptores de esta modalidad de convenio especial serán considerados en situación de alta a efectos del conjunto de la acción protectora en el Régimen o en los Regímenes del Sistema de Seguridad Social en el que se suscribiera el convenio especial.

D) - Peculiaridades del alta y cotización en los regímenes especiales

1. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

Este es el supuesto más típico de la pluriactividad, que se realicen trabajos por cuenta propia dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y trabajos por cuenta ajena en el régimen general, sucesiva o simultáneamente.

No se admite que por el hecho de realizarse distintas actividades de forma autónoma en el mismo régimen por cuenta propia o autónoma, se de lugar a la pluriactividad, o en caso de admitirse sería una pluriactividad interna, las distintas actividades sólo darían lugar a un único encuadramiento y cotización en el régimen de trabajadores por cuenta propia de que se tratara.⁸²⁰

Concretamente, en el caso del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, estaba ya previsto en el art. 19.2 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto.

⁸²⁰ Ha que tener en cuenta las previsiones del artículo 25 de la Ley 20/2007 de 11 de julio. *Cotización a la Seguridad Social.*

1. *La cotización es obligatoria en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en los términos previstos en el artículo 15 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones de desarrollo.*

2. *La Ley podrá establecer bases de cotización diferenciadas para los trabajadores autónomos económicamente dependientes.*

3. *La Ley podrá establecer reducciones o bonificaciones en las bases de cotización o en las cuotas de Seguridad Social para determinados colectivos de trabajadores autónomos en atención a sus características personales o a las características profesionales de la actividad ejercida.*

Este precepto establecía que *en caso de pluriactividad*,⁸²¹ *la obligación de cotizar quedará referida únicamente a la actividad que corresponda de acuerdo con lo previsto en el art. 7*, lo que quiere decir que en caso de que se realizaran varias actividades por cuenta propia susceptibles de integrarse en el régimen especial de trabajadores autónomos, la obligación de cotizar se refiere únicamente a una de las actividades que elija el propio interesado.

Así se interpretaba que el alta era única cualquiera que sea la actividad que se desarrolle, aunque sean varias, simultáneas o sucesivas y no cabrían dos encuadramientos y cotizaciones en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, pese a que estos artículos fueron derogados por la Orden de 22 de febrero de 1996 y por el RD 84/1996, sin que se estableciera ninguna norma al respecto, dejando la laguna normativa, se seguía entendiendo que a efectos de cotización no cabría una doble cotización, sino que la primera actividad sería la que determinaría el alta en caso de realizarse varias actividades simultáneamente.⁸²²

En el caso de las contingencias comunes, esta solución resulta sencilla, ya que la cobertura es estandarizada y con cotización fija, pero tras la Ley 53/2002, art. 40.4;⁸²³ y el RD 1273/2003 de 22 de octubre, se establece la posibilidad, antes inexistente, de que el trabajador autónomo pueda mejorar voluntariamente la acción protectora, incorporando la de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Estas tarifas de primas se aplican sobre las mismas bases que las demás contingencias.⁸²⁴

El problema estriba en que si el autónomo realiza varias actividades simultáneamente, y estas actividades tienen distintos epígrafes, qué debemos entender por riesgo profesional y qué alcance tendría la cobertura del riesgo. Esta cuestión no ha sido resuelta por el RD 1273/2003 de 10 de octubre. En este caso ¿debería aplicarse un epígrafe por cada actividad, o un único epígrafe para todas ellas?

Para **Cavas Martínez**,⁸²⁵ según la delimitación que la DA 34 LGSS efectúa de las contingencias profesionales en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, el hecho de que el trabajo se ligue a la actividad que de lugar a la inclusión en el régimen especial, podría tener consecuencias en la delimitación de un accidente de trabajo, si partimos del hecho de que un autónomo puede realizar una pluralidad de actividades por cuenta propia, frente a lo que sucede en el RGSS, en el que para cada una de las actividades realizadas es obligatoria el alta, en el Régimen Especial de Trabajadores

⁸²¹ Se refiere a la pluriactividad interna.

⁸²² **Ballester Pastor, M. A.**, “La acción protectora en pluriempleo con relación a la normativa sobre trabajo a tiempo parcial”. Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica nº 18 año 2003, pág. 268.

⁸²³ Que añadió una DA 34 a la LGSS.

⁸²⁴ Art. 1 RD 2930/1979 y anexo 2 en redacción del art. 7 RDL 2/2003 y la Ley 36/2003 de 11 de noviembre. Art. 44 RD 2064/1995 de 22 de diciembre, en redacción de RD 1273/2003 de 10 de octubre.

⁸²⁵ **Cavas Martínez, F., Fernández Orrico, J.**, “La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de la Seguridad Social”. Aranzadi. Navarra. 1ª edición mayo 2006. Págs. 91, 92 y 93.

Autónomos, cuando se da lugar a la pluriactividad interna, únicamente procedería un alta, tal y como establecen los arts. 7 y 47 del RD 84/1996 de 26 de enero.

Siguiendo esta argumentación, el autor considera que podría mantenerse que para que tuviera lugar la acción protectora, la lesión ha de producirse precisamente en la actividad que el interesado haya escogido para darse de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, lo cuál significa que de producirse en actividad diferente, no es que no se protegiera al trabajador, sino que la protección sería la de una contingencia común, pese a que estuviera cotizando por contingencias profesionales.

La solución la ha dado el nuevo párrafo 2º del art. 41.1 del RD 84/1996, que establece que en los casos de realización de varias actividades que determinen la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, el alta y la cotización al mismo serán únicas y se producirán por la actividad que elija el trabajador; salvo que éste haya optado por la cobertura de las contingencias profesionales, en cuyo caso, tal libertad de elección no existe y se sustituye por la obligación de efectuar en el momento de ejercitar su opción, una declaración de todas las actividades que realiza el interesado,⁸²⁶ quedando integrado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y siendo objeto de cobertura frente a dichas contingencias por aquella de tales actividades a que resulte de aplicación el epígrafe de cotización más alto entre los establecidos en el anejo 2 del RD 2939/1979 de 29 de diciembre.

Si la situación de pluriactividad tiene lugar después de haber efectuado la opción, los interesados están obligados a efectuar la declaración de actividades a los efectos indicados, en el plazo de los 6 días siguientes a la fecha en que se origine esta situación de pluriactividad.

En la actualidad, hay que tener en cuenta que tras la creación del Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, por la Ley 18/2007, de 4 de julio, en una sección especial del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, según el art. 41.1 párrafo 3º del RD 84/1996; en caso de que una de las actividades determinase la inclusión en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, el alta se practicará obligatoriamente por dicha actividad, mientras que el párrafo 2º de este mismo artículo, establece que *en el supuesto de realización simultánea de dos o más actividades que den lugar a la inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el alta en dicho Régimen, así como la cotización a éste, serán únicas y se practicarán en los términos indicados por los artículos 46.3 y 47.4.4ª de este Reglamento.*

⁸²⁶ Nuevo párrafo 2º ordinal 1º apartado 3 art. 47 RD 84/1996.

Acumulación de cotizaciones al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

Cuando se acrediten cotizaciones al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y a otros regímenes de la Seguridad Social, y no se cause derecho a pensión en alguno de ellos, las bases de cotización acreditadas en este último, en régimen de pluriactividad podrán ser acumuladas a las del régimen en que se hubiera causado la pensión, pero sólo a efectos de determinación de la base reguladora de la misma,⁸²⁷ sin que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento. DA 38ª LGSS.⁸²⁸

2. Régimen Especial Agrario

El Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social establece en su art. 2⁸²⁹ la norma general del ámbito de aplicación del régimen.

En el apartado 3 de este art. se establece que “*La inscripción de los trabajadores en el Régimen Especial Agrario podrá ser compatible con su alta en alguno de los otros Regímenes de la Seguridad Social*”, lo cuál permite expresamente la multiplicidad de altas en otros regímenes de la Seguridad Social y por ello debemos entender que permite la pluriactividad.

Los trabajadores por cuenta ajena deben hallarse inscritos en el censo agrario, dependiente hoy de la TGSS, RD 1258/1987. En el caso de trabajadores agrarios por cuenta propia hay que tener en cuenta la reciente incorporación de estos trabajadores en

⁸²⁷ **Albiol Montesinos, I.**, “*Colección Todo Social*”. CISS. Valencia. 1ª ed. 2006. Parágrafo 6 -605.

⁸²⁸ Se ha suprimido la exigencia de que para que pueda producirse esta acumulación de bases de cotización, cuando se refiera a la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, fuera necesario que se acreditara la permanencia en la situación de pluriactividad durante los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante, acumulándose en caso contrario, la parte proporcional de las bases de cotización que corresponda al tiempo realmente cotizado en régimen de pluriactividad dentro de dicho período (DA 38ª. 2 LGSS), de la misma forma que se ha eliminado en los casos de pluriempleo en el art. 162.5 LGSS. Una clara exposición de la situación anterior se encuentra en la obra de **Maldonado Molina, J.A.**, “*Los períodos de cotización. Acceso y cálculo de las prestaciones*”. Ed. Comares. Granada. 1ª ed. 2003. Págs. 36 a 39, 75 y 85 y 86.

⁸²⁹ Capítulo II. Campo de Aplicación. Artículo 2. Norma general. 1. *Quedarán incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social todos los trabajadores españoles, cualquiera que sea su sexo y estado civil, que en forma habitual y como medio fundamental de vida realicen labores agrarias, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias, dentro del territorio nacional, siempre que estén incluidos en alguno de los artículos siguientes.*

2. *Se entenderá que concurren los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida, exigidos en el artículo 2 de la Ley de Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social de 23 de julio de 1971, cuando el trabajador dedique su actividad predominantemente a labores agrícolas, forestales o pecuarias, y de ella obtenga los principales ingresos para atender a sus propias necesidades y las de los familiares a su cargo aunque con carácter ocasional realice otros trabajos no específicamente agrícolas.*

Por lo que a los trabajadores por cuenta propia se refiere, se presumirá salvo prueba en contrario, que dichos ingresos no constituyen su principal medio de vida, cuando el trabajador, su cónyuge o los parientes hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad que con él convivan sean titulares de un negocio mercantil o industrial.

el régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, como sistema especial dentro de éste, operada por ley 18/2007 de 4 de julio.⁸³⁰

Los aspectos que han experimentado más modificaciones son los relacionados con la cotización.⁸³¹

La inscripción en el censo, altas y bajas se regulan por el RD 2123/1971 y por los art. 35, 39.1, 42.5 y 46 del RD 84/1996 de 26 de enero modificado por RD 459/2002 de 24 de mayo.

La inscripción en el censo agrario es equivalente a los actos de inscripción, afiliación, altas y bajas, que debe efectuarse por el empresario en el caso de trabajadores por cuenta ajena como en el RGSS, así como la comunicación por el empresario de la realización de jornadas reales. Con la reforma del Régimen Especial Agrario operada por Ley 18/2007 de 4 de julio el encuadramiento de los trabajadores agrarios por cuenta propia o autónomos se produce en el sistema especial de los trabajadores por cuenta propia agrarios del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

La obligación de solicitar la inclusión en el censo nace desde el momento en que el trabajador reúna las condiciones que determinan su inclusión. Tras el RD 459/2002 no está claro si las solicitudes de inscripción de los trabajadores que los empresarios ocupen en labores agrarias han de presentarse antes del comienzo de la prestación de servicios.

Pero puede interpretarse que sí, a la luz del art. 45.1 RD 84/1996, tras la reforma operada por el RD 459/2002, que establece que a las solicitudes de inscripción formuladas con anterioridad al comienzo de la prestación de servicios, así como

⁸³⁰ El 20 de octubre de 2005 se concertó por los Ministros de trabajo y Asuntos Sociales y de Agricultura, Pesca y Alimentación y los Representantes de las Organizaciones Agrarias el Acuerdo sobre encuadramiento y cotización a la Seguridad Social de los trabajadores agrarios por cuenta propia.

En este acuerdo se preveían unas medidas tendentes a la equiparación paulatina de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario con los encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, que debían conllevar que a fecha 1 de enero de 2008 se integraran en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos los trabajadores agrarios por cuenta propia.

Bastante aproximadas a las modificaciones realizadas fueron las predicciones que realizó el profesor **Benavides Vico, A.**, en *“Análisis práctico de las prestaciones de Seguridad Social”*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 1ª ed. 2006. Pág. 543. Integración en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario, así como las recientes consideraciones realizadas por **García Romero, B.**, *“Seguridad Social Agraria: Acción Protectora”*. Thomson Civitas. Navarra. 1ª ed. 2006. Págs. 203 a 215.

⁸³¹ No obstante, sigue aplicándose un régimen transitorio, hasta 31 de diciembre de 2007, en relación a los trabajadores a los que con anterioridad a 1 de enero de 2006, les hubiera sido de aplicación, lo establecido en la DA 36ª TRLGSS, (relativa a la cotización), ya hubiera sido con carácter obligatorio o por opción voluntaria, cuando hubieran elegido una base de cotización superior a la mínima establecida en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en cuyo caso, resultarían de aplicación los tipos y coeficientes regulados en el apartado 2 de esta DA 36ª. (Disposición derogatoria única de la Ley 18/2007 de 4 de julio).

respecto de los trabajadores ya inscritos, el empresario deberá presentar una comunicación en la que figuren los datos personales y la fecha prevista para la realización de la primera jornada real de cada uno de los trabajadores agrarios que empleen en la forma que determine la TGSS.⁸³²

Es posible la inscripción subsidiaria por el propio trabajador por cuenta ajena o de oficio por la TGSS, así como la utilización de otros medios de prueba de realización de actividades que den lugar a la inscripción en el censo.

Son actos constitutivos y en caso de incumplimiento se generarían responsabilidades en materia de prestaciones mientras que su improcedencia supondría la pérdida de cobertura.

Debemos aplicar las mismas precisiones que hemos mencionado a propósito de la pluriactividad interna en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, el alta sería única cualquiera que sea la actividad que se desarrolle, aunque sean varias, simultáneas o sucesivas y no cabrían dos encuadramientos y cotizaciones dentro del mismo régimen.

En el ámbito del Régimen Especial Agrario, la STS de 28 de septiembre de 1994 (RJ 1994/9714), considera que la omisión de la inscripción del trabajador en el censo de asegurados del Régimen especial agrario de la Seguridad Social no es equiparable a la falta de afiliación en el Régimen General, ni determina la responsabilidad del empresario agrario.

La BAJA en el censo tendrá lugar cuando el trabajador deje de reunir cualquiera de las condiciones establecidas para estar incluidos en el campo de aplicación o por inclusión indebida. Puede efectuarse de oficio por la TGSS sin necesidad de recurrir al procedimiento previsto en el art. 145 LPL, en caso de que se trate de un hecho nuevo. STS de 16 de octubre de 1996, (Ar. 7766).

La inscripción en el censo ya no tiene que referirse necesariamente a meses completos, puesto que el trabajador puede iniciar o cesar en su actividad sin coincidir con el principio o el final del mes que se trate.

En caso de que se esté inactivo en cualquier trabajo, o en particular no se realicen labores agrarias, se dará lugar a la baja en el censo cuando el trabajador agrario se

⁸³² Del tenor literal de este artículo se desprende que sí es necesario solicitarla antes, pero sin embargo, más adelante se afirma que los primeros 6 días de cada mes natural, o de la última jornada realizada, en caso de cese definitivo del trabajador, deberán presentar ante la TGSS el nº de jornadas prestadas en el mes anterior por cada trabajador, o en su caso la no realización de la comunicada con carácter previo en los términos, lo cuál conlleva que resulte difícil controlar la realidad de las jornadas efectuadas.

dedique con carácter exclusivo o ininterrumpidamente a otras actividades no agrarias durante un período superior a 6 meses naturales consecutivos.⁸³³

Los trabajadores deberán solicitar la baja durante los 6 días siguientes al transcurso de los 6 meses, cesando la obligación de cotizar en el Régimen Especial Agrario por las mensualidades completas y naturales en que hayan prestado servicios ininterrumpidos y en exclusiva en otro régimen de la Seguridad Social.

Pero cabrá su reanudación y la inscripción en el censo después de los 6 meses o de las prestaciones posteriores que correspondieran sin necesidad de demostrar los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida.⁸³⁴

Si se simultanean la actividad agraria habitual y como medio fundamental de vida con la realización marginal o eventual de otras actividades no agrarias, no se aplicarían estos preceptos, sino que se seguiría la regla general de compatibilidad de altas contenida en el art. 2 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

Cuando no se comunique la realización de jornadas reales en 3 meses consecutivos y el trabajador no ingrese la cuota fija, la TGSS dará de baja al trabajador desde el último día del mes en que realizara la última jornada real comunicada.

En el caso de los trabajadores por cuenta propia agrarios, ya hemos adelantado, que se ha creado un sistema especial incluido en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Art. 2 Ley 18/2007 de 4 de julio, en vigor desde el 1 de enero de 2008.

Con la entrada en vigor de esta Ley al pasar a integrarse este régimen especial agrario por cuenta propia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, aunque a primera vista parece que pudiera tener lugar la pluriactividad, en caso de que se realizaran trabajos agrarios por cuenta ajena y propia, ya que estaría en cuadrado el trabajador, por un lado en el Régimen Especial Agrario por cuenta ajena, y por otro lado, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos como actividad agraria, se suele interpretar, que en casos de concurrencia de actividad por cuenta ajena y por cuenta propia, se encuadre al trabajador en el régimen de actividades por cuenta propia.

De una interpretación conjunta de este criterio y del que se ha venido siguiendo a partir de la Ley 36/2003, la solución más idónea sería que se encuadrara exclusivamente al trabajador, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por actividades agrarias.

En caso de concurrir actividades distintas, por cuenta propia, atendiendo al criterio de habitualidad y medio fundamental de vida, y sobre todo a la actividad que el

⁸³³ Art. 45.1.4ª. del RD 84/1996 tras el RD 807/2006 de 30 de junio. Al exigirse que sean ininterrumpidos se debilita la eficacia del supuesto ya que bastaría con darse de alta en el censo durante un día para que se interrumpa.

⁸³⁴ Art. 45.5 RD 84/1996 tras RD 807/2006 de 30 de junio.

interesado escoja a la hora de darse de alta, se podría dar un único encuadramiento, sin contravenir la normativa, en aquella actividad que cumpliera estas condiciones, de lo contrario, la carga sería excesiva para el trabajador.⁸³⁵

- Cómputo de cotizaciones al Régimen Especial Agrario y al RGSS

Cuando un trabajador tenga acreditados sucesiva o alternativamente períodos en el RGSS y en el Régimen Especial Agrario, dichos períodos o los que sean asimilados a ellos, que hubieran sido cumplidos en virtud de las normas que los regulen, serán totalizados, siempre que no se superpongan, para la adquisición, mantenimiento o recuperación del derecho a la prestación. Art. 35.1 del TR del Régimen Especial Agrario y 68.1 del R. Régimen Especial Agrario.

Según los arts. 35.2 del TR Régimen Especial Agrario y 68.2 del R. Régimen Especial Agrario, las pensiones por Incapacidad Permanente, jubilación, muerte y supervivencia, a que puedan tener derecho, serán reconocidas según las normas que los regulan (ya sea en el RGSS o Régimen Especial Agrario según el caso), por la entidad gestora del régimen donde el trabajador estuviera cotizando al tiempo de solicitar la prestación, teniendo en cuenta la totalización de períodos a que se refiere el número anterior y con las siguientes peculiaridades:

- a. Para que el trabajador cause derecho a la pensión en el régimen a que estuviera cotizando en el momento de solicitar la prestación será inexcusable que reúna los requisitos de edad, períodos de carencia y cualesquiera otros que en el mismo se exijan, computando a tal efecto solamente las cotizaciones efectuadas en dicho régimen.
- b. Cuando el trabajador no reuniera tales requisitos en aquel régimen, causará derecho a la pensión en el que hubiese cotizado anteriormente, siempre que en el mismo reúna los requisitos necesarios.
- c. Cuando el trabajador no hubiera reunido en ninguno de ambos regímenes, computados separadamente las cotizaciones a ellos efectuadas, los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión, podrán sumarse a tal efecto, (el de período de carencia), las cotizaciones efectuadas a ambos regímenes. En este caso, la pensión se otorgará por el régimen que tenga acreditado mayor número de cotizaciones.

Según los arts. 35.3 TR del Régimen Especial Agrario y 68.3 Reglamento del Régimen Especial Agrario, sobre la base de la cuantía resultante, con arreglo a las reglas anteriores, la entidad gestora del régimen que reconozca la pensión distribuirá su importe con la duración de los períodos cotizados en cada uno de ellos; y si la cuantía

⁸³⁵ Ya se ha explicado en las páginas 25 a 27 del presente trabajo de investigación, a las cuales me remito.

de la pensión a la que el trabajador pueda tener derecho por los períodos computables de uno sólo de los regímenes de la Seguridad Social fuese superior al total de la que resultase a su favor, por aplicación de las reglas anteriores, la entidad gestora de dicho régimen le concederá un complemento igual a la diferencia. Art. 68.4 del RGRA.

Se va a explicar con un ejemplo extraído de la STS de 1 de junio de 2004, rec. 2447/03, (RJ 2004\5039),⁸³⁶ se contempla un supuesto de pluriactividad sucesiva, ante la reclamación de una pensión de viudedad.

El trabajador, que acredita cotización suficiente en el Régimen General, al amparo del *art. 174.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio (LGSS)* y al fallecer se encuentra en alta en el Régimen Agrario, en el que también reunía carencia suficiente, pero tenía en descubierto las cuotas correspondientes a 18 meses, así como las de orfandad, a tenor del *art. 175.1 del propio Texto* y en dicho Régimen no tenía descubierto alguno, entra en juego lo dispuesto en la letra b) del *art. 68.2 del Reglamento General del Régimen Especial Agrario*, que le permite causar las prestaciones en el Régimen en el que hubiera cotizado anteriormente, "siempre que en el mismo reúna los requisitos a que se refiere el apartado a)."⁸³⁷

A la parte actora se le habían denegado en vía administrativa las pensiones de viudedad y orfandad exclusivamente porque en el momento del hecho causante su marido no cumplía el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas (*art. 46.2 en relación con el 53 del Decreto 3772/1972*) en el Régimen Especial Agrario –que era en el que en ese momento se encontraba en situación de alta-, pues adeudaba las correspondientes a más de seis meses.

Así pues, el trabajador no podía causar prestaciones en dicho Régimen al amparo de la *letra a) del apartado 2 del art. 68, porque en el Régimen Especial Agrario* no reunía todos los requisitos exigidos al efecto, al faltarle el ya indicado de estar al corriente en el pago de las cotizaciones.

Pero como con anterioridad había estado afiliado al Régimen General y en el mismo había cotizado durante el tiempo suficiente para causar pensión de viudedad al amparo del *art. 174.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio (LGSS)*, así como las de orfandad a tenor del *art. 175.1 del propio Texto* y en dicho Régimen no tenía descubierto alguno, entra en juego lo dispuesto en la letra b) del *art. 68.2 del Reglamento General del Régimen Especial Agrario* , que le permite causar las

⁸³⁶ STS 3780/2004. A favor: STSJ Castilla La Mancha, núm. 529/2006, de 30 de marzo, (JUR 2006\140415); STSJ Aragón, núm. 998/1995, de 13 de diciembre, (AS 1995\4741); STSJ de Cataluña, núm. 6027/2005, de 11 de julio, (AS 2006\2203).

⁸³⁷ El contenido del apartado a) de este art. 68.2 es el siguiente: *Para que el trabajador cause derecho a la pensión en el Régimen al que estuviese cotizando en el momento de solicitar la prestación será inexcusable que reúna los requisitos de edad, períodos de carencia y cualesquiera otros que en el mismo se exijan, computando a tal efecto solamente las cotizaciones efectuadas en dicho Régimen.*

prestaciones en el Régimen en el que hubiera cotizado anteriormente, "siempre que en el mismo reúna los requisitos a que se refiere el apartado a)".

En el Régimen General no estaba en situación de alta el causante, al producirse su fallecimiento, con lo cual puede faltar uno de los requisitos generales requeridos por el art. 124.1 de LGSS para causar derecho a cualquier prestación; pero ha de tenerse en cuenta que, tal como ya dijo esta Sala en la Sentencia de 4 de Marzo de 1993 (Recurso 1222/92), interpretando el art. 35.2.b) del Decreto 2530/1970 de 20 de Agosto -de idéntico contenido, como ya antes dijimos, que el art. 68.2.b) del Decreto 3772/1972 -, "el precepto aplicable es el apartado b), pues, aunque el trabajador no estaba en alta en el Régimen General, cumple en dicho Régimen de forma completa el periodo de cotización, y hay que entender que desde el momento en que este apartado se remite al Régimen en el que se hubiese cotizado anteriormente se está dispensando el cumplimiento del requisito de alta en el mismo".

3. Régimen Especial de Empleados del Hogar

Hay que tener en cuenta que en este régimen especial, existen dos modalidades de prestación de servicios:

1) De manera exclusiva y permanente para un solo empleador, entendiéndose por tal, la que se preste por tiempo superior a la mitad de la jornada habitual. Si consideramos que la jornada habitual son las 40 horas semanales previstas en el art. 7 del RD 1424/1985, siempre que la prestación efectiva sea superior a 20 horas semanales, estaríamos ante una prestación de servicios exclusiva y permanente respecto del empleador. STSJ Cataluña 16 de diciembre de 2004, (AS 325).

2) Discontinuos: si prestan los servicios a tiempo parcial para uno o más empleadores, sea con carácter indefinido, fijo o periódico. Abarca a los trabajadores cuyo tiempo de trabajo efectivo sea inferior a 80 horas al mes, siempre que superen el mínimo que al respecto establezca el Ministerio de Trabajo.

En las Resoluciones de 9 de septiembre de 1971, 5 de noviembre de 1985 y 25 de noviembre de 1986, se fija el mínimo en 72 horas al mes y un nº de jornadas no inferior a 12 días. Además estas resoluciones introdujeron el concepto de habitualidad y profesionalidad, considerando prestación de servicios a tiempo parcial, aquella cuya jornada laboral esté comprendida entre las 72 y las 80 horas mensuales realizadas al menos en 12 jornadas.

Podría darse el caso de que el trabajador se encontrara en situación de pluriactividad, siendo uno de los regímenes en los cuales estuviera obligado a encuadrarse, el régimen especial de empleados del hogar. Al respecto, hay que tener en cuenta que el régimen es distinto en función de la modalidad de prestación de servicios:

En supuestos de prestación de servicios de manera exclusiva y permanente para un solo empleador, las obligaciones son las mismas que las previstas en el RGSS, puesto

que el art. 49.3 RD 84/1996 se remite al art. 35 del mismo texto reglamentario. Esto significa, que la obligación de llevar a cabo los actos de encuadramiento incumbe al cabeza de familia.⁸³⁸

Cuando el empleado del hogar preste sus servicios para uno o más cabezas de familia a tiempo parcial, será el propio trabajador el obligado a solicitar su afiliación, el alta y baja, acompañando, además de la documentación general exigible, el tiempo y demás condiciones de la prestación de servicios parciales y discontinuos. Art. 49.1.1 RD 84/1996, aunque sea de temporada, y también en el caso de contratos de duración determinada si se encuentra dentro de los comprendidos en el art. 15 ET.⁸³⁹

4. Régimen Especial de la Minería del Carbón

Reguladas las peculiaridades en el art. 50 RD 84/1996, y arts. 4.1 y 21.3 OM 3 de abril de 1973, se refieren a la obligación de los empresarios de remitir por duplicado a la TGSS los especiales partes de altas, bajas y variaciones de datos con los que se participará a la Tesorería los ingresos y ceses de trabajadores del mes anterior, así como las variaciones relativas a cambio de categoría o especialidad profesional o conservación de éstas con cambio de puesto de trabajo al que correspondería otra, y las faltas de trabajadores por causas que no se correspondan con las bajas médicas por enfermedad o accidente, cualquiera que sea su causa, o con permisos o licencias retribuidas.

Según el art. 4.2 de la OM, los partes, han de estar numerados correlativamente y se remitirán a la TGSS, todos los meses, aunque no les hubiera ocurrido ninguna de las circunstancias a las que los mismos se refieren, lo que también se hará constar en los mismos.

En base a los datos facilitados, la TGSS comunica a cada trabajador las variaciones que les afectan. Transcurridos 60 días desde la variación, si el trabajador no ha recibido notificación alguna al respecto, o no está conforme con la comunicación recibida, podrá solicitar de la TGSS la revisión que estime procedente, en base a las alegaciones que considere convenientes y acompañando los elementos de prueba que considere oportunos, ante lo cuál la TGSS recabará los informes que estime necesarios

⁸³⁸ En cuanto a los plazos y efectos de la afiliación, altas y bajas, rige lo establecido para el RGSS, surtiendo efectos desde el día en que se inicie la actividad cuando se insta antes de su inicio.

⁸³⁹ Resumiendo: a) Por obra o servicio determinados, b) por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, si se trata de la actividad normal de la empresa, c) sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, d) contratación de desempleado, inscrito en la oficina de empleo y el empleador sea la Administración Pública o entidad sin ánimo de lucro, con el objeto de realizar una obra o servicio de interés general. Siempre que se cumplan las condiciones que se establecen en este art. 15 ET.

resolviendo la cuestión planteada y comunicándola al trabajador. Art. 4.4 OM 3 de abril de 1973.⁸⁴⁰

5. Régimen Especial de Trabajadores del Mar

Hay dos modalidades de encuadramiento, por cuenta ajena y por cuenta propia.⁸⁴¹ Se exige para el encuadramiento en la modalidad por cuenta propia, que se trate de un medio fundamental de vida, la habitualidad en la realización de las actividades marítimo pesqueras, que se obtenga un nivel de ingresos que no sea insignificante.

Según el art. 2 Decreto 1867/1970 de 9 de julio. Se exige que aunque el familiar trabaje en la actividad marítima, sea el medio fundamental de vida, comparándolo con los demás ingresos obtenidos por la unidad familiar, impidiendo el encuadramiento, si el cónyuge o familiar hasta el tercer grado son titulares de un establecimiento industrial o comercial.

Esta valoración de los ingresos se realiza con carácter familiar, no individual, mientras que en el Régimen Especial Agrario se han introducido cambios a través del RDL 2/2003 y la Ley 36/2003 de medidas económicas respecto del posible encuadramiento del cónyuge o familiar cuando tuviera otro medio de vida, el art. 2.2 del Decreto 3772/1972 de 23 de diciembre, relativo a los trabajadores del mar, sigue hablando de la habitualidad y medio fundamental de vida y de unidad familiar.

Se presume *iuris tantum* que los ingresos no constituyen su principal medio de vida cuando el trabajador, su cónyuge o los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad que con él convivan sean titulares de un negocio mercantil o industrial.

El trabajador por cuenta propia, para quedar encuadrado en este régimen especial, deberá acreditar la importancia del beneficio empresarial en el conjunto total de la unidad familiar.⁸⁴²

Hay que tener en cuenta que las peculiaridades de encuadramiento de este régimen especial, se regulan en el art. 48 RD 84/1996 de 26 de enero.

⁸⁴⁰ Esta resolución es impugnada ante el orden social de la jurisdicción. **García Ninet, J. I., Vicente Palacio, A.**, *“Regímenes Especiales de la Seguridad Social”*. CISS. Valencia. 1ª ed. 1998. Págs. 274 y 275.

⁸⁴¹ El art. 10.4 RD 84/1996 de 26 de enero establece quienes se consideran empresarios en este régimen especial.

⁸⁴² **Vicente Palacio, A.**, *“El régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2004. Págs. 37 a 39. Pone de ejemplo de exclusión del ámbito de aplicación de este régimen especial por cuenta propia al trabajador, cuya esposa, titular de un bar, ya que el trabajador declaró ante el controlador laboral que su medio fundamental de vida era el bar de su esposa.

Sin embargo, si el negocio del cónyuge sólo produce pérdidas, STSJ País Vasco de 3 de mayo de 1996, (AS 1996\2203); sí se encuadraría en el RETM. La presunción no se aplica cuando el cónyuge es socio de una cooperativa de trabajo asociado, ya que no cabe atribuir a los cooperativistas la titularidad de la cooperativa. STSJ País Vasco 18 de enero de 1998, (AS 1998\751).

E)- Posibilidad de suscripción de convenio especial

El convenio especial es una institución que persigue introducir mecanismos garantistas para evitar la expulsión del sistema de Seguridad Social y alcanzar o mantener la protección de los beneficiarios en sí misma considerada, o en el nivel alcanzado previamente en el sistema de Seguridad Social pública, de manera supletoria, es decir, cuando fallan las vías ordinarias, fundamentalmente de tipo contributivo. Es una manifestación de los escasos espacios de voluntariedad que encontramos en el sistema público de Seguridad Social español.⁸⁴³

Con la finalidad de mantener la protección de los beneficiarios, en sí misma considerada o el nivel que se hubiera alcanzado, cuando fallen las vías ordinarias de tipo contributivo, la regulación del convenio especial establecida por la Orden TAS /2865/2003 de 13 de octubre de 2003,⁸⁴⁴ en su art. 23 establece en su apartado 1, que cuando el trabajador o asimilado preste sus servicios a dos o más empresarios en situación de pluriempleo, sea en régimen de contratación a tiempo completo o sea a tiempo parcial, perciba o no la prestación o subsidio por desempleo, y se extinga alguno o todos sus contratos de trabajo o cuando preste sus servicios en situación de pluriactividad y cese en alguna o todas las actividades que dieron lugar a su inclusión obligatoria en dos o más Regímenes del Sistema de Seguridad Social, ya sea en forma simultánea o sucesiva, aquél podrá suscribir convenio especial con el objeto de

⁸⁴³ **López Gandía, J.**, “*La nueva regulación del convenio especial de la Seguridad Social*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. Monografía nº 312. 1ª ed. 2004. Pág. 9. En las páginas 10 y 11, reconoce la complejidad de la regulación del mismo, ya que se reproduce inevitablemente la complejidad de la estructura del sistema de Seguridad Social.

Arufe Varela, A., “*Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*”. Ed. Comares. Colección Trabajo y Seguridad Social, nº 15. Granada. 1ª ed. 2003, págs. 3 y 9: Considera que se trata de una modalidad especial de contrato de seguro, que se rige por la aleatoriedad del riesgo asumido, atendiendo a la STSJ Madrid de 24 de marzo de 1998, (AS 1135); destaca que es el remedio normal que la Ley ofrece para mantener la situación de alta y evitar que las cuotas pagadas con anterioridad no tengan en el futuro efecto alguno.

Martínez Barroso, M. R., “*Sistema jurídico de la Seguridad Social de la minería del carbón*”. Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León. 1ª ed. 1997. Pág. 117. Distingue entre convenio especial, general y especiales.

Para **Luján Alcaraz, J.**, “*El Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados del Hogar*”. Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2000, pág. 69, “El convenio se regula, con carácter general para todo el sistema”.

López Gandía, J., “*La nueva regulación del convenio especial de la Seguridad Social*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. Monografía nº 312. 1ª ed. 2004. pág. 89, considera en relación al convenio especial de complemento, que se distingue a estos, porque la única vertiente en la que actúan es en la de permitir que el interesado siga cotizando, al tratarse de situaciones en las que este ya se encuentra dentro del sistema, por hallarse de alta, alta especial, situación asimilada al alta o percibiendo una prestación.

Se trataría de supuestos especiales que excepcionarían la regla relativa a que el Convenio Especial sólo podría ser suscrito por trabajadores que causen baja en el régimen de Seguridad Social en que estaban encuadrados sin estar comprendidos en ningún otro.

⁸⁴⁴ La suscripción de convenio especial sobre deportistas de alto nivel y alto rendimiento, se regula en el Real Decreto 971/2007, de 13 de julio.

mantener la misma o mismas bases de cotización por las que venía cotizando en situación de pluriempleo o pluriactividad, con las particularidades siguientes:

1.1 Para la suscripción de esta modalidad de convenio especial será necesario acreditar un período específico de cotización previa de, al menos, 1.080 días en la respectiva situación de pluriempleo o de pluriactividad.

1.2 En esta modalidad de convenio especial la base mensual de cotización estará constituida por la misma base o bases de cotización que el trabajador o asimilado tuviere en el mes natural anterior al cese en todas las empresas o actividades, o solamente por la diferencia que resulte de la nueva distribución de las bases si la nueva base fuere inferior a la anterior a la suscripción del convenio, en los casos de cese de la prestación de servicios a alguna o algunas de dichas empresas o en alguna o algunas de las actividades que sigan dando lugar a la situación de pluriempleo o pluriactividad.

1.3 Los suscriptores de esta modalidad de convenio especial serán considerados en situación de alta a efectos del conjunto de la acción protectora en el Régimen o en los Regímenes del Sistema de Seguridad Social en el que se suscribiera el convenio especial.

La Orden de 18 de julio de 1991,⁸⁴⁵ en cambio, sólo permitía suscribir convenio especial para mantener el alta de aquellos trabajadores que causaran baja en la Seguridad Social y no quedaran encuadrados en otro régimen de Seguridad Social que tuviera previsto el cómputo recíproco de cotizaciones, para que mediante la correspondiente cotización se cubrieran una serie de prestaciones.

No contemplaba la situación de pluriempleo y pluriactividad. Antes de la Orden de 2003, los trabajadores en situación de pluriempleo o pluriactividad no podían celebrar el convenio especial común en caso de pérdida de alguno de los empleos o actividades, conservando los restantes.

Alguna doctrina judicial no lo admitió, [vgr: STSJ Madrid de 24 de septiembre de 1996. (R 5386/1995)], salvo que se perdieran todos los empleos o actividades, que era el único supuesto que contemplaba la DA 2ª de la Orden de 1991.

Dado que las cotizaciones se superponen, no opera el mecanismo del cómputo recíproco de cotizaciones. No obstante, si pese a haber cotizado en situación de pluriactividad, no se acreditara el cumplimiento en alguno o ninguno de los regímenes, las bases y cuotas que no hubieran servido por insuficientes para generar una prestación, no se totalizan con las restantes para generar un único derecho o

⁸⁴⁵ por la que se regula el Convenio Especial en el Sistema de la Seguridad Social. (Vigente hasta el 1 de abril de 2004), en su art. 2.a. Un estudio detallado de esta Orden y de los supuestos especiales de cotización en esta regulación anteriormente vigente encontramos en **García Ortega, J.**, “Supuestos especiales de cotización: trabajadores fijos discontinuos. Pluriempleo y Pluriactividad. Convenio especial”. CISS Praxis. Valencia. Revista Tribuna Social, nº 20/21 año 1992, págs. 55 y ss.

incrementar las bases del régimen donde sí se hubieran cumplido los requisitos mínimos.

Se trataba de una laguna del ordenamiento, tal y como reconoció el TS en ST de 14 de abril de 1992, (RJ 1992\2650). En cuanto al tratamiento jurisprudencial de la materia, destaca la STS de 28 de septiembre de 1994, (RJ 1994\9714); que en un supuesto de invalidez permanente sin derecho a prestación por falta de carencia y convenio especial posterior con nuevas cotizaciones en el ámbito del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, establece que *"este Convenio Especial es el remedio normal que la LGSS, ofrece para que quienes como la actora cesaron en el trabajo teniendo un número de cotizaciones previas, pudieran mantener la situación de alta y evitar que las cuotas pagadas con anterioridad no tengan en el futuro efecto alguno.*

Ahora bien, esto debe interpretarse en el sentido de que las contingencias enumeradas en el artículo 2 de la Orden mencionada y de las que podía lucrarse la actora, de acuerdo con los términos del Convenio, fueran posteriores a la firma del mismo dado que es entonces cuando se produce el hecho; tratándose de la invalidez, cuando aparezcan nuevas lesiones o se agraven las anteriores no si la enfermedad es la misma.

Otra cosa, sería desconocer la naturaleza jurídica de contrato de seguro de lo que partiera todo Convenio y lo aleatorio del riesgo asumido, no es que carezcan de eficacia las anteriores cotizaciones es que al encontrarse que la demandante en la misma situación de clínica anterior dicho riesgo no estaba cubierto por el Convenio; como se dice en la sentencia recurrida si bien la finalidad del Convenio Especial es dar continuidad al alta en el Régimen que corresponda, tal asimilación no puede suponer otorgar al beneficiario la adquisición del derecho más allá de los que tendría si hubiese permanecido en alta, pretender extenderlo a situaciones anteriores a la baja en la Seguridad Social no es admisible.

De otra forma bastaría con la firma de un Convenio especial realizando la cotización adicional para completar la carencia para lucrar, invalidez por quien cuando se produjo la enfermedad no reunió la carencia necesaria y en consecuencia no era invalidez, jurídicamente hablando al no reunir ambos requisitos, como es doctrina de la Sala; no es este el caso de los supuestos contemplados en la sentencia del Pleno de la Sala, en estos el trabajador siempre mantuvo su situación de alta y su cotización a la Seguridad Social, al continuar trabajando lo que se aceptó por la entidad gestora, siendo el riesgo el mismo".

Como ya se ha mencionado en otros apartados de esta tesis, cuando un trabajador ejerza dos actividades por cuenta propia distintas dentro del Régimen Especial de

Trabajadores Autónomos, la cotización sería única, quedando la obligación de cotizar referida a sólo una de las actividades.⁸⁴⁶

Sin embargo, cuando un trabajador realiza dos actividades distintas que conllevan el alta en dos ó más regímenes de la Seguridad Social, el trabajador deberá cotizar de forma independiente al régimen correspondiente por cada una de las actividades que realiza.⁸⁴⁷

Así mismo el TS se ha pronunciado a propósito de los odontólogos y estomatólogos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y en el RGSS por realizar dos actividades distintas, por cuenta propia y ajena, deben cotizar 2 veces por la contingencia de asistencia sanitaria. STS, contencioso administrativo, de 28 de enero de 1997, rec. 7523/1992, (RJ 1997\1220).

Hay que tener en cuenta que el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, en su art. 1, que establece la inclusión obligatoria de los cuidadores no profesionales dentro del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, en el que quedarán en situación asimilada a la de alta mediante la suscripción de un convenio especial, en los términos y condiciones que en él se determinan.

Destaca la Orden TAS/2632/2007, de 7 de septiembre, que introduce los arts. 28 y 29 a la Orden TAS /2865/2003 de 13 de octubre de 2003, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social. Estos artículos se refieren al convenio especial de cuidadores de personas en situación de dependencia.

El art. 22 de la Orden TAS/76/2008 de 22 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, FOGASA y Formación Profesional, contenidas en la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, establece los coeficientes aplicables para determinar la cotización en los supuestos de convenio especial y otras situaciones asimiladas al alta.

El art. 10.2 Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, establece el régimen jurídico de la extinción del convenio especial, que resulta de aplicación a los cuidadores no profesionales, ya que el art. 29 de la misma OM, establece como régimen supletorio lo previsto en el cap. I de esta Orden, en el que se regula de forma general el convenio especial y en el que se ubica este artículo:

⁸⁴⁶ STS de 15 de marzo de 1996, rec. 2874/1992, (RJ 1996\2074). A favor: STS de 11 de mayo de 2010, (JUR 2010\236657); STS de 21 de septiembre de 1992, (RJ 1992\6797); STSJ Asturias, núm. 407/2009, de 13 de febrero, (JUR 2009\323128).

⁸⁴⁷ STS contencioso administrativo, de 18 de noviembre de 1997, rec. 7852/1991, (RJ 1997\8541); STS contencioso administrativo, de 9 de julio de 1991, (RJ 1991\6707); STS contencioso administrativo, de 24 de junio de 1991, (RJ 1991\7578).

El convenio especial se extinguirá por cualquiera de las siguientes causas:

Por quedar el interesado comprendido, por la realización de actividad, en el campo de aplicación del mismo Régimen de Seguridad Social en el que se suscribiera el convenio o en otro Régimen de los que integran el Sistema de la Seguridad Social, siempre que el trabajador o asimilado que lo suscribiere preste sus servicios o ejerza su nueva actividad a tiempo completo o a tiempo parcial, por tiempo indefinido o por duración determinada, con carácter continuo o discontinuo, y la nueva base de cotización que corresponda sea igual o superior a la base de cotización del convenio especial.

No obstante, no se producirá la extinción del convenio especial por esta causa, salvo que el interesado manifieste expresamente lo contrario, en los casos de pluriempleo o pluriactividad en los términos establecidos en el Capítulo II de esta Orden. (...)

2. Pluriactividad y acción protectora

2. 1. Prestaciones: compatibilidad e incompatibilidades. Concurrencia de pensiones. Compatibilidad de reconocimiento de pensiones derivadas del mismo hecho causante en supuestos de pluriactividad

En España no rige el principio de “una sola prestación para un mismo riesgo”, no se aplica una regla estricta o absoluta de incompatibilidad entre pensiones, dada la pluralidad estructural de nuestro sistema de protección social (asistencia social, Seguridad Social, Previsión Social Voluntaria) y específicamente el de la Seguridad Social (pluralidad de regímenes), además de la posible situación de pluriactividad, existiendo la posibilidad de que concurren al mismo tiempo y en el mismo sujeto más de una pensión.

La cotización en situaciones de pluriactividad tiene efectos distintos a las de pluriempleo, en relación con las prestaciones, en caso de pluriactividad, las cotizaciones independientes, pueden generar prestaciones independientes, mientras que en el supuesto de pluriempleo, conduce a una prestación única.

La pluriactividad permite la duplicidad de prestaciones cuando haya lugar a ello, (en los regímenes especiales en los que se contempla la modalidad de trabajo por cuenta propia, así como en el REA por cuenta ajena, se suele exigir para el acceso a las prestaciones estar al corriente en el pago de las cuotas). Pero nunca el incremento de la base reguladora. STS de 14/05/1993, (RJ 1993\4094).⁸⁴⁸

⁸⁴⁸ STS de 27 de septiembre de 1993, (RJ 1993\7043); STS de 3 de mayo de 1993, (RJ 1993\4017); STS de 20 de abril de 1993, (RJ 1993\3341).

El art. 122 de la LGSS establece el principio de incompatibilidad de las pensiones del régimen general, cuando coincidan en el mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario legal o reglamentariamente, resultando necesario en caso de incompatibilidad, dar la oportunidad al beneficiario de que opte por la pensión que más le convenga. Esta declaración de incompatibilidad se da dentro de cada uno de los regímenes, no entre las causadas entre uno y otro, siempre que se reúnan los requisitos para ello.⁸⁴⁹

La inexistencia de un principio general de incompatibilidad de pensiones, obedece a la permisión del alta simultánea a diferentes regímenes con el consiguiente deber de cotización y recíproco derecho a percibir las prestaciones. STSJ Madrid de 7/07/1993 (AS 1993/3671).⁸⁵⁰

La incompatibilidad no afecta a las pensiones de regímenes especiales respecto a las del RGSS, ni tampoco a las de regímenes especiales entre sí (situaciones de pluriactividad),⁸⁵¹ pues la incompatibilidad despliega sus efectos en relación con las prestaciones del mismo régimen, no respecto de las causadas en regímenes diverso, con independencia de que la causa de la contingencia o de que la contingencia en sí misma coincida en los distintos regímenes.⁸⁵²

Según la STSJ Asturias núm. 3318/2007 de 20 de julio,⁸⁵³ la jurisprudencia es unánime en reconocer la compatibilidad en los supuestos de pensiones de distintos regímenes de la Seguridad Social,⁸⁵⁴ contemplando sólo la incompatibilidad cuando se trate de dos pensiones pertenecientes al mismo Régimen y en diversas circunstancias, pues el criterio reside en que la pensión trata de sustituir la pérdida de ganancia por el cese en el trabajo, siempre que se den determinados requisitos, por lo que una misma cotización y una sola pérdida de ganancia no puede dar lugar a dos pensiones en el mismo régimen de la Seguridad Social.

Pero en los casos de pluriactividad y cotización a distintos regímenes, se observa la compatibilidad con la pensión obtenida en otro régimen, según los casos. En cuanto a la protección, la pluriactividad simultánea puede dar lugar a pluralidad protectora, si el

⁸⁴⁹ STSJ Madrid de 28 de mayo de 1992, (AS 1992\2745).

⁸⁵⁰ En sentido similar: STSJ Asturias núm. 407/2009 de 13 de febrero (JUR 2009\323128); STSJ Asturias núm. 1629/2008 de 13 de junio, (JUR 2008\346592); STSJ Asturias, núm. 3942/2008 de 5 de diciembre, (JUR 2009\131900).

⁸⁵¹ salvo en casos de pluriactividad sucesiva en que el interesado haya optado por el cómputo recíproco de cotizaciones, pero no hay incompatibilidad, si en el reconocimiento de la primera pensión no se han tomado en cuenta las cotizaciones efectuadas a otro régimen, STS de 13 de marzo de 1995, (RJ 1995\1768).

⁸⁵² SSTs de 20 de enero de 1993 (RJ 1993,102); 15 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2074) y 22 de abril de 1997, (RJ 1997\5864).

⁸⁵³ JUR\2007\306915. Base de datos Westlaw.es.encuentra.

⁸⁵⁴ Se cita como jurisprudencia unánime en la materia las siguientes sentencias: STS núm. 1640 de 15/03/1996, (RJ 1996\1879); STS de 21/09/1992, (RJ 1992\ 6797); STS de 16/05/1994, (RJ 1994\4207).

beneficiario cumple en cada régimen los requisitos mínimos para generar las prestaciones.

La STS de 14 de mayo de 1993, (Ar. 4094), en su FD 2º, establece que la pluriactividad permite la duplicidad de prestaciones cuando haya lugar a ello, pero nunca el incremento de la base reguladora.

Se precisa por tanto configurar unas normas sobre concurrencia y determinar en qué consiste. La incompatibilidad predicada en el art. 122 LGSS, no afecta a las pensiones de regímenes especiales respecto a las del régimen general, ni tampoco a las de regímenes especiales entre sí (es decir en situaciones de pluriactividad), pues la incompatibilidad despliega sus efectos en relación con las prestaciones del mismo régimen, no respecto de las causadas en regímenes diversos,⁸⁵⁵ y ello con independencia de que la causa de la contingencia o la contingencia en sí misma coincida en los distintos regímenes.⁸⁵⁶

Así pues, en la STSJ Madrid de 7 de julio de 1993, (AS 1993\3671), se considera compatible la percepción de una pensión de jubilación del RGSS y una pensión de Incapacidad Permanente Absoluta del régimen especial de la minería del carbón *puesto que la incompatibilidad de pensiones regulada en el art. 91.1. LGSS, (actual 122.1) sólo se refiere a las dimanantes el régimen general, según expresión literal de la propia norma (...) y las del régimen especial de la minería del carbón (art. 11 D. 298/1973 de 8 de febrero y art. 13 orden de 3 de abril de 1973) a las procedentes únicamente del régimen especial, claramente con la transcripción de estos artículos, se puede observar, que las pensiones de este régimen especial serán incompatibles entre sí, cuando coinciden en un mismo beneficiario.*

Este criterio tiene su respaldo legal en que el sistema de la Seguridad Social actualmente vigente autoriza la afiliación simultánea a diversos regímenes con el consiguiente deber de cotización y consecuentemente con el recíproco derecho al percibo de las prestaciones correspondientes.

En los casos de pluriactividad, así como en los supuestos establecidos, legal o reglamentariamente, es posible la concurrencia de pensiones, aunque sometidos entonces a los límites legales correspondientes.

A partir de la Ley 44/1983 de 28 de diciembre de PGE del Estado para 1984, las sucesivas normas presupuestarias han establecido un tope cuantitativo de obligada

⁸⁵⁵ STSJ Castilla y León, Valladolid de 1 de diciembre de 1998 (AS 1998/7522), que cita a su vez las SSTS de 20 de enero de 1993 (RJ 1993,102) y 15 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2074).

⁸⁵⁶ Trasladadas estas premisas al régimen especial de la minería del carbón, según **García Ninet, J. I. y Vicente Palacio, A.**, en *“Regímenes Especiales de la Seguridad Social”*. CISS. Valencia. 1ª ed. 1998. Pág. 284, no podrá un mismo beneficiario ser perceptor de más de una pensión en este régimen, pero sí podrá ocasionar iguales pensiones en Regímenes diferentes en los que se acredite cotización suficiente.

repercusión, *del que no queda exceptuada ninguna pensión que tenga la consideración de pública.*⁸⁵⁷

El art. 47 LGSS, señala que el importe inicial de las pensiones contributivas de la Seguridad Social, por cada beneficiario, no podrá superar la cuantía íntegra mensual que establezca anualmente la correspondiente LPGE.

Quedan excluidas de dicho límite, las pensiones originadas como consecuencia de actos de terrorismo aunque concurren con otras públicas. Art. 51 LGSS.

Se plantea la cuestión de si debe darse el concepto de contingencia y las prestaciones en todos los regímenes en que se encuentra dado de alta el trabajador para que se pueda acceder a ellas.

- No existe incompatibilidad, en los casos de pluriactividad, entre las pensiones del RGSS y las de los regímenes especiales, o respecto de las de los regímenes especiales entre sí, salvo en los casos de pluriactividad sucesiva en que el interesado haya optado por el cómputo recíproco de cotizaciones.
- No hay incompatibilidad, sin embargo, si en el reconocimiento de la primera pensión no se han tomado en cuenta las cotizaciones efectuadas a otro régimen.⁸⁵⁸

Esto es así, incluso en los supuestos de integración en el general, del régimen especial de que se trate, si la normativa reguladora de éste permitía la compatibilidad.⁸⁵⁹

- También es compatible la prestación de Incapacidad Temporal en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o en el Régimen Especial Agrario y la actividad laboral en el RGSS, cuando aquella sólo imposibilita una de las actividades que dan lugar al encuadramiento en ambos regímenes.⁸⁶⁰
- En el Régimen Especial Agrario, rige un principio general de incompatibilidad de pensiones entre sí, salvo que expresamente se disponga lo contrario. Art. 47 del RG Régimen Especial Agrario.

La jurisprudencia, en STS de 19 de febrero de 2002, (RJ 2002\4364);⁸⁶¹ se ha planteado, si en el caso de incapacidad temporal para el trabajo la situación de

⁸⁵⁷ SSTSJ Madrid de 14 de mayo de 1996, (AS 1996, 2179), 10 de junio de 1997, (AS 1997, 2368).

⁸⁵⁸ STS de 13 de marzo de 1995, rec. 2758/94.

⁸⁵⁹ Vgr: esto sucede con los trabajadores ferroviarios, ex. D. T. 3ª. 1 b) D. 2824/1974 de 9 de agosto.

⁸⁶⁰ Así, en el caso de una hernia discal el trabajo agrario, dando lugar a una Incapacidad Temporal en este régimen especial, pero no el trabajo administrativo, que motiva la inclusión en el régimen. STS de 19 de febrero de 2002, rec. ud. 2127/01.

⁸⁶¹ La Ley Iuris: 3446/2002. Sentencias a favor: STSJ de Navarra, núm. 162/1996, de 29 de marzo, (AS 1996\500); STSJ de Asturias, núm. 364/2004, de 30 de enero, (JUR 2004\71110); sobre pluriactividad; STSJ de Asturias, núm. 2108/2008, de 11 de julio, (AS 2008\2348); sobre compatibilidad de la IT en supuestos de pluriempleo o pluriactividad; STSJ Cantabria, núm. 283/2007, de 26 de marzo, (AS 2007\2079); sobre compatibilidad de la IT en supuestos de pluriempleo o pluriactividad; STSJ Asturias,

Incapacidad Temporal debe darse necesariamente en todas las actividades, ya que cabría la posibilidad de que las dolencias impidieran la realización de una de las actividades, mientras que la otra u otras, pudieran seguir desempeñándose, lo que supondría un supuesto lógico de excepción a la incompatibilidad entre la Incapacidad Temporal y el trabajo, si se interpretara de otra forma, supondría desconocer la verdadera naturaleza de la pluriactividad y el espíritu y finalidad de la acción protectora de la Seguridad Social (encuadramiento múltiple, múltiple cotización y múltiple aseguramiento).

En esta sentencia del TS, en recurso de casación para la unificación de doctrina, se establece la compatibilidad de la Incapacidad Temporal con la realización de otro trabajo por cuenta propia o ajena en supuestos de pluriactividad, siguiendo los siguientes razonamientos:

“Ante un supuesto de pluriactividad, derivada del ejercicio de dos actividades completamente diferentes –una de las cuales exige esfuerzo físico y otra es totalmente sedentaria–, es lógicamente posible y congruente con el propio concepto de Incapacidad Temporal (art. 128.1 LGSS), que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional, objeto del otro.

Bajo esta perspectiva, negar al doblemente afiliado el derecho a compatibilizar el percibo de la prestación de IT en el RETA con el trabajo por cuenta ajena significaría situar a un trabajador, que ejerce una pluriactividad, por la que está en alta y cotiza, en estado de clara desprotección.

Y, además, semejante conclusión sería contraria al espíritu y finalidad de la acción protectora de la Seguridad Social, y al «efecto útil» de las cotizaciones exigidas respecto de quienes figuran afiliados y en alta en los diferentes regímenes de la Seguridad Social.

Aplicar estrictamente el artículo 132 LGSS pudiera conducir a la picaresca de que el trabajador en activo aproveche la situación de baja en una actividad que no puede realizar por la dolencia que le aqueja de carácter temporal, y que le impide por ejemplo realizar un trabajo de esfuerzo, para, igualmente, «provocar la baja» en otra actividad que le permite su capacidad residual.

Igualmente conduciría al absurdo admitir la compatibilidad entre la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual y la realización de otros trabajos que permitan la capacidad residual del trabajador ya incapacitado y negar esta compatibilidad en la situación hoy controvertida; situación que no se refiere a un trabajador afiliado al régimen de Seguridad Social, que, encontrándose en la situación de incapacidad temporal protegida por este régimen, comienza un nuevo trabajo, que da lugar a una segunda afiliación, sino a un trabajador, que, previamente, a suceder el

núm. 3118/2002, de 31 de octubre, (AS 2002\3550); sobre la compatibilidad de la IT, con la realización de otro trabajo; STSJ Cataluña, núm. 5183/2005, de 7 de junio, (AS 2005\1697).

hecho causante, está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social y al Régimen de Autónomos, en virtud de realizar simultáneamente dos trabajos diferentes –uno por cuenta propia y otro bajo dependencia ajena– y que causa baja por enfermedad, que le inhabilita realizar la actividad propia del trabajador por cuenta propia, pero que no le impide desarrollar el trabajo por cuenta ajena, que, consecuentemente, sigue realizando.”

En este caso se considera que se puede encontrar de baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por incapacidad temporal y en alta en el RGSS, al tratarse de actividades completamente distintas, actividad agraria por cuenta propia y actividad administrativa en el Régimen General, no tramitando la baja médica en el Régimen General.⁸⁶²

- Compatibilidad entre pensiones derivadas de Accidente de Trabajo

Respecto a la compatibilidad o no de las pensiones derivadas de Accidente de Trabajo con otras prestaciones, el art. 122 LGSS, establece que las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí, cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario legal o reglamentariamente.

En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.

Para que se produzca la compatibilidad entre prestaciones debe aplicarse la norma vigente cuando se reconoció en su caso la primera pensión, de modo que, según la STS de 22/04/1997, rec. 3738/1995, (RJ 1997\5864),⁸⁶³ existe compatibilidad entre invalidez permanente total anterior a 1 de enero de 1967 y la jubilación cuyo hecho causante acaeció en 1993, pues la incompatibilidad que establece el art. 122 LGSS respecto de las pensiones del RGSS, no es aplicable en los supuestos de pluriactividad, sometida a diversos regímenes de Seguridad Social y por otra parte en el régimen anterior al año 1967 ninguna norma establecía un sistema de incompatibilidades para la pensión derivada de Accidente de Trabajo.

Dado el carácter eminentemente casuístico de la cuestión, se ha procedido a efectuar una síntesis de los aspectos más representativos en materia de compatibilidades e incompatibilidades, de forma preliminar, para efectuar un análisis exhaustivo en sede de cada contingencia protegible en las que puede tener repercusiones la situación de pluriactividad, en el siguiente epígrafe de esta Tesis.

⁸⁶² Se estimó la demanda del actor al entender que el trabajador desempeñaba dos actividades diferentes y que la dolencia que padecía le impedía realizar la actividad agraria, pero no la de auxiliar administrativo.

⁸⁶³ A favor: STS de 15 de marzo de 1996, (RJ 1996\2074); STS de 27 de junio de 1995, (RJ 1995\5368); STSJ Islas Canarias, Las Palmas, núm. 380/2007, de 21 de marzo, (AS 2007\1656).

2.2. Especialidades de las contingencias protegibles en las que pueden tener repercusiones las situaciones de pluriactividad

A) -Incapacidad Temporal

El art. 132.1 b) de la LGSS, establece que el derecho al subsidio por IT, podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena, según los pronunciamientos de jurisprudencia y doctrina judicial, analizados en esta Tesis para precisar la solución adecuada a cada supuesto de hecho concreto, se concluye, que tal posibilidad reviste múltiples matices que dependen del caso concreto, admitiéndose la compatibilidad del subsidio por IT con el trabajo activo en algunos supuestos concretos.

Esto sucede verbigracia, en el ámbito de la pluriactividad, en el supuesto de hecho contemplado en la STS de 19 de febrero de 2002, (RJ 2002\4364), cuando un trabajo exige esfuerzo físico y otro es totalmente sedentario, al reconocer la posibilidad de que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolle en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional del otro.

El desarrollo reglamentario de la Ley 40/2007, se articuló a través del RD 1430/2009, de 11 de septiembre, en relación con la prestación de incapacidad temporal.

En síntesis, en este RD se regulan las comunicaciones informáticas por parte de los servicios públicos de salud al cumplirse el duodécimo mes en los procesos de incapacidad temporal, así como el desarrollo de las competencias de control otorgadas a las entidades gestoras por el artículo 128.1 de la LGSS, una vez agotado el período de doce meses de duración de la situación de incapacidad temporal, ya que resulta mucho más operativo para las citadas entidades proceder, en su caso, al pago directo de la mencionada prestación, a fin de evitar duplicidades o falta de coordinación en el pago que, hasta ese momento, se efectúa por la empresa.

Para causar derecho a la prestación derivada de Incapacidad Temporal, todos los trabajadores adscritos a cualquiera de los regímenes especiales, además de las singularidades propias de cada régimen especial, deben observar los siguientes requisitos:

- Estar en alta o situación asimilada en el régimen correspondiente.
- Estar al corriente en el pago de las cuotas de las que sean responsables directos los trabajadores, aunque la prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones en un régimen de trabajadores por cuenta ajena.

A tales efectos será de aplicación el mecanismo de invitación de pago previo configurado en el art. 28.2 Decreto 2530/1970 de 20 de agosto, cualquiera que sea el

régimen de Seguridad Social en que el interesado estuviera incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause ésta.

A1. Cuestiones generales sobre la incapacidad temporal en situaciones de pluriactividad

En los supuestos de pluriactividad consecuencia de la realización de un trabajo por cuenta propia y otro por cuenta ajena, uno de los cuales exige esfuerzo físico y otro que es totalmente sedentario, es posible y congruente con el propio concepto de Incapacidad Temporal, que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional objeto del otro. STS 19 de febrero de 2002. Rec. 2127/2001, (RJ 2002\4364).⁸⁶⁴

Esta sentencia ha reconocido que en caso de pluriactividad anterior a la situación de incapacidad temporal, es admisible la otra actividad laboral, si el trabajador está encuadrado en dos regímenes distintos y la actividad desempeñada es en puestos de trabajo diferentes. Se puede encontrar de baja en el RETA por incapacidad temporal y en alta en el RGSS, al tratarse de actividades completamente distintas, no tramitando la baja médica en el RGSS, la dolencia le impedía realizar la actividad agraria, pero no la administrativa.

En el supuesto de que un trabajador realice simultáneamente más de una actividad a tiempo parcial, se sumarán los días teóricos de cotización acreditados en las distintas actividades, tanto en las situaciones de pluriempleo como de pluriactividad, en las que deban aplicarse el cómputo recíproco de las prestaciones.

De cualquier modo, en ningún caso podrá computarse un nº de días cotizados superior al que correspondiera de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo. Art. 3.6 RD 1131/2002 de 31 de octubre.⁸⁶⁵

Por lo que refiere a la incapacidad temporal, destaca la jurisprudencia de unificación de doctrina en las Sentencias de STS de 19 de febrero de 2002, (RJ 2002\4364),⁸⁶⁶ y STS de 7 de abril de 2004, (RJ 2004\3651).⁸⁶⁷

⁸⁶⁴ A favor: STSJ Asturias, núm. 2108/2008, de 11 de julio, (AS 2008\2348); STSJ de Cantabria, núm. 283/2007, de 26 de marzo, (AS 2007\2079). En sentido similar: STSJ Asturias núm. 407/2009 de 13 de febrero (JUR 2009\323128); STSJ Asturias núm. 1629/2008 de 13 de junio, (JUR 2008\346592); STSJ Asturias, núm. 3942/2008 de 5 de diciembre, (JUR 2009\131900).

⁸⁶⁵ Dir. **Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M. N.**, *“Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad”*. Ed. Comares. Granada. 1ª ed. 2005. Pág. 374.

⁸⁶⁶ STS 9934/2000. Nº de Recurso: 2127/2001. La sentencia impugnada hace referencia a un trabajador afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos como trabajador agrario por cuenta propia y simultáneamente al Régimen General de Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena en calidad de auxiliar administrativo a jornada parcial. Con fecha 17 de noviembre de 1997 inició una situación de

“...Ante un supuesto de pluriactividad, derivada del ejercicio de dos actividades completamente diferentes, -una de las cuales exige esfuerzo físico y otra es totalmente sedentaria-, es lógicamente posible y congruente con el propio concepto de incapacidad temporal (art. 128.1 LGSS), que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional, objeto del otro.

Bajo esta perspectiva, negar al doblemente afiliado el derecho a compatibilizar el percibo de la prestación de Incapacidad Temporal en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con el trabajo por cuenta ajena significaría situar a un trabajador, que ejerce un a pluriactividad, por la que esta en alta y cotiza, en estado de clara desprotección. Y, además, semejante conclusión sería contraria al espíritu y finalidad de la acción protectora de la Seguridad Social, y al "efecto útil" de las cotizaciones exigidas respecto de quienes figuran afiliados y en alta en los diferentes regímenes de la Seguridad Social.

3.- Aplicar estrictamente el artículo 132 LGSS pudiera conducir a la picaresca de que el trabajador en activo aproveche la situación de baja en una actividad que no puede realizar por la dolencia que le aqueja de carácter temporal, y que le impide por ejemplo realizar un trabajo de esfuerzo, para, igualmente, "provocar la baja" en otra actividad que le permite su capacidad residual.

Igualmente conduciría al absurdo admitir la compatibilidad entre la prestación de Incapacidad Permanente total para la profesión habitual y la realización de otros trabajos que permitan la capacidad residual del trabajador ya incapacitado y negar esta compatibilidad en la situación hoy controvertida; situación que no se refiere a un trabajador afiliado al régimen de Seguridad Social, que, encontrándose en la situación de incapacidad temporal protegida por este régimen, comienza un nuevo trabajo, que da lugar a una segunda afiliación, sino a un trabajador, que, previamente, a suceder el hecho causante, está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social y al Régimen de Autónomos, en virtud de realizar simultáneamente dos trabajos diferentes -uno por cuenta propia y otro bajo dependencia ajena- y que causa baja por enfermedad, que le inhabilita realizar la actividad propia del trabajador por cuenta propia, pero que no le impide desarrollar el trabajo por cuenta ajena, que , consecuentemente, sigue realizando...”

incapacidad temporal en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con el diagnóstico de "hernia discal", continuando prestando servicios como auxiliar administrativo.

⁸⁶⁷ STS 2400/2004. N° de Recurso: 1508/2003.

Tortuero Plaza,⁸⁶⁸ considera que es muy importante la coordinación normativa entre las contingencias de la Seguridad Social, que sin embargo no considera adecuada en los supuestos de pluriempleo y de pluriactividad.

Las consideraciones ofrecidas por el Tribunal Supremo para justificar su fallo, según este autor no son convincentes en términos de unificación de doctrina, en base a los siguientes argumentos:

1. La extensión o no de los efectos de la baja médica al conjunto de actividades que realiza quien esta en situación de pluriactividad, no es una cuestión conceptual en términos de acción protectora, ni en términos del “efecto útil” de las cotizaciones efectuadas, menos aun, en términos comparativos con la Incapacidad Permanente total donde las secuelas están consolidadas y calificadas, sino que constituye un juicio clínico que debe efectuar el facultativo que presta atención sanitaria al trabajador.

En efecto, las lesiones padecidas pueden provocar un “efecto incapacitante” para un solo trabajo, para varios trabajos o para todos los trabajos.

2. Incluso, según la naturaleza de las lesiones, el trabajo en otras actividades puede ser “conveniente” o “perjudicial” para el correcto desarrollo del proceso curativo.

En definitiva, el trabajador, las entidades gestoras o colaboradoras y los empresarios, son sujetos receptores del juicio clínico, que podrá ser acertado o no y, por tanto impugnabile.

Incluso, si no existe tal juicio clínico, la solución más razonable es la nulidad de las actuaciones y la exigencia del mismo, ya que el juicio clínico no puede ser sustituido por valoraciones jurídicas sobre el instituto protector, menos aun cuando la controversia se enmarca en un contexto erróneo.

3. El juez, que no es médico, no puede dar una solución mínimamente razonable sin disponer de los informes clínicos necesarios.

No debemos olvidar, aunque sea mas teoría que practica, que el juicio clínico cumple en estos casos distintas funciones, por un lado velar por el correcto desarrollo del proceso curativo (en términos de realización o no de otras actividades) y, por otro, ejercer una función de control que evite la extensión indebida de la baja médica y/o la presión del empresario para que el trabajador continúe prestando su actividad, a costa de su salud.

4. Como se puede observar, la importancia del juicio médico es incuestionable, en el nacimiento, extensión, duración y extinción del proceso de incapacidad temporal, de manera que su replanteamiento es inevitable si queremos avanzar hacia una

⁸⁶⁸ **Tortuero Plaza, J.L.**, “*Régimen Jurídico de la Incapacidad Temporal: una perspectiva general*”. Revista Foro de Seguridad Social, nº 12 y 13 de julio de 2005. Págs. 8 y 9. Archivo en soporte informático. Publica la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social.

construcción razonable y equitativa de la contingencia. En caso contrario, las soluciones serán necesariamente restrictivas y afectaran a todos.

A₂. Peculiaridades de la Incapacidad Temporal en los regímenes especiales

Debemos analizar las peculiaridades más significativas de la Incapacidad Temporal en los regímenes especiales, la justificación de los regímenes especiales tiene su razón de ser por la singularidad de la prestación de los trabajadores que la integran.

Poco o nada tiene que ver el trabajo que realiza un minero del Bierzo, con el trabajador que desarrolla una administrativa en un banco, o el de una cajera de unos grandes almacenes.⁸⁶⁹

Los regímenes especiales atienden a estas peculiares circunstancias. Pero, a pesar de esas diferencias, el apartado 4 art. 10 LGSS prevé que la regulación de los regímenes especiales tenderá a la máxima homogeneidad posible con el régimen general, que permitan las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos regímenes. En el mismo sentido la recomendación 4^a del Pacto de Toledo previó también la homogeneidad del ámbito protector al tiempo que va equiparando al esfuerzo contributivo.

Esta tendencia homogeneizadora ha inspirado las últimas modificaciones legales que se han producido y ha afectado significativamente a la situación de Incapacidad Temporal de la que disfrutaban los trabajadores adscritos a los diferentes regímenes especiales que se han visto, en gran medida equiparados a la protección que ostentan sobre la materia los trabajadores adscritos al Régimen General de la Seguridad Social.

1. Incapacidad Temporal. Pluriactividad cuando un trabajo se encuadra en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

Tras la entrada en vigor de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo, Ley 20/2007 de 11 de julio, su DA 3^a,⁸⁷⁰ establece que, a partir del 2/01/2008, los trabajadores por

⁸⁶⁹ AAVV, **Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. A.**, *“Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad.”* Ed. Comares. Colección comentarios a la legislación laboral, nº 10. Granada. 1^a ed. 2006. Pág. 375.

⁸⁷⁰ Establece, respecto de la cobertura de la **incapacidad temporal** y de las **contingencias profesionales** en el Régimen de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos:

1. A partir del día primero de enero del ejercicio siguiente a la entrada en vigor de la presente Ley, los trabajadores por cuenta propia o autónomos que no hayan optado por dar cobertura a las prestaciones de incapacidad temporal, deberán llevarlo a cabo de forma obligatoria, siempre que no tengan derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social.

De igual forma, la anterior fecha se tomará para la entrada en vigor de la obligatoriedad de cotización establecida en el punto 3 del artículo 26 de la presente Ley.

2. Por el Gobierno se determinarán aquellas actividades profesionales desarrolladas por trabajadores autónomos que presentan un mayor riesgo de siniestralidad, en las que será obligatoria la cobertura de las

cuenta propia o autónomos que no hayan optado por dar cobertura a las prestaciones de Incapacidad Temporal, deberán llevarlo a cabo de forma obligatoria,⁸⁷¹ siempre que no tengan derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social.

Esto significa, que en caso de pluriactividad, si causan derecho a la prestación de Incapacidad Temporal, por la realización de trabajos en otros Regímenes de Seguridad Social, en que se halle encuadrado, no está obligado a cotizar por la prestación de Incapacidad Temporal.

- Por el Gobierno se determinarán aquellas actividades profesionales desarrolladas por estos trabajadores, que presenten mayor riesgo de siniestralidad, en las que será obligatoria la cobertura de las contingencias de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional, siendo de aplicación el art. 26.3 del mismo texto:

“Los trabajadores autónomos económicamente dependientes deberán incorporar obligatoriamente, dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, la cobertura de Incapacidad Temporal, Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional”.

- Estas reglas no se aplican a los trabajadores por cuenta propia agrarios, incorporados al Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia, para ellos, la cobertura de Incapacidad Temporal y de las contingencias profesionales seguirá siendo voluntaria.

En principio la prestación de Incapacidad Temporal es incompatible con la realización de cualquier clase de trabajo, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia.⁸⁷²

contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. En tales supuestos, será de aplicación lo previsto en el apartado 3 del artículo 26.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los trabajadores por cuenta propia agrarios, incorporados al «Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia», para quien la cobertura de la incapacidad temporal y de las contingencias profesionales seguirán siendo de cobertura voluntaria.

⁸⁷¹ Las anteriores reformas normativas de este régimen tocaron de lleno a la regulación de la Incapacidad Temporal y supusieron una mejora sustancial de las prestaciones a favor del trabajador autónomo, equiparándolo al nivel de prestaciones de que disfrutaba un trabajador por cuenta ajena adscrito al Régimen General.

En el caso de este régimen, la protección por Incapacidad Temporal, era voluntaria, al igual que la protección por las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, tras la Ley 53/2002 de 30 de diciembre, en los mismos términos previstos para el RGSS.

Esta ley fue desarrollada por el RD 1273/2003 de 10 de octubre, por la que también se amplía la prestación de Incapacidad Temporal para los trabajadores por cuenta propia.

El reconocimiento del derecho y el pago de las prestaciones consecuencia de las contingencias profesionales se llevarán a cabo, en los mismos términos y en las mismas situaciones que en el RGSS, por el INSS o Mutua aseguradora correspondiente, en función de la entidad gestora o colaboradora, con la que se hubiera formalizado la cobertura de la Incapacidad Temporal. (Art. 8 RD 1273/2003 de 10 de octubre).

⁸⁷² SSTSJ Comunidad Valenciana de 2 de septiembre de 1991, (BJS. 1209/1991) y 31 de marzo de 1992 (BJS. 572/1992).

Cuando exista pluriactividad consecuencia de la realización de un trabajo por cuenta propia y otro por cuenta ajena, uno de los cuáles exige esfuerzo físico y otro que es totalmente sedentario, el TS ha declarado que es lógicamente posible y congruente con el propio concepto de incapacidad temporal, que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias premian la realización de la actividad profesional, objeto del otro.

Bajo esta perspectiva, negar el derecho al percibo de la prestación de incapacidad temporal en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con el trabajo por cuenta ajena significaría situar a un trabajador que ejerce una pluriactividad por la que está en alta y cotiza, en estado de clara desprotección siendo semejante conclusión contraria al espíritu y finalidad de la acción protectora de la Seguridad Social y al efecto útil de las cotizaciones exigidas respecto de quienes figuran afiliados y en alta en los diferentes regímenes de la Seguridad Social.⁸⁷³

Además el TS ha reconocido que la mera permanencia en la situación de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos no es causa de denegación de la prestación por incapacidad temporal a un trabajador por cuenta ajena que se halle dado de baja en su trabajo como consecuencia de un proceso de enfermedad común, cuando no se ha llevado a cabo ningún trabajo por cuenta propia durante el período de baja por enfermedad en aquel trabajo independiente.⁸⁷⁴

Hay que tener en cuenta que la regulación de la Incapacidad Temporal del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, se ha acercado a la del RGSS, sobre todo en el caso de Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional.

La redacción actual del art. 47.2 RD 84/1996, dada por el art. 1º.1. RD 1273/2003 y modificado por art. 1.5 de Real Decreto 1382/2008, de 1 agosto, establece que *la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes en este Régimen Especial tendrá carácter obligatorio, sin perjuicio de lo previsto en el apartado siguiente, y se deberá formalizar con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, que estará obligada a aceptar toda propuesta de adhesión que se le formule a tal efecto, conforme a lo previsto en los artículos 74 y 75 del Reglamento General sobre Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.*

Con esta nueva redacción se invierte el procedimiento, en el sentido de que para acogerse a la mejora de Incapacidad Temporal, se precisa la acción de acogerse a la misma, es decir una conducta activa, mientras que en la regulación anterior, era preciso

⁸⁷³ STS 19 de febrero de 2002, (Ar. 4364).

⁸⁷⁴ Resolución de la Dirección General del INSS de 28 de abril de 1992.

excluirse expresamente de la mejora de Incapacidad Temporal, para no quedar acogido a ella.⁸⁷⁵

Una vez realizada la opción, los derechos y obligaciones derivados de la misma, serán exigibles por un período mínimo de 3 años, computados por años naturales completos y se prorrogará automáticamente por períodos de igual duración, salvo modificación de la opción realizada.⁸⁷⁶

El art. 47.3 del RD 84/1996, es muy relevante en sede de **pluriactividad**, dado que establece que los trabajadores autónomos que tengan cubierta la prestación por **incapacidad temporal** en otro régimen del sistema de la Seguridad Social en el que también se encuentren en alta podrán, en tanto se mantenga su situación de pluriactividad, acogerse voluntariamente a la cobertura de dicha prestación en este Régimen Especial así como, en su caso, renunciar a ella.

Lo indicado en el párrafo anterior no será de aplicación a los trabajadores autónomos que, aun encontrándose en situación de pluriactividad con alta en otro régimen, tengan la condición de económicamente dependientes o desempeñen actividades en que la cobertura de las contingencias profesionales resulte obligatoria por su mayor riesgo de siniestralidad.

La opción y la renuncia a la protección de la incapacidad temporal se efectuarán con arreglo a las siguientes normas:

1ª La opción en favor de dicha cobertura, que habrá de formalizarse con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en los términos señalados en el apartado 2, podrá realizarse en el momento de causar alta en este Régimen Especial y sus efectos coincidirán con los de dicha alta.

De no ejercitarse la opción a que se refiere el párrafo anterior, estos trabajadores podrán optar por acogerse a dicha protección mediante solicitud por escrito que deberá formularse antes del 1 de octubre de cada año, con efectos desde el día 1 de enero del año siguiente.

Los derechos y obligaciones derivados de la opción en favor de la cobertura de la prestación por incapacidad temporal serán exigibles durante el período de un año natural, que se prorrogará automáticamente por períodos de igual duración.

⁸⁷⁵ Con anterioridad a la reforma mencionada, la prestación de Incapacidad Temporal es de carácter voluntario, porque los trabajadores autónomos, en el momento de causar el alta, pueden acogerse voluntariamente a la cobertura de la prestación económica por Incapacidad Temporal, dentro del ámbito de acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, o renunciar a ella.

Cavas Martínez, F., y Fernández Orrico, F. J., “La cobertura de las contingencias profesionales en el Sistema Español de la Seguridad Social”. Aranzadi, 1ª ed. 2006. Pág. 214. Si en el momento de causar el alta, no optan por esta cobertura, una vez transcurridos 3 años naturales desde la fecha de efectos del alta, podrían acogerse a dicha protección. La solicitud deberían formularla antes del primer día de octubre de cada año, surtiendo efectos desde el primer día de enero del año siguiente. (Art. 47.2. 2º párrafo RD 84/1996, en redacción dada por art. 1. 1. RD 1273/2003).

⁸⁷⁶ Art. 47.2. 1º RD 84/1996, en redacción dada por art. 1. 1. RD 1273/2003.

2^a La renuncia a la cobertura de la prestación de incapacidad temporal podrá realizarse, mediante solicitud por escrito, en los siguientes supuestos:

- a) Con carácter general, antes del 1 de octubre de cada año, con efectos desde el día 1 de enero del año siguiente.
- b) Cuando la situación de pluriactividad se produzca con posterioridad al alta en este Régimen Especial, dentro de los 30 días siguientes al del alta por la nueva actividad, con efectos desde el día primero del mes siguiente al de la renuncia. En otro caso, será de aplicación lo dispuesto en el apartado a).
- c) Cuando los trabajadores dejen de reunir los requisitos para ostentar la condición de económicamente dependientes o de desempeñar una actividad con alto riesgo de siniestralidad, permaneciendo en alta en este Régimen Especial, con efectos desde el primer día del mes siguiente a aquel en que se haya extinguido el respectivo contrato o en que haya finalizado la referida actividad, siempre que la variación de datos correspondiente se comuniqué dentro de plazo; en otro caso, la cobertura se mantendrá hasta el último día del mes en que produzca efectos la referida variación, en los términos previstos por el artículo 37.3 de este Reglamento.

La renuncia realizada en los supuestos anteriores no impedirá ejercer nuevamente la opción por esta cobertura, siempre que haya transcurrido, como mínimo, un año natural desde que tuvo efectos la renuncia anterior.

3^a En los supuestos de cambio de mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, los efectos de la opción por esta cobertura o de la renuncia a ella tendrán lugar desde el día primero del mes de enero del año siguiente al de la formulación de la correspondiente opción o al de presentación de la renuncia.

Cuando en la fecha de efectos de la opción y de la renuncia a que se refieren las reglas anteriores, o bien del cambio de mutua a que se refiere el párrafo anterior, el trabajador se encontrase en situación de incapacidad temporal, tales efectos se demorarán al día primero del mes siguiente a aquel en que se produzca el alta médica.

4^a La cobertura de la prestación por incapacidad temporal, se encuentren o no acogidos los trabajadores a ella, pasará a ser obligatoria en los siguientes supuestos:

- a) Cuando finalice la situación de pluriactividad con mantenimiento del alta en este Régimen Especial, con efectos desde el día primero del mes en que cese la pluriactividad.
- b) Cuando los trabajadores pasen a ostentar la condición de económicamente dependientes o a desempeñar una actividad profesional con elevado riesgo de siniestralidad, con efectos desde el día primero del mes en que se reúna tal condición o se haya iniciado la referida actividad profesional.

4. La cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en este Régimen Especial se efectuará con arreglo a las siguientes normas:

1ª La protección tendrá carácter voluntario, excepto para los trabajadores autónomos económicamente dependientes y para aquellos que estén obligados a formalizar su cobertura por desempeñar una actividad profesional con un elevado riesgo de siniestralidad.

La formalización de esta cobertura habrá de efectuarse con la misma mutua con la que se haya formalizado o se formalice la protección de la prestación económica por incapacidad temporal.

2ª La opción en favor de esta cobertura, la renuncia a ella y, en su caso, su conversión en obligatoria tendrán lugar en la forma, plazos y con los efectos establecidos en el apartado 3 respecto a la prestación económica por incapacidad temporal, a excepción de las normas 2ª b) y 4ª a) de dicho apartado.

3ª En los supuestos en que, de conformidad con el apartado 3, se opte por la protección de la prestación por incapacidad temporal también se podrá optar por la de las contingencias profesionales, cuyos efectos coincidirán con los de la cobertura de dicha prestación.

De no haberse ejercido simultáneamente ambas opciones, la protección de las contingencias profesionales se podrá solicitar antes del 1 de octubre de cada año, con efectos desde el día 1 de enero del año siguiente. En estos casos, la renuncia a la cobertura de la prestación por incapacidad temporal supondrá en todo caso la renuncia a la de las contingencias profesionales, sin que la renuncia a ésta implique la renuncia a la protección por incapacidad temporal, salvo que así se solicite expresamente.

4ª En el caso de trabajadores que realicen varias actividades que den lugar a una única inclusión en este Régimen Especial, a que se refiere el artículo 46.3, la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se practicará por aquella de sus actividades a la que resulte aplicable el tipo de cotización más alto entre los recogidos en la tarifa de primas vigente.

2. Incapacidad Temporal. Peculiaridades del Régimen Especial Agrario

- La DT 1ª L 18/2007, establece para los trabajadores agrarios que a 1/01/2008, estén encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y cumplan los requisitos para quedar encuadrados en el campo de aplicación del Régimen Especial Agrario y soliciten en el plazo de 6 meses la inscripción en el censo agrario, se establece respecto a la Incapacidad Temporal un régimen jurídico diferenciado en función de si el trabajador había optado por su cobertura (sería obligatoria la cobertura de Incapacidad Temporal por Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional) o no (seguiría siendo voluntaria). Para el reconocimiento del derecho a la Incapacidad Temporal, podrán computarse los períodos por los que se haya cotizado para esta contingencia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

• • •

a) Los requisitos generales exigidos son:

1. Estar al corriente en el pago de las cuotas, ex art. 5 Decreto 2123/1972, sin perjuicio de las excepciones señaladas en este Decreto en el momento de causar baja por incapacidad temporal, sin que quepa admitir el pago posterior al hecho causante.

En el art. 4.1. b) del RD 1976/1982, se exige específicamente este requisito.⁸⁷⁷ Tras la Ley 52/2003 de 10 de diciembre, en su art. 20,⁸⁷⁸ se exige que el trabajador se encuentre al corriente en el pago de las cuotas, para que opere el cómputo recíproco de cotizaciones por Incapacidad Temporal, entre las cotizaciones del Régimen Especial Agrario y del Régimen General, corrigiendo así la jurisprudencia que no exigía tal requisito por no estar exigido por la ley.⁸⁷⁹

2. Reunir las condiciones reglamentarias exigidas para su inclusión en el censo del Régimen Especial Agrario.⁸⁸⁰

Es condición indispensable para recibir la prestación que el trabajador se encuentre prestando servicios por cuenta ajena en la fecha que se inicie la enfermedad común o se produzca el accidente no laboral, a menos que se trate de trabajadores fijos en situación de desempleo. Arts 21 D 2123/1971 y 51 D 3772/1972.⁸⁸¹

Además, según los arts. 12, 13 y 14 y el art. 39.1 del RD 84/1996, se mantiene la obligación de cotizar durante la situación de Incapacidad Temporal.⁸⁸²

Respecto a la cotización por jornadas reales, el art. 42.4 RD 84/1996, se remite solamente al apartado 1º del art. 13 del mismo texto normativo, por lo que no le sería de aplicación lo dispuesto en el apartado 2º, en cuanto al nacimiento de la obligación de cotizar durante la situación de Incapacidad Temporal, lo cuál es lógico, ya que se trata de una cotización por días efectivamente trabajados.⁸⁸³

b) Responsabilidades en orden a la protección

Al existir peculiaridades de encuadramiento, tales como la inscripción en el censo o que la cotización sea a cargo del trabajador, la responsabilidad en orden a la protección tiene un régimen específico.

⁸⁷⁷ STS de 30 de enero de 1998, (Ar. 1153).

⁸⁷⁸ que introduce la DA 39ª al TRLGSS.

⁸⁷⁹ STS 9 de junio de 1997, (Ar. 4696).

⁸⁸⁰ Si la Incapacidad Temporal se deriva de contingencias profesionales y el trabajador no se halla inscrito en el censo agrario, se aplica el criterio de considerar la situación como de alta presunta, al igual que en el RGSS.

⁸⁸¹ **Cavas Martínez, F., y Fernández Orrico, F. J.**, “*La cobertura de las contingencias profesionales en el Sistema Español de la Seguridad Social*”. Aranzadi, 1ª ed. 2006. Pág. 217.

⁸⁸² **Muñoz Molina, J.**, “*La Incapacidad Temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*”. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2005. Pág. 147.

⁸⁸³ **Hurtado González, L. y Marín Alonso, I.**, “*La Seguridad Social agraria*”. Ed. Laborum. 1ª ed. 1999. Pág. 161.

La situación de Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral, requiere para poder ser declarada, que el trabajador esté prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se inicie la enfermedad o se produzca el accidente común. La razón de ser de esta exigencia se encuentra en el hecho de que la cotización del trabajador se debe dar, aunque no lleve a cabo trabajo efectivo por jornadas reales.⁸⁸⁴

3. Incapacidad Temporal. Peculiaridades del Régimen Especial de Empleados del Hogar

- Se ha mencionado ya a propósito de la cotización en este régimen especial, que no hay distinción entre riesgos comunes y profesionales, ya que no se cotiza por estos últimos.

También se ha mencionado, que la protección es muy similar a la de los trabajadores por cuenta propia,⁸⁸⁵ pero en el caso de la Incapacidad Temporal el régimen es todavía más desfavorable para el trabajador.⁸⁸⁶

- Como en el resto de prestaciones, para acceder a la prestación, hay que estar al corriente en el pago de las cuotas. Art. 23.1. RD 2346/1969.

- La prestación por Incapacidad Temporal, se comienza a cobrar a partir del 29º día desde la fecha en que se inició la enfermedad o se produjo el accidente, según el art. 30 del RD 2346/1969, siendo abonada directamente por el INSS. La cuantía es del 75% de la base reguladora.

- A diferencia del RGSS, durante las situaciones de Incapacidad Temporal y maternidad, subsiste la obligación de cotizar, siendo el responsable único de dicha obligación, el empleado del hogar durante todo el período, excluido el mes de inicio de las mismas, en el que será sujeto responsable de la obligación de cotizar el cabeza de familia.

Con lo que perciba de la prestación de Incapacidad Temporal, tendrá que hacer efectiva la cuota de Seguridad Social, por lo que no se cumpliría la función sustitutiva de salarios.

⁸⁸⁴ Artículo 51 del Decreto 3772/72, de 23 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

⁸⁸⁵ **Blasco Lahoz, JF., López Gandía, J., Mompaler Carrasco, M.A.**, *“Regímenes especiales de la Seguridad Social”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 8ª ed. 2007, pág. 380. Para estos autores, entre otros, es criticable tal desigualdad de tratamiento en relación con el RGSS y su aproximación al régimen de autónomos, ya que parece contraria al art. 18.1 del Convenio 102 de la OIT de norma mínima y el art. 17.1 del Código Europeo de Seguridad Social de 1990, que sólo contempla 3 días de período de espera, al igual que el convenio 130 de la OIT en su art. 26.3.

⁸⁸⁶ **Pulmar Beltrán, N.**, *“La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social”*. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2001, págs. 146 y 147.

- Corresponde a los trabajadores remitir a la entidad gestora la copia de los partes médicos de baja, confirmación de la baja o del alta, utilizando la copia destinada a la empresa, teniendo el plazo de 5 días desde la expedición del parte para hacérselo llegar.⁸⁸⁷

4. IT. Pluriactividad cuando un trabajo se encuadra en el Régimen Especial de la Minería del Carbón

Aunque en principio también se reconoce la prestación por Incapacidad Temporal, con la misma extensión, forma, términos y condiciones que en el RGSS, dados los riesgos de dureza y peligrosidad característicos de este régimen especial, se ven compensados por una mayor cobertura de los mismos.⁸⁸⁸

Así por ejemplo, a los silicóticos de primer grado, trasladados a un puesto de trabajo compatible con su estado, en el que perciban un salario inferior, el subsidio de incapacidad temporal se incrementa con un complemento diario equivalente al 75 por 100 de la diferencia que resulte en cada momento entre el salario normalizado de la categoría de procedencia y el de la categoría de peón exterior.

Según el art. 58 RD 2064/1995, en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo, así como en las situaciones asimiladas a la de alta, en las que subsista la obligación de cotizar en este Régimen Especial, la base normalizada de cotización para contingencias comunes será la que corresponda, en cada momento, a la categoría o especialidad profesional que tuviera el trabajador en la fecha en que se inicien las situaciones de incapacidad temporal, maternidad o riesgo durante el embarazo, o se produzca la situación asimilada a la de alta, salvo que para la específica situación de que se trate se halle fijada o se establezca otra base de cotización diferente, conforme a lo dispuesto en la sección 10 de este capítulo, y en las disposiciones que lo desarrollan y complementan.

La base reguladora de la Incapacidad Temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo coincidirá con la base normalizada de cotización que corresponda a la categoría o especialidad para cada una de esas situaciones, (art. 12.2 OM de 3 de abril de 1973), que se calcula en importes diarios, a diferencia de las mismas prestaciones en el RGSS, cuyas bases reguladoras se determinan por las bases de cotización del mes anterior. Por lo demás su cuantía será la misma que en el RGSS.⁸⁸⁹

⁸⁸⁷ Art. 5 Orden 19 de junio de 1997, por la que se desarrolla el RD 575/1997 de 18 de abril.

⁸⁸⁸ Tanto en lo que respecta a las bases de cotización como a los tipos de cotización resultan aplicables las previsiones del Régimen general pero, para las contingencias comunes, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales debe determinar las bases normalizadas, correspondientes a cada año, dentro del ámbito territorial de cada una de las zonas que se hayan establecido y por categorías, grupos de categorías y especialidades profesionales.

⁸⁸⁹ **García Ninet, J.I., y Vicente Palacio, A.,** en *“Regímenes Especiales de la Seguridad Social”*. CISS. Valencia. 1ª ed. 1998. Pág. 286.

5. Incapacidad Temporal. Pluriactividad cuando un trabajo se encuadra en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar

Hay que tener en cuenta que en caso de Incapacidad Temporal derivada de contingencia profesional, el art. 13 del Decreto 1646/1972 se remite a las normas del RGSS, según la cuál la base reguladora sería la determinada por contingencias profesionales del día trabajado, si no concurren días trabajados en el mes anterior.⁸⁹⁰

En caso de que la Incapacidad Temporal derive de enfermedad común, accidente no laboral, maternidad o riesgo durante el embarazo, la prestación por Incapacidad Temporal protege a los trabajadores por cuenta ajena y asimilados, que la devengarán, cuando reúnan los requisitos establecidos en el RGSS y en idéntica cuantía. Art. 35 RD 2864/1974.

La cuestión ha sido deficientemente regulada en el caso de trabajadores por cuenta propia, ya que el RD 43/1984 de 4 de enero, estableció el carácter obligatorio de la Incapacidad Temporal en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, mediante la Circular 33/1985 de 27 de junio, se extendió esta norma a los trabajadores por cuenta propia de este régimen especial.

Tras la entrada en vigor de la Ley 66/1997, (DA 14 y 15), la protección ha de formalizarse necesariamente ante una MATEP de la Seguridad Social.

Así mismo el RD 1273/2003 de 10 de agosto, contempla la Incapacidad Temporal en todos los regímenes de trabajadores por cuenta propia, pero sin aclarar si en el caso del RETM, es obligatoria.

A₃. Peculiaridades en algunos Sistemas Especiales de la Seguridad Social

Sólo se daría la pluriactividad, si se diera un encuadramiento en alguno o algunos de estos sistemas especiales y otro u otro régimen o regímenes especiales de la Seguridad Social, recordemos que los sistemas especiales se encuadran en el RGSS, y en caso de que concurrieran varios sistemas especiales,⁸⁹¹ se reconduciría al supuesto al de

⁸⁹⁰ STS u.d. de 15 de febrero de 1999, (RJ 1999\3749); STS de 30 de septiembre de 2004, (RJ 2004\7680); STS de 5 de octubre de 2000, (RJ 2000\8664); STS de 17 de octubre de 2001, (RJ 2002\2460).

⁸⁹¹ Los actuales sistemas especiales de la Seguridad Social, son : Conservas Vegetales y Frutas y Hortalizas, O. de 30 de mayo de 1991, Industrias Resineras, O. de 3 de septiembre de 1973, Servicios Extraordinarios de la Industria de la Hostelería, O. de 10 de septiembre de 1973, tareas de manipulado y empaquetado de tomate fresco, O. de 24 de julio de 1976, trabajadores fijos discontinuos en empresas de exhibición cinematográfica, salones de baile, discotecas y salas de fiesta O. de 17 de junio de 1980, en el que se incluyen las empresas de espectáculos taurinos, Res. de 24 de octubre de 1985, DG de Régimen jurídico de la Seguridad Social, y a las empresas que regentan cantinas de estadios de fútbol u otros locales de espectáculos deportivos, Res. 24 de marzo de 1988, DG de Régimen jurídico de la Seguridad Social. O. de 6 de noviembre de 1989 para trabajadores fijos discontinuos que prestan servicios en empresas de estudio de mercado y opinión pública. **Galiana Moreno, J. y Sempere Navarro, A. V.**, *“Legislación Laboral y de Seguridad Social”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 3ª ed. Septiembre de 2005. Pág. 716. Nota art. 11 TRLGSS.

pluriempleo, puesto que sólo se encuadraría en el RGSS, dado que el art. 8 LGSS, prohíbe la inclusión múltiple obligatoria dentro de un mismo régimen de Seguridad Social.⁸⁹²

En caso de trabajadores de sectores de artistas y profesionales taurinos, cualquiera que sea la contingencia de que se derive, la base reguladora de la prestación por Incapacidad Temporal, será la que resulte de dividir por 365, la cotización anual total anterior al hecho causante o el promedio diario del período de cotización que se acredite, si este es inferior al año.⁸⁹³

Respecto al régimen especial en el que pueda estar encuadrado además el trabajador, habrá que estar a las normas reguladoras de éste, ya que como hemos afirmado en otros apartados de esta Tesis, en supuestos de pluriactividad, las cotizaciones son independientes y por ende la determinación de las bases reguladoras de las prestaciones también reciben este tratamiento independiente.

B. Riesgo durante el embarazo en situación de pluriactividad

B₁. Régimen jurídico aplicable con carácter general a las situaciones de pluriactividad

a) Situación protegida

El art. 31.1 del RD 295/2009, considera situación protegida a los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada durante el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo ésta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26.2 y 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

⁸⁹² AAVV Dir. **Martín Valverde, A.** y **García Murcia, J.**, “*Tratado práctico de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*”. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2002. Parágrafo nº 4020. La posibilidad de la existencia de los sistemas especiales, se encuentra contemplada, en el art. 11 LGSS, en los términos y condiciones que en este art. se enuncian.

La pertenencia al sistema de Seguridad Social, puede tener lugar bien, a través del RGSS, algún régimen especial o por ambas fórmulas a la vez, en aquellos casos en que se de lugar a la inclusión del sujeto en más de un régimen de Seguridad Social, (pluriactividad), bien simultánea, bien sucesivamente en la vida de un trabajador. Vid. Supra, arts. 9 y 10 LGSS.

⁸⁹³ Instituto Nacional de la Seguridad Social. “*Incapacidad Temporal. Prestaciones*”. Secretaría General de Estado y la Seguridad Social. Administración electrónica. 4ª edición. Agosto 2006. Pág. 7.

b) Beneficiarias

El art. 32 del RD 295/2009, establece que:

1. Serán beneficiarias del subsidio⁸⁹⁴ las trabajadoras por cuenta ajena, en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, siempre que estén afiliadas y en alta en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social en la fecha en que se inicie dicha suspensión.

En los mismos términos, serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de hogar, que presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo.

2. Las trabajadoras contratadas a tiempo parcial tendrán derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo, con las particularidades establecidas en el artículo 34, en cuanto a la base reguladora y el abono de la prestación.

3. Las trabajadoras por cuenta ajena anteriormente relacionadas se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de la obtención del subsidio por riesgo durante el embarazo, aunque su empresa hubiera incumplido sus obligaciones.

c) Normas comunes a trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia

El RD 295/2009, establece en sede de normas comunes tanto a trabajadoras por cuenta ajena como por cuenta propia, en su art. 48, para las situaciones de pluriactividad, que en los supuestos en que la trabajadora realice simultáneamente actividades incluidas en varios regímenes del sistema de la Seguridad Social:

a) Cuando la situación de riesgo durante el embarazo afecte a todas las actividades desempeñadas, tendrá derecho al subsidio en cada uno de los regímenes si reúne los requisitos exigidos de manera independiente en cada uno de ellos.

b) Cuando la situación de riesgo durante el embarazo afecte a una o a alguna de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no a todas, únicamente tendrá derecho

⁸⁹⁴ Art. 33 RD 295/2009. La prestación económica por riesgo durante el embarazo consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34, relativo al cálculo de la prestación, que en su apartado 1º establece que para el cálculo del subsidio por riesgo durante el embarazo, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, o, en su caso, equivalente a la establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, cuando el régimen de que se trate no contemple la cobertura de las contingencias profesionales tomando como referencia la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo.

El apartado 6 del art. 34 de este RD establece reglas específicas de cálculo de la prestación para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, la base reguladora será el promedio diario que resulte de dividir por 365 la suma de las bases de cotización de los doce meses anteriores al hecho causante, o el promedio diario del período de cotización que se acredite, si éste es inferior a un año.

En ningún caso, el promedio diario que resulte podrá ser inferior, en cómputo mensual, a la base mínima de cotización que en cada momento corresponda a la categoría profesional de la trabajadora.

al subsidio en el régimen en el que estén incluidas las actividades en que exista dicho riesgo.

*La percepción del subsidio será compatible con el mantenimiento de aquellas actividades que la trabajadora ya viniera desempeñando con anterioridad o pudiera comenzar a desempeñar y no impliquen riesgo durante el embarazo.*⁸⁹⁵

Ferrer López,⁸⁹⁶ interpreta para los supuestos de pluriactividad, que cuando la trabajadora se encuentra incluida en más de un régimen de la Seguridad Social, el reconocimiento al subsidio por riesgo durante el embarazo sólo se le reconocerá en aquél o aquellos en los que desarrolle la actividad en la que se produce el riesgo, por ello considera compatible la percepción del subsidio por riesgo durante el embarazo, con la realización de actividades que no implican ese riesgo.

Conclusiones de la regulación

- Si la situación de riesgo afecta a todas las actividades desempeñadas por la trabajadora, tendrá derecho al subsidio, en cada uno de los regímenes del Sistema en que se encuentren incluidas, siempre que reúnan todos los requisitos exigidos de manera independiente en cada uno de ellos.

Tanto para los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales como para los trabajadores pertenecientes al REEH que sean responsables de la obligación de cotizar, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que se hallen al corriente en el pago de las cuotas.

- Si la situación de riesgo afecta a una o alguna de las actividades desempeñadas, únicamente tendrá derecho al subsidio en el régimen en el que estén incluidas las actividades en que exista dicho riesgo.

- La percepción del subsidio será compatible con el mantenimiento de aquellas actividades que viniera desempeñando o pudiera comenzar a desempeñar y no impliquen riesgo durante el embarazo, pero si la trabajadora realiza cualquier trabajo o actividad por cuenta propia o ajena, iniciados con posterioridad al nacimiento del derecho al subsidio, que sean incompatibles con su estado, el derecho al subsidio puede ser denegado, anulado o suspendido, al igual que ocurriría en caso de que la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.

⁸⁹⁵ Lo que en consecuencia comporta, la compatibilidad en la percepción del subsidio, con el mantenimiento o el inicio de esas otras actividades que no implican riesgo para el embarazo. **Cavas Martínez, F. y Cámara Botía, A.,** “*La acción protectora del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*”. Aranzadi. Cuadernos de Aranzadi Social. Navarra. 1ª ed. 2005. Pág. 151.

⁸⁹⁶ **Ferrer López, M. A.,** “*Casos Prácticos de Seguridad Social 2010*”. Deusto S.A. Barcelona. 19ª edición, actualizada a mayo de 2010. Pág. 269.

B₂. Especialidades en materia de contratación a tiempo parcial.

En caso de que la pluriactividad se desarrolle a tiempo parcial habrá que observar las siguientes reglas:⁸⁹⁷

a) En relación a la duración del derecho, la prestación económica se abonará durante los días naturales en los que las trabajadoras permanezcan en situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

b) Período de cotización: para acreditarlo sólo se computan las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización.

A tal fin el nº de horas efectivamente trabajadas, se dividirá por 5, equivalente al cómputo de 1826 horas anuales.

c) El período de 5 años inmediatamente anteriores, dentro de los que deben comprenderse los 180 días, se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada, respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente. La fracción de día, en su caso, se asimilará a la de día completo.

d) La base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización de los 3 meses anteriores a la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo, entre el nº de días naturales comprendidos en dicho período.

Este régimen, sólo resulta aplicable, según el art. 1 RD 1131/2002, a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo y contrato de trabajo fijo-discontinuo, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 15.8 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que estén incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen Especial de la Minería del Carbón y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

Ni a la trabajadora por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario, ni a la empleada del hogar, le son de aplicación las particularidades previstas en relación con los contratados a tiempo parcial.

⁸⁹⁷ Ferrer López, M. A., “Casos Prácticos de Seguridad Social 2006”. Deusto S.A. Ediciones. Barcelona. 2006. Págs. 230 a 232.

B₃. Riesgo durante el embarazo y regímenes especiales

Las trabajadoras por cuenta ajena de los distintos Regímenes Especiales del sistema de la Seguridad Social tienen derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo, así como las trabajadoras por cuenta propia en los términos previstos reglamentariamente.⁸⁹⁸

Ubicado en la sección 2ª, (normas aplicables a trabajadoras por cuenta propia), del capítulo IV, del RD 295/2009, el art. 40.1 RD 295/2009, se considera situación protegida, aquella en la que se encuentra la trabajadora embarazada durante el período de interrupción de la actividad profesional en los supuestos en que el desempeño de la misma influya negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o el feto, y así se certifique por los servicios médicos de la entidad gestora correspondiente.

No se considera situación protegida, según el apartado 2 de este mismo artículo, la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo de la actividad desempeñada, determinante de su inclusión en el campo de aplicación del régimen especial del sistema de la Seguridad Social correspondiente.

La base reguladora, es equivalente a la establecida para la prestación de Incapacidad Temporal derivada de contingencias profesionales, tomando como referencia la fecha en que se emite el certificado de los servicios médicos, o, en su caso, equivalente a la establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes cuando el régimen de que se trate no contemple la cobertura de las contingencias profesionales y cuando no se hubiese mejorado voluntariamente el ámbito de la acción protectora, incorporando la protección de esta situación o la de las contingencias profesionales.⁸⁹⁹

La empleada del hogar, y la trabajadora por cuenta propia son responsables de su cotización, teniendo el período mínimo de cotización cubierto, si se encontraran al descubierto en el pago de sus cuotas, disponen de un plazo de 30 días para ponerse al corriente, desde que sean requeridas para ello.

Al margen de los supuestos de contratación a tiempo parcial, la **empleada del hogar** y la **trabajadora autónoma** que tengan el período mínimo de cotización cubierto, pero se encuentren al descubierto en el pago de las cuotas disponen de un plazo de 30 días para ponerse al corriente desde que sean requeridas para ello.

⁸⁹⁸ Ferrer López, M. A., “Casos Prácticos de Seguridad Social 2010”. Deusto S.A. Barcelona. 19ª edición, actualizada a mayo de 2010. Págs. 268 y 269.

⁸⁹⁹ Cuando en el régimen de que se trate no esté contemplada la protección por contingencias profesionales o la trabajadora no haya incluido como mejora voluntaria la protección de esta situación, se tiene en cuenta la base de cotización por contingencias comunes.

El derecho al subsidio nace al día siguiente a aquel en que se emita el certificado médico, pero los efectos económicos, no se producen hasta la fecha del cese efectivo en la actividad profesional correspondiente.

Es causa de extinción de la prestación la baja en el respectivo régimen de las trabajadoras por cuenta propia. La trabajadora por cuenta propia debe presentar dentro de los 15 días siguientes a la fecha de suspensión de la actividad y semestralmente, declaración sobre la persona que va a gestionar directamente el establecimiento del que sea titular, o en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad desarrollada.

Para las trabajadoras por cuenta propia, el derecho al subsidio nace al día siguiente al de emisión del certificado médico, pero los efectos económicos no se producen hasta la fecha del cese efectivo en la actividad profesional.

La trabajadora por cuenta propia que se encuentre en situación de riesgo durante el embarazo debe presentar, dentro de los 15 días siguientes a la fecha de suspensión de la actividad, y posteriormente, con una periodicidad semestral, una declaración sobre la persona que va a gestionar directamente el establecimiento del que es titular, o en su caso, el cese temporal o definitivo de la actividad desarrollada.

Para la financiación de las prestaciones por riesgo durante el embarazo, para el año 2010, las trabajadoras incluidas en el REEH,⁹⁰⁰ y las trabajadoras incluidas en el RETA,⁹⁰¹ si no han optado por dar cobertura a las contingencias profesionales, deben efectuar una cotización adicional equivalente al 0,1%, aplicado sobre la base de cotización.

Esta misma obligación incumbe a las trabajadoras incluidas en el sistema especial para trabajadores por cuenta propia agrarios del RETA, que no hayan optado por dar cobertura a la totalidad de las contingencias profesionales.⁹⁰²

Obviamente, sería causa de extinción de la respectiva prestación, si se da baja en el respectivo Régimen de las trabajadoras por cuenta propia.

1. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

Para las trabajadoras autónomas en situación de pluriactividad, sería de aplicación también el art. 29 RD 1251/2001, que no sólo se aplica a ellas, sino también a las trabajadoras por cuenta ajena.

Han de reunir los requisitos previstos en los arts. 124 y 133 ter LGSS, estar afiliado y en alta o situación asimilada y cumplir los períodos previos de cotización. Sin embargo, el INSS, viene reconociendo el acceso al subsidio, en caso de que no se estén

⁹⁰⁰ Art. 16.2 de la Orden TIN 25/2010.

⁹⁰¹ Art. 14.1 de la Orden TIN 25/2010.

⁹⁰² Para las trabajadoras incluidas en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, se establece esta cotización adicional del 0,1% en el art. 15.3 de esta misma Orden.

prestando servicios en el momento del hecho causante. La STSJ Andalucía Granada de 21 de enero de 2003, (JUR 2003\65858), contempla el supuesto en el que el INSS, deniega el acceso por no cumplir la carencia, y sin embargo, no se hace referencia la hecho de no estar prestando servicios por cuenta ajena.

Podemos observar que en el art. 133 ter de la LGSS, según la modificación operada por la DA 18ª LO 3/2007, no se menciona a las trabajadoras por cuenta propia, pero la DA 11ª bis de la LGSS, equipara a los trabajadores autónomos a los trabajadores por cuenta ajena del RGSS, a efectos de las prestaciones por maternidad.

Artículo 133 ter: *Beneficiarios. 1. Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1 y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización:*

a) *Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización*

b) *Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.*

c) *Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.* Podemos observar que no se menciona a las trabajadoras por cuenta propia.

2. Régimen Especial Agrario

El subsidio equivale al 100 % de la base reguladora establecida para la Incapacidad Temporal derivada de contingencias profesionales, como en el RGSS,⁹⁰³ abonándose durante el período necesario para la protección de la seguridad o salud de la trabajadora y /o el feto y se extingue por inicio del período de descanso por maternidad, reanudación de la actividad profesional, extinción del contrato de trabajo, causar baja en el régimen especial o fallecimiento de la beneficiaria.

En el Régimen Especial Agrario las trabajadoras por cuenta ajena, para tener derecho al subsidio, el RD 1251/2001 de 16 de noviembre, no exigía estar al corriente en el pago de las cuotas, como tampoco se exigía para el acceso a las prestaciones derivadas de maternidad.

Sin embargo la jurisprudencia sí ha exigido el cumplimiento de este requisito, que sí se exigía para las trabajadoras por cuenta propia en el art. 23.1 de RD 1251/2001 de 16 de noviembre y en las normas comunes tanto a trabajadoras por cuenta ajena como propia del Régimen Especial Agrario contenidas en los arts. 5.3 y 12 del Decreto 2123/1971 de 23 de julio y 46.2. Decreto 3772/1972 de 23 de diciembre.⁹⁰⁴

⁹⁰³ **Hierro Hierro, F. J.**, *“El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2005. Pág. 346. Con la Ley 42/1994 de 30 de diciembre se configuró la prestación por maternidad independientemente, protegida y desligada de la Incapacidad Temporal, introduciendo la DA 11ª bis del TRLGSS, e indicando que los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario tendrían derecho a la prestación por maternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores del RGSS, sin incluir referencias a este requisito, lo que lleva a la doctrina a afirmar que el derecho al subsidio por maternidad deja así mismo de estar condicionado por el requisito de estar prestando servicios por cuenta ajena el día de la baja médica.

Hurtado González, L., y **Marín Alonso, I.**, *“La Seguridad Social agraria”*. Ed. Laborum. 1ª ed. 1999. Pág. 252. Pero hay que tener en cuenta dos circunstancias:

1. El art. 133 ter LGSS, además de exigir estar afiliado y en alta o situación asimilada y tener cubierto un período previo de cotización, admite la posibilidad de que reglamentariamente se determinen nuevos requisitos, lo que implica que sería aplicable el condicionante de estar prestando servicios por cuenta ajena del art. 51 R.G. del Régimen Especial Agrario.
2. El subsidio por maternidad tiene carácter exclusivamente contributivo, destinado a restituir a los destinatarios de ingresos producidos durante la baja temporal en el empleo, esto es, cumple la función de sustitución de rentas por lo que si no se están prestando servicios, encuentra difícil justificación.

⁹⁰⁴ Desde la STS de 23 de marzo de 1993, (Ar. 2205), en unificación de doctrina, hasta la de 9 de junio de 2006, rec. 4782/2004, que en su fundamento de Derecho 3º, establece que el *artículo 5-3 del Texto Refundido de las Leyes reguladas del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social* dice en el inciso final: *“Para causar derecho a las prestaciones establecidas en la presente Ley, además de los exigidos para cada una de ellas, es requisito indispensable estar al corriente en el pago de las cuotas, sin perjuicio de los plazos y excepciones señalados en la misma”*.

Por su parte, el art. 12 precisa el precepto anterior en los siguientes términos: *“Los trabajadores inscritos en el censo que no se encuentren al día en el pago de las cuotas perderán, en principio, el derecho a cualquiera de las prestaciones establecidas en la presente Ley, sin que el pago fuera de plazo de aquellas cuotas debidas produzca otros efectos que los expresamente previstos en su articulado”*.

Sólo se ha excepcionado el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas cuando la falta del ingreso no fue imputable al trabajador. En la STS de 15 de noviembre de 1999, (Ar. 8740), se excepcionó cuando la causa de no estar al corriente en el pago de las cuotas fue por error bancario.

No obstante, la DA 11^a bis LGSS, no los contempla al mencionar los trabajadores que están obligados a estar al corriente en el pago de las cuotas, por lo que puede interpretarse, que sí tendrían derecho a la prestación, en caso de no estar al corriente.⁹⁰⁵

3. Régimen Especial de Empleados del Hogar

Ha de estar al corriente en el pago de las cuotas cuando sea responsable de la obligación de cotizar, según los arts. 4 y 23 RD 1251/2001, sin perjuicio de lo cuál para algunos autores,⁹⁰⁶ sería aplicable la invitación al pago prevista en el art. 28. 2 del Decreto 2530/1970 de 2 de agosto, del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Según el art. 16 RD 1251/2001, serán beneficiarias del subsidio, en los mismos términos que para el RGSS, las trabajadoras integradas en el REEH, que presten sus servicios con carácter exclusivo.

4. Régimen Especial de la Minería del Carbón

Al igual que sucede con las prestaciones de Incapacidad Temporal y de maternidad, en este régimen especial, la base reguladora de los subsidios será la base normalizada que corresponda en cada momento al trabajador según su categoría profesional al inicio de la situación. Art. 12.2 Orden de 3 de abril de 1973, lo cuál viene establecido en importes diarios. Esta base reguladora será la misma que la de la Incapacidad Temporal.⁹⁰⁷

5. Régimen Especial de Trabajadores del Mar

Considero que tras la equiparación de todos los regímenes de Seguridad Social, operada por la LO 3/2007, a efectos de esta prestación no tienen particularidades relevantes. Ya se ha puesto de relieve que las peculiaridades más relevantes de este régimen se producen en materia de cotización.

⁹⁰⁵ En este caso, podría aplicarse la doctrina relativa a la responsabilidad por falta de cotización, seguiría siendo aplicable esta teoría, tras la entrada en vigor de la LO 3/2007, muy clara resulta la exposición que **Losada González, H.**, realiza en la obra coordinada por **Moreno González- Aller, I.**, “*Prontuario de Prestaciones de Seguridad Social*”. Manuales de Formación. CGPJ. Madrid. 1^a ed. 2002. Pág. 119, al establecer que la entidad gestora procederá al abono del subsidio al beneficiario, en caso de que estuviera en alta, ya que así lo establece el art. 95.1.2^o LSS de 1966, con el límite establecido para el anticipo en el art. 126.3 LGSS, en dos veces y media el SMI vigente en el momento del hecho causante. Si el beneficiario no estaba en alta en el momento del hecho causante, la responsabilidad sería directa y exclusiva del empresario, sin anticipo de la entidad gestora. Art. 95.1.3^o. LSS 1966.

⁹⁰⁶ **Blasco Lahoz, JF., López Gandía, J., Mompaler Carrasco, M.A.**, “*Regímenes especiales de la Seguridad Social*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 8^a ed. 2007, pág. 381.

⁹⁰⁷ El importe de las horas extraordinarias está incluido en la base normalizada para contingencias comunes, por lo que no existe la cotización adicional por este concepto, al tratarse de una contingencia profesional y en este régimen existe un tratamiento individualizado de las contingencias profesionales.

C) – Maternidad

C₁. Consideraciones previas

Hay que tener en cuenta que la Disposición Adicional 18.21 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, modifica la DA Undécima bis, de la LGSS, estableciendo que los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales del sistema tendrán derecho a las prestaciones establecidas en el Capítulo IV bis, (relativo a la maternidad) y en el Capítulo IV ter, (relativo a la paternidad), del Título II de la presente Ley, con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones allí previstos para los trabajadores del Régimen General.

En el supuesto de trabajadores por cuenta propia, los periodos durante los que se tendrá derecho a percibir los subsidios por maternidad y por paternidad serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecido para los trabajadores por cuenta ajena, pudiendo dar comienzo el abono del subsidio por paternidad a partir del momento del nacimiento del hijo.

Los trabajadores por cuenta propia podrán, igualmente, percibir el subsidio por maternidad y por paternidad en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.

Tanto para los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales como para los trabajadores pertenecientes al Régimen Especial de Empleados de Hogar que sean responsables de la obligación de cotizar, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.

En relación a las novedades introducidas por el RD 295/2009, **Álvarez Cortés y Pérez Yáñez**,⁹⁰⁸ consideran que el art. 2.2 RD 295/2009 establece una novedosa cláusula de cierre, pues no se considerarán equiparables al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, otras posibles modalidades de acogimiento familiar distintas a las mencionadas anteriormente. Para estos autores, parece que con ello se pretende excluir “acogimientos familiares de hecho” en los que no han intervenido autoridades públicas.

En el ámbito de la Unión Europea, destaca la Directiva 2010/41/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010,⁹⁰⁹ sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, o que

⁹⁰⁸ **Álvarez Cortés, J.C., y Pérez Yáñez, R.M.**, “Sobre la regulación de las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia (a propósito del RD 295/2009, de 6 de marzo)”. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 18, Sección Legislación, Año XXV. 2009. Documento en soporte informático: laleydigital.es 18035/2009. Pág. 2.

⁹⁰⁹ Diario Oficial de la Unión Europea. L 180/1, de 15 de julio de 2010.

contribuyan al ejercicio de esa actividad, por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE, del Consejo.

En sede de esta contingencia protegible, la maternidad, recientemente, el 20 de octubre de 2010, el Parlamento Europeo aprobó una propuesta de ampliación de la baja por maternidad mínima en toda la Unión Europea, hasta las 20 semanas posteriores al parto, suponiendo un incremento de 6 semanas en relación al límite mínimo previsto con anterioridad en el ámbito europeo.

C₂. Pluriactividad y Maternidad

1. En sede de subsidio por maternidad, de naturaleza contributiva, además de las reglas comunes al pluriempleo que ya han sido explicadas conjuntamente en esa sede, hay que tener en cuenta las normas específicamente aplicables a las situaciones de pluriactividad, contenidas en el art. **3.6 del RD 295/2009**:

“Cuando, en supuestos de pluriactividad, los trabajadores acrediten las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, se reconocerá un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen.

Si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan y se causará el subsidio en el régimen en el que se acrediten más días de cotización.

Si finalmente, aun totalizando las cotizaciones, no se alcanza el derecho, se reconocerá, en caso de parto, el subsidio de naturaleza no contributiva a que se refiere la sección segunda de este capítulo”.

En el supuesto de trabajadores por cuenta propia, los periodos durante los que se tendrá derecho a percibir los subsidios por maternidad y por paternidad serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecido para los trabajadores por cuenta ajena, pudiendo dar comienzo el abono del subsidio por paternidad a partir del momento del nacimiento del hijo.

Los trabajadores por cuenta propia, podrán igualmente, percibir el subsidio por maternidad y por paternidad en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.

Tanto para los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales como para los trabajadores pertenecientes al REEH que sean responsables de la obligación de cotizar, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.

C₃. Prestación de servicios a tiempo parcial

Dado que suele revestir cierta frecuencia esta modalidad de prestación de servicios en las situaciones de pluriactividad, (así como en las de pluriempleo), hay que tener en cuenta que les resultan de aplicación ciertas peculiaridades, que no serían aplicables a los trabajadores que estando contratados a jornada completa, disfruten los períodos de descanso por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial.

En cuanto a la duración del derecho, la prestación económica se abonará durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en situación de descanso por maternidad.

Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de maternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá entre 5, equivalente diario al cómputo de 1826 horas anuales.

El período de 5 años, dentro del que han de estar comprendidos los 180 días, se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente. En caso de dar lugar a fracción de día, éste se asimilará a día completo.

La base reguladora en caso de prestación de maternidad, para el supuesto de un único contrato a tiempo parcial, sería el resultado de dividir la suma de bases de cotización acreditadas en la empresa durante los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, entre 365.

Si la antigüedad del trabajador en la empresa fuera menor, la base reguladora sería el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan.

Cabe un reconocimiento provisional de la prestación, cuando no está incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso. En tal caso, hasta que no se produzca esa incorporación, se tomará como base reguladora la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema.

C4. Peculiaridades en regímenes especiales

Acto seguido, se van a mencionar algunos aspectos relevantes en regímenes especiales,⁹¹⁰ en síntesis:

1. Los trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena incluidos en los distintos Regímenes especiales de la Seguridad Social, tienen derecho a la prestación por maternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General.

2. En principio, constituye un requisito sine qua non para el reconocimiento y abono de la prestación, que los interesados se encuentren al corriente en el pago de las cuotas, cuando son ellos los obligados a cotizar.

Sin embargo, esta afirmación tiene los siguientes matices: la empleada del hogar que sea responsable de su cotización, (cuando preste servicios para más de un cabeza de familia), y el trabajador por cuenta propia que tengan el período de cotización cubierto, pero se encuentren al descubierto en el pago de las cuotas, tienen un plazo de 30 días para ponerse al corriente, desde que se les requiera para ello.

3. Ni al trabajador por cuenta ajena del REA, ni a la empleada del hogar le son de aplicación las particularidades previstas en relación con la prestación de los contratados a tiempo parcial.

4. La duración y distribución de los períodos de descanso durante los cuales los trabajadores por cuenta propia tienen derecho a la prestación por maternidad son los mismos que las de los trabajadores por cuenta ajena, pero no tienen la posibilidad del disfrute del descanso ni de ser beneficiarios de la prestación en régimen de jornada a tiempo parcial, ni la posibilidad de interrumpir el subsidio de maternidad por la hospitalización del recién nacido, cuando se produce el cese en la actividad.

5. El trabajador por cuenta propia que se encuentre de baja por maternidad, debe presentar, declaración sobre la persona que va a gestionar directamente el establecimiento del que es titular o, en su caso, el cese temporal o definitivo de la actividad desarrollada, en el plazo de 15 días siguientes a la fecha del parto o del inicio del descanso si es anterior a la fecha de la resolución administrativa o judicial mediante la que se constituye el acogimiento o la adopción.

1. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

Como la DA 11^a bis equipara los trabajadores de todos los regímenes especiales a los efectos de las prestaciones por maternidad, serán considerados, también en situación asimilada al alta, pese a haber causado baja en el correspondiente Régimen Especial en

⁹¹⁰ Ferrer López, M. A., “Casos Prácticos de Seguridad Social 2010”. Deusto S.A. Barcelona. 19^a edición, actualizada a mayo de 2010. Págs. 291 y 292.

la fecha de sobrevenir el hecho causante de las prestaciones por maternidad, en los casos de Incapacidad Temporal enlazada con la posterior alta médica en ésta y posterior baja por maternidad.⁹¹¹

2. Régimen Especial Agrario

Tanto a los trabajadores por cuenta ajena, como propia,⁹¹² se les han aplicado las mismas consideraciones relativas al RGSS,⁹¹³ tanto, en cuanto a las condiciones como períodos de descanso. DA 11^a bis LGSS.

1. Las trabajadoras deben estar en alta o situación asimilada.

2. Además de la solicitud de prestación, hay que aportar la acreditación de haber ingresado las cuotas para demostrar el hecho de estar al corriente en el pago.

3. Para las trabajadoras por cuenta propia, han de presentar la declaración ante la entidad gestora, sobre la persona que gestione el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza, o en su caso, el cese temporal o definitivo de la actividad desarrollada durante la percepción de la prestación por maternidad.

4. Para las trabajadoras por cuenta ajena, en esta contingencia, el RD 1251/2001 de 16 de noviembre, no exige para el acceso a la prestación estar al corriente en las cuotas, sin embargo les resultan aplicables las puntualizaciones jurisprudenciales que exigen este requisito, mencionadas en el riesgo durante el embarazo.

5. La cuantía de la prestación consiste en el 100 % de la base reguladora equivalente a la establecida para la Incapacidad Temporal derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del período de descanso.

3. Régimen Especial de Empleados del Hogar

A diferencia del RGSS, durante las situaciones de Incapacidad Temporal y maternidad subsiste la obligación de cotizar, siendo el responsable único de esta obligación, el propio empleado del hogar, durante todo el período, incluido el mes de finalización de dicha situación, pero excluido el mes de inicio de las mismas, en el que sería sujeto responsable de la obligación de cotizar, el cabeza de familia, con

⁹¹¹ **López Anierte, M. C., Ferrando García, M. F.,** “*La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos: nuevo régimen jurídico*”. Thomson Civitas. 1^a ed. 2005. Pág. 84. Así lo deducen de la regulación del art. 9.2. RD 1251/2002 y el apartado 4.2^a, relativo a la maternidad subsiguiente a un proceso previo de Incapacidad Temporal, producida con posterioridad a la extinción del contrato de la trabajadora, de aplicación analógica al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, según el art. 1.1. RD 1251/2002.

⁹¹² Los menciono porque hasta la plena entrada en vigor de la Ley 18/2007, persistió el régimen transitorio.

⁹¹³ **Moreno Vida, M. N., Monereo Pérez, J. L., García Valverde, M., Fernández Avilés, J. A.,** “*El trabajo en la agricultura. Estudio práctico del Sistema de Protección Laboral y de Seguridad Social*”. Ed. Comares. Granada. 1^a ed. 2005. Págs. 140 y 141.

independencia, por tanto de su régimen de jornada y dedicación. Art. 46 del RD 2064/1995.⁹¹⁴

Para algunos autores,⁹¹⁵ no parece que este criterio tenga sentido, ya que se desgravaría al cabeza de familia en perjuicio del trabajador, que tiene que destinar la prestación a seguir cotizando a la Seguridad Social.

También consideran estos autores, que por esta forma de estructurar este régimen de Seguridad Social, y por convertir al propio empleado en el obligado a cotizar, la base de cotización es tarifada, y no guarda relación alguna con los salarios reales del trabajador.

Consideran que el objetivo de esta forma de cotización es no encarecer los costes del amo de casa, cuando el empleado del hogar trabaje en exclusiva, ni hacer compleja la gestión cuando se trate de trabajadores discontinuos o por horas.

Requisitos:

1. Afiliación y alta o situación asimilada al alta.
2. El empleado del hogar debe estar al corriente en el pago de las cuotas. Art. 23.1. D. 2346/1969, no se exige en el RGSS, pero su vigencia de la maternidad del Régimen Especial de Empleados del Hogar resulta de la DA 11 bis de la LGSS, pero sólo respecto de aquellos empleados del hogar que sean responsables de la obligación de cotizar, y no, por tanto de los que prestan servicios a tiempo completo, ya que en este caso, el responsable es el empleador.⁹¹⁶
3. Período de carencia. Ya hemos visto que se equiparan a estos efectos todos los regímenes especiales, por la LO 3/2007. DA 11ª bis y 133 LGSS.

4. Régimen Especial de la Minería del Carbón

Al igual que sucede con las prestaciones de Incapacidad Temporal y riesgo durante el embarazo, en este régimen especial, la base reguladora de los subsidios será la base normalizada que corresponda en cada momento al trabajador según su categoría profesional al inicio de la situación. Art. 12.2 Orden de 3 de abril de 1973, lo cuál viene establecido en importes diarios.

⁹¹⁴ El apartado 3 de este art., fue modificado por la Disposición Final 2.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, estableciendo, que *el empleado de hogar será el sujeto único de la obligación de cotizar en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y paternidad, incluido el mes de finalización de dichas situaciones pero excluido el mes en que se inicien, en el que serán sujetos de la obligación de cotizar el cabeza de familia y el empleado de hogar en los términos indicados en el apartado 1.*

⁹¹⁵ **López Gandía, J., Toscani Gimenez, D.,** “Reformas de la Seguridad Social 2007. Ley de medidas en materia de Seguridad Social (L 40/2007, de 4 de diciembre)”. Sistemática Memento. Dossier Práctico. Francis Lefebvre. Ediciones Francis Lefebvre, S.A.; Madrid. 1ª ed. Actualizada a 5 de diciembre de 2007. Parágrafo 4155.

⁹¹⁶ **Luján Alcaraz, J.,** “El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados del Hogar”. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2000. Pág. 113.

Será la misma base reguladora que en la incapacidad temporal, al igual que ocurre con la de riesgo durante el embarazo.

5. Régimen Especial de Trabajadores del Mar

El régimen jurídico aplicable es el art. 133 bis LGSS, RD 295/2009 de 6 de marzo, ya que se extiende a este régimen (a todos los regímenes), por la DA 11^a bis 1 LGSS.

Para trabajadores por cuenta ajena, es similar a los trabajadores del RGSS, si son por cuenta propia, se exigen los mismos requisitos que en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y por tanto deben estar al corriente en el pago de sus cuotas, salvo que no cabe el mecanismo de invitación al pago que para las trabajadoras autónomas prevé el art. 28.2 del Decreto 2530/1970.

Es discutible, si al igual que en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y Régimen Especial Agrario es exigible la declaración de actividad. La Resolución del Instituto Social de la Marina de 22 de marzo de 2004 no la contempla. Tampoco se exige el requisito de la declaración de actividad tanto para la contingencia de maternidad, ni la de riesgo durante el embarazo, ni incapacidad temporal, en las Resoluciones del INSS de 4 de febrero de 2004, ni en la del Instituto Social de la Marina de 22 de marzo de 2004.

D) - Riesgo durante la lactancia natural

Tiene similar régimen jurídico al riesgo durante el embarazo y al igual que esta contingencia, se equiparan todos los regímenes de la Seguridad Social.⁹¹⁷

El art. 50 del RD 295/2009, en su apartado 1 establece que *la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se concederá a la mujer trabajadora en los términos, condiciones y con el procedimiento previstos en el capítulo IV para la prestación por riesgo durante el embarazo, debiendo entenderse referida a la distinta naturaleza del riesgo todas las previsiones contenidas en el mismo.*

Resultan por tanto de aplicación las normas contenidas en el art. 48 del RD 295/2009, para el riesgo durante el embarazo en situaciones de pluriactividad, (en los supuestos en que la trabajadora realice simultáneamente actividades incluidas en varios

⁹¹⁷ Con la LOIMH se modifica la redacción del art. 45.1 d) del ET, al introducir el riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses como causa de suspensión del contrato de trabajo.

Paralelamente, el art. 26 LPRL se adapta e introduce el apartado 4, ex DA 12^a LOIMH, remitiéndose a las circunstancias previstas para la suspensión por riesgo durante el embarazo, para causar derecho a la suspensión, es decir, la imposibilidad técnica u organizativa del cambio de puesto.

Como contrapartida a la suspensión, se reconoce una nueva prestación de la Seguridad Social: la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural. Nuevos arts. 135 bis y ter de la LGSS, (Capítulo IV Quinquies), introducidos por la DA 18^a Diez de la LO 3/2007.

regímenes del sistema de la Seguridad Social), tratándose de normas comunes de aplicación tanto a trabajadoras por cuenta ajena como por cuenta propia.

La prestación duraría todos los días naturales en los que se mantenga la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural, salvo que la trabajadora se haya incorporado con anterioridad a su puesto de trabajo o actividad profesional o a otro compatible con su situación.

1. Beneficiarias y Requisitos

En el ámbito del RGSS, las trabajadoras por cuenta ajena y socias trabajadoras de sociedades cooperativas o laborales, declaradas en situación de suspensión del contrato de trabajo o interrupción de la actividad por riesgo durante la lactancia deberán estar:

1) *Afiliadas y en alta* en alguno de los regímenes de la Seguridad Social.⁹¹⁸ No se exige período mínimo de cotización al derivarse en el RGSS, de contingencias profesionales.

Se plantea la cuestión de qué ocurriría en caso de que la trabajadora no tuviera cubiertas las contingencias profesionales. Tanto en el caso de las trabajadoras por cuenta propia que no hubieran efectuado la opción por la cobertura de contingencias profesionales, como en el caso de las empleadas de hogar, en cuyo régimen de Seguridad Social no se contemplan las contingencias profesionales, la prestación se concedería como derivada de contingencia común.

2) Además, estarán *al corriente en el pago de las cuotas*, de las que sean responsables directas las trabajadoras.⁹¹⁹

En el ámbito de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, los requisitos generalmente exigidos son los siguientes:

1) Estar en alta en el Régimen correspondiente;

2) Estar *al corriente en el pago* de las cuotas, de las que sean responsables directos los trabajadores, aunque la prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena.

A tales efectos, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, cualquiera que sea el régimen de

⁹¹⁸ Se considerarán de pleno derecho, afiliadas y en alta, aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones. Se considera situación de alta especial la huelga legal o cierre patronal.

Para las *profesionales taurinas*, la inclusión en el censo de activos equivale a la situación de alta.

⁹¹⁹ En el caso de las *representantes de comercio* se exige, además, estar al corriente del pago de cuotas en la fecha en que sobrevenga la contingencia. Si no están al corriente, se advertirá de la necesidad de que se pongan al corriente, quedando condicionado el pago de la prestación al cumplimiento de dicha obligación.

En el caso de las *artistas y profesionales taurinas*, que resulten deudoras de cuotas en virtud de las regularizaciones que se efectúen al finalizar el ejercicio económico, si no están al corriente, también se advertirá de la necesidad de que se pongan al corriente, quedando condicionado el pago de la prestación al cumplimiento de dicha obligación.

Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause ésta.

2. Pluriactividad

En caso de que la trabajadora se encuentre incluida simultáneamente en más de un Régimen de la Seguridad Social, el reconocimiento al subsidio por riesgo durante la lactancia sólo se le reconocerá en aquel en el que desarrolle la actividad en la que se produce el riesgo, por lo que se estima posible la percepción del subsidio por riesgo durante la lactancia con la realización de actividades que no impliquen riesgo.

Cuando la trabajadora se encuentre en situación de pluriactividad habrá que tener en cuenta si el riesgo se ocasiona en todas las actividades que viene desempeñando o sólo en una de ellas, causando derecho a la suspensión del contrato de trabajo,⁹²⁰ en una o en todas en función del riesgo inherente a las tareas desempeñadas en cada uno de ellos.

No tendrá la consideración de protegida aquella que venga derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del hijo cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñados.⁹²¹

Esta misma consideración debe efectuarse en las situaciones de pluriempleo, se equiparan ambas situaciones, puesto que de lo que se trata es de determinar si la situación de riesgo tiene lugar en todas o en algunas de las actividades que venga desempeñando la trabajadora, independientemente de que las realice en un mismo régimen de Seguridad Social o den lugar a encuadramientos distintos.

En caso de contratación a tiempo parcial en situación de pluriactividad, considero que el subsidio se abonaría de forma independiente por cada actividad en la que se encuentre dada de alta, en la que se de la situación de riesgo anteriormente descrita.

3. Cuantía de la prestación

La cuantía es el 100 % de la base reguladora, que será la equivalente a la que esté establecida para la prestación de Incapacidad Temporal derivada de contingencias profesionales, tomando como referencia la fecha en que se emita el certificado por los servicios médicos del INSS o de la Mutua, o la equivalente a la establecida para la prestación por IT derivada de contingencias comunes cuando el régimen de que se trate no contemple la cobertura de las contingencias profesionales y cuando no se hubiese

⁹²⁰ Esta misma consideración debe efectuarse en las situaciones de pluriempleo. En este sentido, se equiparan ambas situaciones, puesto que de lo que se trata es de determinar si la situación de riesgo tiene lugar en todas o en algunas de las actividades que venga desempeñando la trabajadora, independientemente de que las realice en un mismo régimen de Seguridad Social o den lugar a encuadramientos distintos.

⁹²¹ Contestación de la Seguridad Social, web de la Seguridad Social. Más información. Preguntas más frecuentes. Subsidios y otras prestaciones. Riesgo durante la lactancia natural.

mejorado voluntariamente el ámbito de la acción protectora, incorporando la protección de esta situación o la de las contingencias profesionales

- En el caso de *trabajadoras por cuenta ajena*, se obtiene de la adición de dos sumandos:

1. La base de cotización por contingencias profesionales del mes anterior al hecho causante, sin horas extraordinarias, dividida por el número de días a que corresponda dicha cotización.

2. Más la cotización por horas extraordinarias, realizadas en el año anterior, dividida entre 365 días.⁹²²

- En el caso de *trabajadoras por cuenta propia*, estará constituida por la base de cotización correspondiente al mes anterior al hecho causante, dividida entre 30.

4. Inicio

• *Trabajadoras por cuenta ajena*: el derecho al subsidio nace desde el mismo día que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia, tras la declaración de situación de riesgo emitida por los servicios médicos competentes.

• *Trabajadoras por cuenta propia y empleadas de hogar responsables de la obligación de cotizar*: el día siguiente a aquél en que se emite el certificado por los servicios médicos competentes, si bien los efectos económicos no se producirán hasta la fecha del cese efectivo en la actividad profesional.

5. Duración

Se abonará durante el período necesario para la protección de la salud de la trabajadora y/o del hijo y finalizará en el momento en que el hijo cumpla 9 meses, salvo que la trabajadora se haya incorporado con anterioridad a su puesto de trabajo/actividad profesional anterior o a otro/otra compatible con su situación.

En caso de trabajadoras contratadas a tiempo parcial, el subsidio se abonará durante todos los días naturales en que se mantenga la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural, con la excepción de que se haya incorporado con anterioridad a su puesto o a otro compatible con su estado.

6. Extinción

La prestación se extingue:

a) En el momento en que el hijo cumpla 9 meses, salvo que la trabajadora se haya incorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su

⁹²² Al efectuarse el pago, se deducirán los importes por cotizaciones a la Seguridad Social (trabajadoras por cuenta ajena) y, en su caso, las retenciones que procedan por IRPF.

situación, en caso de tratarse de trabajadora por cuenta ajena, o hubiera reanudado la actividad profesional que viniera desempeñando, en caso de que fuera trabajadora por cuenta propia.

b) Por la extinción del contrato de trabajo, por las causas legalmente establecidas, en caso de tratarse de trabajadores por cuenta ajena, o por causar baja en el régimen especial de la Seguridad Social en que la trabajadora estuviera incluida.

c) Por interrupción de la lactancia natural.

d) Por fallecimiento de la beneficiaria o del hijo lactante.

7. Responsabilidad de la gestión y el pago de la prestación

Con carácter general, la gestión y el pago de la prestación correrá a cargo de la Entidad gestora (INSS o Instituto Social de la Marina) o Mutua de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional en función de la entidad con la que la empresa de la trabajadora tenga concertada la cobertura de riesgos profesionales.

Respecto al riesgo durante la lactancia natural y los **Regímenes Especiales**, hay que tener en cuenta, que las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia de los distintos Regímenes especiales tienen derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural, en los términos establecidos reglamentariamente, considerándose situación protegida aquella en la que la trabajadora se encuentre durante el período de interrupción de la actividad profesional en los supuestos en que el desempeño de la misma influya negativamente en la salud de la trabajadora o del hijo lactante y así se certifique por los servicios médicos de la entidad gestora correspondiente.

Cuando en el régimen de que se trate no esté contemplada la protección por contingencias profesionales, o la trabajadora no haya incluido como mejora voluntaria la protección de esta situación, se tiene en cuenta la base de cotización por contingencias comunes.

En los casos de trabajadoras del **Régimen Especial de Autónomos**, si la opción por la cobertura de la Incapacidad Temporal se hubiera formalizado con una Mutua y no se hubiera optado por asegurar las contingencias profesionales, es la Mutua la responsable de su abono. Por el contrario, si la trabajadora tiene cubierta la Incapacidad Temporal con el INSS y no ha optado por asegurar las contingencias profesionales, el pago de las prestaciones será a cargo de éste.

Para las trabajadoras del **Régimen Especial Agrario**, (por cuenta ajena), hay que tener en cuenta que tendrán derecho a la prestación con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para las trabajadoras del RGSS, mientras que las trabajadoras por cuenta propia incluidas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, para las prestaciones causadas, a partir del 01-01-2008, por estas trabajadoras se registrarán por lo dispuesto en el RETA, de acuerdo con lo establecido en la Ley 18/2007, sin perjuicio de las peculiaridades establecidas para este Sistema Especial.

Las trabajadoras del **Régimen Especial de Empleadas de Hogar**, tanto fijas como discontinuas, al no tener reconocidas las contingencias profesionales, ni poder formalizar la prestación de Incapacidad Temporal con una Mutua, percibirán la prestación a través del INSS.

La empleada del hogar, que sea responsable de su cotización, (cuando trabaje para más de un cabeza de familia), y la trabajadora por cuenta propia, que tengan un período mínimo de cotización cubierto, pero se encuentren al descubierto en el pago de cuotas, disponen de un plazo de 30 días desde que sean requeridas para ello para ponerse al corriente.

La base reguladora de las empleadas del hogar será la equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal, tomando como referencia la fecha en que se emite el certificado de los servicios médicos.

En sede de protección de esta contingencia, así como para la de riesgo durante el embarazo, para el año 2010 se ha establecido en caso de trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de Empleados del Hogar, para las trabajadoras incluidas en el RETA que no hayan optado por la cobertura de las contingencias profesionales, así como para las trabajadoras incluidas en el sistema especial para trabajadores por cuenta propia agrarios del RETA, que no hayan optado por dar una cobertura total de las contingencias profesionales, una cotización adicional del 0,1%, aplicado sobre la base de cotización.

La trabajadora por cuenta propia que se encuentre en situación de riesgo durante la lactancia natural debe presentar, dentro de los 15 días siguientes a la fecha de suspensión de la actividad y semestralmente, declaración sobre la persona que va a gestionar directamente el establecimiento del que es titular o, en su caso, el cese temporal o definitivo de la actividad desarrollada.

E) – PATERNIDAD

1. Paternidad en situaciones de pluriactividad

En cuanto al subsidio por paternidad,⁹²³ además de las normas de común aplicación a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, hay que tener en cuenta la previsión específica que el art. 23.4 del **RD 295/2009** establece para las situaciones de pluriactividad:

⁹²³ Arts. 133 octies a 133 decies Ley Orgánica 3/2007. En este apartado, vamos a estudiar las cuestiones que puedan tener repercusiones en la cuestión objeto de estudio, la pluriactividad. Cuestiones generales relativas a la contingencia, son: la base reguladora que se toma como referencia es la correspondiente a Incapacidad Temporal por contingencias comunes, consistiendo la prestación en un subsidio equivalente al 100% de esta base reguladora. De su importe se deducirán las correspondientes cotizaciones sociales y las retenciones por IRPF.

“En situaciones de pluriactividad, podrá percibirse el subsidio en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en el que se reúnan los requisitos exigidos.

En tales situaciones, si los trabajadores acreditan las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, se reconocerá un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen.

Si, en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan, y se causará el subsidio en el régimen en el que se acrediten más días de cotización”.

Queda así zanjada la cuestión preexistente a la actual regulación, de si era posible acceder a las prestaciones derivadas de esta contingencia, de forma independiente para cada uno de los regímenes en que se hallara encuadrado el trabajador, en supuestos de pluriactividad, ante la laguna normativa que existía antes de la entrada en vigor del RD 295/2009.

Ante esta laguna normativa, mi opinión personal, era que dado que esta situación supone cotizaciones independientes a cada uno de los regímenes, la interpretación más acorde con la lógica del sistema y de esta situación, era que en caso de reunir el trabajador los requisitos exigidos para causar derecho a la prestación de forma independiente en cada uno de ellos, debería reconocerse tal posibilidad.

Ha habido que esperar al desarrollo reglamentario de esta Ley Orgánica, efectuado por el mencionado RD 295/2009. Previamente a este desarrollo, siguiendo el tenor literal del art. 133 quinquies, de la LO 3/2007, al determinar que existe la posibilidad (*podrá ser denegado, anulado o suspendido*, bajo mi punto de vista, permitía interpretar que no se trataba de una incompatibilidad absoluta la prestación de servicios durante el percibo de la prestación, que dependería del caso concreto.⁹²⁴

Puesto que son relativamente frecuentes los supuestos de pluriactividad en los que se encuentran implicados regímenes especiales de Seguridad Social, se van a analizar, si existen peculiaridades de estos regímenes en sede de prestación de paternidad.

Los trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena incluidos en los distintos Regímenes especiales de la Seguridad Social, tienen derecho a la prestación por paternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General.

⁹²⁴ Otros razonamientos elucubré en previsión a la entonces “futura regulación”, ante la ausencia de regulación, era que quizás se llegara a contemplar en el futuro, de lege ferenda, en el desarrollo reglamentario, que en el caso de que se tratara de una pluriactividad anterior al hecho causante, y el trabajador causara derecho a la prestación de forma independiente en cada uno de ellos, (si se cumplían los requisitos exigidos de forma independiente en cada régimen de Seguridad Social implicado), debía ser compatible el percibo de la prestación en cada uno de los empleos.

Ni a los trabajadores por cuenta ajena del REA ni a los empleados del hogar, responsables de su cotización, les son de aplicación las particularidades previstas en relación con la prestación de los contratados a tiempo parcial.

La duración y distribución de los períodos de descanso durante los cuales los trabajadores por cuenta propia tienen derecho a la prestación por paternidad son las mismas que las de los trabajadores por cuenta ajena; si bien pueden percibir la prestación desde el nacimiento del hijo.

Los trabajadores pertenecientes al RETA, con excepción de los incluidos en el Sistema especial de trabajadores por cuenta propia agrarios, y de los trabajadores económicamente dependientes, presentarán, dentro de los 15 días siguientes a la fecha del inicio del descanso, si la Entidad Gestora lo estima conveniente, una declaración de situación de actividad en el modelo oficial, sobre la persona que gestione directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que sea titular o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad desarrollada.

La falta de presentación de la declaración en el plazo máximo indicado produce los siguientes *efectos*:

- a) La suspensión en el inicio del pago de la prestación, pudiendo iniciarse de oficio las actuaciones pertinentes para verificar la situación en la que queda el establecimiento del que es titular el beneficiario de la prestación.
- b) Si como consecuencia de las actuaciones administrativas se dedujese el carácter indebido de la prestación que, en su caso, se hubiese comenzado a percibir, se procederá a realizar las actuaciones precisas para el reintegro de la misma.
- c) Lo establecido en los dos párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de que pudieran iniciarse los correspondientes expedientes sancionadores en aquellos casos en que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, oportunamente valoradas por la Entidad gestora, así se determine por ésta.

2. Período de cotización

Además de estar afiliados y en alta en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, para tener acceso a la prestación se exige un período previo de cotización de 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al inicio de la suspensión o permiso, o alternativamente, 360 días a lo largo de la vida laboral del trabajador, con anterioridad a la fecha, y *estar al corriente en el pago de las cuotas*, de las que sean responsables directos los trabajadores, aunque la prestación sea reconocida, como

consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena.⁹²⁵

En el cómputo de este período de cotización, además de las cotizaciones efectivamente realizadas o expresamente asimiladas a ellas, se computan los días cuota, es decir la parte proporcional de las pagas extras, salvo las que se hayan realizado durante un contrato de formación⁹²⁶ y los antiguos contratos de aprendizaje.

Este período de 7 años, en el caso de tratarse de *contratos a tiempo parcial*, se ampliará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente trabajada respecto de la jornada habitual en la actividad correspondiente.

Esta regla tiene repercusiones en el supuesto de pluriactividad. En este sentido, si el trabajador pluriactivo desempeñara un puesto de trabajo a tiempo parcial, o incluso todos los trabajos fueran desempeñados a tiempo parcial, y si se reconociera la compatibilidad de la prestación con el trabajo activo, (cuestión que no es demasiado clara, en el art. 133 quinquies, tal y como analizaremos más adelante) tendrían que aplicarse estas ampliaciones de forma independiente para cada encuadramiento.

En cuanto a las normas sobre consideración como período de cotización efectiva, hay que tener en cuenta que el período por paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

En el caso de los trabajadores contratados a tiempo parcial, para acreditar los períodos de cotización, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización:

1. El número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por 5, equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales.
2. El período de 7 años dentro del que han de estar comprendidos los 180 días de cotización exigidos se incrementará en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por el trabajador y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los períodos en que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual.
3. La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo.

⁹²⁵ A tales efectos, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, cualquiera que sea el régimen de Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause ésta.

⁹²⁶ Ya que se cotiza por una cantidad fija en la que no va prorrateada la parte proporcional de pagas extras.

A estos efectos, los períodos de IT, riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, descanso por maternidad o paternidad, durante los que perviva el contrato a tiempo parcial, así como los de percepción de la prestación por desempleo determinados por la suspensión o extinción de una relación laboral de ese tipo, tendrán la misma consideración que el período precedente a la baja médica, al descanso, a la suspensión o a la extinción del contrato respectivamente.

El cómputo de los períodos que legalmente se asimilan a cotizados, que sucedan a períodos trabajados a tiempo parcial, se llevará a cabo de forma idéntica a la utilizada en relación con el último período trabajado.

Cuando se realice simultáneamente más de una actividad a tiempo parcial, se sumarán los días teóricos de cotización acreditados en las distintas actividades, tanto en las situaciones de pluriempleo como en las de pluriactividad en las que deba aplicarse el cómputo recíproco.

En ningún caso, podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo.

Estas particularidades no serán de aplicación a los trabajadores contratados a jornada completa que, no obstante, disfruten los períodos de descanso por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial.

3. Pueden ser **beneficiarios**,⁹²⁷ tanto los trabajadores incluidos en el RGSS, como en los regímenes especiales de Seguridad Social, que disfruten de períodos de descanso legalmente establecidos por nacimiento de hijo, adopción y acogimiento,⁹²⁸ siempre que reúnan los requisitos exigidos.

En el supuesto de parto, la suspensión del contrato de trabajo correspondería exclusivamente al otro progenitor, si reúne los requisitos establecidos y disfruta del período de suspensión o permiso correspondiente.

Si la madre no tiene derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones por maternidad, según las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor podrá percibir el subsidio por paternidad, compatible con el subsidio por maternidad, si reúne los requisitos para acceder a ambos subsidios y disfruta de los correspondientes períodos de descanso.

Si solo existe un progenitor, adoptante o acogedor, si éste percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad.

⁹²⁷ art. 133. nonies LOIMH.

⁹²⁸ Art. 133 nonies: Preadoptivo, permanente o simple, de conformidad con el Cc. o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante el período de suspensión, que por tales situaciones se disfrute, según lo previsto en el art. 48 bis ET.

Si se tratara de un supuesto de disfrute compartido de los períodos de descanso o permisos por maternidad, la condición de beneficiario del subsidio por paternidad es compatible con la percepción del subsidio por maternidad, siempre que el beneficiario cumpla todos los requisitos exigidos.

4. Si se trata de **adopción o acogimiento de un menor**, en los casos de trabajadores incluidos dentro del ámbito de aplicación del ET, o de los trabajadores por cuenta propia incluidos en los regímenes especiales de Seguridad Social, para causar derecho a la prestación, se exige que el adoptado o acogido sea menor de 6 años, o mayor de 6 pero menor de 18 si padece alguna discapacidad,⁹²⁹ que por sus circunstancias y experiencias personales presente especiales dificultades de inserción social y familiar, lo cuál debe quedar debidamente acreditado por los servicios sociales competentes.

En casos de adopción o acogimiento, la suspensión corresponde a uno sólo de los progenitores, a elección de los interesados. En cambio, cuando el período de suspensión o permiso por maternidad fuera disfrutado totalmente por uno de los progenitores, y perciba íntegramente la prestación que corresponda, el derecho a la suspensión por paternidad solamente podrá ser ejercido por el otro, si reúne los requisitos exigidos.

5. Inicio

Como regla general, *los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el ET* podrán ejercitar este derecho *o bien desde la finalización del permiso retribuido previsto legal o convencionalmente* (mínimo 2 días) por el nacimiento del hijo hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad; *o bien, inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión por maternidad.*

Por lo que respecta a los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes Especiales, el período de descanso podrá iniciarse a partir del momento del nacimiento del hijo.

- Si la madre no trabaja, ¿cuándo se inicia el descanso por paternidad? Si la madre no trabaja, no existe la posibilidad de que suspenda su actividad, por lo que el permiso de paternidad debe iniciarse:

a) si se trata de progenitores a los que es de aplicación el ET, desde la finalización del permiso retribuido por nacimiento del hijo,

b) si se trata de progenitores incluidos en el campo de aplicación de los Regímenes Especiales desde el mismo día del nacimiento del hijo.

⁹²⁹ Se entiende que la presenta cuando se acredite una minusvalía en grado igual o superior al 33%.

Fuera de estos supuestos más comunes, hay que estar a lo dispuesto para cada caso particular, madre que ejerce una actividad profesional que no da lugar a su inclusión en el Sistema de Seguridad Social,⁹³⁰ situación de pluriactividad,⁹³¹(...).

Tanto en los supuestos de pluriempleo como los de pluriactividad, los subsidios por paternidad podrán percibirse de manera simultánea, sucesiva o separados en el tiempo.

6. Duración

Respecto a la duración del permiso por paternidad, en el ámbito europeo, destaca la aprobación el 20/10/2010 de una propuesta del Parlamento de la UE, de ampliación del período mínimo del permiso de paternidad en toda la UE, de al menos dos semanas.

Los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el ET tendrán derecho a la suspensión del contrato durante 13 días ininterrumpidos, ampliables en 2 días más por cada hijo a partir del segundo en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples, pudiendo disfrutar dicha suspensión en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50%, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente.

Por lo que respecta a los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, los períodos serán coincidentes, tanto en lo relativo a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena.

Los períodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento, o por paternidad podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial.

Para que puedan disfrutarse a tiempo parcial, tanto el permiso de maternidad como el de paternidad:

1) Será imprescindible el acuerdo previo entre el empresario y el trabajador afectado. En caso de paternidad, la jornada realizada a tiempo parcial no podrá ser inferior al 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo.

2) Este acuerdo puede alcanzarse tanto al inicio del descanso correspondiente como en un momento posterior y puede prolongarse durante todo el período de descanso o parte del mismo, salvo en caso de parto, en que la madre no puede hacer uso de esta modalidad durante las 6 semanas inmediatas posteriores al mismo, que son de descanso obligatorio.

⁹³⁰ En estos casos, el otro progenitor, si le es de aplicación el ET, tendrá derecho primero a la paternidad, que iniciará inmediatamente después del permiso retribuido y después, a la maternidad.

⁹³¹ Estos son los criterios que actualmente viene manteniendo la Administración de la Seguridad Social, tal y como ha publicado en la Web de la Seguridad Social.

3) El derecho al permiso de maternidad, en régimen de jornada a tiempo parcial, podrá ser ejercido por cualquiera de los progenitores, adoptantes o acogedores y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del período de descanso, excepto en el supuesto de parto, en el que la madre no podrá hacer uso de esta modalidad de permiso durante las 6 semanas inmediatas posteriores al mismo, que serán de descanso obligatorio.

4) Durante el período de disfrute del permiso de maternidad o paternidad a tiempo parcial, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

5) El disfrute del permiso será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse mediante nuevo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, a iniciativa de éste y por causas relacionadas con su salud o la del menor.

6) El período durante el que se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice.

7) El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante. No serán de aplicación a este supuesto las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el art. 12 del ET y sus normas de desarrollo.

8) Si el trabajador es beneficiario de la prestación por desempleo de nivel contributivo y la compatibiliza con trabajo a tiempo parcial, cuando pase a las situaciones de maternidad o paternidad, tanto si se disfrutan en régimen de jornada completa como de jornada parcial, se suspenderá la prestación por desempleo en los términos establecidos en el art. 222.3 de la LGSS.

9) Los permisos de maternidad y de paternidad a tiempo parcial son incompatibles:

a) Con el disfrute simultáneo por los mismos trabajadores de los derechos previstos en los apartados 4 y 4 bis del art. 37 del ET y de la reducción de jornada por guarda legal prevista en el apartado 5 de este mismo artículo.

b) Con el ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de familiares regulado en el art. 46.3 del ET.

7. Extinción

Esta prestación puede ser incompatible con el trabajo activo, así se establece expresamente en el art. 133 quinquies de la LO 3/2007, al establecer que este derecho podrá ser denegado, anulado o suspendido además de cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente, para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso.

8. Cese de la actividad autónoma y paternidad

La Ley 32/2010, de 5 de agosto,⁹³² establece que cuando el hecho causante de la protección por cese de actividad se produzca estando el trabajador autónomo en situación de paternidad, seguirá percibiendo esta prestación hasta que la misma se extinga, en cuyo momento pasará a percibir, siempre que reúna los requisitos legalmente establecidos, la prestación económica por cese de actividad que le corresponda.

Si durante la percepción de la prestación económica por cese de actividad el beneficiario se encuentra en situación de paternidad, pasará a percibir la prestación por paternidad que le corresponda; una vez extinguida ésta, el órgano gestor, de oficio, reanudará el abono de la prestación económica por cese de actividad hasta el agotamiento del período de duración a que se tenga derecho.

La DA 8ª de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, establece que las condiciones y supuestos por los que se rija el sistema de protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el *Sistema especial para trabajadores por cuenta propia agrarios*, se desarrollará mediante la correspondiente norma en el plazo de 1 año.

F) – INCAPACIDAD PERMANENTE

F₁. Compatibilidad con el trabajo activo

No hay previsión específica que distinga entre la compatibilidad con un único trabajo, prohibiendo la realización de varias actividades que den lugar al encuadramiento en diversos regímenes de Seguridad Social, por lo cuál parece coherente interpretar, que si se dan los requisitos que determinan la compatibilidad entre estas situaciones de incapacidad de forma independiente en cada uno de los regímenes implicados, sería posible la situación de pluriactividad.

Si es compatible con el trabajo activo, lo sería también con el trabajo pluriactivo, en tanto en cuanto no está prohibido. Si ya es ambigua la regulación de los efectos que con relación a la Seguridad Social, (derechos y obligaciones del interesado), se derivan para con la Administración, de la persona que ya está incapacitada antes del inicio de una sola actividad, más complicada será en el caso del encuadramiento pluriactivo, ya sea simultáneo o sucesivo.

⁹³² BOE 06/08, en vigor desde 6 de noviembre de 2010.

Para algunos autores,⁹³³ partiendo de las finalidades del sistema de Seguridad Social, dar cobertura a determinadas necesidades, y considerando el reconocimiento constitucional del derecho y deber de trabajar, la Administración no puede prohibir realizar una actividad o trabajo.

El hecho de tener o no una determinada discapacidad no puede ser óbice para que una persona realice un determinado trabajo o actividad concreta.

El problema radica, para estos autores, en el hecho de si esa discapacidad, puede o no impedir la afiliación o el alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social, con la consiguiente obligación de cotizar.

Acto seguido se va a analizar la compatibilidad o incompatibilidad con el trabajo activo, en las distintas modalidades de Incapacidad Permanente.

a) Supuestos de Incapacidad Permanente Total

Según el art. 144.1. LGSS, no hay incompatibilidad con el trabajo,⁹³⁴ pudiendo el trabajador convenir con el empresario que el salario asignado a ese puesto de trabajo se reduzca en la proporción que corresponda a su menor capacidad, sin que tal reducción pueda exceder, en ningún caso del 50% del importe de la pensión.

Para **Fernández Orrico**,⁹³⁵ la condición que se determina reglamentariamente es, en esencia, la contenida en el art. 2 RD 1071/1984 de 23 de mayo: *“Los pensionistas de Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual, Absoluta y Gran Invalidez que simultaneen la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, deberán comunicar tal circunstancia a la Entidad gestora competente”*.

En este caso, si se incumple la obligación de comunicación, supone a comisión de una infracción leve prevista en el art. 24.1 TR de la LISOS, sancionable con la pérdida de la pensión durante un mes, impuesta por la entidad gestora.⁹³⁶

⁹³³ **Jiménez Fernández, A., De Lorenzo García, R., Jacob Sánchez, F. M., Cabra de Luna, M.A.**, *“La protección de la Seguridad Social por Incapacidad Permanente”*. Ed. Escuela Libre Editorial. Colección solidaridad. Fundación ONCE. 1ª ed. 1999. Págs. 111 a 126.

⁹³⁴ Art. 24.3 OM que regula la prestación de invalidez, de 15 de abril de 1969.

⁹³⁵ **Fernández Orrico, F. J.**, *“Prestaciones contributivas del Régimen general de la Seguridad Social”*. Ed. Laborum. 1ª ed. 2001. Pág. 213.

⁹³⁶ En su apartado 2, establece que *“El incumplimiento de la obligación establecida en el número anterior dará lugar a la imposición de las sanciones previstas en el número 1 del artículo 8. en relación con el artículo 7, número 1, letra b), ambos del Reglamento General de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social. Ello, con independencia de la obligación de reintegro de los importes indebidamente percibidos de la pensión, conforme a lo establecido por el artículo 56, número 1, de la Ley General de la Seguridad Social”*.

Al estar el trabajador percibiendo un salario en la empresa, se presume que está en alta en la Seguridad Social, sin que por tanto, se exija de modo expreso esta condición de estar dado de alta por el precepto.

b) Incapacidad Permanente Total Cualificada

Al respecto, la LGSS establece que de igual forma podrá determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto en el párrafo 2º del apartado 2 art. 139, y la realización de trabajos por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social.⁹³⁷

c) Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez

Es sorprendente que la LGSS en su art. 141.2, considere la posibilidad de que un inválido absoluto, o con más motivo un gran invalido, pueda trabajar, cuando la propia LGSS en su art. 137.5 entiende, al conceptuar la Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo, aquella que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

Luego, si no puede trabajar, de forma completa en la realización de toda profesión u oficio se plantea la cuestión de cómo es posible que se considere la compatibilidad de un trabajo, con ese estado de invalidez. Para algunos autores,⁹³⁸ se trata de otra incongruencia del sistema, que el pensionista de una Incapacidad Permanente Absoluta, pueda trabajar y a la vez cotice a la Seguridad Social, por ser contradictorio con el propio concepto de Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez.

Al igual que en la Incapacidad Permanente Total, en la Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez, se debe comunicar la realización de un trabajo a la entidad gestora, siendo obligatoria su alta y cotización, siempre que el desarrollo de los trabajos den lugar a la inclusión en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social.⁹³⁹

F₂. Compatibilidad/ incompatibilidad con otras prestaciones la Seguridad Social

En los supuestos de pluriactividad sí que se podría percibir más de una pensión por Incapacidad Permanente, lo cuál supone una importante diferencia con respecto a la situación de un trabajador que no se encuentre en esta situación.

En este caso de pluriactividad, es posible el devengo de dos o más pensiones, siempre que se hayan acreditado de forma separada los requisitos exigidos en cada régimen de encuadramiento.

⁹³⁷ La determinación de la incompatibilidad se concreta en el Decreto 1646/1972 de 23 de junio en su art. 6.3 y 4. Es decir, el 20 % de la base reguladora de la pensión.

⁹³⁸ **Fernández Orrico, F. J.**, *“Prestaciones contributivas del Régimen general de la Seguridad Social”*. Ed. Laborum. 1ª ed. 2001. Pág. 214.

⁹³⁹ Resolución de 2 de noviembre de 1992 de la DG de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social.

Del mismo modo que no es posible percibir la pensión de Incapacidad Permanente y otra de jubilación, salvo en el caso de haber pertenecido simultáneamente a más de un régimen de la Seguridad Social, por ejercer más de una actividad con inclusión obligatoria y cotización independiente a cada uno de esos regímenes (pluriactividad).⁹⁴⁰

La posibilidad de que el trabajador, por el hecho de haber cotizado simultáneamente en 2 o más regímenes de la Seguridad Social, pueda causar dos o más pensiones de Incapacidad Permanente, en función de un mismo hecho causante fue negada por el TSJ de Madrid en ST de 26 de abril de 1990, (AS 1990, 1667); al entender que el reconocimiento de dos estados de invalidez separadamente, no puede admitirse.

Sin embargo, este criterio fue rectificado por el TS en STS de 15 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2074); al considerar compatible la percepción por el trabajador de una pensión de Incapacidad Permanente Absoluta en el RGSS, como consecuencia de un accidente de trabajo que sufrió realizando trabajos por cuenta ajena y la percepción de una pensión de Incapacidad Permanente Absoluta en el Régimen Especial Agrario con base a las mismas lesiones.

La LGSS, en el art. 138. 4, establece la posibilidad de causar derecho a la pensión de invalidez en más de un régimen de Seguridad Social, cuando el interesado no se encuentre en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la del alta, siempre que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos durante 15 años.

a) Incapacidad Permanente Parcial

Si el art. 122 LGSS, no contempla más que la incompatibilidad de pensiones y no de prestaciones, y consideramos la indemnización a tanto alzado prevista para la Incapacidad Permanente parcial no es una pensión, sino una prestación, debemos afirmar su compatibilidad con cualquier pensión del sistema de Seguridad Social.⁹⁴¹

Esta es la conclusión a la que ha llegado la doctrina del TSJ de Madrid, porque la prestación por Incapacidad Permanente Parcial no es una pensión, sino una compensación o indemnización por el menoscabo funcional u operativo, y el hecho de que consista en 24 mensualidades de salario, no supone sino un modo de evaluación de la misma y no por ello pierde el carácter de cantidad a tanto alzado que le otorga el art. 131.1 LGSS, sin posibilidad en ningún caso de consistir en pensión vitalicia o temporal, de manera que el supuesto es distinto a las demás incapacidades permanentes, ya que incluso, en la total, donde la pensión puede sustituirse por una cantidad a tanto alzado,

⁹⁴⁰ AAVV Dir. **Martín Valverde A.** y **García Murcia J.**, *“Tratado práctico de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”*. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2002. Parágrafo nº 4458, pág. 1593 y 5031 pág. 1807 y 1808.

⁹⁴¹ **AAVV, Sempere Navarro, A.V., Aguilera Izquierdo, R.**, *“Doctrina del TSJ de Madrid sobre Seguridad Social (1989-2000)”*. Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2002. Pág. 41.

ésta, al tener que equivaler a aquella, no es sino la pensión misma abonada de una sola vez, mediante los cálculos actuariales pertinentes, no pudiendo equipararse, por lo tanto, a la cantidad a que se refiere el art. 131. LGSS.⁹⁴²

Al margen de este argumento tenemos que considerar que el término pensión, por expresa previsión legal, incluye la indemnización a tanto alzado, que en su caso, sustituye a la pensión vitalicia de Incapacidad Permanente total, art. 122.2 LGSS, previsión legal, que sin embargo es inexistente en el caso de la indemnización por Incapacidad Permanente Parcial.⁹⁴³

Por otro lado, el apartado 2 del art. 122, establece que *el régimen de incompatibilidad establecido en el apartado anterior, será también aplicable a la indemnización a tanto alzado prevista en el apartado 2 del art. 139, como prestación sustitutiva de la pensión de invalidez en el grado de Incapacidad Permanente total.*

Al respecto, podemos mencionar que la jurisprudencia sí considera incompatible el percibo de la indemnización a tanto alzado por Incapacidad Permanente Parcial, con la pensión por Incapacidad Permanente Total, posteriormente reconocida, si fuera por la misma contingencia, [STS de 1 de diciembre de 1998, (RJ 1998, 8920)], ya que es este el supuesto al que alude el art. 122.2 LGSS y al que se circunscribe la incompatibilidad.

b) Para causar derecho a pensión por invalidez permanente, en los grados de **Incapacidad Permanente Absoluta** para todo trabajo o **Gran Invalidez** derivadas de contingencias comunes, en caso de pluriactividad, en el RGSS y en otro u otros de la Seguridad Social, será necesario, que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos durante 15 años. Arts. 138.4 LGSS y 6 del RD 1799/1985 de 2 de octubre.

c) Estas reglas de incompatibilidad de pensiones derivadas de Incapacidad Permanente, con otras pensiones del sistema público de Seguridad Social, encuentran otra excepción cuando se está ante la **asignación económica por hijo a cargo, en el nivel contributivo**, o de las **pensiones de viudedad y orfandad**.

Respecto a estas últimas, hay que tener en cuenta que si se trata de huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad, y en razón a su condición de incapacitados y a los que por las mismas dolencias que motivaron la incapacidad que dio lugar a la pensión de orfandad, se les reconozca, por razón de los trabajos realizados por ellos mismos, una pensión de Incapacidad Permanente de la Seguridad Social, deberán optar por una de ellas, conforme al art. 179.3 LGSS y art. 103 RD 1647/1997.

⁹⁴² STSJ Madrid de 12 de marzo de 1998, (AS 1998, 1125). En el mismo sentido, SSTSJ Madrid 24 febrero de 1998, (AS 1998, 602); 29 de enero de 1998, (AS 1998, 5020).

⁹⁴³ Supuesto distinto es el contemplado por la STS de 1 de diciembre de 1998, (RJ 1998, 8920); considera incompatible el percibo de la indemnización a tanto alzado por Incapacidad Permanente parcial con la pensión de Incapacidad Permanente total, luego reconocida, si fue por la misma contingencia.

d) Igualmente constituye otra excepción a la incompatibilidad, la posibilidad que contempla el art. 152 LGSS, pudiéndose percibir prestaciones por Incapacidad Permanente derivadas de contingencias profesionales y las indemnizaciones por baremo, que procedan, por **lesiones permanentes no invalidantes**, siempre y cuando las lesiones, mutilaciones o deformaciones que den lugar al reconocimiento de las lesiones permanentes no invalidantes, sean totalmente independientes de las que se hayan tenido en cuenta para declarar la situación de Incapacidad Permanente.⁹⁴⁴

e) **Pensión de jubilación**: El art. 138.1 párrafo 2º LGSS, ha quebrado la hasta ahora opción de la pensión por parte del trabajador,⁹⁴⁵ dando preferencia, en caso de tener derecho a pensión de Incapacidad Permanente y de jubilación, a esta última, siempre que el interesado reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y la edad de 65 años.⁹⁴⁶

F₃. Incapacidad permanente en situaciones de pluriactividad cuando se producen encuadramientos en regímenes especiales

Resulta imprescindible analizar la contingencia de Incapacidad Permanente en los diversos regímenes especiales, para lograr una adecuada comprensión del régimen jurídico aplicable en caso de que el trabajador se encontrara en situación de pluriactividad en unos y otros regímenes, ya sea simultánea o sucesivamente.⁹⁴⁷

En el **Régimen Especial de Trabajadores del Mar**, en caso de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, en el caso de trabajadores por cuenta

⁹⁴⁴ Jiménez Fernández, A., De Lorenzo García, R., Jacob Sánchez, F. M., Cabra de Luna, M.A., “La protección de la Seguridad Social por Incapacidad Permanente”. Ed. Escuela Libre Editorial. Colección solidaridad. Fundación ONCE. 1ª ed. 1999. Pág. 99. La indemnización a tanto alzado cuya cuantía viene establecida en el baremo aprobado al efecto, resulta incompatible con el reconocimiento de otra prestación de IP, cuando ambas tengan un origen común.

⁹⁴⁵ establecida en el art. 122 LGSS, con carácter general.

⁹⁴⁶ Art. 161.1. a) de la LGSS y el art. 10 del RD 1132/2002.

Art. 10.1. *No se reconocerá el derecho a las prestaciones de Incapacidad Permanente, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga sesenta y cinco o más años y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, excepto que el origen de la Incapacidad Permanente se deba a contingencias profesionales.*

Art. 10.2. *Tendrán derecho a las prestaciones de Incapacidad Permanente, por contingencias comunes (...) las personas que, reuniendo las condiciones exigidas, sean declaradas en tal situación cuando en la fecha del hecho causante tengan cumplidos sesenta y cinco años y no reúnan todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.*

⁹⁴⁷ A favor de la consideración de la obligatoriedad, con matices, Ferrer López, M. A., “Casos Prácticos de Seguridad Social 2010”. Deusto S.A. Barcelona. 19ª edición, actualizada a mayo de 2010. Pág. 370, considera que los requisitos generales para causar derecho a la prestación en los Regímenes especiales, en cada caso, son los siguientes: 1) estar en alta o situación asimilada al alta en el Régimen correspondiente.

No obstante, considera que se puede causar derecho a la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, derivada de contingencias comunes, desde la situación de no alta. 2) Estar al corriente en el pago de las cuotas, de las que sean responsables directos los trabajadores.

ajena en la base reguladora, se aplica el sistema de integración de lagunas contenido en el art. 140.4 LGSS, ya que así lo establece la DA 8ª. 2 de la LGSS.

Pero mientras que en el **Régimen Especial de la Minería del Carbón** se aplican unos coeficientes reductores, en el caso del **Régimen Especial de Trabajadores del Mar**, no se aplican éstos ya que no están expresamente previstos por la normativa reguladora, además en el régimen del mar, la compensación económica por descansos no disfrutados, no se computa a efectos de la base reguladora de incapacidad permanente.

a) Incapacidad Permanente en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

Los requisitos para acceder al derecho a las pensiones por Incapacidad Permanente en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos son:

- 1) Estar en alta o situación asimilada en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
- 2) Encontrarse al corriente en el pago de las cuotas.

El TS ha matizado que el aplazamiento del pago de las cuotas obtenido después de la fecha del hecho causante no equivale al cumplimiento del requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas para acceder al cobro de una pensión por Incapacidad Permanente, puesto que el art. 28 del Decreto 2530/1970, cuando contempla los condicionantes para que proceda el abono de la pensión a quien no está al corriente en el pago de sus cuotas anteriores sólo entiende que ha cumplido tal requisito quien paga su deuda bien en los 30 días siguientes a la invitación o requerimiento, bien en cualquier momento posterior y no da opción a ninguna otra salida que no sea la del pago efectivo. STS de 7 de mayo de 2004, (Ar. 4365).

- 3) Acreditar el período de cotización exigido, salvo en el supuesto de que la Incapacidad Permanente derive de accidente y el trabajador se encuentre en situación de alta o asimilada a alta.⁹⁴⁸

El TS ha admitido la validez de las cotizaciones efectuadas con posterioridad al reconocimiento por el INSS de una Incapacidad Permanente total derivada de enfermedad común sin derecho a prestaciones, cuando se hubiera continuado en alta y cotizando en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.⁹⁴⁹

Así mismo el TS exige tener en cuenta las pagas extraordinarias en la inteligencia de que la legislación aplicable ha establecido el cómputo del período de carencia en el

⁹⁴⁸ DA 13ª.2 del RD 9/1991 de 11 de enero, por el que se establecen las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fogasa y Formación Profesional en 1991 y STS de 12 de diciembre 2001. (Ar. 10163).

⁹⁴⁹ SSTs 29 noviembre 1993, (Ar. 9088); 10 de mayo y 13 octubre de 1995, (Ar. 3764) y (Ar. 7750); respectivamente.

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por días cuota y no por días naturales, para aquellas situaciones posteriores al 1 de enero de 1986 a razón de 60 días por año.⁹⁵⁰

En el caso de la Incapacidad Permanente Total Cualificada, el reconocimiento del derecho al incremento del 20% ha sido establecido por el art. 3 RD 463/2003 de 25 de abril.⁹⁵¹

Además de exigir que el pensionista tenga una edad igual o superior a 55 años, y que no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de explotación agraria o marítimo pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo, no debe ejercer una actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que de lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social.

El incremento quedará en suspenso durante el período en el que el trabajador obtenga un empleo o efectúe una actividad lucrativa por cuenta propia que sea compatible con la pensión de Incapacidad Permanente total que viniera percibiendo.

El TS en ST de 26 de enero de 2004, (Ar. 2425) y 13 de abril de 2005, (Ar. 1785); ha denegado este incremento al trabajador de la minería del carbón jubilado al que se le reconoce una pensión por Incapacidad Permanente Total derivada de silicosis en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos porque el art. 139.2 de la LGSS intenta cubrir el vacío de recursos económicos provocado por las circunstancias que enumera al dificultar la obtención de empleo, y ese vacío es en este caso inexistente porque las pensiones de jubilación a las que no es preciso renunciar por su compatibilidad con la pensión de incapacidad tienen como razón de ser suplir la falta de rentas procedentes del trabajo, en su totalidad motivada por la edad.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 20/2007, la protección por IP se dispensaba de forma obligatoria en el RETA, en caso de accidente no laboral, y enfermedad común, y los trabajadores podían mejorar voluntariamente la acción protectora incorporando las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales siempre que simultáneamente, hubieran optado por incluir también la prestación económica por incapacidad temporal.

Desde el 1 de enero de 2008, todos los trabajadores incluidos en el RETA deben incluir la cobertura de incapacidad temporal, salvo que tenga derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social, esto es, en situaciones de pluriactividad, o se trate de trabajadores incluidos en el sistema especial para trabajadores por cuenta propia agrarios.

⁹⁵⁰ SSTs de 3 de marzo de 1992. (Ar. 1614), 17 de abril de 1997. (Ar. 3206) y 20 de junio de 2002. (Ar. 7500).

⁹⁵¹ Modifica el art. 38.1 del Decreto 2530/1970.

Los trabajadores autónomos económicamente dependientes deben incorporar obligatoriamente, dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, la cobertura de la incapacidad temporal y de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

Respecto al período mínimo de cotización, se plantean las siguientes especialidades en el ámbito de la IP del RETA:

1) Sólo se computan las cotizaciones realizadas antes del día primero del mes en que se cause la prestación, por las mensualidades transcurridas hasta el mismo y las correspondientes a dicho mes que se integren en dicho plazo.

2) Las cotizaciones exigibles correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta producen efectos, una vez ingresadas con los recargos correspondientes.⁹⁵²

En cuanto a la base reguladora de la IP en el RETA, no procede la integración de lagunas que puede haber en la cotización durante el período que haya que tomar de referencia para el cálculo de la base reguladora.

En el RETA la Incapacidad Permanente Parcial, causada por contingencias comunes, no es objeto de protección en el RETA.

Respecto a la prestación económica Incapacidad Permanente Total, en el RETA, se podría incrementar el 20% de la base reguladora, en caso de la incapacidad permanente total cualificada, si se ha reconocido a partir de 1 de enero de 2003, el trabajador es mayor de 55 años, y no ejerce una actividad retribuida, ni sea titular de un establecimiento mercantil o industrial. Se excluye por tanto tal incremento en casos de pluriactividad o pluriempleo. La indemnización a tanto alzado, sustitutoria de la pensión vitalicia, en el RETA es de 40 mensualidades.

Respecto a la incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, salvo las peculiaridades mencionadas relativas al período mínimo de cotización y el cálculo de la base reguladora, no se consideran otras especialidades en el RETA.

b) Incapacidad Permanente en el Régimen Especial Agrario

1. En esta contingencia también se plantea si es necesario estar al corriente en el pago de las cuotas para tener derecho a la prestación.

En torno a la cuestión se observa un cambio jurisprudencial: al principio la jurisprudencia mantenía la misma interpretación que para la incapacidad temporal,⁹⁵³ en base al artículo 46.2 del Reglamento aprobado por Decreto 3772/1972 y del artículo 12

⁹⁵² Ferrer López, M. A., “Casos Prácticos de Seguridad Social 2010”. Deusto S.A. Barcelona. 19ª edición, actualizada a mayo de 2010. Pág. 371.

⁹⁵³ STS de 14 de diciembre de 1992, (Ar. 10079).

del texto refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, aprobado por Decreto 2123/1971, de 23 de julio, que regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

El artículo 46.2 citado, dispone que para causar derecho a las prestaciones será indispensable *"estar al corriente en el pago de las cuotas, sin perjuicio de los plazos y excepciones señalados en el presente Reglamento"*; y el artículo 12, también citado, dispone que *"los trabajadores inscritos en el censo que no se encuentren al día en el pago de las cuotas perderán, en principio, el derecho a cualquiera de las prestaciones establecidas en la presente Ley, sin que el pago fuera de plazo de aquellas cuotas debidas produzca otros efectos que los expresamente reconocidos en su articulado"*.

Sin embargo, a partir de la STS de 18 de noviembre de 1997, (Ar. 8612), el TS considera que no es necesario que para causar derecho a las prestaciones el causante se encuentre al corriente en el pago de las cuotas, aceptando el ingreso de los descubiertos después del acaecimiento del hecho causante, basándose en que el artículo 16 del Texto Refundido del Régimen Especial, aprobado por Decreto 2123/1971, de 23 de julio, establece la validez de las cuotas ingresadas fuera de plazo referidas a período o períodos en que el trabajador estaba en alta en el Régimen Especial. Aquí está el reconocimiento de la eficacia retroactiva al ingreso tardío de las cuotas.

Así pues, entiende que la normativa contenida en los arts. 46.2 del Reglamento aprobado por Decreto 3772/1972 y del artículo 12 del texto refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, aprobado por Decreto 2123/1971, de 23 de julio, que regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social; hay que integrarla con otros mandatos contenidos en la propia legislación reguladora del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, como el artículo 19 del texto refundido de la Ley, que después de precisar cuáles son las prestaciones de la acción protectora del Régimen Especial, dispone que *"las prestaciones que se enumeran en el artículo anterior se otorgarán en la misma extensión, forma, término y condiciones que en el Régimen General, con las particularidades que se determinan en el presente y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo"*; y en el artículo 25.2 dice la Ley que *"En ningún caso el nivel de protección de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario será inferior al establecido para los trabajadores por cuenta propia de la industria y de los servicios"*; y consecuente con dicho mandato que establece para los trabajadores por cuenta propia una protección similar con los trabajadores autónomos, dispone en el artículo 56.2 del Reglamento General que *"en ningún caso el nivel de protección de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario será inferior al establecido para los trabajadores por cuenta propia de la industria y de los servicios, a cuyo efecto se tendrá en cuenta el conjunto de la acción protectora aplicable a unos y otros"*.

El TS no lo admite en todos los supuestos, sino que han de cumplirse unas condiciones:

- a) Que el periodo de carencia legalmente exigido esté cubierto.
- b) Que los descubiertos de cuotas no sean expresivos de una conducta de separación del seguro.
- c) Que antes de concederse la prestación el beneficiario cubra los descubiertos.

En el FJ 5º de la STS de 18 de noviembre de 1997, (Ar. 8612), se especifica la razón de ser de esta diferencia de trato entre la prestación por Incapacidad Temporal y la Incapacidad Permanente, ya que la necesidad de protección de la Incapacidad Temporal, es por naturaleza, temporal, mientras que el inválido permanente tendría que soportar una situación mucho más perjudicial.

En el caso de la invalidez permanente, habrá de examinarse individualizadamente, según el supuesto concreto a resolver. De no hacerse así, se llegaría a la solución manifiestamente injusta de sostener para una pensión de larga duración, que un ligero período de descubierto conduciría a la negación de la prestación por invalidez permanente.

2. Aplicabilidad de la ficción de integración de lagunas de cotización

La jurisprudencia considera que no procede aplicar al Régimen Especial Agrario el régimen contemplado en la LGSS sobre integración de lagunas de cotización, por medio de la ficción jurídica de computar bases mínimas, al entender que esta ficción no es aplicable a todos los regímenes de la Seguridad Social.⁹⁵⁴

En el FJ 4º de la STS de 18 de noviembre de 1997, (Ar. 8612), se establece que “*A los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial no les es de aplicación la integración de bases mínimas previstas en el artículo 3.4 de la Ley 26/1985, de 31 de julio, para los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General y de determinados Regímenes Especiales, como el Agrario; esto es la integración de lagunas de cotización en período en que ésta no es exigible*”.

Y es que, como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1992, recurso 972/1992, (RJ 1992\8829);⁹⁵⁵ de entenderse que del artículo 27.1 del Decreto 2123/1971, de equiparación de los autónomos agrarios a los asegurados del Régimen General, en materia de prestaciones de invalidez permanente, “*suprime toda particularidad de la acción protectora del citado colectivo, se estaría a un paso de atribuir al repetidamente citado artículo 3.4 de la Ley 26/1985 una cualidad de norma general del sistema de la Seguridad Social que evidentemente no tiene. Así lo prueba el artículo 6 de la citada Ley, que no lo incluye en la lista de preceptos de aplicación a todos los regímenes (par. 1), y tampoco en la relación de los preceptos aplicables al conjunto del Régimen especial agrario (par. 2)*”.

⁹⁵⁴ STS 23 de noviembre de 1992. (Ar. 8829).

⁹⁵⁵ A favor: STS de 14 de abril de 2005, (RJ 2005\6399), y STS de 18 de noviembre de 1997, (RJ 1997\8612).

En el REA, además el trabajador ha de reunir las condiciones exigidas para su inclusión en el censo. En el supuesto de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la protección se extiende a quienes de hecho se encuentren prestando servicios como trabajadores por cuenta ajena en labores agropecuarias.

Si el trabajador se desplaza al extranjero, por tiempo inferior a un año, a causa del trabajo, se trataría de un supuesto de asimilación al alta, si se comunicara a la Seguridad Social.

En este régimen, y en el ámbito de esta contingencia, no resultan de aplicación las peculiaridades previstas en relación con los contratos a tiempo parcial.

c) Incapacidad Permanente en el Régimen Especial de Empleados del Hogar

En este Régimen especial, no existe la clasificación de riesgos profesionales, accidente de trabajo y enfermedad profesional, por lo que la protección en caso de accidente, se efectúa como si se tratara de accidente no laboral.

En este régimen especial, no resultan de aplicación las peculiaridades previstas para la contratación a tiempo parcial.

Según el Decreto 2346/1969 de 25 de septiembre, las prestaciones por invalidez, se conceden a los trabajadores incluidos en este régimen especial en los mismos términos y condiciones que en el RGSS, con las siguientes salvedades:

1. Condiciones de acceso

Si prestan servicios con carácter parcial o discontinuo, se exige estar al corriente en el abono de las cotizaciones, para poder acceder a las prestaciones, como sucede en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Las cuotas correspondientes a períodos anteriores a la fecha de efectividad de la afiliación o alta, no se computarán a efectos de cubrirlos períodos de cotización exigidos para obtener la pensión.

Para el acceso a pensiones de invalidez permanente derivada de accidente, si el trabajador se encontrara en alta o situación asimilada, no se exige ningún período previo de cotización. DA. 11ª RD 2319/1993 de 29 de diciembre.

El período mínimo de cotización exigible en los supuestos de incapacidad permanente parcial derivada de enfermedad o accidente es de 60 mensualidades en los 10 años anteriores a la fecha en que se produjo el hecho causante.

2. Base reguladora

Para determinar la base reguladora, en el cálculo de las prestaciones económicas, se entiende que la base de cotización ha sido la base mínima que para los trabajadores mayores de 18 años haya estado vigente en cada momento en el Régimen General.

No procede la integración de laguna que pueda haber en la cotización durante el período que haya que tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora.

3. Contenido y cuantía de la prestación

No se aplica la integración de lagunas de cotización, en el período de determinación de la base reguladora, conforme al nº 2 DA 8ª LGSS. Además hay que recordar, que en este régimen, no se distingue entre el carácter común o profesional de los riesgos y las prestaciones que en caso de accidente se conceden como si fuera accidente no laboral y en caso de enfermedad, como si fuera común.

El profesor **Luján Alcaraz**,⁹⁵⁶ considera que para que resulte beneficiario de más de una pensión, cada una ha de traer causa en regímenes distintos de la Seguridad Social, es decir, pluriactividad, y que los períodos cotizados en un régimen, no han de haber sido objeto de totalización para causar pensión en otro régimen. En todo caso, el importe conjunto a percibir, queda sujeto a los límites anuales establecidos en la correspondiente LPGE para el señalamiento inicial de las pensiones públicas, y se reducirán proporcionalmente cada una de las pensiones hasta absorber el exceso.

d) Incapacidad Permanente en el Régimen Especial de la Minería del Carbón

A este Régimen se le aplican las disposiciones del Régimen General en lo referente a la base reguladora de las pensiones de Incapacidad Permanente cuando procede de contingencias comunes (DA 8ª del TR de la LGSS), pero para computarse se tendrán en cuenta las bases normalizadas que operan en este Régimen Especial.

Hay que tener en cuenta que en este régimen especial, se distinguen bases diferenciadas a efectos de cotización por contingencias comunes y por contingencias profesionales.

La base de cotización por contingencias profesionales se obtiene teniendo en cuenta los salarios reales percibidos por el trabajador, (arts 56 a 59 RD 2064/1995 de 22 de diciembre), mientras que las derivadas de contingencias comunes será la normalizada que se determine para cada uno de los ámbitos territoriales que se establecen, estas zonas en las que se divide el territorio español son cuatro.⁹⁵⁷

En el régimen especial de la minería del carbón se dan las siguientes peculiaridades relativas a la Incapacidad Permanente con respecto al régimen general:

⁹⁵⁶ **Luján Alcaraz, J.**, *“El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados del Hogar”*. Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2000. Pág. 101. Se fundamenta en la STSJ Cataluña de 17 de mayo de 1993, (AS 2512), que declaró la incompatibilidad entre la Incapacidad Permanente Total del Régimen Especial de Empleados del Hogar con una pensión de orfandad del RGSS. Respecto al Régimen Especial de Empleados del Hogar y Régimen Especial Agrario, señala la STS de 23 de junio de 1981, (RJ 1981, 2876).

⁹⁵⁷ Para mayor ahondamiento: AAVV **García Ninet, J. I.**, Dir. Técnico, y **Vicente Palacio, A.**, *“Regímenes Especiales de la Seguridad Social”*. CISS. Valencia. 1ª ed. 1998. Págs. 276 a 278.

1. Según el art. 8.1 del Decreto 298/1973 y 17 y 18 de la Orden de 3 de abril de 1973, la **calificación de la Incapacidad Permanente** se lleva a cabo valorando el estado del beneficiario que resulte del conjunto de reducciones anatómicas o funcionales determinadas por las distintas contingencias. A tales fines se constituyen EVIS especiales.

Para la declaración de la existencia de la situación de incapacidad permanente y para la calificación del grado de incapacidad, en este Régimen especial, se toma en consideración el estado resultante del conjunto de reducciones anatómicas o funcionales determinadas por diversas contingencias, y se considerará como determinante la que lo haya sido de la última reducción anatómica o funcional. Si no pudiera precisarse, se consideraría la que se estimara como de mayor importancia.

No se exige período previo de cotización alguno cuando alguna de las reducciones tomadas en consideración para la declaración y calificación de la incapacidad permanente sea debida a enfermedad profesional o accidente, ya sea ésta laboral o no.

2. La Orden TAS/31/2007, de 16 de enero, establece que a efectos de determinar la **cotización**,⁹⁵⁸ por los pensionistas de Incapacidad Permanente, en los supuestos referidos en los artículos 20 y 22 de la Orden de 3 de abril de 1973, para la aplicación y desarrollo del Decreto 298/1973, de 8 de febrero, y cuando no exista base normalizada de cotización correspondiente a la categoría o especialidad profesional que ocupaban los pensionistas, en todos o en alguno de los períodos que han de tomarse en cuenta para el cálculo de la pensión de jubilación y a efectos de determinar las cantidades a deducir de la pensión de jubilación, se aplicarán las siguientes reglas:

1ª- Se tendrá en cuenta como base de cotización y por los períodos indicados, la base de cotización fijada para la categoría o especialidad profesional de que se trate, antes de su desaparición.

2ª- La citada base de cotización se incrementará aplicándola el porcentaje de incremento que haya experimentado la base mínima de cotización en el Régimen General correspondiente al grupo de cotización en que estuviese encuadrada la categoría o especialidad profesional a las que perteneciese, en su momento, el trabajador.

3. La **base reguladora** sería la resultante de aplicar las bases de cotización normalizadas vigentes durante el mes del ejercicio del derecho y las inmediatamente

⁹⁵⁸ Hay que tener en cuenta que en este régimen especial, tanto en lo que respecta a las bases de cotización como a los tipos de cotización resultan aplicables las previsiones del Régimen General pero, para las contingencias comunes, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales debe determinar las bases normalizadas, correspondientes a cada año, dentro del ámbito territorial de cada una de las zonas que se hayan establecido y por categorías, grupos de categorías y especialidades. Arts. 56 a 59 RD 2064/1995 de 22 de diciembre. Para el año 2010, se han establecido en la **Orden TIN/2408/2010**, de 15 de septiembre, ya analizada en las págs. 279-281 de esta Tesis.

anteriores para la categoría o especialidad profesional que tuviera el interesado al producirse la Incapacidad Permanente.⁹⁵⁹

En el caso de silicosis, la base reguladora de la Incapacidad Absoluta sería la constituida por el promedio obtenido por los trabajadores de su misma categoría profesional, centro de trabajo igual o similar en el año inmediatamente anterior al diagnóstico de la enfermedad, aunque el incapacitado hubiera estado cesante o jubilado anteriormente.⁹⁶⁰

4. Si se califica la Incapacidad Permanente como **total para la profesión habitual**, son de aplicación unas bonificaciones en la edad, tanto a efectos de sustitución excepcional de la pensión vitalicia por una indemnización a tanto alzado, como del posible incremento de la pensión: 20% para la Incapacidad Permanente Total cualificada para mayores de 55 años, al entender que tendrán mayores dificultades para encontrar empleo en actividad distinta de la habitual anterior.⁹⁶¹

Se aplica el mismo procedimiento de descuento de cuotas que para la jubilación de inválidos totales.

Esta bonificación se aplica tanto en caso de pluriactividad simultánea, cuando realizando varias actividades profesionales para varios empresarios, una de ellas se encuadre en este régimen especial y también en caso de pluriactividad sucesiva, es decir a quienes hayan estado en el régimen de la minería del carbón se encuentren en otro régimen cuando se aplique la sustitución o incremento.⁹⁶²

Es más, este incremento del 20% de la Incapacidad Permanente cualificada, se reconoce incluso en el caso de que el trabajador haya cumplido la edad de jubilación [STS de 20 de diciembre de 1994, (Ar. 10700)],⁹⁶³ y se extiende a los mineros que no sean de minas de carbón.⁹⁶⁴

5. En caso de **Incapacidad Permanente Absoluta** y **Gran Invalidez**, las prestaciones se calculan con arreglo a bases normalizadas.

⁹⁵⁹ La base reguladora será la que corresponda a una pensión de jubilación computando las bases normalizadas de cotización vigentes durante el mes del ejercicio del derecho y las inmediatamente anteriores para la categoría o especialidad profesional que tuviera el interesado al producirse la invalidez permanente.

En aquellos supuestos en que a la nueva cuantía de jubilación se acceda en virtud de renuncia a otra pensión, las bases de cotización correspondientes se computarán teniendo en cuenta la fecha del hecho causante de la pensión a la que se renuncia, con independencia de que no hubiera sido todavía dispuesta su normalización.

⁹⁶⁰ STS de 14 de junio de 1993, (Ar. 4671).

⁹⁶¹ Arts. 8.2 decreto 298/1973 y 19 de la Orden de 3 de abril de 1973.

⁹⁶² Igual norma se aplicará cuando la sustitución o el incremento tenga lugar en otro Régimen de la Seguridad Social y afecte a trabajadores que estén o hubieran estado comprendidos en este Régimen Especial de la Minería del Carbón.

⁹⁶³ Ya se haya alcanzado la edad real o ficticiamente al aplicar los coeficientes reductores de la edad de jubilación.

⁹⁶⁴ STS de 28 de octubre de 1994. (Ar. 10335).

Los pensionistas de este Régimen Especial por Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez, una vez cumplida la edad de 65 años, sin perjuicio de que la misma deberá entenderse cumplida cuando se alcance por aplicación de los coeficientes reductores, tendrán derecho a que la pensión de invalidez pase a tener la cuantía de una pensión de jubilación, de ser ésta superior y siempre que el pensionista no sea titular de ninguna otra pensión de la Seguridad Social o que renuncie a ella.

También es condición necesaria que la pensión de Incapacidad Permanente Absoluta o de Gran Invalidez, no hubiera sustituido a la de jubilación, en virtud de opción del interesado, o que el trabajador no haya optado por la jubilación del RGSS,⁹⁶⁵ y que no tenga reconocida una Incapacidad Permanente Absoluta del RGSS.⁹⁶⁶

Los pensionistas de Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez, al cumplir los 65 años de edad o cuando ésta se alcance por aplicación de los coeficientes reductores, tendrán derecho a que su pensión de incapacidad tenga la misma cuantía que la que le correspondiera por jubilación, siempre que no perciba otra pensión de la Seguridad Social o renuncie a ella y que la pensión de Incapacidad Permanente Absoluta o de Gran Invalidez no hubiera sustituido, en virtud de opción, a la jubilación que el interesado percibiese en este Régimen Especial.

Esto significa, que cuando el pensionista alcance la edad de jubilación, 65 años, o la que le corresponda por aplicación de las bonificaciones, tiene derecho a que su pensión de incapacidad permanente pase a tener la cuantía de la pensión de jubilación que le hubiera correspondido como si el tiempo de incapacidad hubiera sido de actividad y durante el mismo hubiera estado cotizando por las bases que le correspondían.⁹⁶⁷

Para causar este derecho, el pensionista no debe ser titular de ninguna otra pensión de la Seguridad Social, o renunciar a ella, y la pensión de incapacidad permanente de que disfrute, no debe serlo por la sustitución de la pensión de jubilación que anteriormente pudiera haber estado percibiendo.

En caso de que la causa haya sido Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional, la jurisprudencia suele acceder a que se equipare o se convierta la pensión de

⁹⁶⁵ STS 3611/1995 de 20 de junio, (RJ 1995\5214). El trabajador había sido declarado en Incapacidad Permanente Total por silicosis en el régimen especial de la minería del carbón y posteriormente presta servicios en el régimen general, con arreglo al cuál alcanzó la jubilación, optando por esta pensión y renunciando a la que percibía en el régimen especial. El TS considera que no procede la conversión de la pensión de jubilación del RGSS en la de igual clase del régimen especial de la minería del carbón.

⁹⁶⁶ STS 7805/1995 de 7 de noviembre, (RJ 1995\9480). La actividad desempeñada por el trabajador, pese a ser minero, no estaba incluida en el régimen especial de la minería del carbón. Además los hechos acaecieron con anterioridad a la creación del régimen especial, que tuvo lugar por el Decreto 384/1969 de 17 de marzo.

⁹⁶⁷ Ferrer López, M. A., “Casos Prácticos de Seguridad Social 2010”. Deusto S.A. Barcelona. 19ª edición, actualizada a mayo de 2010. Pág. 373.

Incapacidad Permanente Absoluta en la de jubilación de este régimen especial, si se realizan trabajos en la minería y después en otro sector.⁹⁶⁸

6. En el caso de **revisión de la incapacidad**, la base reguladora será la misma que sirvió para el cálculo de la pensión anteriormente percibida, y la cuantía de la pensión que resulte será incrementada con las revalorizaciones que, atendiendo al nuevo grado, hubiesen sido aplicables desde la fecha de declaración inicial de la incapacidad.

Cuando la revisión afecte a un beneficiario que hubiera realizado trabajos determinantes de su condición en este régimen, con posterioridad a su declaración de Incapacidad Permanente Total, la cuantía de la nueva pensión se calculará como en el caso anterior, salvo que fuese más beneficioso tomar como base reguladora, junto con las bases de cotización que correspondan a los trabajos realizados, las cantidades que haya percibido el interesado en concepto de pensión por Incapacidad Permanente Total y que se refieran al período de tiempo que deba tomarse para el cálculo de la base reguladora.

La cuantía de la Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez se recalcula cuando se alcance la edad de jubilación,⁹⁶⁹ si se cumplen dos condiciones:

1. El beneficiario no sea titular de otra pensión de otro régimen de Seguridad Social o renuncie a ella.
2. Que la pensión de Incapacidad Permanente no haya sustituido a la de jubilación por el mismo régimen especial de minería del carbón.

Por último, hay que tener en cuenta que la Instrucción Tercera, relativa a la determinación de la mutua responsable de la constitución de capital coste, 3 párrafo 2º, de la Resolución de 27 de mayo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, establece que en caso de que el trabajador se encuentre en situación de pluriactividad y cause derecho a prestación económica por enfermedad profesional en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en que estuviera encuadrado en la fecha de referencia, para la determinación de la entidad responsable del capital coste, conforme a las reglas contempladas en los apartados 1 y 2 de esta instrucción, la responsabilidad en orden al ingreso del capital coste se imputará a cada entidad en función del importe de prestación que cause en cada régimen, una vez aplicado el tope máximo de pensiones.⁹⁷⁰

⁹⁶⁸ STS 4056/1993 de 14 de junio, (RJ 1993\4671).

⁹⁶⁹ Art. 20 de la Orden de 3 de abril de 1973, redacción dada por la Orden de 8 de abril de 1986. Resolución de 7 de octubre de 1987, por la que se disponen las bases que deben tenerse en cuenta para la aplicación de lo dispuesto en el art. 20 de la Orden de 3 de abril de 1973.

⁹⁷⁰ En su párrafo 1º se establece que en caso de que el trabajador se encuentre en situación de pluriempleo en la fecha de referencia para la determinación de la entidad responsable del capital coste, (...), la responsabilidad en Orden al ingreso del capital coste se imputará a cada entidad en proporción a la base de cotización del trabajador en cada una de las empresas en que prestara sus servicios.

e) Incapacidad Permanente en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar

Las principales peculiaridades pueden resumirse en los siguientes apartados:

1. En este régimen, se consideran situaciones asimiladas al alta, además de las establecidas en el Régimen General, la asistencia a cursos de formación profesional náutica o náutico-pesquera, si al tiempo de iniciar los mismos el trabajador ya acreditara 180 días de cotización al mismo.⁹⁷¹

2. El incremento del 20% de la Incapacidad Permanente Total Cualificada, sólo se aplica a las situaciones de Incapacidad Permanente, que se declaren a partir del 1 de enero de 2003, (DA única RD 463/2003 de 25 de abril) y no a las reconocidas con anterioridad.

Los coeficientes reductores de la jubilación no se aplican a la Incapacidad Permanente a efectos del incremento del 20% por la edad de 55 años (cualificada), por no estar expresamente previstos por su normativa reguladora a diferencia del Régimen Especial de la Minería del Carbón.

3. En la calificación de la Incapacidad Permanente, el dictamen propuesta del EVI se adopta ante el Director Provincial del Instituto Social de la Marina. DA. 1ª RD 1300/1995 y DA 4ª Orden de 18 de enero de 1996.

4. En la base reguladora de la Incapacidad Permanente derivada de contingencias comunes, en caso de trabajadores por cuenta ajena, se aplica el sistema de integración de lagunas del art. 140.4 LGSS. Así lo establece la DA 8ª. 2 de la LGSS.

5. En caso de Incapacidad Permanente Absoluta de trabajadores por cuenta propia, la base de cálculo, no podrá exceder de la establecida a efectos de cotización por accidente de trabajo, ni ser inferior al SMI.

6. La compensación económica por descansos no disfrutados no se computa a efectos de la base reguladora de la Incapacidad Permanente.

7. Las especialidades de la incapacidad permanente en este Régimen, son más amplias en el caso de los trabajadores por cuenta propia, que en los trabajadores por cuenta ajena del mismo régimen:⁹⁷²

a) Deben tener formalizada la adecuada y suficiente cobertura por accidente de trabajo y enfermedad profesional y no hallarse al descubierto, por tiempo superior a 3 meses, en el pago de las primas correspondientes.

⁹⁷¹ **Blasco Lahoz, JF., López Gandía, J., Mompaler Carrasco, M.A.**, “Regímenes especiales de la Seguridad Social”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 8ª ed. 2007, pág. 327 y .328.

⁹⁷² **Ferrer López, M. A.**, “Casos Prácticos de Seguridad Social 2010”. Deusto S.A. Barcelona. 19ª edición, actualizada a mayo de 2010. Pág. 372-373.

b) Por accidente de trabajo se entiende el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realizan y que determina la inclusión en el régimen.

c) A efectos del cálculo del período mínimo de cotización, no se computan ni las cuotas ingresadas fuera de plazo, que correspondan a períodos en los que figuraron de alta, en lo que excedan de 6 mensualidades a la fecha de ingreso, ni el período de incapacidad temporal cuando el trabajador no se hubiere acogido a dicha prestación como mejora voluntaria.

d) Respecto a la base reguladora, no procede la integración de lagunas de cotización para el cálculo de la base reguladora y ésta se calcula sobre la totalidad de las bases de cotización, sin aplicar los coeficientes correctores.

e) Procedería el incremento del 20% de la base reguladora por incapacidad permanente total cualificada, cuando habiendo sido reconocida a partir de 1 de enero de 2003, el trabajador sea mayor de 55 años, siempre que no ejerza una actividad retribuida ni sea titular de una explotación marítimo pesquera. Se excluyen por tanto los supuestos de pluriactividad, y pluriempleo para causar derecho a este incremento.

F4. Cómputo recíproco de cotizaciones

En el Régimen Especial de los Empleados del Hogar, no se aplica el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial ni en materia de cotización, ni de prestaciones,⁹⁷³ al dejar fuera de su ámbito de aplicación el art. 1 del RD 1131/2002 a este régimen especial, a causa sobre todo del especial sistema de cotización que equipara a los trabajadores, en el ámbito prestacional, a los trabajadores a tiempo completo.

En el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, en caso de Incapacidad Permanente derivada de contingencias comunes, en la base reguladora, en el caso de trabajadores por cuenta ajena se aplica el sistema de integración de lagunas contenido en el art. 140.4 LGSS, ya que así lo establece la DA 8ª. 2 de la LGSS.

Mientras que en el Régimen Especial de la Minería del Carbón se aplican unos coeficientes reductores, en el caso del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, no se aplican éstos ya que no están expresamente previstos por la normativa reguladora, además en el régimen del mar, la compensación económica por descansos no

⁹⁷³ RDL 15/1998 de 27 de noviembre y RD 144/1999, ahora 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. En su art. 1, no se contempla en el ámbito de aplicación a los trabajadores encuadrados en el régimen especial de empleados del hogar.

Artículo 1. Ámbito de aplicación: Lo establecido en el Capítulo II de este Real Decreto será de aplicación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo y contrato de trabajo fijo-discontinuo, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 15.8 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que estén incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen Especial de la Minería del Carbón y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

disfrutados, no se computa a efectos de la base reguladora de Incapacidad Permanente.⁹⁷⁴

F5. Especial mención a las novedades en el régimen jurídico de la Incapacidad Permanente, introducidas por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social

La DA 8ª apartado 1 de la LGSS, ha venido declarando desde su primera redacción la aplicabilidad del art. 138 LGSS a los regímenes especiales. Lo que ha permitido, que la reforma introducida por la Ley 40/2007 a la redacción del apartado 2 del art. 138, donde se flexibiliza el período mínimo de cotización exigido a los trabajadores más jóvenes, se haya podido extender automáticamente a estos regímenes, sin necesidad de introducir una referencia expresa en esta DA.⁹⁷⁵

La cuantía mínima para la pensión de Incapacidad Permanente Total derivada de enfermedad común, según el último párrafo del apartado 2 art. 139 LGSS, añadido por la Ley 40/2007, no podrá resultar inferior al 55% de la base mínima de cotización para mayores de 18 años, en términos anuales, vigente en cada momento.

Por otro lado, se modifica la forma de cálculo del complemento de Gran Invalidez, para desvincularlo del importe de la pensión de Incapacidad Permanente Absoluta.

El importe de este complemento será el equivalente al resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30% de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de Incapacidad Permanente, no pudiendo tener, en ningún caso, el complemento señalado, un importe inferior al 45% de la pensión percibida por el trabajador, sin el complemento. (Art. 139.4 LGSS, tras la nueva redacción efectuada por la Ley 40/2007).

⁹⁷⁴ STSJ Galicia de 26 de julio de 1991, (Ar. 4596).

⁹⁷⁵ **López Anierte, M.C.**, “*Modificaciones en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social*”, en AAVV, **Cavas Martínez, F.**, (Coord.), **Rodríguez Iniesta, G.**, (Dir.) “*La reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social*”. Ediciones Laborum. Murcia. 1ª ed. 2007. Págs. 230 y 231.

F₆. Especial mención a las novedades introducidas por la Resolución de 27 de mayo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social,⁹⁷⁶ en materia de cálculo de capitales coste y sobre constitución por las MATEPSS, del capital coste correspondiente a determinadas prestaciones derivadas de enfermedad profesional

Para facilitar la aplicación de lo previsto en la DA 1ª de la Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre, sobre constitución por las MATEPSS del capital coste correspondiente a determinadas prestaciones derivadas de enfermedades profesionales, y con la finalidad de aclarar determinadas cuestiones que se suscitaron en la práctica, esta Dirección General dictó, mediante Resolución de 16 de febrero de 2007, instrucciones en materia de cálculo de capitales coste y sobre criterios para la determinación de la entidad responsable en cada caso.

La DA 8ª de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de PGE, modificó los artículos 68.3 a), 87.3, 200 y 201 del TRLGSS, con las siguientes repercusiones:

- a) La inclusión, en el ámbito de la colaboración en la gestión llevada a cabo por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, del coste de las prestaciones, tanto periódicas como de pago único, causadas por enfermedad profesional en relación con el personal al servicio de sus asociados y trabajadores adheridos.
- b) La modificación del sistema de financiación de las pensiones causadas por enfermedad profesional y la atribución de responsabilidad a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social responsables de las prestaciones causadas por enfermedad profesional en relación con el personal cubierto por las mismas.

Por lo que fue necesario adaptar las instrucciones dictadas en su momento por este Centro Directivo y revisar, los criterios para la determinación por las entidades gestoras de la entidad responsable de las prestaciones por enfermedades profesionales.⁹⁷⁷

En la Instrucción 3ª. 3, establece normas aplicables a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad:⁹⁷⁸

⁹⁷⁶ BOE 10 de junio 2009, núm. 140, [pág.48989], rect. BOE 8 de julio 2009, núm. 164, [pág. 56792].

⁹⁷⁷ Competencia que corresponde a aquéllas en virtud de lo establecido en el artículo 126.2 de la LGSS y en los artículos 1.1.a) y 2, primero, de los Reales Decretos 2583/1996, de 13 de diciembre, de Estructura Orgánica y Funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de modificación parcial de las correspondientes a la Tesorería General de la Seguridad Social, y 1414/1981, de 3 de julio, por el que se reestructura el Instituto Social de la Marina, respectivamente.

⁹⁷⁸ La redacción de este apartado 3 de la instrucción 3ª, tiene idéntica redacción que la de su predecesor, contenida en el mismo número y apartado de la Resolución de 16 de febrero de 2007, derogada en su totalidad por la Instrucción 6ª de la Resolución de 27 de mayo de 2009.

- En caso de que el trabajador se encuentre en situación de pluriempleo en la fecha de referencia para la determinación de la entidad responsable del capital coste, conforme a las reglas contempladas en los apartados 1 y 2 de esta instrucción, la responsabilidad en orden al ingreso del capital coste se imputará a cada entidad en proporción a la base de cotización del trabajador en cada una de las empresas en que prestara sus servicios.

- En caso de que el trabajador se encuentre en situación de pluriactividad y cause derecho a prestación económica por enfermedad profesional en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en que estuviera encuadrado en la fecha de referencia, para la determinación de la entidad responsable del capital coste, conforme a las reglas contempladas en los apartados 1 y 2 de esta instrucción, la responsabilidad en orden al ingreso del capital coste se imputará a cada entidad en función del importe de prestación que cause en cada régimen, una vez aplicado el tope máximo de pensiones.

G)- PENSIÓN CONTRIBUTIVA DE JUBILACIÓN

Conforme a los artículos 160, 164 y 165 de la LGSS, la pensión de jubilación es única, vitalicia, imprescriptible y de cuantía variable. Sobre el carácter único, hay que matizar, que la LGSS, se refiere a cada persona dentro de un mismo régimen de Seguridad Social.⁹⁷⁹

La regla de la incompatibilidad que se establece en el art. 122 LGSS, resulta de aplicación en el caso de la jubilación, pero sin embargo, esta regla se excepciona en el supuesto de la pluriactividad, ya que en casos de encuadramiento en diversos regímenes de Seguridad Social, sí que es posible el devengo de más de una pensión de jubilación por una misma persona, siempre y cuando se acredite una cotización simultánea, no sucesiva, en los distintos regímenes, durante al menos 15 años. Art. 161.4 LGSS.

En los supuestos de pluriactividad, en el Régimen General y en otro u otros del sistema de la Seguridad Social, para causar pensión de jubilación en su modalidad contributiva, el art. 161.4 de la LGSS, (en el supuesto de que los interesados no se encuentren en alta o situación asimilada a la de alta, en el momento del hecho causante, y reúnan los demás requisitos de edad y cotización del apartado 1 del mismo artículo), se establece que será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante 15 años.

El supuesto de pluriactividad simultánea, es otra excepción, al principio de incompatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente y otra de jubilación.

⁹⁷⁹ AAVV Dir. **Martín Valverde, A.** y **García Murcia, J.**, “*Tratado práctico de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*”. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2002. Parágrafo nº 5045, pág. 1813.

• La regla general en caso de concurrencia de pensiones de jubilación, según la regulación establecida por la DA 38^a LGSS introducida por la Ley 36/2003, puede resumirse en:

1) Si los beneficiarios no están en alta o situación asimilada, además de cumplir los requisitos de edad y de cotización del art. 161.1. LGSS, deben acreditar que las cotizaciones se superponen, al menos durante 15 años. Art. 161.5 y 161.6 LGSS.

2) Es imprescindible reunir los requisitos establecidos en cada uno de los regímenes para obtener dos pensiones diferentes.

3) Cuando se acrediten cotizaciones a varios regímenes y no se cause derecho a pensión en uno de ellos, las bases de cotización acreditadas en ese régimen podrán ser acumuladas a las del régimen en que se cause la pensión, pero sólo para la determinación de la base reguladora de la misma, sin que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento. DA 38^a LGSS.

G.1. Incompatibilidad/ compatibilidad de la pensión de jubilación con otras prestaciones de la Seguridad Social

Con la pensión de jubilación, en principio, se aplicaría la regla de incompatibilidad contenida en el art. 122.1 LGSS,⁹⁸⁰ pero esta regla, admite excepciones, tal y como hemos analizado en otros apartados de este trabajo de investigación, ya sea legal, reglamentaria o jurisprudencialmente admitidas.⁹⁸¹

Según el art. 10 de la OM de 13 de febrero de 1967, la pensión de viudedad será compatible con cualquier renta de trabajo de la viuda o con la pensión de jubilación o incapacidad permanente a que la misma pueda tener derecho.⁹⁸²

Sería incompatible con las prestaciones contributivas por hijo a cargo, pero sólo en caso de superación de los límites establecidos en función de los ingresos del pensionista o en función del estado del protegido, art. 189. 3 LGSS, y con las pensiones de jubilación causadas por el propio pensionista en otros regímenes de la Seguridad Social, cuando siendo la pluriactividad de forma sucesiva, no proceda el cómputo recíproco de las cotizaciones de cara a obtener las pensiones, art. 161.4 LGSS.

Se admite la compatibilidad de la pensión de jubilación con la indemnización a tanto alzado por Incapacidad Permanente parcial en las SSTSJ Madrid, de 24 de febrero de 1988, (AS 1998, 602); 12 de marzo de 1998, (AS 1998, 1125); así como con la Incapacidad Permanente total derivada de accidente de trabajo y reconocida antes de 1967. STS 22 de abril de 1997, (RJ 1997, 5864).

⁹⁸⁰ es decir, la incompatibilidad de la percepción simultánea de dos o más pensiones, pero no el reconocimiento del derecho.

⁹⁸¹ AAVV Dir. **Martín Valverde, A.** y **García Murcia, J.**, “*Tratado práctico de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*”. Aranzadi editorial. Navarra. 1^a ed. 2002. Parágrafo n° 5078, pág. 1826.

⁹⁸² Arts. 122, 165.5 y 181 b) LGSS, art. 10 OM 13 de febrero de 1967.

1. Pensión de jubilación parcial

Respecto a la jubilación parcial, la compatibilidad se predica con las pensiones y subsidios que sustituyan las retribuciones obtenidas por los trabajos compatibles con el disfrute de la misma, tales como el subsidio por incapacidad temporal o las prestaciones por desempleo.

El Artículo 14 del RD 1131/2002, establece en su apartado 1, que la pensión de jubilación parcial será compatible:

a) Con el trabajo a tiempo parcial en la empresa y, en su caso, con otros trabajos a tiempo parcial anteriores a la situación de jubilación parcial, siempre que no se aumente la duración de su jornada.

Asimismo, con los trabajos a tiempo parcial concertados con posterioridad a la situación de jubilación parcial, cuando se haya cesado en los trabajos que se venían desempeñando con anterioridad en otras empresas, siempre que no se aumente la duración de la jornada realizada hasta entonces.

En los dos supuestos anteriores, en caso de aumentarse la duración de su jornada, la pensión de jubilación parcial quedará en suspenso.

b) Con la pensión de viudedad, la prestación de desempleo, y con otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones que correspondieran a los trabajos a tiempo parcial concertados con anterioridad a la situación de jubilación parcial, en los términos indicados en el párrafo anterior, a excepción de lo dispuesto en el apartado siguiente.

La pensión de jubilación parcial será incompatible:

- a. Con las pensiones de Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez.
- b. Con la pensión de jubilación que pudiera corresponder por otra actividad distinta a la realizada en el contrato de trabajo a tiempo parcial.
- c. Con la pensión de Incapacidad Permanente total para el trabajo que se preste en virtud del contrato que dio lugar a la jubilación parcial.⁹⁸³

Respecto a la jubilación parcial, siguiendo a **Del Rey Guanter**,⁹⁸⁴ se pueden efectuar una serie de reflexiones en torno a la voluntariedad de la jubilación parcial, tanto para el trabajador que accede a esta situación, como para la empresa.

⁹⁸³ En cuanto a estas incompatibilidades, bajo mi punto de vista, parece que se refieren al supuesto de empleo único o único encuadramiento en un solo régimen de la Seguridad Social, cuando menos en el apartado a) y c), y que en estos supuestos, en caso de concurrir serían de aplicación los argumentos que hemos utilizado a propósito de la compatibilidad de las pensiones de jubilación, que sí serían compatibles en caso de que se hayan causado en distintos regímenes de Seguridad Social.

Sin embargo, se establece en el apartado b) una peculiaridad con respecto a la pensión de jubilación en supuestos de pluriactividad, interpreto, que no es posible, según el tenor literal de la norma, la percepción simultánea de la pensión de jubilación parcial y otra pensión de jubilación a la que pudiera tener derecho el causante por haber permanecido en alta en otro régimen de Seguridad Social, en situación de pluriactividad.

Estos autores, afirman la posibilidad de establecer la obligatoriedad, para el trabajador, de la jubilación parcial, en Convenio colectivo o en expediente de regulación de empleo.

La primera, mediante Convenio, conforme a la doctrina constitucional que vincula el establecimiento de edades obligatorias de jubilación a la garantía de acceso a una pensión de jubilación para el trabajador que accede a tal situación y a una nueva contratación, como medida de política de empleo (STC 22/1981), sin perjuicio de que tal posibilidad resulta más discutible tras la derogación de la DA 10 del ET por obra de la Ley 12/2001; la segunda, al amparo de la previsión del art. 12.4 e) ET, que establece la voluntariedad de la conversión de un contrato a jornada completa en uno a tiempo parcial, sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse conforme a los arts. 51 y 52 c) ET cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En el mismo sentido, también se acepta la imposición de límites temporales a la vigencia de la jubilación parcial, tanto a través de la autonomía colectiva como de la individual.

Respecto de la empresa, también se reconoce que la negociación colectiva puede imponer a la empresa la aceptación de la jubilación parcial de los trabajadores que reúnan las condiciones exigidas legalmente, aun cuando, a falta de tal previsión convencional, se afirme que no existe tal obligación, ni consecuentemente, el derecho de los trabajadores de acceder a la jubilación parcial sin contar con el consentimiento de la empresa.

En sede de jubilación parcial, destaca la **Orden TIN/1827/2010**, de 6 de julio, por la que se desarrolla, en relación con los acuerdos colectivos de empresa sobre jubilación parcial, lo dispuesto en la DT 2ª del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, debido a que, a diferencia de lo que ocurre con los expedientes de regulación de empleo o los convenios colectivos, los acuerdos colectivos de empresa no son conocidos por las autoridades laborales públicas ni están sometidos a su inscripción en registro público alguno, es preciso, en aras de una mayor transparencia y seguridad jurídica, dictar una norma reglamentaria que establezca un procedimiento seguro para que la entidad gestora de la jubilación parcial tenga conocimiento certero de la suscripción de tales acuerdos, de modo que se respeten los derechos de los trabajadores que pretendan acceder a la mencionada modalidad de jubilación y, al tiempo, se eviten posibles prácticas de percepción indebida de prestaciones, no acordes con la finalidad y el sentido perseguidos por la norma.

⁹⁸⁴ AAVV. Dir. **Del Rey Guanter, S.**, “*El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social*”. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 20. Sección Bibliografía, quincena del 23 de octubre al 8 de noviembre de 2004, Año XX. Documento en soporte electrónico: laleydigital.es 1928/2004. Págs. 4 y 5.

A esta finalidad responde esta orden, en la que se establecen los trámites a seguir para dejar constancia, en la Administración de la Seguridad Social y a los exclusivos efectos de lo previsto en la citada disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, de los acuerdos colectivos de empresa, suscritos con anterioridad al día 25 de mayo de 2010, que contengan compromisos en materia de jubilación parcial, a la vez que prevé la elaboración, en el ámbito del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de una relación en la que se incluirán las empresas en las que se hayan suscrito tales acuerdos.

2. Incompatibilidad de la pensión de jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, con el trabajo activo

El derecho a la pensión de jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos es incompatible con cualquier otro trabajo por cuenta ajena o propia que de lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes públicos de la Seguridad Social,⁹⁸⁵ aunque queda permitido el mantenimiento por el pensionista de la titularidad del negocio, incluso a efectos fiscales realizando la actividad inherente a tal titularidad, siempre que no implique una dedicación profesional al negocio.⁹⁸⁶

El TS matiza la cuestión distinguiendo entre el ejercicio de funciones inherentes a la titularidad del negocio, entre las que se encuentran las administrativas, en las que el jubilado sigue siendo dueño del negocio y como tal paga impuestos, firma contratos, representa a la empresa, etc.... y aquellas otras actividades que supongan llevar personalmente la explotación del negocio, con presencia física en él a lo largo de la jornada. Para el TS sólo se produce la incompatibilidad en el segundo caso.⁹⁸⁷

La Administración, en Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 18 de mayo de 1995, ha considerado que lo determinante para la existencia de compatibilidad entre la pensión y la titularidad del negocio es que no concurran las circunstancias que den lugar a la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, lo que es no es otra cosa que el principio que rige la incompatibilidad con el trabajo de la pensión de jubilación en el RGSS y que para la consideración de esta incompatibilidad hay que tener en cuenta que las funciones inherentes a la titularidad del negocio comprenden exclusivamente dictar instrucciones directas y criterios de actuación a las personas que tienen encomendada la gestión y administración de la empresa, así como los actos de disposición que no sean necesario para efectuar aquellas.⁹⁸⁸

⁹⁸⁵ Arts. 45.2 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto y 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 6 de noviembre 1996.

⁹⁸⁶ Art. 93.2 Orden 24 de septiembre de 1970.

⁹⁸⁷ STS 8 de mayo de 1986. (Ar. 2508).

⁹⁸⁸ Circular 5-028 de la TGSS de 14 de octubre de 1999.

Si el pensionista de jubilación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos quisiera realizar un nuevo trabajo por cuenta propia o ajena, antes de iniciarlo deberá comunicarlo al INSS, y una vez autorizado se producirá la suspensión del derecho a la pensión de jubilación y a la prestación de asistencia sanitaria inherente a la condición de pensionista.⁹⁸⁹

De no realizarse esta comunicación, el pensionista incurrirá en responsabilidad estando obligado a reintegrar el importe de la pensión indebidamente percibida, siendo el empresario, o en su caso, responsable subsidiario que por omisión del alta hubiera contribuido a hacer posible la percepción indebida de la pensión por jubilación durante el trabajo del pensionista, debiendo responder subsidiariamente con éste de la obligación de reintegro, sin perjuicio de las posibles sanciones aplicables.⁹⁹⁰

En el caso de que el nuevo trabajo de lugar a la inclusión en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos nacerán las obligaciones de alta y cotización en los términos y condiciones generales establecidos para el mismo, pudiendo el pensionista optar para que a efectos del límite de la elección de la base de cotización, se le aplique la cuantía de la última por la que se estuviera cotizando en el momento de causar el derecho a la pensión de jubilación.⁹⁹¹

En estos supuestos los períodos de cotización derivados del nuevo trabajo, cuando se hubieran efectuado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o a cualquier régimen de la Seguridad Social que admita el cómputo recíproco de cotizaciones, podrán surtir efectos sólo para mejorar el porcentaje, si sumados los nuevos períodos de cotización con los que se tenían acreditados al causarse la pensión, dieran lugar a un porcentaje más elevado, y deberá mantenerse la misma base reguladora que sirvió para determinar la cuantía de la pensión inicial, si bien cuando las bases de cotización por las que hubiera cotizado el pensionista en el trabajo al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y por tiempo superior a un año, pueden ser tenidas en cuenta, a solicitud del interesado, para el cálculo de la nueva base reguladora de la pensión, entendiéndose ahora causada la nueva pensión el último día del mes en que se cese en el trabajo por el pensionista y computándose como base mensual de la cotización durante el tiempo en que devengó la pensión la base reguladora de ésta.⁹⁹²

⁹⁸⁹ Art. 94.1 Orden de 24 de septiembre de 1970.

⁹⁹⁰ Art. 94.3 Orden de 24 de septiembre de 1970.

⁹⁹¹ Art. 94.1 c) Orden de 24 de septiembre de 1970.

⁹⁹² Art. 94.2 b) Orden de 24 de septiembre de 1970.

3. Pensión de Incapacidad Permanente total en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y jubilación en el RGSS

Según la STS de 22 de abril de 1997, (RJ 1997\5864);⁹⁹³ existe compatibilidad entre la invalidez permanente total, anterior a 1 de enero de 1967 y la jubilación con hecho causante 1993, pues la incompatibilidad que establece el art. 122 LGSS, respecto de las pensiones del RGSS, y no en cambio para supuestos de pluriactividad sometidos a distintos regímenes de la Seguridad Social. Por otra parte, en el régimen anterior a 1967, ninguna norma establecía un sistema de incompatibilidades para la pensión derivada de accidente de trabajo.

4. Jubilación anticipada

El art. 161 bis de la LGSS, dedicado a la jubilación anticipada, añadido por el art. 3.3 de Ley 40/2007, de 4 diciembre y desarrollado por Real Decreto 1851/2009, de 4 diciembre, establece que:

“1. La edad mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior (65 años), podrá ser rebajada por RD, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y, acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca.

De igual modo, la edad mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior, podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100 en los términos contenidos en el correspondiente RD acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por 100, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas.

La aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años.

Los coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos en el apartado 2 del artículo 163, a la jubilación regulada en la norma 2ª del apartado 1 de la disposición transitoria 3ª y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada.

⁹⁹³ STS 2818/1997 de 22 de abril.

2. Podrán acceder a la jubilación anticipada, los trabajadores que reúnan los siguientes requisitos:

a) Tener cumplidos los 61 años de edad, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el apartado anterior.

b) Encontrarse inscritos en las oficinas de empleo como demandantes de empleo durante un plazo de, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación.

c) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 30 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social, el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de 1 año.

d) Que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma. Se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1.

Los requisitos exigidos en los apartados b) y d) no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social.

En los casos de acceso a la jubilación anticipada a que se refiere este apartado, la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir los sesenta y cinco años, de los siguientes coeficientes:

1º Entre treinta y treinta y cuatro años de cotización acreditados: 7,5 por 100.

2º Entre treinta y cinco y treinta y siete años de cotización acreditados: 7 por 100.

3º Entre treinta y ocho y treinta y nueve años de cotización acreditados: 6,5 por 100.

4º Con cuarenta o más años de cotización acreditados: 6 por 100.

Para el cómputo de los años de cotización se tomarán años completos, sin que se equipare a un año la fracción del mismo”.

En sede de jubilación anticipada y pluriactividad, destacan el RD Ley 5/1998, de 29 de mayo, que dicta reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del Sistema de la Seguridad Social en determinados casos especiales, así como la Ley 47/1998, de 23 de diciembre, reguladora de la jubilación anticipada en determinados casos especiales.

Muy ilustrativa resulta la Exposición de Motivos de la mencionada **Ley 47/1998**, de 23 de diciembre, cuyo texto se transcribe acto seguido:

“El apartado 2 del artículo 9 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, determina que, a medida que los Regímenes Especiales configuren sus beneficios siguiendo los criterios del Régimen General, se dictarán normas relativas al tiempo, alcance y condiciones para lograr los derechos en curso de adquisición de las personas que pasen de unos a otros Regímenes, mediante la totalización de los períodos de permanencia en cada uno de los mencionados Regímenes, siempre que no se superpongan.

Conforme a estas previsiones legales, los distintos Regímenes Especiales establecieron sus respectivas regulaciones para el cómputo de las cotizaciones efectuadas a otros Regímenes, a efectos del reconocimiento del derecho a las prestaciones y de tales regulaciones, se deducen unos criterios generales para el reconocimiento de las prestaciones, cuando se acrediten cotizaciones en varios Regímenes.

En primer lugar, se reconocerá la prestación el Régimen de Seguridad Social en que el interesado estaba en alta, en el momento del hecho causante o el último en que se produjo tal circunstancia, siempre que reúna en el mismo todas las condiciones necesarias; caso de no corresponder el derecho, se aplicará la misma fórmula en el Régimen anterior; si en ninguno de ellos se acreditan las condiciones necesarias, resolverá sobre el derecho aquel en que el interesado tenga mayor número de cotizaciones, previa totalización de todas las acreditadas.

No obstante, surge el problema de si en el Régimen en el que el interesado reunía mayor número de cotizaciones tampoco acredita todos los requisitos para acceder a la pensión, como puede ser el de la edad.

Aunque una práctica administrativa había venido admitiendo la posibilidad de que, en tales casos, pudiese resolver un Régimen que, en virtud de Derecho transitorio, contemplase la jubilación antes de los sesenta y cinco años, aunque en el mismo no se acreditase el mayor número de cotizaciones, sin embargo, la jurisprudencia ha entendido que dicha práctica no se acomodaba a las normas en vigor, doctrina jurisprudencial que fue recogida mediante instrucciones internas de la Administración, con efectividad a partir de 1 de abril de 1998.

El Congreso de los Diputados, el 31 de marzo de 1998, aprobó una moción en la que se instaba al Gobierno a mantener los criterios que se venían aplicando con anterioridad a la fecha indicada, si bien en el marco de las recomendaciones del «Pacto de Toledo».

A tal finalidad responde el contenido la Ley 47/1998, mediante la cual, y con carácter de urgencia, a fin de dar cumplimiento a la iniciativa parlamentaria señalada y de que las solicitudes de pensiones de jubilación puedan reconocerse en función de los criterios indicados, se establecen normas respecto al reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación, cuando el interesado acredita cotizaciones en dos o más Regímenes de la Seguridad Social, *sin que en ninguno de ellos, aisladamente considerados, reúna todos los requisitos para acceder a dicha pensión.*

En estos casos, se mantiene la posibilidad de que el interesado pueda acceder a la pensión anticipadamente, *siempre que hubiese estado afiliado a un Régimen que reconociese ese derecho*, aunque no sea aquel en que se acreditan el mayor número de cotizaciones.

No obstante, en el marco de los principios de contribución y proporcionalidad que deben regir el sistema de la Seguridad Social, y cuya potenciación constituye uno de los puntos básicos del «Pacto de Toledo», *se exige que el interesado acredite, del total de las cotizaciones efectuadas, al menos, una cuarta parte en alguno de los Regímenes que contemplaba el beneficio de la jubilación anticipada*”.

El artículo Único de esta Ley, establece las reglas de aplicación en tales supuestos,⁹⁹⁴ que se pueden sintetizar en que se tendría que tener en cuenta para determinar la procedencia del derecho a la jubilación anticipada, aquel régimen en el que se acrediten un mayor número de cotizaciones, teniendo en cuenta para el cómputo las que acredite el interesado, pero si el trabajador no hubiera cumplido la edad mínima para causar el derecho a la pensión de jubilación en el Régimen correspondiente, podrá reconocerse la pensión por dicho Régimen, siempre que se acredite el requisito de edad en alguno de los demás Regímenes que se hayan tenido en cuenta para la totalización de los períodos de cotización, en los términos que se establecen en los apartados siguientes.⁹⁹⁵

⁹⁹⁴ Supuestos en que, habiéndose cotizado a varios Regímenes del Sistema de la Seguridad Social, el interesado no reúna todos los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación en ninguno de ellos, considerando aisladamente las cotizaciones acreditadas en cada uno de los Regímenes a los que se hubiese cotizado.

⁹⁹⁵ Apartado 2. Han de concurrir los siguientes requisitos:

a) Que el interesado tuviese la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 o en cualquier fecha con anterioridad, o que se le certifique por algún país extranjero períodos cotizados o asimilados, en razón de actividades realizadas en el mismo, con anterioridad a las fechas indicadas, que, de haberse efectuado en España, hubieran dado lugar a la inclusión de aquél en alguna de las Mutualidades Laborales, y que, en virtud de las normas de Derecho internacional, deban ser tomadas en consideración.

b) Que, al menos, la cuarta parte de las cotizaciones totalizadas a lo largo de la vida laboral del trabajador se hayan efectuado en los Regímenes que reconozcan el derecho a la jubilación anticipada o a los precedentes de dichos Regímenes, o a regímenes de Seguridad Social extranjeros, en los términos y condiciones señalados en la letra anterior, salvo que el total de cotizaciones a lo largo de la vida laboral

El RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002,⁹⁹⁶ de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, dedica sus artículos 1 y 2, a la jubilación anticipada, mientras que su disposición adicional 2ª, se ocupa del *cómputo recíproco de cotizaciones*, en los supuestos de jubilación anticipada regulados en el capítulo I de este Real Decreto, estableciendo que cuando el trabajador acredite cotizaciones a más de un Régimen del sistema, se regirán en todo caso por las normas en vigor sobre cómputo recíproco de cotizaciones, aplicándose las normas especiales en esta materia, establecidas en la Ley 47/1998, de 23 de diciembre, exclusivamente a los supuestos de jubilación anticipada al amparo de normas de derecho transitorio, reguladas en las disposiciones transitorias 1ª y 2ª de este Real Decreto, relativas a la Jubilación anticipada, en determinados supuestos, por los trabajadores que tuvieran la condición de mutualista laboral el 1 de enero de 1967 y al Régimen Especial de Trabajadores del mar, respectivamente.

El art. 1 de este RD 1132/2002, regula la jubilación anticipada de trabajadores por cuenta ajena, estableciendo que podrán acceder a la jubilación, aunque no hayan cumplido la edad fijada en el art. 161.1 a) de la LGSS, los trabajadores pertenecientes al RGSS, al Régimen Especial de la Minería del Carbón, y los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

del trabajador sea de 30 o más años, en cuyo caso, será suficiente con que se acredite un mínimo de cotizaciones de 5 años en los Regímenes antes señalados.

El apartado 3, determina que *el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación con menos de sesenta y cinco años, cuando se cumplan las exigencias establecidas en los apartados precedentes, se llevará a cabo por el Régimen en que el interesado acredite mayor número de cotizaciones, aplicando sus normas reguladoras.*

La pensión de jubilación será objeto de reducción, mediante la aplicación del porcentaje del 8 por 100 por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al interesado para el cumplimiento de los 65 años.

Lo establecido en el párrafo precedente se entiende sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo, norma segunda, de la disposición transitoria 3ª de la Ley General de la Seguridad Social, así como en la norma segunda de la disposición transitoria 3ª del Reglamento General del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, aprobado por el Decreto 1867/1970, de 9 de julio.

Apartado 4. *Las referencias al 1 de enero de 1967 se entenderán realizadas a la fecha que se determine en sus respectivas normas reguladoras, respecto a los Regímenes o colectivos que contemplen otra distinta, en orden a la posibilidad de anticipación de la edad de jubilación.*

⁹⁹⁶ La Disposición Adicional 1ª, de este RD establece los regímenes excluidos de su ámbito de aplicación. Sólo menciona expresamente a regímenes especiales de funcionarios públicos, concretamente, Régimen especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, al Régimen especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y al Régimen especial de la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia.

Pero el art. 1 RD 1131/2002, no contempla dentro de su ámbito de aplicación a los empleados del hogar, por lo que no les resultaría de aplicación el régimen jurídico contenido en esta norma; mientras que sí menciona expresamente a los los trabajadores pertenecientes al Régimen General, al Régimen especial de la Minería del Carbón y los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen especial de Trabajadores del Mar.

1. Tener cumplidos 61 años de edad reales, no siendo aplicables a estos efectos las bonificaciones de edad de las que pueden beneficiarse los trabajadores algunos sectores profesionales, por la realización de actividades penosas, tóxicas o insalubres.

2. Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 30 años completos, día a día, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias ni el abono de años y días de cotización por cotizaciones anteriores a 1 de enero de 1967, a que se refiere la disposición transitoria segunda 3 b) de la Orden de 18 de enero de 1967.

Para acreditar el período de cotización a que se refiere el párrafo anterior, en el caso de trabajadores contratados a tiempo parcial, se tendrán en cuenta las especialidades previstas en su regulación específica, multiplicando el número de días teóricos de cotización por el coeficiente multiplicador del 1,5.

En todo caso se exigirá que, del período de cotización, al menos 2 años estén comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho, o, al momento en que cesó la obligación de cotizar, si se accede a la pensión de jubilación anticipada desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar.

3. Encontrarse inscritos en las oficinas del servicio público de empleo, como demandantes de empleo, durante un plazo de, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación.

No obstará al cumplimiento de este requisito la simultaneidad de la inscripción señalada con la realización de una actividad por cuenta propia o ajena, siempre que dicha actividad sea compatible con la inscripción como demandante de empleo, según la legislación vigente.

4. Que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma. Se presumirá que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria, cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1 de la LGSS.

5. También podrán acceder a la jubilación anticipada, cumpliendo los requisitos exigidos en los apartados 1, 2 y 3 de este artículo, siempre que la extinción de la relación laboral anterior haya venido precedida por alguna de las causas señaladas en el apartado anterior:

a) Los beneficiarios de la prestación de desempleo, cuando ésta se extinga por agotamiento del plazo de duración de la prestación o por pasar a ser pensionista de jubilación, de conformidad con lo señalado, respectivamente, en los párrafos a) y f), apartado 1, del artículo 213 del TRLGSS.

b) Los beneficiarios del subsidio por desempleo, de nivel asistencial, mayores de 52 años.

c) Los trabajadores mayores de 52 años que no reúnan los requisitos para acceder al subsidio por desempleo de mayores de dicha edad, una vez agotada la prestación por desempleo, y continúen inscritos en las oficinas del servicio público de empleo.

6. Para el acceso a la jubilación anticipada, de los trabajadores a que se refiere este artículo, no será exigible el cumplimiento de los requisitos contenidos en los apartados 3 y 4, cuando se trate de trabajadores a los que la empresa, en virtud de obligación adquirida en acuerdo colectivo, haya abonado, como mínimo, durante los 2 años anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación, una cantidad que, en cómputo global, no sea inferior al resultado de multiplicar por 24 la suma de los siguientes importes:

a) La cuantía mensual de la prestación que hubiera correspondido al trabajador en concepto de prestación contributiva por desempleo, de haber accedido a la situación legal de desempleo, en la fecha de la extinción del contrato de trabajo.

b) El importe mensual de la cuota satisfecha por el trabajador en el convenio especial suscrito por aquél.

Para la acreditación del cumplimiento del requisito señalado, la empresa deberá emitir una certificación en la que consten las cantidades abonadas al trabajador, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo, al menos durante los 2 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación, así como las bases de cotización por desempleo de los ciento ochenta días inmediatamente anteriores a la baja en la empresa.

El trabajador, junto con la solicitud de la pensión de jubilación, deberá presentar la certificación de la empresa ante la Entidad gestora correspondiente.

Artículo 2 RD 1132/2002

Cuantía de la pensión de jubilación anticipada para trabajadores por cuenta ajena

1. En los casos de acceso a la jubilación anticipada a que se refiere el artículo anterior, la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir los sesenta y cinco años, de los siguientes coeficientes:

- a) Con 30 años completos de cotización acreditados: 8%
- b) Entre 31 y 34 años completos de cotización acreditados: 7,5%.
- c) Entre 35 y 37 años completos de cotización acreditados: 7%.
- d) Entre 38 y 39 años completos de cotización acreditados: 6,5%.
- e) Con 40 ó más años completos de cotización acreditados: 6%.

2. Para el cómputo de los años de cotización en orden a la determinación de los correspondientes coeficientes reductores se tendrá en cuenta lo siguiente:

- a) Se computarán, en su caso, los años y días de cotización, según la edad, a que se refiere la disposición transitoria segunda 3 b), de la Orden de 18 de enero de 1967.
- b) Se tomarán años completos de cotización, sin que se equipare a un año la fracción del mismo.

3. Una vez causado el derecho, los coeficientes reductores de la edad por la realización de trabajos penosos, tóxicos, peligrosos o insalubres, serán tenidos en cuenta en orden a la determinación del correspondiente coeficiente reductor de la pensión de jubilación.

Además de las disposiciones analizadas, merece especial mención la Circular 4/2003, de 8 de septiembre, que establece instrucciones para la aplicación de la normativa vigente en materia de pensiones de jubilación y prestaciones por incapacidad permanente y por muerte y supervivencia, concretamente la Instrucción 4, relativa a la jubilación anticipada de trabajadores por cuenta ajena, la 7.3, en orden al establecimiento de la cuantía de la pensión de jubilación anticipada, para estos mismos trabajadores y la 7.4, dedicada a la jubilación anticipada de trabajadores que hubieran tenido la condición de mutualistas laborales el 1 de enero de 1967 o fecha equivalente, según sector laboral.

G₂. Base reguladora de la pensión de jubilación en supuestos de pluriactividad

La Ley 40/2007, en virtud de su art. 3. Uno, da una nueva redacción al art. 161.1.b), de la LGSS, derogando la aplicación de la tesis de los días -cuota, en este caso, respecto a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, pues ya se había prohibido su cómputo previamente, respecto a algunas modalidades de jubilación.⁹⁹⁷

La construcción jurisprudencial de los días cuota, permite computar como tiempo cotizado, el correspondiente a las pagas extraordinarias, como máximo las dos legales, con el efecto principal de reunir los requisitos de carencia para la concesión del derecho.

No obstante su cómputo, también puede obedecer a las siguientes finalidades:

- a) Acreditar las cotizaciones necesarias para poder celebrar un convenio especial, según las numerosas sentencias que cita la Resolución de la TGSS de 11 de marzo de 1999, que interpretó la tesis de los días cuota de forma amplia, permitiendo su cómputo para acreditar la carencia necesaria de las prestaciones del Mutualismo laboral.

Esta finalidad se confirma en la normativa reguladora de los convenios especiales, de la Orden TAS de 10 de octubre de 2003, art. 3.2.1.

⁹⁹⁷ **López Gandía, J.; Toscani Gimenez, D.**, “Reformas de la Seguridad Social 2007. Ley de medidas en materia de Seguridad Social (L 40/2007, de 4 de diciembre)”. Sistemática Memento. Dossier Práctico. Francis Lefebvre. Ediciones Francis Lefebvre, S.A. Madrid. 1ª ed. Actualizada a 5 de diciembre de 2007. Págs. 201 y 202. Parágrafos 3031 y 3034.

b) También sirve para la superposición de los períodos de 15 años cotizados en caso de pluriactividad, cuando no haya alta, STS de 21 de septiembre de 1998, (RJ 1998\7420).

Vgr: si un trabajador por cuenta ajena, simultáneamente ha cotizado en el RETA y a la hora de solicitar la jubilación sólo se encuentra en alta en una de las dos actividades, como pudiera ser el RETA, se le exige que los 15 años de carencia de las dos actividades se simultaneen tal como se interpreta la LGSS, en el art. 161.5.

A tal efecto, los días –cuota pueden servir para ese cómputo, si se hubiera trabajado y cotizado simultáneamente en el RGSS y en el RETA, pues sumados a los años trabajados en un régimen, los días cuota podríamos alcanzar los 15 años de superposición.

c) Se computan también los días cuotas respecto al trabajo a tiempo parcial, pese a la existencia de bonificaciones en el cómputo de la cotización previa para la incapacidad permanente y jubilación.

d) También se computan los días-cuota en el marco de las pensiones SOVI, según la cuantía de las pagas extraordinarias que correspondiera percibir en función de la normativa sectorial vigente en la época.⁹⁹⁸

Los días cuota, no se pueden computar con finalidades distintas a las mencionadas, por lo que se puede establecer la imposibilidad de computar los días cuota en los siguientes supuestos:

a) Con la finalidad de determinar la cuantía de la pensión de jubilación, en la fijación del porcentaje aplicable a la base reguladora.

b) Con la reforma efectuada por la Ley 35/2002, de 12 de julio, art. 11.1; que añade un nuevo 112 bis a la LGSS; y el RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, modificado por la Ley 53/2002, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en su art. 40. Dos, establece que los empresarios y trabajadores quedarán exentos de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, respecto de aquellos trabajadores por cuenta ajena con contratos de trabajo de carácter indefinido, así como de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, en los que concurren las circunstancias de tener cumplidos sesenta y cinco o más años de edad y *acreditar treinta y cinco o más años de cotización efectiva a la Seguridad Social, sin que se compute a estos efectos las partes proporcionales de pagas extraordinarias.*

⁹⁹⁸ STS de 23 de julio de 1996, (RJ 1996\6390); STS de 29 de mayo de 2000, (RJ 2000\5528); STS de 21 de julio de 2000, (RJ 2000\8329); STSJ Madrid núm. 210/2004, de 29 de abril, (AS 2004\2423); STSJ Aragón, núm. 1310/2004, de 15 de noviembre, (JUR 2005\51403); STSJ Madrid, núm. 594/2006, de 31 de octubre, (AS 2007\172).

No se aplica la técnica de los días cuota, ni para el cómputo de los 35 años de cotización necesarios para beneficiarse de los incentivos al retraso en la edad de jubilación, ni para el cómputo de los 30 años de cotización necesarios para acceder a la jubilación anticipada a partir de los 61 años.

c) No se pueden computar en el caso de prestaciones que exigen un trabajo cotizado y no una simple cotización.⁹⁹⁹

d) Ni se pueden computar cuando ya se disfrutaron de otros beneficios contributivos, como el período ficticio de Incapacidad Temporal.¹⁰⁰⁰

En relación a las modificaciones introducidas por la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, 40/2007, de 4 de diciembre; algunos autores,¹⁰⁰¹ se plantean la cuestión de si al suprimirse la tesis de los días cuota, ya no se podrían tener en cuenta para otras instituciones y regímenes de la Seguridad Social, como son el convenio especial, la pluriactividad, el SOVI, etc..., considerando que la Ley 40/2007, sólo excluye dicha tesis para acceder a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, por lo que cabría seguir computando los días cuota para algunos de los efectos como pueden ser, el convenio especial, y las pensiones del SOVI, ya que la Ley 40/2007, sólo se refiere a la pensión del sistema de Seguridad Social actual de la LGSS.¹⁰⁰²

Al suprimirse la tesis de los días cuota, en la redacción del art. 161.1 b) de la LGSS, ex art. 3. Uno de la Ley 40/2007; para el cálculo de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, en supuestos de pluriactividad, probablemente habría que entender que ya no sería de aplicación la tesis de los días cuota, cuando en una de las actividades, no se de de alta, en el sentido de que se podría interpretar que la superposición de los períodos de 15 años cotizados, debe ser efectiva.

⁹⁹⁹ Destacan las siguientes sentencias, en las que se excluye expresamente del cómputo las cotizaciones efectuadas por pagas extraordinarias, para el cálculo del período de carencia necesario para la percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años: STS de 30 de diciembre de 1994, (RJ 1994\10712); STS de 1 de febrero de 1995, (RJ 1995\767), STSJ Comunidad Valenciana, núm. 4923/2000, de 1 de diciembre, (JUR 2001\164124); STSJ Galicia, de 16 de abril de 1999, (AS 1999\5389); STSJ Comunidad Valenciana, núm. 80/1998, de 20 de enero, (AS 1998\823); STSJ Aragón, núm. 480/1997, de 11 de junio, (AS 1997\2094).

¹⁰⁰⁰ Se excluye del cómputo la parte proporcional de pagas extraordinarias, en las siguientes sentencias: STS de 26 de mayo de 1992, (RJ 1992\3604); STS de 18 de julio de 1992, (RJ 1992\5631); STS de 2 de octubre de 1992, (RJ 1992\7597); STS de 5 de octubre de 1992, (RJ 1992\7614); STS de 5 de febrero de 1993, (RJ 1993\745); STS de 8 de noviembre de 1993, (1993\8558); STS de 16 de mayo de 1995, (1995\3778).

¹⁰⁰¹ **López Gandía, J., Toscani Gimenez, D.**, “Reformas de la Seguridad Social 2007. Ley de medidas en materia de Seguridad Social (L 40/2007, de 4 de diciembre)”. Sistemática Memento. Dossier Práctico. Francis Lefebvre. Ediciones Francis Lefebvre, S.A.; Madrid. 1ª ed. Actualizada a 5 de diciembre de 2007. Pág. 206. Parágrafo 3055.

¹⁰⁰² De hecho, en el borrador del proyecto de ley, en una disposición adicional sí se pretendía darle ese carácter, añadiendo una nueva disposición adicional a la LGSS, en la que se establecía que tampoco procedía dicho cómputo para la acreditación de los períodos de cotización que en esa ley se exigieran a cualquier efecto, pero finalmente no se llegó a incorporar en la ley.

La desaparición de la institución de los días cuota, supone un reforzamiento contributivo y una exigencia de mayores períodos de cotización efectiva en relación con la anterior regulación, sobre todo para aquellos colectivos más precarios, que gracias al recurso a los días cuota, podrían alcanzar los mínimos períodos de carencia para poder acceder a la pensión de jubilación.

Los criterios que ha venido manteniendo la Administración en los supuestos de pluriactividad sobre el reconocimiento del derecho y determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, son los siguientes en función del supuesto de hecho de que se trate:

1) En el supuesto de que se soliciten dos pensiones de jubilación, una del RGSS desde la situación asimilada al alta de desempleo, y otra del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos desde situación de no alta, sin que el interesado acredite cotizaciones superpuestas durante al menos 15 años, reconoce el derecho a la pensión de jubilación por el RGSS, deniega la jubilación por el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y en su caso computa a efectos de determinación de la cuantía de la pensión de jubilación del RGSS, las cotizaciones efectuadas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

2) Si el interesado accede a una nueva situación de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, dejando en suspenso el derecho a la pensión reconocida en el RGSS, las cotizaciones efectuadas por el inicio de los nuevos trabajos posteriores al hecho causante de la prestación reconocida no pueden generar el derecho a otra pensión de jubilación distinta, sino que sólo pueden servir para mejorar la cuantía de aquella por aplicación de un nuevo porcentaje.

3) Si el trabajador ha estado de alta en el RGSS y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, se da de baja en el especial para pasar a ser pensionista del RGSS antes de cumplir 65 años de edad, puede causar el derecho a la pensión de jubilación del régimen especial cuando cumpla 65 años, siempre que pueda acreditar el requisito de superposición de cotizaciones durante 15 años.

4) Para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación en supuestos de pluriactividad cuando el interesado reúna los requisitos para causar derecho a pensión de jubilación de forma independiente en el RGSS y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, la Administración de la Seguridad Social entiende que debe aplicarse su propia normativa y utilizarse únicamente sus cotizaciones en cada supuesto de pensión, incluso en el caso de que en la actividad por cuenta ajena hubiera un período dentro de la base reguladora en que no existiera obligación de cotizar, y en el que sí se hubiera cotizado por cuenta propia, ya que no se impide la integración de lagunas de cotización con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de 18 años de edad.

En la STSJ Galicia de 23 de enero de 2004,¹⁰⁰³ se remite a las STS de 27 de septiembre de 1993, 18 de febrero de 1991, 14 de abril de 1992, 14 de mayo y 4 de junio de 1993, para tratar la cuestión relativa al cómputo de cotizaciones a los distintos regímenes a efectos de determinación de la base reguladora de la prestación de jubilación con cargo al RGSS, para diferenciar las situaciones de pluriempleo que determinan que determinan cotizaciones en el RGSS y en las cotizaciones de los regímenes especiales que a él se remitan, dando un tratamiento integrado tanto en materia de cotización como prestacional, debiendo computarse en caso de pluriempleo, todas las cotizaciones realizadas que conducen a una prestación única.

Sin embargo, en las situaciones de pluriactividad, no se realiza un tratamiento integrado, con lo cual las cotizaciones realizadas en distintos regímenes, pueden generar prestaciones independientes, lo que determina que las bases de cotización a los distintos regímenes no pueden sumarse para integrar la base reguladora de una prestación porque cada régimen reconoce el derecho a las prestaciones de acuerdo con sus propias normas y tendiendo en cuenta exclusivamente las cotizaciones que se hayan efectuado al mismo, sin que proceda aplicar las reglas del art. 35 Decreto 2530/1970 de 20 de agosto sobre cómputo recíproco de cotizaciones, ni las que derivan de una situación de pluriempleo, ya que el TS en STS de 3 de mayo de 1993, la prohibición del cómputo de cotizaciones superpuestas figura con carácter general en el RD 691/1991 de 12 de abril, que sólo autoriza el cómputo de las realizadas en regímenes distintos de la Seguridad Social a efectos de totalización de períodos de cotización exigibles o de porcentaje aplicable, sin que fueran sucesivas o alternativas, pero no cuando fueran superpuestas, sin que esta prohibición la excepción la normativa para determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación.

También determina que no se suman las bases reguladoras, la STSJ Cataluña 318/2004 de 20 de enero,¹⁰⁰⁴ y la STSJ Madrid 17/2005 de 20 de enero.¹⁰⁰⁵

5) En caso de pluriactividad en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y Régimen Especial Agrario por cuenta propia la STS de 27 de septiembre de 1993,¹⁰⁰⁶ en un supuesto de jubilación, consideró que no procedía incluir en el cómputo de la base reguladora las cotizaciones efectuadas en otro régimen, si se superponen.

Mientras que la situación de pluriempleo, determina en el Régimen General y en los especiales que a él se remiten en este punto, un tratamiento integrado tanto en materia de cotización (distribución de los topes entre las empresas) como en materia de prestaciones (cómputo de las cotizaciones realizadas en esos límites), que conduce a una prestación única, por el contrario, la pluralidad de actividades en distintos

¹⁰⁰³ Rec. 2678/2001. JUR 2004\80626.

¹⁰⁰⁴ Rec. 441/2002. JUR 2004\90568.

¹⁰⁰⁵ Rec. 5910/2004. JUR 2005\54829.

¹⁰⁰⁶ Ref. CISS: JS279249.

Regímenes no es objeto de este tratamiento integrado, por lo que, en principio, las cotizaciones independientes pueden generar prestaciones independientes.¹⁰⁰⁷

Este principio de separación de las cotizaciones determina que las bases de cotización a los distintos regímenes no puedan sumarse para integrar la base reguladora, porque cada régimen reconoce el derecho a las prestaciones de acuerdo con sus propias normas y teniendo únicamente en cuenta las cotizaciones realizadas al mismo sin que proceda aplicar las reglas del artículo 35 del Decreto 2530/1970, de 20 de Agosto, sobre cómputo recíproco de cotizaciones, ni las que derivarían de una situación de pluriempleo.¹⁰⁰⁸

- Las normas sobre cómputo recíproco de cotizaciones no son aplicables, porque las cotizaciones se superponen y porque, además, no se trata de un supuesto de cómputo recíproco para la adquisición, mantenimiento o recuperación del derecho a la prestación, sino de mejorar la base reguladora de una prestación ya reconocida por un régimen.

- En cuanto a las normas que derivarían de una situación de pluriempleo, su exclusión se produce porque no estamos ante un supuesto de pluriempleo, sino ante una pluralidad de actividades en distintos regímenes, que da lugar a un tratamiento independiente a efectos de cotización y prestaciones.

Este criterio no es contrario al principio de igualdad ante la ley porque, como ya se ha señalado, no hay igualdad en los supuestos determinantes de las respectivas situaciones ni en el tratamiento normativo de los elementos que integran las relaciones de cotización y protección.

Por otra parte, y frente a lo que también alega la parte recurrida la solución aplicada no produce un enriquecimiento sin causa para el organismo gestor, enriquecimiento siempre cuestionable en un sistema retributivo que no responde a un principio de equivalencia estricta entre cotizaciones y prestaciones,¹⁰⁰⁹ ya que tal solución es consecuencia de la aplicación de un criterio legal objetivo que puede ser también favorable al interesado cuando éste reúne los requisitos para acceder a las dos prestaciones.

¹⁰⁰⁷ Artículo 1.3 de la Ley 26/1985, de 31 de Julio, y artículo 6 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de Octubre.

¹⁰⁰⁸ Artículo 11 de la Orden de 18 de enero de 1967, en relación con el artículo 2 del Real Decreto Ley 13/1981, de 20 de Agosto, y con la Orden de 4 de Julio de 1983.

¹⁰⁰⁹ STC 103/1983, de 22 de Noviembre, STC 65/1987, de 21 de Mayo y STC 97/1990, de 24 de Mayo.

G₃. Reglas de concurrencia de pensiones. Concurrencia de pensiones de jubilación del RGSS con las del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

La regla general en caso de concurrencia de pensiones de jubilación del RGSS con las del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos teniendo en cuenta la nueva regulación establecida por la DA 38^a de la LGSS introducida por la Ley 36/2003 de 11 de noviembre, puede resumirse en:

1) Existe una compatibilidad inicial de las mismas de acuerdo con lo establecido en el art. 122 LGSS,¹⁰¹⁰ y en el caso de acumular dos pensiones, jugará en todo caso el tope máximo de pensiones para la suma de las dos.

2) Si los beneficiarios no están en alta o situación asimilada, deberán acreditar que las cotizaciones de los dos regímenes se hubieran superpuesto, al menos durante 15 años. Art. 161.5 LGSS.

3) Es imprescindible reunir los requisitos establecidos en cada uno de los regímenes para obtener dos pensiones diferentes, el art. 161.5 LGSS exige además que si los beneficiarios no están en alta o situación asimilada, deberán acreditar que las cotizaciones de los dos regímenes se hubieran superpuesto, al menos durante 15 años.

4) Cuando se acrediten cotizaciones a varios regímenes y no se cause derecho a pensión en uno de ellos, las bases de cotización acreditadas en ese régimen podrán ser acumuladas a las del régimen en que se cause la pensión, pero sólo para la determinación de la base reguladora de la misma, sin que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento. DA 38^a LGSS.¹⁰¹¹

La jurisprudencia considera que cuando se produce pluriactividad hay que excluir el cómputo de las cotizaciones superpuestas realizadas en distintos regímenes para integrar la base reguladora de la pensión de jubilación,¹⁰¹² ya que en estos supuestos considera que no puede aplicarse un tratamiento integrado tanto en materia de cotización (distribución de los topes entre las empresas) como en materia de

¹⁰¹⁰ Interpretado a sensu contrario: **Blasco Lahoz, JF., López Gandía, J., Mompaler Carrasco, M.A.**, *“Regímenes especiales de la Seguridad Social”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 8^a ed. 2007, pág. 179.

¹⁰¹¹ Antes de la LPGE para 2006, se exigía para que se pudieran acumular las bases de cotización en el caso de la pensión de jubilación, acreditar la permanencia en la situación de pluriactividad durante los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante, ya que de no ser así, se computaba la parte proporcional de las bases de cotización que correspondía al tiempo realmente cotizado en régimen de pluriactividad dentro de dicho período, de la misma forma que se regula en los supuestos de pluriempleo por el art. 162.5 LGSS.

Este requisito limitativo, ha desaparecido del art. 162.5, luego se entiende no aplicable tampoco al supuesto de la pluriactividad, lo cual supone un alivio, examinando la complejidad de interpretaciones a las que había llegado la doctrina, al considerar las diversas situaciones posibles, como se puede observar en el artículo de **Martínez Robles, F.**, *“Particularidades de la pensión de jubilación en situación de pluriactividad”*. Revista Información Laboral. Legislación y convenios colectivos nº 2 año 2005, Págs. LN2 a LN6.

¹⁰¹² SSTs de 14 de abril de 1992, (Ar. 2650) y 23 de septiembre de 1993, (Ar. 7043).

prestaciones, prevista para los supuestos de pluriempleo y que conduce a una prestación única.¹⁰¹³

Esto conlleva que las cotizaciones independientes a varios regímenes de la Seguridad Social, pueden generar prestaciones independientes.

Como cada régimen reconoce el derecho a las prestaciones según sus propias normas y teniendo en cuenta las cotizaciones realizadas a sí mismo, sin que proceda la aplicación de las normas sobre cómputo de cotizaciones, ni las que regulan la situación de pluriempleo, y el cómputo recíproco no es aplicable al no superponerse las cotizaciones,¹⁰¹⁴ y no tratarse de un supuesto de adquisición, mantenimiento o recuperación del derecho a la prestación, al que sí sería plenamente aplicable, sino de mejora de una base reguladora de la prestación ya reconocida por un régimen de la Seguridad Social,¹⁰¹⁵ sin que pueda apreciarse laguna legal, ni discriminación alguna al respecto;¹⁰¹⁶ dado el diferente tratamiento para el pluriempleo y la pluriactividad, que deriva de la duplicidad protectora que puede alcanzarse con la pluriactividad, es decir, por la posibilidad de que se produzca el devengo de dos pensiones por la misma contingencia cuando se cumplan los requisitos previstos en cada uno de los regímenes.¹⁰¹⁷

La Administración de la Seguridad Social ha mantenido los siguientes criterios sobre el reconocimiento del derecho y la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación en los supuestos de pluriactividad:

1º) Solicitud de dos pensiones de jubilación, una del RGSS desde la situación asimilada al alta de pleno derecho, y otra del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos desde la situación de no alta, sin que el interesado acredite cotizaciones superpuestas durante al menos 15 años.

Procede, reconocer el derecho a la pensión de jubilación en el RGSS, denegar el derecho a la pensión de jubilación por el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y computar, en su caso, a efectos de la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación del RGSS, las cotizaciones efectuadas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

2º) Si el interesado accede a una nueva situación de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, dejando en suspenso el derecho a la pensión reconocida en el RGSS.

¹⁰¹³ STS 27 de septiembre de 1993, (Ar. 7043).

¹⁰¹⁴ STS de 3 de mayo de 1993, (Ar. 4017).

¹⁰¹⁵ STS 27 de septiembre de 1993, (Ar. 7043).

¹⁰¹⁶ STC 39/1992 de 30 de marzo. (BJC. 133/1992).

¹⁰¹⁷ SSTs de 3 de mayo y 27 de septiembre de 1993, (Ar. 4017 y 7042).

Las cotizaciones efectuadas por el inicio de los nuevos trabajos posteriores al hecho causante de la prestación reconocida no pueden generar el derecho a otra pensión de jubilación distinta, sino que sólo pueden servir para mejorar la cuantía de aquella por aplicación de un nuevo porcentaje.

3º) Los trabajadores, que habiendo estado de alta en el RGSS y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, se dieron de baja en el régimen especial para pasar a ser pensionista del RGSS antes de cumplir los 65 años de edad, pueden causar el derecho a la pensión en el régimen especial cuando el interesado cumpla los 65 años, siempre y cuando pueda acreditar el requisito de superposición de cotizaciones durante 15 años.

4º) Para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación en supuestos de pluriactividad, cuando el interesado reúna los requisitos para causar derecho a pensión de jubilación, la Administración de la Seguridad Social, entiende que deberá aplicarse su propia normativa y utilizarse únicamente sus cotizaciones en cada supuesto de pensión, incluso en el caso de que se diera la circunstancia de que en la actividad por cuenta ajena apareciera un período dentro de la base reguladora en que no existiera obligación de cotizar y en el que sí se hubiera realizado cotización por cuenta propia, ya que el hecho de que en esos períodos hubieran existido cotizaciones por razón de la otra actividad, no impide la integración de las lagunas de cotización con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de 18 años de edad.

G4. Peculiaridades del Régimen Especial Agrario

La DA 8ª LGSS, establece que se aplican a todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social lo dispuesto en diversos artículos, entre otros los siguientes preceptos relativos al RGSS: art. 161, apartados 1 b), 2 y 3; art. 161 bis, apartado 1, art. 162, apartados 1.1, 2, 3, 4 y 5; art. 163; art. 165; relativos a la pensión de jubilación.

Esta misma norma en su apartado 2 declara aplicables al Régimen Especial Agrario, pero sólo para los trabajadores por cuenta ajena, (los que actualmente integran este régimen), los arts. 162.1.2, relativo a la integración de lagunas de cotización; y en el apartado 4 de esta DA 8ª, lo previsto en el art. 166, sobre jubilación parcial.

También resultarían de aplicación, las disposiciones contenidas en la DA 38ª LGSS, en relación con los efectos de las cotizaciones simultáneas a otros regímenes del Sistema, ya analizada en otros apartados de esta Tesis.

Las demás disposiciones sobre jubilación no son aplicables al Régimen Especial Agrario, salvo que la normativa reguladora de este se remita a ellas y a su desarrollo reglamentario.

En cuanto a la posibilidad o imposibilidad de la jubilación anticipada en este Régimen Especial, se considera que sería posible esta modalidad de jubilación, en caso de que se cumplieran las condiciones establecidas por la Ley 47/1998, en la que se prevé esta posibilidad, en caso de que se haya tenido la condición de mutualista antes del 1 de enero de 1967 y se acredite que la cuarta parte de las cotizaciones de toda la vida laboral del interesado pertenece a un Régimen que reconozca el derecho a la jubilación anticipada, así como en los supuestos de trabajadores minusválidos, en cuyo caso resultaría de aplicación el RD 1851/2009, de 4 de diciembre.

Se puede afirmar, que las particularidades más relevantes del Régimen Especial Agrario, quedan circunscritas a los efectos de cuotas ingresadas fuera de plazo (arts. 16 LREA y 48 RGEA) y al régimen de compatibilidad/incompatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo.¹⁰¹⁸

G5. Peculiaridades del Régimen Especial de Empleados del Hogar

La diferencia más importante, con respecto a otros regímenes, es que con carácter general, la única modalidad posible de jubilación es la ordinaria, no siendo posible en este régimen la jubilación parcial, ex DA 7ª. 2 LGSS, que no los incluye en la relación del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa aplicable a la contratación a tiempo parcial.

En principio, tampoco sería aplicable la jubilación anticipada, salvo que resulte de aplicación lo previsto en la Ley 47/1998, de 23 de diciembre, por la que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social, en determinados casos especiales, (artículo único), sobre jubilación anticipada por Derecho transitorio, cuando se computan cotizaciones de diversos regímenes.

Otra excepción al principio general de no admisión de la jubilación anticipada, la constituye, el supuesto de la jubilación anticipada de los trabajadores minusválidos, en cuyo caso resultaría de aplicación el RD 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento.

En relación a la base reguladora de la prestación, también se observan peculiaridades, ya que no existe integración de lagunas de cotización, en el sentido de que si en el período que se tome en cuenta para efectuar el cálculo, aparecieran meses durante los que no hubiera existido obligación de cotizar, éstos no se completarán con las bases mínimas vigentes, correspondientes a los trabajadores mayores de 18 años, ex DA 8ª.3 LGSS.

¹⁰¹⁸ **García Romero, B.**, “*Seguridad Social Agraria: Acción Protectora*”. Thomson Civitas. Navarra. 1ª ed. 2006. Págs. 82 y 83.

Hay que tener en cuenta lo dispuesto en la DA 38ª LGSS, en cuanto a los efectos de las cotizaciones simultáneas a otros regímenes del sistema, en el sentido de que cuando se acrediten cotizaciones a varios regímenes y no se cause pensión a uno de ellos, las bases de cotización acreditadas en este último, en régimen de pluriactividad, podrán ser acumuladas a las del Régimen en que se cause la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, si que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento.

G.6. Peculiaridades de la jubilación en el Régimen Especial de la Minería del Carbón

Puesto que puede darse el caso de encuadramiento múltiple, siendo uno de ellos el régimen especial de la minería del carbón, resulta imprescindible, analizar las peculiaridades de la contingencia de jubilación en este régimen.

1. La edad mínima de 65 años exigida para tener derecho a la pensión de jubilación podrá rebajarse en un período equivalente al que resulte de aplicar al período de tiempo efectivamente trabajado en cada una de las categorías y especialidades profesionales de la minería del carbón, conforme a una escala fijada legalmente.¹⁰¹⁹

Se reduce la edad exigida para tener derecho a la pensión de jubilación, en un período equivalente al que resulte de aplicar, al período de tiempo efectivamente trabajado en cada una de las categorías y especialidades profesionales de la minería del carbón, un coeficiente reductor que va del 0,5 para el personal de interior que desarrolla trabajos directos en los frentes de arranque o de avance, al 0,05 para trabajadores ordinarios de exterior.¹⁰²⁰

El artículo 21 de la Orden de 3 de abril de 1973 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, establece que: *"Para el cómputo del tiempo efectivamente trabajado (...) se descontarán todas las faltas de trabajo, sin otras excepciones que las siguientes:*

a) Las que tengan por motivo la baja médica por enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo.

¹⁰¹⁹ Art. 9 del Decreto 298/1973 y art. 21 de la OM de 3 de abril de 1973, y sus modificaciones posteriores por asimilación de categorías o especialidades. Esta bonificación en la edad de jubilación, opera para los demás mineros según la STS de 19 de junio de 1991. (Ar. 5156) y 19 de noviembre de 1996. (Ar. 8663).

¹⁰²⁰ Según la Circular 5/1986 de 26 de febrero, para la aplicación de estos coeficientes reductores, hay que acreditar fehacientemente y precisar el puesto o categoría profesional realmente desempeñada por el trabajador, lo cuál se puede obtener de los datos que consten en los documentos de cotización.

Podrá admitirse como prueba complementaria la certificación de la empresa aportada por el interesado, sobre todo si va avalada por testigos.

b) Las autorizadas por la Reglamentación de Trabajo u Ordenanza Laboral correspondiente, con derecho a retribución.”

Así pues, el art. 50 del RD 84/1996, establece que los empresarios deberán comunicar las variaciones de datos con independencia de la causa que las motive, y los días en que los trabajadores hayan faltado al trabajo por causas que no sean las que tengan por motivo la baja médica y las autorizadas por las normas laborales correspondientes con derecho a retribución.¹⁰²¹

Para determinar la edad de jubilación se multiplican los coeficientes reductores por el nº de años trabajados que deberá reducirse sobre la edad ordinaria de 65 años.

El período de tiempo en que resulte rebajada la edad de jubilación del trabajador, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión de jubilación a que tenga derecho el trabajador.

2. Ha de tenerse en cuenta, en orden a la aplicación de esas bonificaciones, que un trabajador con edad real inferior a 60 años, sólo podrá jubilarse si con la edad teórica, (la real mas bonificaciones), llega a sobrepasar los 65 años.

De jubilarse con coeficiente reductor, en función de la edad teórica, únicamente podrá hacerlo a partir de los sesenta años.

3. Los pensionistas de Incapacidad Permanente total de este régimen se consideran en situación asimilada a la de alta para poder causar pensión de jubilación.

Para ello deberán ingresar las aportaciones de empresario y trabajador correspondientes al período comprendido entre la fecha de declaración de la Incapacidad Permanente total y la del hecho causante de la jubilación.

4. La reducción de la edad de jubilación de estos trabajadores, por el tiempo trabajado en este régimen, se tendrá en cuenta de acceder el trabajador a la jubilación por cualquier otro régimen, lo cuál supone una regla importante a tener en cuenta en caso de pluriactividad, ya sea simultánea o sucesiva.

El art. 21.5 establece que tanto la reducción de edad como su cómputo a efectos de cotización, regulados en los números anteriores del mismo art.,¹⁰²² serán de

¹⁰²¹ Por tanto, en el campo 1180 del fichero FAN, se consignarán los días de trabajo efectivo (no los días de alta), descontando, por tanto, los días no trabajados, domingos, festivos y teniendo en cuenta que los días en Incapacidad Temporal se considerarán como de trabajo efectivo, salvo aquellos en que si no se hubiese estado en esta situación fueran días no trabajados. Los días en Incapacidad Temporal tienen, por tanto, el mismo tratamiento a estos efectos exclusivos que los días de trabajo.

¹⁰²² Art. 21. 1. La edad mínima de sesenta y cinco años, exigida para tener derecho a la pensión de jubilación, se rebajará en un período equivalente al que resulte de aplicar al período de tiempo efectivamente trabajado en cada una de las categorías y especialidades profesionales de la Minería del Carbón, el coeficiente que corresponda de conformidad con la siguiente escala:

- a) 0,50, en las de Picador, Barrenista y Ayudante de una u otra.
- b) 0,40, en las de Posteador, Minero de Primera y Artillero.

aplicación a la jubilación de trabajadores que, habiendo estado comprendidos en este Régimen Especial de la Minería del Carbón, tenga lugar en cualquier otro Régimen de la Seguridad Social.

En el caso de pluriactividad simultánea el art. 21.6 de la Orden de 3 de abril de 1973, expresamente dispone que cuando la jubilación afecta a trabajadores que se encuentren comprendidos simultáneamente en el campo de aplicación de este Régimen Especial y en el de algún otro del Sistema de la Seguridad Social, se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior, exclusivamente en lo que se refiere a la reducción de edad.

5. Los trabajadores tienen derecho a la jubilación anticipada, a partir de los 61 años, aunque no tengan la condición de mutualistas, en las mismas condiciones que los trabajadores del RGSS.

6. Requisitos:

a) - Ingresar las aportaciones de empresario y trabajador correspondientes al período comprendido entre la fecha de efectos de la pensión de invalidez permanente total y la del hecho causante de la jubilación.

b) - En el supuesto de que durante dicho período el interesado hubiera efectuado cotizaciones a otro Régimen de la Seguridad Social que tenga establecido el reconocimiento recíproco de cuotas,¹⁰²³ aquél podrá optar entre:

1.- Satisfacer las cuotas con deducción del importe de las ingresadas en el otro Régimen.

c) 0,30, en las de Técnico o Vigilante de explotación en talleres de arranque o preparación, Ayudante Artillero, Entibador, Ayudante de Entibador, Caballista, Maquinista de tracción, Vagonero y Rampero, así como en las de Tubero o Caminero por los períodos de trabajos realizados en talleres de arranque y preparación.

d) 0,20, en las restantes categorías profesionales de interior.

e) 0,15, en el supuesto de trabajadores trasladados de servicios de interior a puestos de trabajo de exterior en cumplimiento de un precepto legal o reglamentario.

f) 0,05, para los restantes trabajadores del exterior.

2. El Ministerio de Trabajo llevará a cabo las asimilaciones de categorías profesionales o de puestos de trabajo que resulten necesarias para la aplicación de los coeficientes establecidos en el número anterior.

3. Para el cómputo del tiempo efectivamente trabajado a efectos de lo dispuesto en el número 1, se descontarán todas las faltas al trabajo, sin otras excepciones que las siguientes:

a) Las que tengan por motivo la baja médica por enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo.

b) Las autorizadas por la Reglamentación de Trabajo u Ordenanza Laboral correspondiente, con derecho a retribución.

4. El período de tiempo en que resulte rebajada la edad de jubilación del trabajador, de conformidad con lo establecido en los números anteriores del presente artículo, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión de jubilación a que tenga derecho el trabajador.

¹⁰²³ No se especifica entre pluriactividad simultánea o sucesiva, por lo que debemos entender que surge la duda de si resulta de aplicación en ambos casos.

2.- Satisfacer las cuotas sin la deducción señalada, en cuyo caso, el interesado conservará los derechos que pudieran corresponderle en el otro Régimen.

- Las cuotas que debe satisfacer el beneficiario se descontarán, hasta su total amortización, de la pensión de jubilación reconocida, quedando libre de tal descuento la parte de pensión equivalente al importe que hubiere correspondido, cada mes, a la de invalidez que se haya extinguido en virtud de la opción efectuada por el beneficiario.

- La base reguladora de la pensión de jubilación se determinará tomando para cada uno de los meses que la integran, las bases normalizadas de cotización que hayan correspondido a la categoría o especialidad profesional que tuviera el interesado al producirse su invalidez permanente total.

G7. Peculiaridades del Régimen Especial de Trabajadores del Mar

1. El Decreto 2864/1974 de 30 de agosto, en su art. 37.3, prevé la posibilidad de anticipar la edad mínima de jubilación para las actividades excepcionalmente penosas, tóxicas, insalubres y peligrosas que causen elevados índices de morbilidad y mortalidad.

El Decreto 2063/1970, modificado por el RD 863/1990 de 6 de julio, en la DA 8ª y desarrollado por la Orden de 17 de noviembre de 1983, establece coeficientes reductores a la edad mínima de jubilación, establecida con carácter general, para trabajos de la Marina Mercante, Pesca y Estibadores Portuarios, considerándose el período de tiempo que resulte rebajado como cotizado a los exclusivos efectos de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión.¹⁰²⁴

2. Se incluyen los períodos de desembarco debidos a enfermedad o accidente y los períodos de trabajo efectivo y asimilados (enfermedad, accidentes, vacaciones, permisos, licencias, etc...), siempre que el trabajador figure en alta, puesto que el art. 161.1 a) LGSS, exige la edad de 65 años, sin remitirse a la especialidad del art. 161 bis, relativo a la edad mínima de jubilación.¹⁰²⁵

3. Hay que tener en cuenta la entrada en vigor del RD 2390/2004 de 30 de diciembre, sobre reducción de la edad mínima para causar pensión de jubilación en este régimen especial, especialmente su art. 3.

4. En cuanto a la jubilación anticipada sin tener la condición de mutualista, se reconoce en los mismos términos que en el RGSS, pero sólo en relación a los

¹⁰²⁴ Arts. 37 y 79 a 84 del Decreto 2864/1974.

¹⁰²⁵ Se plantea la cuestión de si estos períodos se computan cuando el trabajador se encuentra en alta o asimilado al alta. Según la STS de 31 de marzo de 2003, nº rec. 2160/2002, (RJ 2003\3658); el art. 161.5 LGSS exige la edad ordinaria de 65 años sin remitirse a la especialidad del art. 161.2, aunque para **Blasco Lahoz, JF., López Gandía, J., Mompaler Carrasco, M.A.**, “Regímenes especiales de la Seguridad Social”.(. .). pág. 329, esta interpretación resulta errónea, ya que no se pone en relación con el art. 161.3, que sí se remite al 161.2. y consideran que se está confundiendo la jubilación ordinaria, cuya edad es 65 años, con la jubilación anticipada.

trabajadores por cuenta ajena incluidos en este Régimen Especial, ya que no tienen acceso a esta modalidad de jubilación los trabajadores por cuenta propia incluidos en este Régimen Especial.

Respecto a la jubilación anticipada por tener la condición de mutualista, se reconoce en los mismos términos que en el RGSS, aunque hay que tener en cuenta que respecto a la fecha de efectos, se entenderán relativas a 1 de agosto de 1970, que corresponde a la fecha de entrada en vigor del RETM.

5. Resulta de aplicación a este régimen las normas de jubilación flexible contenidas en el art. 4 RD 1132/2002, así como la exención de cuotas para trabajadores de 65 ó más años, contenidas en el art. 112 bis y 12 del RD 1132/2002, así como la jubilación parcial, del art. 166, en los términos de la DA 8ª LGSS.

6. En cuanto a la jubilación anticipada de trabajadores minusválidos, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se protege en los mismos términos que en el RGSS, mientras que para los trabajadores por cuenta propia, en los términos del RD 1851/2009.

En el ámbito de la jubilación especial a los 64 años, hay que tener en cuenta que esta posibilidad se restringe a los trabajadores por cuenta ajena, y se reconoce para estos trabajadores en los mismos términos que en el RGSS.

G8. Jubilación anticipada en los regímenes especiales

Tras la reforma introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en supuestos de pluriactividad, siguiendo el art. único de la Ley 47/1198, y el art. único 2.b) del RDL 5/1998, los que fueron mutualistas tienen la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada aun cuando la mayoría de las cotizaciones efectuadas a lo largo de su vida laboral, se hayan efectuado en regímenes que no la contemplan, con los que resulte de aplicación el mecanismo del cómputo recíproco de cotizaciones.¹⁰²⁶

Así, la jubilación histórica del Mutualismo Laboral y los sujetos equiparados, se puede producir en un régimen que no contemple tal anticipación y en los regímenes especiales internos, pero teniendo en cuenta los siguientes requisitos acumulativos:

1. Que el trabajador ha de haber sido mutualista antes del 1/01/1967, en España o en actividad equivalente en el extranjero.

¹⁰²⁶ **López Gandía, J., Toscani Gimenez, D.**, “Reformas de la Seguridad Social 2007. Ley de medidas en materia de Seguridad Social (L 40/2007, de 4 de diciembre)”. Sistemática Memento. Dossier Práctico. Francis Lefebvre. Ediciones Francis Lefebvre, S.A.; Madrid. 1ª ed. Actualizada a 5 de diciembre de 2007. Pág. 220. Parágrafo 3161.

2. En tal caso, una cuarta parte de sus cotizaciones a lo largo de su vida laboral o cinco años, si tiene cotizados en total, 30 o más años), debe reunirse en los regímenes anteriores o en el sistema vigente, que contemplen la jubilación anticipada.

La pensión de jubilación anticipada, se reconocerá en el régimen en el que se acrediten mayores cotizaciones, lo que da lugar a que, en el caso de que no se produzca en el RGSS, no se apliquen en el momento de calcular la pensión:

- La técnica de la integración de lagunas en la determinación de la base reguladora del RGSS, (art. 162.1.2), no extensible a los regímenes especiales, (DA 8ª LGSS).

- Ni los años de bonificación según la edad que el beneficiario tuviera a 1/01/1967, a efectos de determinar el porcentaje aplicable sobre la base reguladora según la tabla incluida en la OM 18/01/1967, DT 2ª.3.

Según la DA 8ª 3, las normas relativas a la jubilación anticipada contenidas en el art. 161.3 de la LGSS, serán de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón y de los Trabajadores del Mar.

En el Régimen Especial Agrario, sólo existe la posibilidad de la jubilación anticipada antes de los 65 años, si tienen la condición de mutualistas laborales el 1 de enero de 1967, ya que el apartado 3 de la DA 8ª LGSS no se contempla al Régimen Especial Agrario, y es la Orden de 18 de enero de 1967, la que en su DT 1ª, punto 9, autoriza a jubilarse anticipadamente, aplicando el correspondiente coeficiente reductor, a quienes hubieran sido mutualistas de una Mutualidad de trabajadores por cuenta ajena, con anterioridad al 1 de enero de 1967.

En el régimen especial de trabajadores del mar, en la base reguladora de la pensión, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se aplica el sistema de integración de lagunas del art. 162 apartado 1.2 del Régimen General de la Seguridad Social. DA 8.2ª LGSS. En la base reguladora no se incluyen las horas extraordinarias.

H) MUERTE Y SUPERVIVENCIA

H₁. Reglas aplicables a los supuestos de pluriactividad

Con carácter general en el ámbito de estas prestaciones, merecen especial mención: el **RD 296/2009**, de 6 de marzo, que modifica determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia, el **RD 1465/2001**, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, la Resolución de la Secretaría de Estado de Seguridad Social, de 19 de septiembre de 2007, sobre determinación de la contingencia causante en el ámbito de las prestaciones por incapacidad temporal y por muerte y supervivencia del sistema de la Seguridad Social, así como la Circular del INSS, 4/2003, de 8 de septiembre, que dicta

Instrucciones para la aplicación de la normativa vigente en materia de pensiones de jubilación y de prestaciones por incapacidad permanente y por muerte y supervivencia.¹⁰²⁷

El art. 122 de la LGSS establece el principio de incompatibilidad de las pensiones del régimen general, cuando coincidan en el mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario legal o reglamentariamente, resultando necesario en caso de incompatibilidad, dar la oportunidad al beneficiario de que opte por la pensión que más le convenga. Esta declaración de incompatibilidad se da dentro de cada uno de los regímenes, no entre las causadas entre uno y otro, siempre que se reúnan los requisitos para ello.¹⁰²⁸

En materia de pensión de viudedad, el segundo párrafo del apartado 1 del art. 174 de la LGSS, establece que también tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante a la fecha del fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de 15 años.

El apartado 2º del párrafo 1º del art. 174, que se acaba de transcribir, tiene la redacción efectuada por la disposición final 3.10 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, y el art. 5.3 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

Resulta muy relevante en sede de pluriactividad, la prescripción contenida en el párrafo 2 del apartado 1 del art. 179 de la LGSS, que establece que la pensión de viudedad, en los términos del segundo párrafo del apartado 1 del art. 174 LGSS,¹⁰²⁹ será incompatible con el reconocimiento de otra pensión de viudedad, en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpongan, al menos durante 15 años.

Este párrafo 2º del apartado 1º del art. 179 LGSS, fue añadido por el art. 18.1 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre.

¹⁰²⁷ Se proporciona la ubicación del análisis del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia en supuestos de pluriempleo, efectuado en esta Tesis, por si el lector desea comparar el régimen jurídico de estas prestaciones en supuestos de pluriempleo y pluriactividad.

Respecto a la cuestión de la determinación de la base reguladora de las prestaciones por muerte y supervivencia, en situaciones de pluriempleo, se efectúa una remisión a los análisis efectuados en el subapartado e), del apartado B), de la cuestión 3.1, del capítulo III de esta Tesis, contenidos en las páginas 357 a 361, con la finalidad de evitar reiteraciones innecesarias.

Mientras que para el análisis de otras cuestiones distintas a la determinación de la base reguladora de estas prestaciones en sede de pluriempleo, se efectúa una remisión a la página 399 de esta Tesis.

¹⁰²⁸ STSJ Madrid de 28 de mayo de 1992, (AS 1992\2745).

¹⁰²⁹ El segundo párrafo del apartado 1 del art. 174 de la LGSS, establece que también tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque a la fecha del fallecimiento, no se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de 15 años.

Por otro lado, pese a la regla general de la compatibilidad de la pensión de viudedad con cualquier renta de trabajo de la viuda, contenida en el apartado 1 del art. 179 LGSS, y con la pensión de vejez a la que la misma pudiera tener derecho, esta determinación no es extensible a la pensión de vejez, viudedad o invalidez del SOVI, cuya pervivencia se ha mantenido hasta la entrada en vigor de la LGSS.¹⁰³⁰

Para la determinación de la pensión de viudedad en los supuestos de pluriactividad, con anterioridad a la reforma efectuada por la Disposición Final 3.10 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, y el art. 5.3 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, **Rodríguez Iniesta**,¹⁰³¹ consideraba que en principio se partía de la consideración por separado de las respectivas bases de cotización, dada la posibilidad de causar pensión en cada uno de los regímenes en que estuviera encuadrado el causante.

Si las cotizaciones no daban lugar, por sí mismas, a una pensión, la base reguladora se determinaba teniendo en cuenta lo siguiente:

1 - Cuando debido a las normas aplicables sobre totalización de los períodos de cotización, el Régimen en el que se causara el derecho a la pensión fuera aquel en el que el trabajador figuraba en alta o situación asimilada a ella, o el último en el que lo hubiera estado, el reconocimiento del derecho se efectuaría conforme a las normas de dicho régimen, teniendo en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la pensión, las bases de cotización a otro u otros regímenes anteriores, siempre que no se superpusieran, mientras que si se superponían, consideraba este autor, que se podría elegir el más favorable.

2 - Cuando por aplicación de las normas sobre totalización de los períodos de cotización, el Régimen en el que se causara el derecho a una pensión no fuera el último en el que el trabajador estuviera o hubiera estado en alta o en situación asimilada al alta, el reconocimiento del derecho se efectuaría con arreglo a las normas del régimen en que se causara, teniendo en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la pensión, las bases de cotización al último régimen el que el trabajador estuviera o hubiera estado en alta o en situación asimilada al alta, y las del otro u otros regímenes anteriores, siempre que no se superpusieran.

3 - Se toma siempre como referencia a efectos de determinar el período computable, la fecha del hecho causante de la pensión.

4 - Cuando las bases de cotización a regímenes distintos se superpusieran, se podría elegir la más favorable, con independencia de cuál fuera el régimen por cuyas normas debía regirse para resolver y de que éste fuera el último en que estuvo encuadrado el

¹⁰³⁰ En el nº 2 de la DT 2ª de la LGSS se determinaba la incompatibilidad entre las pensiones del SOVI y cualquiera de las pensiones a cargo de los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social. El TSJ de Madrid en ST de 23 de marzo de 1993, (AS 1993\1448), considera que esta medida no es discriminatoria, porque la desigualdad tiene su origen en la modificación normativa.

¹⁰³¹ **Rodríguez Iniesta, G.**, “*La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*”. Ed. Laborum. 1ª ed. 2006. Págs. 272 y 273.

trabajador u otro anterior, pero siempre que dichas bases estuvieran comprendidas en el período establecido para obtener la base reguladora por la normativa que fuera aplicable.

5 – Para este autor, no resultaría de aplicación la integración de lagunas de cotización prevista para otras pensiones contributivas.

En cuanto a los pronunciamientos de doctrina judicial sobre las prestaciones por muerte y supervivencia en supuestos de pluriactividad, destaca la sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 5519/2002, de 30 de julio, (AS 2002\ 2897),¹⁰³² ante un supuesto de concurrencia entre una pensión de viudedad del Régimen Especial Agrario y una pensión del antiguo Seguro de Accidentes de Trabajo.

La cuestión debatida en esta sentencia, es la compatibilidad o incompatibilidad entre las pensiones de viudedad causadas en distintos regímenes de la Seguridad Social, Régimen General y Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, cuando se acreditan en ambos las cotizaciones precisas y el requisito de la superposición de cotizaciones durante al menos quince años, en el supuesto de que el requisito del alta se acredite sólo en uno de los regímenes, el General, y no en el RETA, considerando que la Ley 50/1998 eximió del requisito del alta o situación asimilada a los causantes que, alternativamente, acreditaran quince años cotizados.

Se considera que sería posible causar varias pensiones de viudedad, en el supuesto de que el sujeto causante haya estado cotizando simultáneamente durante quince años en dos regímenes distintos de la Seguridad Social, por aplicación analógica del art. 6 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, para la aplicación de la Ley 26/1985, de 31 de julio, en la materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente.¹⁰³³

¹⁰³² Sentencias a favor: STSJ Castilla y León Valladolid, núm. 654/2004, de 28 de junio, (JUR 2004\192222); STSJ Aragón, núm. 815/2000, de 15 de julio, (AS 2000\2522). En contra: STSJ Galicia de 14 de julio de 2001, (AS 2001\1927), en un supuesto en el que determina la incompatibilidad de la pensión de viudedad del RGSS y del RETA, considera que el causante sólo estaba afiliado al Régimen General a la fecha del fallecimiento y considera que no podía generar dos pensiones de jubilación, ni por lo mismo, de viudedad.

¹⁰³³ *Artículo 6. Reconocimiento del derecho en caso de pluriactividad*

Para causar pensión de jubilación o invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez derivada de enfermedad común o accidente no laboral en mas de un Régimen de la Seguridad Social, y cuando el interesado no se encuentre en el momento del hecho causante en alta o en situación asimilada a la de alta en ambos regímenes, será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los Regímenes se superpongan, al menos, durante 15 años.

En los casos en los que el interesado se encuentre en alta o en situación asimilada a la de alta en uno de los Regímenes y reúna en ambos los requisitos para causar derecho a pensión, le serán reconocidas las mismas en los términos y condiciones previstos en las normas aplicables por los respectivos Regímenes, siempre que concurra el requisito de cotizaciones superpuestas a que se refiere el párrafo anterior.

La sentencia del TSJ de Andalucía, Granada, núm. 645/2003, de 25 de febrero, (AS 2003, 1281),¹⁰³⁴ reconoce que el beneficiario de una pensión de viudedad en un régimen de la Seguridad Social podrá causar otra pensión de viudedad en otro régimen distinto si el causante de esta segunda pensión reúne los requisitos de carencia en este régimen de la Seguridad Social.

El supuesto de hecho se trata de una pensión de viudedad en el RGSS, además de la pensión de viudedad que el causante tenía reconocida en el RETA, sin exigir que se superpusieran las cotizaciones efectuadas a ambos regímenes durante 15 años, en base a que este requisito estaba previsto en los arts. 138.4 y 161.5 de la LGSS, para las pensiones de incapacidad permanente y de jubilación, pero no para la de viudedad, (ya que con anterioridad a la reforma efectuada por el art. 18.1 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, que añadió el párrafo 2º del apartado 1º del art. 179 LGSS, no se exigía el requisito de la superposición durante 15 años, para causar la pensión de viudedad, en supuestos de no alta ni situación asimilada del causante en el momento del hecho causante).

Además, considera que no procede la aplicación analógica a ésta, ya que para que pueda entrar en juego la analogía se requieren dos elementos: uno, que el caso objeto de estudio no se encuentre regulado en ninguna norma legal; y otro, que entre dicho caso y el previsto en algún otro precepto normativo exista una igualdad jurídica esencial, y de estos elementos se desprende que la citada analogía como fuente legal tiene un cauce muy estrecho en el sentido de que realmente proporciona nuevas normas, sino que trata de evitar o suplir un vacío legal que en el caso discutido de autos que nos ocupa no se da, por lo que, si reúne los requisitos generales en ambos regímenes, tendrá derecho a percibir ambas pensiones.

No nos encontramos aquí ante un supuesto de incompatibilidad de pensiones derivado del art. 122.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Y hay que señalar asimismo que tampoco se discute que el causante se encontraba en alta en la fecha de su fallecimiento –pues estaba de alta en el RETA– y que reúne un período de carencia suficiente (art. 174 LGSS).

Las pensiones procedentes de distintos regímenes son compatibles entre sí, al no existir precepto alguno de carácter genérico que las incompatibilice, por lo que considera que es posible que una persona perciba varias pensiones de viudedad.

El beneficiario tiene derecho a devengar ambas pensiones de viudedad, por reunir los requisitos necesarios para ambas, no tratándose de pensiones incompatibles al reconocerse en regímenes distintos de la Seguridad Social.

¹⁰³⁴ A favor: STSJ Cataluña, núm. 18/2005, de 12 de julio, (AS 2006\2189); STSJ de Cataluña, núm. 854/1994, de 16 febrero, (AS\1994\577).

H₂. Peculiaridades de los Regímenes Especiales

1. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

Desde la DA 13^a RD 9/1991, de 11 de enero sobre normas de cotización para ese mismo año se equipararon las prestaciones por muerte y supervivencia en relación con las prestaciones del RGSS, en cuanto a sujetos causantes, períodos previos de cotización, cálculo de la base reguladora y porcentaje a aplicar sobre ésta para hallar la cuantía de la pensión.¹⁰³⁵

Las especialidades con respecto al RGSS, son las siguientes:

1. Las cotizaciones ingresadas con posterioridad al hecho causante son eficaces. Se plantea la duda de si las ingresadas con posterioridad a la formalización alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, también lo son.¹⁰³⁶

2. Desde los orígenes de este régimen especial ha existido el mecanismo de invitación al pago, cuando el causante no se encuentre al corriente en el pago de las cuotas, para evitar que se deniegue la prestación.

Para que proceda la aplicación de este mecanismo, han de darse unas condiciones:

- El período mínimo de cotización necesario para acceder a la prestación de que se trate debe estar cubierto.
- Hay que advertir al interesado de que tiene la posibilidad de acceder a la prestación, si pone al corriente las cuotas pendientes, indicando los efectos de no hacerlo, dentro de los 30 días siguientes a la notificación.¹⁰³⁷

Se plantea la duda de si en caso de resultar de aplicación las normas relativas al cómputo recíproco de cotizaciones, sería exigible la invitación al pago, si el reconocimiento de la pensión tiene lugar en un régimen, que no exija la invitación al pago.

Al respecto, hay que acudir a la DA 39.1 LGSS, que según el escrito de 9 de febrero de 2004 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, debe interpretarse de la siguiente forma:

¹⁰³⁵ Así pues, se derogaron las singularidades que se establecían en los arts. 58.1 a) y 97 de la Orden de 24 de septiembre de 1970.

¹⁰³⁶ Sobre la cuestión, **Rodríguez Iniesta, G.**, *“La viudedad en el sistema español de Seguridad Social”*. Ed. Laborum. 1^a ed. 2006. Pág. 376, expone las diferentes situaciones.

¹⁰³⁷ Si se pone al corriente, en 30 días, la prestación se le abonará, si lo hace pero han transcurrido los 30 días, la pensión de viudedad se abonará, pero surtiría efectos desde el primer día del mes siguiente al de ingreso de las cuotas, y en caso de la indemnización especial a tanto alzado, se reduciría en un 20%. Si no lo ingresa, no hay prestación.

- Si el acceso a la prestación se realiza desde un régimen que lo considere responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar, para acceder a la pensión tendrá que ponerse al corriente en el pago.
- Si se causa una prestación y se trata de trabajadores por cuenta ajena, también debe ponerse al corriente, si las deudas se deben en regímenes de los que sea responsable, en caso de que tales cotizaciones entren en el cómputo para la base reguladora de la prestación.

3. El hecho causante se entiende acaecido el último día del mes del fallecimiento del sujeto causante, salvo el auxilio por defunción, en que será la fecha de la muerte. Art. 98 O. 24 de septiembre de 1970.

En cuanto al Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, destaca la creación del art. 47 bis, del RD 84/1996, introducido por el art. 1 del **RD 1382/2008** de 1 de agosto, que en su apartado 5 establece que la **cobertura de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales** en este Sistema Especial resultará obligatoria respecto a las contingencias de invalidez y muerte y supervivencia.

La redacción vigente del art. 45.4 del RD 2064/1995, establece que esta **cotización** obligatoria se efectuará aplicando a la base elegida el tipo de cotización fijado, para cada ejercicio económico, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

2. Régimen Especial Agrario

Las principales especialidades en relación al RGSS, se encuentran en las condiciones de acceso a las prestaciones, del art. 46 O. 3772/1972 de 23 de diciembre.

En relación al requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas,¹⁰³⁸ no sólo están obligados a cotizar, el empresario y el trabajador, sino que además los hace responsables de sus respectivas aportaciones, salvo las cuotas de recaudación conjunta, de las que es responsable el empresario,¹⁰³⁹ pero como en las pensiones por muerte y supervivencia sujeto causante y beneficiario, no coinciden, el art. 53 del D. 3772/1972, establece la excepción de que en caso de que la muerte se deriva de enfermedad común o accidente no laboral, se considerará al corriente en el pago, cuando sus derechohabientes, satisfagan el importe y siempre que el período de descubierto no fuera superior a los 12 meses de cotización a efectos de percibir el subsidio de defunción y a 6 meses respecto a las demás prestaciones.¹⁰⁴⁰

¹⁰³⁸ **Escobar Jiménez, J.**, “Derecho a la prestación de viudedad con descubierto de cotizaciones en el Régimen Especial Agrario”. Comentario a la STSJ Castilla y León, Valladolid de 9 de marzo de 1999. Revista Aranzadi Social. Vol. II. 1999. Págs. 2611 a 2615.

¹⁰³⁹ Arts. 39, 41 y 42 RD 2064/1995 de 22 de diciembre, Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

¹⁰⁴⁰ **Navarro Roldán, R.**, “Pensión de supervivencia. Presente y futuro de la pensión de viudedad”. La Ley Actualidad. Madrid. 1ª ed. 2006. Pág. 233.

3. Régimen Especial de Empleados del Hogar

1. Las cuotas que hayan sido abonadas y correspondan a períodos anteriores a la fecha de efectividad de la afiliación o alta, no son computables a efectos de los períodos de cobertura exigidos.¹⁰⁴¹
2. En caso de que el causante prestara servicios discontinuos, la responsabilidad del pago le incumbe en exclusiva a él. En este caso es de aplicación el mecanismo de invitación al pago del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
3. Como en este régimen no hay cobertura específica por contingencias profesionales, la muerte sería considerada como derivada de enfermedad común o accidente no laboral. Art. 22 D. 2346/1969, de 25 septiembre.

4. En el Régimen Especial de la Minería del Carbón

1. Al asimilarse el paro involuntario al alta, el tiempo en que el causante estuviera en esta situación, sería válido o computable a efectos de acreditar el período mínimo de cotización y para el cómputo de la base reguladora. Art. 16 de la Orden de 3 de abril de 1973. Pero, para ello, los beneficiarios deben abonar las cuotas que correspondan entre la fecha de iniciación de la situación de paro a la del hecho causante. Sería algo parecido a lo que sucedería si hubiera suscrito un convenio especial.¹⁰⁴²

2. Si el causante ya era pensionista, se plantea la cuestión de la Compatibilidad entre pensión de viudedad y otras pensiones del régimen especial de la minería del carbón.

En este régimen especial de la minería del carbón, si bien son compatibles inicialmente las pensiones de viudedad con las de jubilación o las de Incapacidad Permanente, devienen en incompatibles si, llegada la edad de jubilación, el pluripensionista pretende una Incapacidad Permanente Absoluta o una Gran Invalidez “actualizada”,¹⁰⁴³ es decir, con la misma cuantía “que correspondería (...) a una pensión de jubilación determinada conforme a las reglas que a continuación se establecen (...)” (art. 20 de la OM de 3 de abril de 1973, para la aplicación del Decreto 298/1973, de 8

¹⁰⁴¹ Art. 23.1. RD 1426/1997.

¹⁰⁴² **Rodríguez Iniesta, G.**, “*La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*”. Ed. Laborum. 1ª ed. 2006. Pág. 381.

¹⁰⁴³ Otra especialidad es que las prestaciones por muerte y supervivencia, que se causen por pensionistas de invalidez permanente cuyas pensiones hayan pasado a tener la nueva cuantía correspondiente a jubilación, se determinarán de acuerdo con la base reguladora que haya servido para el cálculo de la nueva cuantía de la pensión, incrementada con las revalorizaciones que, para las prestaciones de igual naturaleza hayan tenido lugar desde la fecha en que se produjeron los efectos de la nueva cuantía de la pensión del inválido causante, o desde la fecha en que se produjo el hecho causante de la pensión a que renunció, según proceda.

de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón).¹⁰⁴⁴

Las prestaciones por muerte y supervivencia, que se causen por pensionistas de invalidez permanente cuyas pensiones hayan pasado a tener la nueva cuantía correspondiente a jubilación, se determinarán de acuerdo con la base reguladora que haya servido para el cálculo de la nueva cuantía de la pensión, incrementada con las revalorizaciones que, para las prestaciones de igual naturaleza hayan tenido lugar desde la fecha en que se produjeron los efectos de la nueva cuantía de la pensión del inválido causante, o desde la fecha en que se produjo el hecho causante de la pensión a que renunció, según proceda.

Dentro de estas reglas se contiene la que impide dicha actualización si hubiere otra pensión del Sistema.

La jurisprudencia ha visto en estas reglas particulares la existencia de una incompatibilidad indirecta, que obligaría a optar por una de las pensiones concurrentes.¹⁰⁴⁵

5. En el Régimen Especial de Trabajadores del Mar

Hay que tener en cuenta que las prestaciones por muerte y supervivencia, en este régimen, se equiparan a las del RGSS, según el art. 38 Decreto 2864/1974 y 79 a 84 del Reglamento y las modificaciones introducidas por la ley 24/1997, Ley 50/1998, ley 24/2001 y RD 1465/2001 de 27 de diciembre.

Las especialidades principales se pueden resumir en los siguientes apartados:

1. En caso de tratarse de trabajadores por cuenta propia han de estar al corriente en el pago de las cuotas, pudiendo hacerlo efectivo los causahabientes, si el descubierto no excede de 6 meses y sólo respecto de las cuotas que correspondan al período inmediatamente anterior a la fecha de ingreso de las mismas. Art. 65.1 D 1867/1970 de 9 de julio y art. 22.1 D. 2864/1974 de 30 de agosto.

2. Si el trabajador por cuenta propia no hubiera constituido la adecuada y suficiente protección respecto de las contingencias profesionales o se encuentre a su fallecimiento en descubierto en el pago de las cuotas correspondientes a tales contingencias por un período superior a 3 meses, no causará ninguna de las prestaciones derivadas de las mismas. Art. 99 b) D 1867/1970 de 9 de julio y art. 4.1 b) D. 2864/1970 de 30 de agosto.

¹⁰⁴⁴ **Gete Castrillo, P.**, “Compatibilidad en la Pensión de Viudedad en Nuestro Sistema de Seguridad Social. Algunas Ideas para un Debate Necesario”. Revista Foro de Seguridad Social nº 3, año 2000. Archivo en soporte informático. Publica la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social.

¹⁰⁴⁵ STSJ de Madrid de 17 de julio de 1989, (Ar. 1135).

3. Merece especial mención, por su reciente creación, que para los trabajadores de este régimen especial existen una serie de prestaciones especiales asistenciales derivadas del trabajo en la mar que incluyen pérdida de equipaje a consecuencia de naufragio o accidente en el mar, fallecimiento a bordo o desaparición y traslado de cadáveres, debiendo realizarse las solicitudes en las Direcciones Provinciales o locales del Instituto Social de la Marina. RD 869/2007, de 2 de julio.

I) – DESEMPLEO

1. Régimen General de la Seguridad Social

En el Régimen General de la Seguridad Social, en términos generales, aunque no hagan alusión específica a los supuestos de pluriempleo y pluriactividad, hay que tener en cuenta las novedades introducidas, en sede de prestaciones de desempleo por:

- El RD Ley 12/2010 de 20 de agosto,¹⁰⁴⁶ de prórroga del programa temporal de protección por desempleo e inserción, regulado por la Ley 27/2009 de 31 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.

- Así como el mantenimiento de la vigencia del RD Ley 10/2009, de 13 de agosto, regulador de la prestación extraordinaria de desempleo, ya que si bien, en su art. 1. 2 se establece un plazo de vigencia de 6 meses, a contar desde la fecha de entrada en vigor del mismo, su disposición final 3ª establece la habilitación al gobierno para autorizar prórrogas por períodos de igual duración, teniendo en cuenta las disponibilidades presupuestarias, las perspectivas económicas y la situación de desempleo.¹⁰⁴⁷

- El RD Ley 10/2010, de 16 de junio, y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en cuyos artículos 8, relativos a protección por desempleo y reducción de jornada, se modifican los apartados 2 y 3 del art. 203 y el apartado 1.3 del art. 208 de la LGSS.

En este ámbito, hay que tener en cuenta que la redacción actual del apartado 2 del art. 203 LGSS, tras las mencionadas reformas, establece que el desempleo será total cuando el trabajador cese, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario. A estos efectos, se entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo,

¹⁰⁴⁶ Entró en vigor el mismo día de su publicación en el BOE y es de aplicación retroactiva desde el 16 de agosto de 2010, según su DF 3ª.

¹⁰⁴⁷ Respecto a este RD, su art. 9 establece las reglas de incompatibilidades, que resultan muy restrictivas, estableciendo la incompatibilidad de la prestación por desempleo extraordinaria, será incompatible con los salarios sociales, rentas mínimas o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las distintas Administraciones públicas, y, asimismo, se aplicarán las incompatibilidades establecidas en el artículo 221 de la LGSS y en sus normas de desarrollo.

en virtud de suspensión de contrato o reducción de jornada autorizada por la autoridad competente.

El apartado 3 del art. 208 de la LGSS, ha pasado a tener la siguiente redacción: El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por 100, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo.

El apartado 1.3) del art. 208 de la LGSS, establece que se consideran en situación legal de desempleo: (...) Cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, en virtud de expediente de regulación de empleo en los términos del artículo 203.3.¹⁰⁴⁸

2. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

Los trabajadores autónomos, no tienen cobertura por la contingencia de desempleo. El art. 205 LGSS que determina las personas protegidas, no los menciona. Lo cuál tiene repercusiones en caso de pluriactividad simultánea entre, por ejemplo, el supuesto de cotización simultánea en el RGSS, donde sí se reconoce la cobertura por esta contingencia.

La DA 9^a L 20/2007, 11 de julio, establece que el Gobierno en plazo de 1 año elaborará un estudio sobre la evolución de la medida de pago único de la prestación por desempleo para el inicio de actividades por cuenta propia, si el resultado es favorable a la creación de empleo autónomo, ampliará los porcentajes actuales de la capitalización de la prestación de desempleo destinados a financiar la inversión.

Tiene repercusiones en situaciones de pluriactividad, ya que alude a la pluriactividad sucesiva, el tránsito de otros regímenes de la Seguridad Social al Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Hay que tener en cuenta otra novedad importante introducida por la DA 10^a de la Ley 20/2007 de 11 de julio, que se refiere al encuadramiento en la Seguridad Social de los familiares del trabajador autónomo, aclarando que los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de treinta años aunque éstos convivan con el trabajador autónomo y quedando excluida la cobertura por desempleo de los mismos.¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴⁸ Este apartado 1.3., tiene la redacción dada por el art. 8.3 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

¹⁰⁴⁹ La fecha real de alta del trabajador deberá ser igual o posterior a 12-10-2007, fecha de entrada en vigor de la Ley 20/2007.

Muy relevante en la materia es la **Ley 32/2010**, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, (que entrará en vigor el 6 de noviembre de 2010), ya que según su art. 2 su ámbito de aplicación alcanza a los trabajadores autónomos comprendidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos que tengan cubierta la protección dispensada a las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incluyendo a los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, así como a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

Respecto a a la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios se estará a lo establecido en la disposición adicional octava, que establece que las condiciones y supuestos específicos por los que se rija el sistema de protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, se desarrollarán mediante la correspondiente norma reglamentaria en el plazo de un año.

3. Régimen Especial Agrario

La DA 3^a Ley 18/2007, establece que los hijos del titular de la explotación agraria, menores de 30 años, aunque convivan con él, podrán ser contratados por aquél como trabajadores por cuenta ajena, sin cotización a la contingencia de desempleo y, consecuentemente, sin que puedan acceder a la correspondiente cobertura.

La protección por desempleo de los trabajadores agrarios, se restringe a los trabajadores por cuenta ajena, ya sean fijos o eventuales, respecto a estos últimos hay que distinguir un régimen común y los eventuales agrarios del Régimen Especial Agrario de Andalucía y Extremadura.¹⁰⁵⁰

Si el trabajador es fijo, se rige por el RD 1469/1981 de 19 de junio, que otorga la misma protección que para los trabajadores del RGSS.

Si se trata de trabajadores eventuales, hay varias normas que resultan de aplicación, en la modalidad contributiva, Ley 45/2002, para la asistencial, la protección se limita a los trabajadores eventuales de Andalucía y Extremadura, RD 5/1997 y RD 426/2003,

¹⁰⁵⁰ Según el art. 205 de la LGSS, entre los colectivos de personas que abarca su ámbito subjetivo de aplicación, se encuentran los trabajadores por cuenta ajena de Regímenes Especiales que protegen esta contingencia, entre los que se encuentran los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del REA, según lo establecido por el RD 1469/1981 y el art. 4 de la Ley 45/2002, en relación a los trabajadores fijos y eventuales, respectivamente, del REA, así como el RD 5/1997, de 10 de enero, y el RD 426/2003, de 11 de abril, en relación al subsidio y las rentas de inserción, respectivamente, de los trabajadores eventuales agrarios de Andalucía y Extremadura.

que coexisten temporalmente, pese a tener ámbitos de aplicación personal y territoriales coincidentes.

a) Trabajadores Fijos: las prestaciones por desempleo se regulan en el RD 1469/1981 de 19 de junio, desarrollado por OM de 30 de abril de 1982, que se seguirán aplicando en todo lo que no contravenga al régimen común de prestación de desempleo contenido en la LGSS y su desarrollo.¹⁰⁵¹

La contingencia que se protege, no coincide exactamente con la que se establece en el art. 208 LGSS, ya que en este régimen especial, art. 2 RD 1469/1981, se considera como aquella que se da en los que queriendo y pudiendo trabajar, pierden su ocupación y la consiguiente retribución por causas no imputables a ellos, o ven suspendido temporalmente su contrato de trabajo e igualmente su retribución por expediente de regulación de empleo.

De este concepto, **García Romero**,¹⁰⁵² considera que se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Sólo protege el desempleo total, mientras que la LGSS, también contempla en el art. 208, el desempleo parcial. Esto tiene repercusiones en el caso de pluriactividad, ya que no se daría la cobertura por la misma contingencia en ambos regímenes.

2. El desempleo protegido puede ser de dos clases: temporal o definitivo; el temporal sólo puede ser consecuencia de un expediente de regulación de empleo, dejando fuera de cobertura al desempleo de temporada.¹⁰⁵³

3. La extinción de la relación laboral no se debe haber producido por voluntad del trabajador.

Para las prestaciones sí que se remite al RGSS el art. 4.1 RD 1469/1981.

b) Trabajadores agrarios fijos discontinuos: hasta que no se aprobó el RD 864/2006 de 14 de julio, para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios, a diferencia del RGSS, en el que se hace mención expresa de estos trabajadores, en el Régimen Especial Agrario, no se hacía referencia a ellos, y hasta la aprobación del RD ley 5/2006 de 9 de junio, en el RGSS, tampoco estaba claro el ámbito de cobertura.

En la DA 2ª del RD 864/2006, se establece que les son de aplicación las mismas normas que a los trabajadores por cuenta ajena fijos del Régimen Especial Agrario, y siempre que reúnan los requisitos exigidos, tendrán derecho a las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial en las mismas situaciones legales de

¹⁰⁵¹ **Cavas Martínez, F.**, “La nueva protección por desempleo de los eventuales agrarios”. Revista Aranzadi Social, nº 16, 2002. Págs. 205 a 226.

¹⁰⁵² **García Romero, B.**, “Seguridad Social Agraria: Acción Protectora”. Thomson Civitas. Navarra. 1ª ed. 2006. Pág. 119.

¹⁰⁵³ Así lo considera el TS en ST de 25 de septiembre de 2002, (RJ 2003, 503).

desempleo y con la misma extensión que se determinan para los trabajadores fijos discontinuos en el Título III de la LGSS y en las normas reglamentarias.

El art. 13.6 de la **Orden TIN 25/2010**, establece que durante la percepción de la prestación por desempleo, si corresponde cotizar en el Régimen Especial Agrario, la base de cotización será la base mínima del Régimen General de la Seguridad Social que corresponda al grupo de cotización del trabajador en el momento de producirse la situación legal de desempleo, o en el que cesó la obligación de cotizar.

Dicha base de cotización se actualizará conforme a la base vigente en cada momento que corresponda al grupo de cotización del trabajador en el momento de producirse la situación legal de desempleo o en el que cesó la obligación de cotizar.

c) Especial consideración del subsidio por desempleo de trabajadores eventuales por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario de Andalucía y Extremadura

El subsidio de desempleo es incompatible con la realización simultánea de un trabajo por cuenta propia o ajena. Pese a que el art. 11 a) del RD 5/1997 establece la incompatibilidad entre el subsidio y la realización simultánea de un trabajo por cuenta propia o ajena, tras la Ley 45/2002 los perceptores mayores de 52 años pueden compatibilizar el subsidio con el trabajo por cuenta ajena en los términos del programa de compatibilidad entre prestaciones por desempleo y trabajo de la disposición transitoria 5ª de la Ley 45/2002, con algunas particularidades.

Si se trata de cese en este trabajo compatible con el subsidio, se establece en la DA 5ª 6 de la Ley 45/2002 que siempre que no reúnan los requisitos de acceso a la prestación contributiva se mantendrá el derecho, si no se ha agotado su duración, por el total de su cuantía.

En tal caso se considerará como período consumido del derecho la mitad del período en que se compatibilizó la prestación y el trabajo. Para ello deberán comunicarlo en el plazo de 15 días, operando en caso de que no se comunique como de caducidad.

Si el nuevo trabajo está encuadrado en el Régimen Especial Agrario:

- Si se trata de contratos temporales: pueden tener cualquier duración, no tienen que durar como mínimo 3 meses.

- Se puede percibir el subsidio y a la vez realizar un trabajo agrario, salvo que la nueva empresa tenga autorizado un expediente de regulación de empleo en el momento en que sea contratado el trabajador.

- El empresario responderá de la cotización de las jornadas reales que correspondan, no disfrutando de la bonificación de la cuota empresarial por contingencias comunes si se contrata con carácter temporal.

- Durante la vigencia del contrato la entidad gestora abonará al trabajador el 50% de la cuota fija del Régimen Especial Agrario.

- No es compatible con trabajos dentro del programa de fomento del empleo agrario o del Plan de inversiones del RD 939/1997 de 20 de junio.

Para algunos autores,¹⁰⁵⁴ los salarios percibidos computan a efectos de rentas, siempre que el trabajo en cuestión se produzca fuera del Régimen Especial Agrario, puesto que tras el RD 5/1997, si se trata de trabajos dentro del Régimen Especial Agrario no computan a efectos de rentas.

En caso de que se realicen trabajos agrarios de duración superior a 12 meses, ya sean por cuenta propia o ajena, no se extingue la prestación sino que sólo se produce la suspensión de la misma, ex art. 9 a) RD 5/1997.

Si se trata del subsidio de mayores de 52 años, no supone la pérdida del requisito de cotización ininterrumpida al Régimen Especial Agrario, siempre que durante 5 años estas situaciones de contratación no excedan de 24 meses en el Régimen General y de 12 meses en el resto de regímenes.

- Si el trabajo se realiza en actividades no agrarias y dura más de 12 meses, se plantea la duda de si se consideraría causa de extinción tras la Ley 45/2002, el art. 213.1 d) de la LGSS, que sólo establece que sería causa de suspensión siempre que se trate de trabajo por cuenta propia de duración no superior a 2 años.

Sería difícil reanudar el subsidio ya que no se darían los demás requisitos, ya que el art. 8.4 del RD 5/1997, establece que sólo se podría dar lugar a la inclusión del trabajador en el Régimen Especial Agrario si su duración fue inferior a 12 meses, salvo que el trabajador tenga derecho al subsidio previsto en el art. 215.1.2. LGSS, que tenga cotizados 3 meses, si tiene responsabilidades familiares, o 6 meses, si no las tiene.

- En caso de tratarse de trabajador beneficiario de subsidio de mayor de 52 años que compatibilice la percepción del subsidio con un trabajo por cuenta ajena compatible de la DT 5ª de la Ley 54/2002, sea cual sea el régimen de la Seguridad Social en que se encuadre dicho trabajo y estando en tal situación y se cumpla un año desde el nacimiento del derecho al subsidio, no se aplicará la causa de extinción del derecho del art. 213 de la LGSS y art. 9 b) del RD 5/1997.

- Es causa suspensiva el traslado fuera de las Comunidades de Andalucía y Extremadura, siempre que no implique cambio de domicilio.

La renta agraria, está dirigida a los trabajadores por cuenta ajena de carácter eventual incluidos en el REA, que no pueden acceder al subsidio de desempleo para trabajadores

¹⁰⁵⁴ **Blasco Lahoz, JF., López Gandía, J., Mompaler Carrasco, M.A.,** “Regímenes especiales de la Seguridad Social”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 8ª ed. 2007, pág. 292.

eventuales por no haber sido beneficiarios del mismo en alguno de los 3 años anteriores a la solicitud.

Se regula por el RD 426/2003, de 11 de abril, regulador de la renta agraria para los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen especial Agrario de la Seguridad Social residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, encontrando su base legal en el art. 4.3 de la Ley 45/2002.¹⁰⁵⁵

4. Régimen Especial de Empleados del Hogar

En este régimen es en el que existen más diferencias en sentido negativo, con relación a los demás regímenes de Seguridad Social. Una de las carencias más importantes de este régimen es la prestación de desempleo, que no se da en ninguna de las modalidades de prestación de servicios de este régimen especial.¹⁰⁵⁶

Esto introduce una clara desigualdad en estos trabajadores en cuya relación concurren las notas de dependencia y ajeneidad del art. 1.1. ET, de hecho todos los regímenes especiales dirigidos a trabajadores por cuenta ajena han sido incluidos en la protección de desempleo, a excepción de este.¹⁰⁵⁷

El art. 205. 2 de la LGSS, considera protegidos a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los regímenes especiales que protegen dicha contingencia. Así la tienen: los trabajadores del régimen especial del mar, de la minería del carbón, agrarios, colectivos integrados en el RGSS.

Diversas sentencias del TC han examinado las trabas adicionales en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social contenidas en el RD 2346/1969. El TC justifica tales diferencias, además de en la especialidad de la relación laboral, en las dificultades de financiación que presenta este colectivo, debido a los bajos ingresos que obtienen de tal actividad, junto a la mayor facilidad de fraude.¹⁰⁵⁸

En general, el TC suele justificar las diferencias de trato en la acción protectora entre los distintos regímenes, atendiendo al diverso sector profesional en que se encuadra el beneficiario.¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁵ Para algunos autores, se trata de un régimen de menor intensidad protectora que está llamado a reemplazar al subsidio agrario. AAVV. Coord. /Dir. **Navarro Fernández, J.A.**, *“La Explotación agraria. Aspectos administrativos, civiles, fiscales y laborales”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1ª ed. 2008. Pág. 918.

¹⁰⁵⁶ Art. 28.1 RD 2346/1969.

¹⁰⁵⁷ **Quesada Segura, R.**, *“El contrato del servicio doméstico”*. La Ley. Actualidad. Madrid. 1ª ed. 1991. Pág. 238.

¹⁰⁵⁸ STC 39/1992 (RTC 1992, 39), STC 268/1993 y STC 377/1993, tratan de las diferencias en la acción protectora entre el REH y el RGSS. Mientras que en el ordenamiento laboral, se reconoce la laboralidad de los empleados del hogar, en las normas de Seguridad Social, se emplean mecanismos de protección que tienden a asimilar a estos trabajadores, con los trabajadores por cuenta propia.

¹⁰⁵⁹ SSTC 231/1993 de 12 de julio. (RTC 1993, 231), de 29 de noviembre de 1993, (RTC 1993, 356), en el ámbito del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

El argumento de las menores aportaciones que realizan estos trabajadores, frente a otros colectivos, no puede justificarse desde la perspectiva de la proporcionalidad en la diferencia cuando las consecuencias cuando las consecuencias conducen a la desprotección, diferente, aunque no por ello, correcto, es el hecho de que en proporción a la menor entidad de las cotizaciones, las prestaciones tengan inferior entidad, serían consecuencias más leves, que el hecho de que el trabajador esté completamente desprotegido ante un riesgo que provoca una situación de necesidad.¹⁰⁶⁰

En casos de pluriactividad simultánea en otro régimen, serán de aplicación las reglas de compatibilidad e incompatibilidad contenidas en el art. 221 de la LGSS, especialmente las del art. 15 del RD 625/1985,¹⁰⁶¹ a las prestaciones que se hayan originado por la otra actividad.¹⁰⁶²

5. Régimen Especial de la Minería del Carbón

Este régimen especial sí cubre esta contingencia, ya que el art. 205 de la LGSS, incluye dentro del ámbito subjetivo de protección por desempleo, entre otros colectivos de personas, a los trabajadores por cuenta ajena de Regímenes Especiales que protegen esta contingencia, entre los que se encuentran los trabajadores incluidos en este Régimen Especial.

La Orden TIN 25/2010, de 12 de enero, establece en materia de cotización a este régimen especial, en el art. 18. 1 que *durante la percepción de la prestación por desempleo, si corresponde cotizar en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, la base de cotización será la normalizada vigente que corresponda a la categoría o especialidad profesional del trabajador en el momento de producirse la situación legal de desempleo. Tal base de cotización se actualizará conforme a la base vigente en cada momento que corresponda a la categoría o especialidad profesional del trabajador en el momento de producirse la situación legal de desempleo.*

6. Régimen Especial de Trabajadores del Mar

La acción protectora por desempleo se ha extendido desde los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el grupo 1º (que eran los únicos a los que se concedía la protección en la versión originaria del art. 43 del LREMAR), a los trabajadores remunerados a la parte que presten servicios en embarcaciones pesqueras de más de 10 y hasta 20 toneladas de registro bruto, excluidos los armadores asimilados a los

¹⁰⁶⁰ **Pulmar Beltrán, N.**, “La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social”. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2001, pág. 147.

¹⁰⁶¹ de 2 de abril, por el que se desarrolla la ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.

¹⁰⁶² Destaca especialmente el apartado b): La prestación y el subsidio por desempleo serán incompatibles: 1º Con el trabajo retribuido por cuenta ajena a tiempo completo, en régimen laboral o administrativo, o con situaciones asimiladas, que supongan la inclusión en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social *aunque no esté previsto cotizar por la contingencia de desempleo*, salvo cuando esté establecida la compatibilidad en algún programa de fomento de empleo.

trabajadores por cuenta ajena del art. 4 del TR de las leyes 116/1969 de 30 de diciembre y 24/1972 de 21 de junio, aprobado por Decreto 2864/1974, que no tienen cobertura en caso de desempleo.¹⁰⁶³

La DA 17ª de la LGSS establece que a partir de 1 de enero de 1994, a los estibadores portuarios que presten servicios en puestos de interés general donde no se haya constituido la sociedad estatal de estiba y desestiba, o en los puertos no calificados como de interés general en los que se cumpla lo previsto en el RDL 2/1986 se les reconocerán las prestaciones por desempleo de acuerdo con la LGSS y se les presumirá como efectivamente cotizados en dicho momento un total de 2170 días.

Además hay que tener en cuenta que la DA 15ª LGSS, se refiere a las bases de cotización por desempleo del RETM, la DA 16ª, a la cobertura de desempleo para trabajadores retribuidos a la parte, y la DA 17ª LGSS, a la cotización por desempleo de los trabajadores de estiba portuaria, a los cuales me remito.

Hay que tener en cuenta la **Ley 32/2010**, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, (de entrada en vigor el 6 de noviembre de 2010), cuyo ámbito de aplicación alcanza a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores del Mar,¹⁰⁶⁴ según su art. 2.

Por otro lado, la Resolución del Instituto Social de la Marina de 12 de julio de 2010, de entrada en vigor el mismo día de su publicación en el BOE, que tuvo lugar el 16 de septiembre de 2010, regula la tramitación electrónica automatizada de diversos procedimientos en materia de protección por desempleo del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.¹⁰⁶⁵

¹⁰⁶³ DA 16ª LGSS; art. 43 Decreto 2864/1974 y art. 102 del Reglamento, Orden de 18 de enero de 1967.

¹⁰⁶⁴ Además de abarcar a los trabajadores autónomos comprendidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos que tengan cubierta la protección dispensada a las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incluyendo a los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrario.

¹⁰⁶⁵ Los procedimientos contemplados, según su art. 1º, son los siguientes: solicitudes de alta y reanudación de las prestaciones contributivas por desempleo y los subsidios por desempleo regulados en el título III de la LGSS, el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, regulado en el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, y del programa temporal de protección por desempleo e inserción regulado en la Ley 14/2009 de 11 de noviembre y prorrogado por el Real Decreto 133/2010, de 12 de febrero; solicitudes de prórrogas de los subsidios por desempleo regulados en el título III de la LGSS; así como otros procedimientos que puedan dar lugar a la adopción de resoluciones de forma automatizada, relacionados con las prestaciones por desempleo solicitadas, reconocidas y/o percibidas, tales como suspensiones o extinciones del derecho.

III. Análisis de la cuestión de la existencia o inexistencia de repercusiones del pluriempleo o pluriactividad en sede de otras contingencias protegibles por la Seguridad Social

En esta sede se va a analizar la cuestión de si las situaciones de pluriempleo y pluriactividad tienen repercusiones en contingencias protegibles por la Seguridad Social, cuya determinación se considera que requiere un razonamiento individualizado.

Puesto que se considera claro que las prestaciones derivadas de la protección familiar,¹⁰⁶⁶ no se ven afectadas por estas situaciones de pluriempleo y pluriactividad, se va a restringir el análisis a las cuestiones relacionadas con la asistencia sanitaria, lesiones permanentes no invalidantes, pensión de invalidez SOVI, pensión de vejez SOVI, renta activa de inserción y protección por cese de actividad de trabajadores autónomos.

1. Asistencia Sanitaria

1.1. Régimen Jurídico

El régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria, se encuentra constituido fundamentalmente por las siguientes normas:

- 1) Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- 2) Real Decreto 2234/1981, de 20 de agosto, por el que se incluye en el Régimen General al personal español contratado al servicio de la Administración española en el extranjero.

¹⁰⁶⁶ En sede de protección familiar, analizando el régimen jurídico de las prestaciones a que da lugar, tanto contributivas, como no contributivas, dado que ninguna norma alude al pluriempleo y/o pluriactividad, ni efectuarse ninguna alusión explícita ni implícita a tales situaciones, se considera que no tiene relevancia en sede de estudio de las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, por lo que se considera pertinente la omisión de su análisis, con la finalidad de delimitar al máximo la amplísima materia objeto de estudio de esta Tesis.

No obstante, se procede a relacionar la normativa que constituye el régimen jurídico vigente de la protección familiar: art. 46.3 ET, capítulo IX de la LGSS: artículos del 180 al 189; Ley 26/2009 de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010; RD 2007/2009 de 23 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2010; Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el IRPF y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social, por nacimiento o adopción; RD 1335/2005 de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social; Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas.

En relación a los regímenes especiales, merece especial mención, que la prestación económica consistente en considerar como período de cotización efectiva el primer año de excedencia por razón de cuidado de familiares, no resulta de aplicación al RETA, ni a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

- 3) Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad social a las personas sin recursos económicos suficientes.
- 4) Real Decreto 1564/1998, de 17 de julio, por el que se regula el convenio especial de asistencia sanitaria a favor de los trabajadores españoles que realizan una actividad por cuenta propia en el extranjero.
- 5) Real Decreto 1658/1998, de 24 de julio, por el que se regula el convenio especial en asistencia sanitaria en el Régimen General para españoles residentes en territorio nacional con la condición de funcionarios o empleados de organizaciones intergubernamentales.
- 6) Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados.
- 7) Orden de 31 de julio de 1972 por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.
- 8) Orden de 27 de enero de 1982 por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de los trabajadores trasladados al extranjero al servicio de empresas españolas.
- 9) Orden de 8 de junio de 1982 por la que se dictan normas de desarrollo del R. D. 2234/1981, de 20 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración Pública en el extranjero.
- 10) Orden de 13 de noviembre de 1989, de desarrollo del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por la que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.
- 11) Resolución de 14 de junio de 1971, de la Dirección General de la Seguridad Social, sobre conservación del derecho a la asistencia sanitaria, dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2766/1967, para familiares de trabajadores que causen baja en el Régimen General por fallecimiento.
- 12) Resolución de 29 de diciembre de 1984, de la Secretaría General para la Seguridad Social, por la que se posibilita la prestación de asistencia sanitaria, en determinados supuestos, a las personas que convivan con el titular del derecho sin ser cónyuge, y a los hijos de aquéllas.
- 13) Resolución de 11 de noviembre de 1985, de la Secretaría General para la Seguridad Social, sobre reconocimiento del derecho de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en los casos de adopción.
- 14) Resolución de 16 de septiembre de 1987, de la Secretaría General para la Seguridad Social, sobre reconocimiento y efectividad del derecho a asistencia sanitaria de la Seguridad Social a niños atendidos en régimen de acogimiento familiar.

15) Resolución de 5 de noviembre de 1992, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, sobre asistencia sanitaria a niños extranjeros acogidos de hecho con carácter temporal por españoles titulares del derecho.

16) Resolución de 15 de abril de 1994, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, sobre asistencia sanitaria a los familiares que convivan y estén a cargo de titulares de pensión no contributiva.

17) Resolución de 25 de febrero de 2008, de la Dirección General de Emigración y de la Dirección General del INSS por la que se regula el procedimiento para acceder a la asistencia sanitaria para españoles retornados y pensionistas y trabajadores residentes en el exterior que se desplacen temporalmente.

18) Resolución, de 6 de abril de 2009, conjunta de la Dirección General de Emigración y del I.N.S.S., por la que se modifica la de 25 de febrero de 2008. Asistencia sanitaria para españoles retornados.

1.2. Contenido del derecho

La finalidad de la asistencia sanitaria del sistema de la Seguridad Social, es la prestación de los servicios médicos, farmacéuticos y complementarios, tendentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios y su aptitud para el trabajo, atendiendo especialmente a la rehabilitación física necesaria para la recuperación profesional de los trabajadores.

El reconocimiento del derecho a la prestación corresponde al INSS, mientras que la gestión de estos servicios está transferida a los servicios de salud autonómicos.

Las contingencias protegidas por este derecho son tanto la enfermedad común como profesional, las lesiones derivadas de accidente, sea cual sea su causa, la maternidad, el riesgo durante el embarazo durante la lactancia natural.

Las prestaciones sanitarias se facilitan directamente a los beneficiarios por el Sistema Nacional de Salud y se financian con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad, incluyendo las siguientes modalidades: atención primaria, especializada, sociosanitaria, de urgencias, farmacéutica, ortoprotésica, productos dietéticos, transporte sanitario, información y documentación sanitaria y asistencial.

1.3. Asistencia sanitaria y regímenes especiales

En el ámbito de los regímenes especiales, la asistencia sanitaria es muy parecida a la del Régimen General, con las siguientes peculiaridades:

- En el RETA, la prestación sanitaria en caso de enfermedad o accidente es la misma que el Régimen General dispensa por contingencias comunes.

- En el REA, la prestación de asistencia sanitaria por contingencias comunes se mantendrá durante el plazo de 3 meses, aunque el trabajador no estuviera al corriente en el pago de las cuotas.

- En el Régimen Especial de Empleados del Hogar, la prestación de asistencia sanitaria en caso de accidente, es la misma que otorga el Régimen General por accidente no laboral.

- En el caso del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, los trabajadores por cuenta propia y sus familiares beneficiarios perderán el derecho a la asistencia sanitaria cuando dejen de estar al corriente en el pago de las cuotas, pero si la suspensión de la cotización se produjera cuando estuvieran percibiendo la asistencia, se prorrogará por 30 días, si fuera ambulatoria o domiciliaria, o hasta el alta médica, si la asistencia fuera hospitalaria.

La asistencia sanitaria de los trabajadores del mar, sus pensionistas así como beneficiarios, es competencia del Instituto Social de la Marina, y de los servicios de salud autonómicos.

Los plazos de reconocimiento de la prestación de asistencia sanitaria difieren en este régimen especial de Seguridad Social: en el caso de prestaciones sanitarias complementarias, en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, para el reintegro de gastos por asistencia sanitaria prestada con medios ajenos a la Seguridad Social, reintegro de gastos por asistencia sanitaria a trabajadores en el extranjero, abono de gastos por desplazamiento y dietas por traslado de enfermos: 90 días en todos estos casos.

- En el caso del Régimen Especial de la Minería del Carbón, la prestación de asistencia sanitaria es igual que en el Régimen General.

1.4. Relevancia de las situaciones de pluriactividad en el ámbito del derecho a la asistencia sanitaria

Considero que esta cuestión no se plantearía en el ámbito del pluriempleo, dado que al tratarse de un único régimen de Seguridad Social implicado, la cuestión carecería de relevancia, por no existir diferencias en el contenido de la prestación de asistencia sanitaria en el seno del mismo régimen de Seguridad Social, máxime teniendo en cuenta que la mayoría de los supuestos de pluriempleo se producen en el seno del RGSS.

En materia de cotización, la pluriactividad simultánea implica que en cada régimen se cotiza con arreglo a sus normas propias, sin tener en cuenta la situación de alta y cotización en otro régimen.

La cotización es íntegra y única en cada actividad y de ella pueden derivarse varias prestaciones, aplicando el tope máximo de pensiones, pero hay prestaciones que no se pueden recibir varias veces por no ser dinerarias, tales como asistencia sanitaria y

social, por lo que en algún momento se ha planteado la constitucionalidad de la doble cotización para una misma contingencia.

La STC 39/1992 de 30 de marzo,¹⁰⁶⁷ trata la problemática del régimen jurídico diferenciado entre actividad única, pluriactividad y pluriempleo, así como la eventual conculcación del principio de igualdad en materia de cotización y de prestaciones.¹⁰⁶⁸

Además el TC, considera que la situación de pluriactivo, (en la que se encuentra el demandante, al estar encuadrado en el RGSS y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos), suele llevar aparejada mayor protección de la que disfruta el pluriempleado, ya que la pluriactividad, da lugar, en algunos casos a prestaciones diferenciadas y compatibles, además tiene derecho a optar, en su caso, entre la prestación de asistencia sanitaria que dispensen las distintas Entidades Gestoras. Para el TC queda así justificada la doble o múltiple cotización en los supuestos de pluriactividad.

Lo que tendría el trabajador sería un derecho de opción por la prestación que más le interese, no se generarían varias prestaciones.

La STC 39/1992 de 30 de marzo, (RTC 1992, 39), deniega el amparo, al considerar que el art. 3 del Real Decreto 1245/1979, de 25 de mayo, como continuación a lo dispuesto en el Real Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, establece que los tipos de cotización de los distintos Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social «serán únicos y no se fraccionarán», con determinadas excepciones, entre las que no está la asistencia sanitaria, considerando que no es arbitrario, ni supone discriminación alguna, en cuanto existe la justificación objetiva y razonable de una norma que lo impone, por lo que no supone la desigualdad que se alega, interpretando y aplicando, lo que por solidaridad se fijó sobre la base del mismo tratamiento legal para todos.

¹⁰⁶⁷ Rec. 981/1989, (Ar. 39). El trabajador se encontraba afiliado tanto al RGSS, como al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, (pluriactividad), como consecuencia del doble alta y de la ampliación obligatoria a los autónomos de la cobertura por la contingencia de asistencia sanitaria, en virtud del RD 43/1984 de 4 de enero, el trabajador alegaba doble cotización por dicha contingencia por lo que solicitaba la devolución de las cotizaciones indebidamente ingresadas.

El trabajador argumentaba que de haberse tratado de un supuesto de pluriempleo, es decir si sólo hubiera estado incluido en el RGSS, al aplicarse los topes máximos de cotización y posterior prorrateo, la cuantía de la cotización global realizada habría sido inferior.

El TC justifica la diferencia de tratamiento en base a los siguientes argumentos:

- a) existía diferencia entre las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, al considerar que el pluriempleo estaba regulado en el ordenamiento jurídico, y la pluriactividad solamente estaba admitida;
- b) no existía relación entre la cuota de cotización y las contingencias protegidas, que se fundamentan en la progresiva separación del esquema contributivo.

¹⁰⁶⁸ En el mismo sentido: STC 307/2006 de 23 de octubre, STC 27/1988 de 23 de febrero, STC 103/1984 de 12 de noviembre, STC 38/1995 de 13 de febrero, STC 191/2005 de 18 de julio, STC 125/2003 de 19 de junio (relativa al principio de igualdad ante la Ley y modulación de la posibilidad normativa de establecer regímenes jurídicos diferenciados cuando el legislador considera que existen diferencias entre categorías de personas) y STC 88/2005 de 18 de abril (sobre los requisitos de constitucionalidad de las diferencias de trato legislativo en los diferentes regímenes de Seguridad Social).

Por otro lado, el TS se ha pronunciado a propósito de los odontólogos y estomatólogos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y en el RGSS, que por realizar dos actividades distintas, por cuenta propia y ajena, deben cotizar dos veces por la contingencia de asistencia sanitaria. STS, contencioso administrativo, de 28 de enero de 1997, rec. 7523/1992, (RJ 1997\1220).

2. Lesiones Permanentes No Invalidantes

2.1. Concepto

Se trata de aquellas lesiones, mutilaciones o deformidades de carácter definitivo, ocasionadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que, sin llegar a constituir una incapacidad permanente, supongan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador y aparezcan recogidas como tales en el baremo oficial tasado establecido en el anexo de la Orden TAS/1040/2005, de 18 de abril, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones.

2.2. Beneficiarios

Son beneficiarios de las prestaciones derivadas de las lesiones permanentes no invalidantes, los trabajadores por cuenta ajena, afiliados y en alta o situación asimilada al alta, que hayan sido dados de alta médica tras sufrir un accidente de trabajo o padecido una enfermedad profesional, que le haya producido una lesión, mutilación o deformación incluida en el baremo oficial, con la indemnización que este mismo baremo determina para cada lesión que considera permanente no invalidante, sin perjuicio de la posibilidad del trabajador de continuar trabajando en la empresa.

2.3. Relación con las situaciones de pluriempleo y pluriactividad

No establece la normativa vigente,¹⁰⁶⁹ ningún límite a la posibilidad de pluriemplearse o efectuar simultánea o sucesivamente múltiples actividades en régimen de pluriactividad, en caso de que el trabajador haya padecido lesiones permanentes no

¹⁰⁶⁹ El régimen jurídico de las lesiones permanentes no invalidantes viene constituido fundamentalmente por la sección 4ª del RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la LGSS, arts. 150 a 152; RD 1300/1995 de 21 de julio, de desarrollo de las incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social de la Ley 42/1994 de medidas fiscales, administrativas y del orden social; la Orden de 18 de enero de 1996, para la aplicación y desarrollo del RD 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales; la Orden TAS /1040/2005 de 18 de abril, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes, y la Resolución de 27 de mayo de 2009 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre cálculo de capitales coste y sobre la constitución por las MATEPS, del capital coste correspondiente a determinadas prestaciones derivadas de enfermedad profesional.

De una interpretación conjunta de la normativa enumerada, se sintetizan las conclusiones consignadas en este apartado.

invalidantes, por lo que de nuevo, se debe concluir que en esta sede prevalece el principio de la autonomía de la voluntad de las relaciones contractuales.

Dado que la prestación económica viene constituida por una indemnización a tanto alzado, fijada en el baremo especificando la cuantía para cada lesión, (bien en cuantía fija o su límite mínimo y máximo),¹⁰⁷⁰ y que se percibirá una sola vez, se considera que en este tipo de lesiones no tendrían repercusiones las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, sería única para el trabajador.

La cuantía de la indemnización se vería incrementada según la gravedad de la infracción, entre un 30% y un 50%, cuando la lesión se haya producido por la inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o la elementales de salubridad o adecuación personal a cada trabajador, habida cuenta de las características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador; siendo la responsabilidad del pago del recargo directa de la empresa infractora, no pudiendo ser objeto de aseguramiento.

En caso de que concurrieran estas lesiones permanentes no invalidantes, con la situación de incapacidad permanente, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, siendo independientes las lesiones mencionadas de las que se hayan considerado para la declaración de la situación de IP, existe compatibilidad entre la indemnización a tanto alzado a que diera lugar la lesión permanente no invalidante, con las prestaciones económicas causadas por la incapacidad permanente.

Respecto a los regímenes especiales de la Seguridad Social, merece especial mención el RETA, puesto que si no se ha incluido la protección por contingencias profesionales como mejora voluntaria, no tendrían derecho a la indemnización.

El Régimen Especial de Empleados del Hogar, tiene la especialidad de no contemplar la indemnización por lesiones permanentes no invalidantes.

3. Pensiones SOVI

Como ya se ha mencionado en otros apartados de esta Tesis, la regla de la incompatibilidad entre pensiones establecida en el art. 122 LGSS, se refiere a las pensiones del RGSS, entre sí, cuando coincidan en un mismo beneficiario a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de

¹⁰⁷⁰ Para la evaluación de las lesiones, el Director Provincial del INSS, a propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades, declarará la existencia o no de las lesiones permanentes no invalidantes causadas en accidente de trabajo o enfermedad profesional, y determinará la Mutua o empresa responsable, en su caso, y la indemnización que proceda. El reconocimiento de la prestación por lesiones permanentes no invalidantes ha de resolverse y notificarse en el plazo máximo de 135 días. El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribe a los 5 años y el derecho al percibo de las prestaciones a tanto alzado y por una sola vez caducará al año, a contar desde el día siguiente al de haber sido notificada en forma al interesado su concesión.

incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.

Por lo tanto, en esta sede hay que prestar especial atención a las normas reguladoras de esta materia, que siguen vigentes, en virtud de la DT 7ª LGSS.¹⁰⁷¹

El párrafo 1º de esta DT 7ª de la LGSS, establece que *quienes en 1 de enero de 1967, cualquiera que fuese su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez o que, en su defecto, hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, conservarán el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo, y siempre que los interesados no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social, con excepción de las pensiones de viudedad de las que puedan ser beneficiarios; entre tales pensiones se entenderán incluidas las correspondientes a las entidades sustitutorias que han de integrarse en dicho sistema, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria octava de la presente Ley.*

El párrafo 2º de esta DT 7ª de la LGSS, soluciona expresamente la problemática de la concurrencia de la pensión de viudedad con la del seguro obligatorio de invalidez y vejez, estableciendo que *“cuando concurran la pensión de viudedad y la del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, su suma no podrá ser superior al doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con 65 o más años que esté establecido en cada momento. Caso de superarse dicho límite, se procederá a la minoración de la cuantía de la pensión del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, en el importe necesario para no exceder del límite indicado”.*

En concreto, las pensiones del SOVI en principio son incompatibles entre sí, pero cuando concurra en una misma persona el derecho a más de una de dichas pensiones, o estando en el disfrute de una de ellas nazca el derecho a otra, se podrá optar por la más beneficiosa.

¹⁰⁷¹ La normativa que resulta de aplicación en la materia viene constituida por las siguientes normas:

Ley de 1 de septiembre de 1939, sustituyendo el régimen de capitalización en el Retiro Obrero por el de pensión fija, aumentando la pensión actual y convirtiendo las cajas colaboradoras en delegaciones del Instituto Nacional de Previsión; Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955 por el que se eleva la prestación del Seguro de Vejez e Invalidez; Decreto de 18 de abril de 1947 por el que se crea la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez, y preparando un sistema de protección para este último riesgo; Decreto 1564/1967, de 6 de julio (Trabajo), por el que se regulan situaciones derivadas del extinguido Seguro de Vejez e Invalidez; Orden de 2 de febrero de 1940, dictando normas para la aplicación de la Ley de 1 de septiembre de 1939, que establece un régimen de Subsidio de Vejez, en sustitución del régimen del Retiro Obrero; Orden de 18 de junio de 1947 por la que se establecen normas para la aplicación del Decreto de 18 de abril de 1947 que regula los beneficios del Seguro de Vejez e Invalidez.

De una interpretación conjunta de la normativa relacionada, se extraen las consideraciones consignadas en el presente apartado.

Por otro lado, son incompatibles con otras pensiones reconocidas conforme a la normativa del RGSS o de los Regímenes Especiales, excepto con la pensión de viudedad, pudiendo los beneficiarios optar por ejercitar el derecho de opción por la pensión más favorable.

El principio de incompatibilidad no impide el reconocimiento del derecho a ambas pensiones, la de viudedad y la pensión SOVI, sino que lo que sucede es que el beneficiario debe optar por una de ellas. La ley 2/2004, de 27 de diciembre de PGE para 2005, ordenó al gobierno flexibilizar el régimen de incompatibilidades de las pensiones SOVI, para permitir su compatibilidad con las pensiones de viudedad del Sistema de la Seguridad Social, en su DA 59ª.

A sensu contrario, el TSJ de Madrid en ST de 23 de marzo de 1993, (AS 1993\1448), en base a que en el nº 2 de la DT 2ª de la LGSS, se determinaba la incompatibilidad entre las pensiones del SOVI y cualquiera de las pensiones a cargo de los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social consideró que la medida no era discriminatoria, porque la desigualdad tiene su origen en la modificación normativa y que había que tener en cuenta que, pese a la regla general de la compatibilidad de la pensión de viudedad con cualquier renta de trabajo de la viuda, contenida en el apartado 1 del art. 179 LGSS, y con la pensión de vejez a la que la misma pudiera tener derecho, esta determinación no era extensible a la pensión de vejez, viudedad o invalidez del SOVI, cuya pervivencia se ha mantenido tras la entrada en vigor de la LGSS.

Esta era la postura anterior a la entrada en vigor de la Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, (SOVI), con las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social, debido a que las pensiones SOVI son las de menor cuantía de todas las de carácter contributivo y a que las pensiones del SOVI están sujetas a un régimen de incompatibilidades muy estricto.

De este modo, las pensiones del SOVI (vejez, invalidez y viudedad) con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, eran incompatibles entre sí y con cualquier otra pensión de los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social o el régimen de Clases Pasivas. Esto significaba que, cuando en una misma persona concurriera el derecho a más de una de tales pensiones, debía optar por la que considere más beneficiosa.

La justificación a la existencia de dicho régimen de incompatibilidad se basaba en el hecho de que las pensiones del SOVI sólo se reconocen para compensar el que no se pueda acceder a otras pensiones del sistema y cualquier compatibilidad carecería de sentido.

Sin embargo, no es menos cierto que, las pensiones del SOVI son las más bajas de nuestro sistema de protección social contributiva y que, tal como vienen afirmando diversos informes, desde mediados de los años noventa se está configurando en nuestro país una importante bolsa de pobreza formada por personas mayores, principalmente mujeres.

Por todo ello, y, en aras de avanzar en la mejora de nuestro sistema de protección social, se entiende necesario flexibilizar el régimen de incompatibilidades al que están sujetas las pensiones SOVI.

Su carácter residual y el hecho de ser estas pensiones el principal medio de subsistencia de un importante colectivo de personas mayores justifican su compatibilidad con las pensiones de viudedad de cualquiera de los regímenes del actual Sistema de la Seguridad Social o del Régimen de Clases Pasivas.

La Disposición Transitoria Única de la Ley 9/2005, de 6 de junio, extiende el ámbito de aplicación del último párrafo de la DT 7ª de la LGSS a las situaciones de concurrencia entre las pensiones de viudedad y las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, que se pudiesen haber generado antes de la entrada en vigor de esta Ley.

3.1. Pensión de Invalidez SOVI

A. Delimitaciones previas

a) Concepto

Los beneficiarios de esta pensión son aquellos trabajadores que a fecha 1 de enero de 1967, tuvieran cubierto el período de cotización requerido por el extinto Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, conservan el derecho a causar las prestaciones de este seguro, siguiendo las condiciones requeridas por la normativa reguladora del mismo, siempre que los interesados no tengan derecho a pensión a cargo de los Regímenes que integran el Sistema de Seguridad Social.

b) Situaciones protegibles

1) En caso de trabajador mayor de 50 años, la invalidez permanente y absoluta para su profesión habitual.

2) Si el trabajador fuera mayor de 30 años y menor de 50 años, y hubiera padecido: la pérdida total, o en sus partes esenciales, de las dos extremidades superiores o inferiores, o bien la pérdida total de movimiento, análoga a la mutilación de las extremidades superiores o inferiores; o la pérdida total de visión, o una enajenación mental incurable.

3) En caso de trabajador de 60 años, la incapacidad permanente y total para su profesión habitual.

c) Requisitos

1. No tener derecho a ninguna otra pensión a cargo de los Regímenes que integran la Seguridad Social, excepto las pensiones de viudedad de las que pueda ser beneficiario.

2. La incapacidad no puede derivar de accidente de trabajo o enfermedad profesional indemnizable.

3. Se requiere tener cubierto un período de cotización de 1800 días al Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.

El nacimiento del derecho a la pensión tiene lugar con el acaecimiento del hecho causante, siendo efectivo desde el primer día del mes siguiente a aquel en el que se entregara la solicitud. La extinción del mismo, se produce con la muerte del beneficiario, o por pérdida derivada de sanción.

d) Cuantía

La cuantía fija de la pensión de invalidez SOVI para el año 2010, es de 5.259,80 €/año, abonándose en 14 pagas, incluyendo dos pagas extraordinarias, una en junio y otra en noviembre.

B. Compatibilidades e incompatibilidades

Las pensiones del SOVI, son incompatibles entre sí, en caso de que concurrieran en una misma persona el derecho a causar más de una pensión de esta misma naturaleza, el beneficiario tendrá derecho a optar por la que le resulte más beneficiosa.¹⁰⁷²

También resultan incompatibles con otras pensiones que hayan sido reconocidas conforme a la normativa del RGSS o de los regímenes especiales, salvo con las pensiones de viudedad, con el derecho de opción por la más beneficiosa, anteriormente mencionado.

Estas matizaciones tienen relevancia en sede de pluriactividad, dado que se apartaría de la posibilidad existente en el régimen pluriactivo, de acumular pensiones causadas en diversos regímenes.

En cuanto a la concurrencia de la pensión SOVI, con la de viudedad, hay que tener en cuenta, que para el año 2010, se ha establecido el límite máximo de 16.458,40 €, que

¹⁰⁷² Ya se ha analizado el régimen de compatibilidades e incompatibilidades con carácter general para todas las pensiones SOVI, en el inicio de este epígrafe 3, págs. 563 a 566, a las que me remito, con la finalidad de evitar reiteraciones innecesarias.

constituye el doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios de 65 ó más años, establecida en 8.229,20 €/año para el 2010.

Este límite máximo, supondría también por tanto un límite en este caso, cuantitativo, a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad. En caso de exceder el límite máximo, se reduciría la cuantía de la pensión hasta este límite.

3.2. Pensión de Vejez SOVI

El contenido de esta prestación, consiste en una pensión imprescriptible, vitalicia y de cuantía fija.

Se va a delimitar el objeto de estudio de este apartado a la determinación de la compatibilidad o incompatibilidad con otras prestaciones de la Seguridad Social.

La cuantía de esta pensión depende de si existe o no concurrencia con otras pensiones o prestaciones públicas, en los siguientes términos, teniendo en cuenta que se abonarán 14 pagas al año:¹⁰⁷³

1) Si no existe concurrencia con otras pensiones, el importe está constituido por la pensión básica más las mejoras.

2) A partir del 1 de enero de 2010, dicho importe es de 375,70 € mensuales, (5.259,80 € anuales), según el art. 49 de la Ley 26/2009, y los artículos 8 y 13 del RD 2007/2009.

3) Cuando para el reconocimiento de una pensión del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, se hayan totalizado períodos de seguro o de residencia cumplidos en otros países vinculados a España por norma internacional de Seguridad Social que prevea dicha totalización, el importe de la pensión prorrateada a cargo de España no podrá ser inferior al 50% de la cuantía de la pensión del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez que en cada momento corresponda.

No se consideran pensiones concurrentes con la pensión de vejez del SOVI:

1) Las prestaciones económicas reconocidas al amparo de la Ley 3/2005, de 18 de marzo, a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil española.

2) Las pensiones percibidas por los mutilados útiles o incapacitados de primer grado por causa de la mencionada Guerra Civil española, cualquiera que sea la legislación aplicable.¹⁰⁷⁴

¹⁰⁷³ **Sanz Merino, A.**, “Manual básico del Sistema de la Seguridad Social”. Editorial La Ley. 1ª ed. Abril 2010. Págs. 1087-1091.

¹⁰⁷⁴ En relación a las prestaciones económicas establecidas por la Ley 3/2005 de 18 de marzo, hay que señalar que las pensiones del SOVI son compatibles con las prestaciones económicas de carácter extraordinario reguladas por esta Ley, que se otorguen a ciudadanos de origen español desplazados, durante su minoría de edad al extranjero, en el período comprendido entre el 18/07/1936 y el 31/12/1939,

3) Las pensiones extraordinarias por actos de terrorismo.

4) El subsidio de ayuda por tercera persona, contemplado en la LISMI 13/1982.

En caso de que existiera concurrencia con otras pensiones, el importe estará constituido por la pensión básica más la mejora del año 1979; 6,85 € mensuales, lo que en cómputo anual suponen 95,90 € anuales.

Cuando la suma de todas las pensiones concurrentes, tras haber sido revalorizadas y calculadas en cómputo anual, más la pensión del SOVI, sea inferior a la cuantía fija de ésta, calculada también en cómputo anual, la pensión del SOVI se revalorizará en un importe igual a la diferencia resultante, teniendo en cuenta que la diferencia no tiene carácter consolidable, lo que implica que no se tendrá en cuenta para el cálculo de la próxima revalorización, como concepto a considerar en la pensión a revalorizar.

La pensión de vejez del SOVI, tiene las siguientes incompatibilidades:¹⁰⁷⁵

1) El desempeño de una actividad, ya sea pública o privada. Es incompatible con la realización de cualquier trabajo ya sea por cuenta propia o ajena, que determine la inclusión del pensionista en un Régimen de Seguridad Social.

En caso de que se desempeñara alguna función en los términos indicados en el párrafo anterior, el derecho a la pensión del SOVI quedaría en suspenso mientras se desarrollara la actividad de que se trate, y si como consecuencia del trabajo desempeñado, se originara el derecho a una pensión del Sistema de Seguridad Social, el derecho a la pensión del SOVI que tuviera reconocido, se extinguiría.

Estos efectos son aplicables al supuesto de un único empleo, por lo que dada su finalidad, considero que resulta indiscutible que debe entenderse de aplicación también a los supuestos de pluriempleo y pluriactividad, lo que significa que el percibo de esta pensión es incompatible con las situaciones de pluriempleo y pluriactividad.

2) Con otras pensiones del Sistema de la Seguridad Social o ajenas al mismo, excepto las pensiones de viudedad del Sistema de la Seguridad Social de las que puedan ser beneficiarios.

Otra excepción al principio de incompatibilidad, además de la mencionada viudedad, viene constituida por el supuesto de percepción de una pensión concedida al amparo de la antigua normativa de accidentes de trabajo, que no impediría la obtención de la pensión del SOVI que pudiera corresponder al beneficiario, con independencia de la naturaleza, común o laboral del accidente, o de circunstancias relacionadas con el sujeto causante de la pensión.

como consecuencia de la Guerra Civil española, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional.

¹⁰⁷⁵ Se omite del estudio de las incompatibilidades en esta sede, las pensiones de las Clase Pasivas, dado que no constituye materia objeto de estudio de esta Tesis, el sector público, al circunscribirse al sector privado.

Sería también incompatible con las pensiones de trabajadores dependientes de la integración prevista en la DT 8ª LGSS, cualquiera que sea su naturaleza o el sujeto causante, salvo las pensiones de viudedad, pudiendo los beneficiarios ejercitar el derecho de opción por la pensión más favorable.

A lo largo de la presente Tesis, se han ido efectuando alusiones a las pensiones SOVI, en otras sedes. La principal alusión a estas pensiones se encuentra en materia de **días cuota**.

Hay que tener en cuenta que en relación a las modificaciones introducidas por la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, **40/2007**, de 4 de diciembre; algunos autores,¹⁰⁷⁶ se plantean la cuestión de si al suprimirse la tesis de los días cuota, ya no se podrían tener en cuenta para otras instituciones y regímenes de la Seguridad Social, como son el convenio especial, la pluriactividad, el SOVI, etc..., considerando que la Ley 40/2007, sólo excluye dicha tesis para acceder a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, por lo que cabría seguir computando los días cuota para algunos de los efectos como pueden ser, el convenio especial, y las pensiones del SOVI, ya que la Ley 40/2007, sólo se refiere a la pensión del sistema de Seguridad Social actual de la LGSS.¹⁰⁷⁷

Se puede concluir, que procedería el cómputo de los días-cuota en el marco de las pensiones SOVI, según la cuantía de las pagas extraordinarias que correspondiera percibir en función de la normativa sectorial vigente en la época.¹⁰⁷⁸

3.3. Pensión de viudedad SOVI

Merece especial mención como precisión introductoria, que las prestaciones por muerte y supervivencia del SOVI no incluyen la pensión de orfandad, la pensión en favor de familiares, ni el auxilio por defunción, restringiéndose a la pensión de viudedad.

En cuanto a los **requisitos** exigibles para causar derecho a la pensión,¹⁰⁷⁹ se establece la siguiente clasificación, en función de las diversas circunstancias:

¹⁰⁷⁶ **López Gandía, J., Toscani Gimenez, D.**, “Reformas de la Seguridad Social 2007. Ley de medidas en materia de Seguridad Social (L 40/2007, de 4 de diciembre)”. Sistemática Memento. Dossier Práctico. Francis Lefebvre. Ediciones Francis Lefebvre, S.A.; Madrid. 1ª ed. Actualizada a 5 de diciembre de 2007. Pág. 206. Parágrafo 3055.

¹⁰⁷⁷ De hecho, en el borrador del proyecto de ley, en una disposición adicional sí se pretendía darle ese carácter, añadiendo una nueva disposición adicional a la LGSS, en la que se establecía que tampoco procedía dicho cómputo para la acreditación de los períodos de cotización que en esa ley se exigieran a cualquier efecto, pero finalmente no se llegó a incorporar en la ley.

¹⁰⁷⁸ STS de 23 de julio de 1996, (RJ 1996\6390); STS de 29 de mayo de 2000, (RJ 2000\5528); STS de 21 de julio de 2000, (RJ 2000\8329); STSJ Madrid núm. 210/2004, de 29 de abril, (AS 2004\2423); STSJ Aragón, núm. 1310/2004, de 15 de noviembre, (JUR 2005\51403); STSJ Madrid, núm. 594/2006, de 31 de octubre, (AS 2007\172).

1. Causante pensionista del SOVI con fallecimiento anterior a 1 de enero de 1967:

- *Para el causante:* haber fallecido a partir de 1 de enero de 1956.
- *Para el solicitante:*
 - Tener cumplidos 65 años en la fecha del fallecimiento del causante o estar totalmente incapacitado para todo trabajo. No obstante, si en dicha fecha el solicitante no hubiera alcanzado la edad de 65 años, pero tuviera más de 50, conserva el derecho a que se le reconozca la pensión al cumplimiento de los 65 años.
 - No tener derecho a una pensión de vejez o invalidez SOVI.
 - Haber contraído matrimonio con el causante 10 años antes, como mínimo, del fallecimiento.

2. Causante pensionista del SOVI con fallecimiento posterior a 31 de diciembre de 1966: Cuando el fallecimiento del pensionista es posterior a esta fecha al solicitante se le exigen idénticos requisitos que los establecidos para tener derecho a la pensión de viudedad del Régimen General.

3. Causante no pensionista del SOVI:

- *Para el causante:*
 - Fallecimiento a partir de 1 de enero de 1956.
 - Haber estado afiliado al Retiro Obrero Obligatorio o acreditar 1.800 días de cotización al SOVI antes del 1 de enero de 1967.
- *Para el solicitante:*

Se exigen los mismos requisitos que los establecidos para el supuesto de causante pensionista fallecido con anterioridad al 1 de enero de 1967.

En relación a los **efectos económicos**, el régimen jurídico difiere en función de si el causante era o no pensionista del SOVI, estableciéndose en caso de que no lo fuera, que el derecho a la pensión nace al día siguiente a aquél en que se produzca el hecho causante, pero se hace efectivo a partir del día primero del mes siguiente al del fallecimiento, si la solicitud se presenta dentro del año inmediatamente siguiente al mismo, mientras que si se presenta con posterioridad, la retroactividad es de un año desde la fecha de la solicitud.

En caso de que el causante fuera pensionista del SOVI, la única diferencia radicaría en que el plazo de retroactividad se reduce a 3 meses.

¹⁰⁷⁹ La prestación consiste en una pensión mensual: única, vitalicia, de cuantía fija. A partir del 1 de enero de 2010, dicha cuantía es de 375,70 euros mensuales (14 pagas).

En relación a la **prescripción**, hay que tener en cuenta que el plazo general es de 5 años desde el fallecimiento del causante o a partir del cumplimiento de 65 años del cónyuge superviviente, salvo que el fallecimiento del causante o el cumplimiento de los 65 años de edad por el cónyuge superviviente se haya producido a partir del 22 de junio de 1967, en cuyo caso sería imprescriptible.

4. Renta Activa de Inserción

En el marco general de la protección por desempleo, la disposición final 5ª de la LGSS, en su apartado 4, habilita al Gobierno para establecer, con el régimen financiero y de gestión establecido con carácter general para la protección por desempleo, la denominada Renta Activa de Inserción, entendiéndose por tal, una ayuda específica dirigida a desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, siempre y cuando adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral.¹⁰⁸⁰

Se trata de un subsidio asistencial para colectivos específicos, de estructura prestacional compleja que pretende asumir de forma cumulativa, funciones de compensación y de reinserción al empleo para colectivos en riesgo de exclusión, no sólo ocupacional sino social, siendo por tanto la última red de protección por desempleo del Sistema de Seguridad Social Español.

El régimen jurídico vigente de esta prestación se encuentra principalmente en el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, que regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, si bien para el ámbito del REA, también se establecen unas disposiciones específicas en el RD 426/2003, de 11 de abril, en el ámbito de la renta agraria para los trabajadores incluidos en el Régimen especial Agrario de la Seguridad Social, residentes en las Comunidades de Andalucía y Extremadura.

En cuanto a la cuestión de si las situaciones de pluriempleo y pluriactividad pueden tener repercusiones en esta prestación, a priori se podría concluir, que dado que la pretensión de la misma es facilitar la reinserción laboral de los colectivos específicos afectados, tanto por su exclusión del mercado de trabajo como por su desarraigo social, resultaría incompatible con las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, lo cuál se pone de relieve en el carácter marcadamente selectivo del ámbito subjetivo de aplicación de esta medida de protección, tal como se concibe en el art. 2 del RD 1369/2006.¹⁰⁸¹

¹⁰⁸⁰ AAVV. Coord. /Dir. **Navarro Fernández, J.A.**, “*La Explotación agraria. Aspectos administrativos, civiles, fiscales y laborales*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1ª ed. 2008. Págs. 922 y 923.

¹⁰⁸¹ Se atiende tanto a la edad, (beneficiarios mayores de 45 años y menores de 65 años, inscritos durante un período igual o superior a 12 meses, sin derecho a prestación por desempleo en otros niveles, incluida la renta agraria, y con rentas inferiores al 75% del SMI), como a la discapacidad, y a circunstancias

El art. 10 del RD 1369/2006, establece el régimen de compatibilidades e incompatibilidades de la renta activa de inserción:

1. La renta activa de inserción será incompatible:

a) Con la obtención de rentas de cualquier naturaleza que hagan superar los límites establecidos, en los términos fijados en el artículo 2.1 d),¹⁰⁸² sin que se computen a esos efectos las rentas que provengan de acciones o trabajos compatibles con la percepción de la renta.

b) Con la percepción de prestaciones o subsidios por desempleo, o de la renta agraria.

c) Con las pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social que sean incompatibles con el trabajo o que, sin serlo, excedan en su cuantía de los límites a que se refiere el artículo 2.1 d).

d) Con la realización simultánea de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo, sin perjuicio de percibir la ayuda prevista en el artículo 6.

e) Con las ayudas sociales que se pudieran reconocer a las víctimas de violencia de género que no puedan participar en programas de empleo.

2. La renta activa de inserción será compatible:

a) Con las becas y ayudas, de cualquier naturaleza, que se pudieran obtener por la asistencia a acciones de formación profesional vinculadas al Plan nacional de formación e inserción profesional.

b) Con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la renta activa de inserción la parte proporcional al tiempo trabajado y el período de la renta pendiente de percibir mientras se compatibiliza con ese trabajo se ampliará en la misma parte proporcional.

A posteriori de la lectura de este artículo, dado que en el ámbito de la compatibilidad se menciona el trabajo a tiempo parcial por cuenta ajena en singular,¹⁰⁸³ llevando a cabo una interpretación literal del precepto y sistemática con el resto de preceptos que regulan la prestación, se reafirma la postura que mantengo, en torno a la consideración de la incompatibilidad de esta prestación, no sólo con la pluriactividad, sino con las situaciones de pluriempleo.

sociales de especial vulnerabilidad, como son los emigrantes retornados, y las víctimas de violencia doméstica.

¹⁰⁸² Carecer de rentas de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

¹⁰⁸³ Parece más razonable interpretar que sería compatible con un único trabajo a tiempo parcial por cuenta ajena, y siempre y cuando no se supere el límite establecido por el art. 2.1 d) del RD 1369/2006, el 75% del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

5. Protección por cese de actividad de trabajadores autónomos

Esta contingencia fue creada por la Ley 20/2007 de 11 de julio, que en su Disposición adicional 4ª, que recogía el compromiso del Gobierno para que, siempre que estuvieran garantizados los principios de contribuidad, solidaridad y sostenibilidad financiera y ello respondiera a las necesidades y preferencias de los trabajadores autónomos, proponga a las Cortes Generales la regulación de un sistema específico de protección por cese de actividad para los mismos, en función de sus características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida.¹⁰⁸⁴

El desarrollo de este sistema específico de protección se ha efectuado por la Ley 32/2010 de 5 de agosto.¹⁰⁸⁵

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 32/2010, el RD 1300/2009, de 31 de julio, de medidas urgentes de empleo para trabajadores autónomos y cooperativas y sociedades laborales, reguló tanto el abono de la prestación de desempleo en su modalidad de pago único, (art. 1), la bonificación por la contratación indefinida del primer asalariado del trabajador autónomo, (art. 2), su financiación con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal, (disposición adicional 2ª), así como diversas modificaciones al RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del FOGASA, contenidas en las disposiciones finales 1ª y 2ª, del RD 1300/2009, y al del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, a través de su disposición final 3ª.

El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 32/2010, abarca a todos los trabajadores autónomos incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de la Seguridad Social cubiertos por las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incluyendo a los trabajadores por cuenta propia agrarios incluidos en el ámbito del Sistema Especial de Trabajadores

¹⁰⁸⁴ La redacción de esta Disposición Adicional 4ª, Ley 20/2007, se completa con el siguiente texto: *La articulación de la prestación por cese de actividad se realizará de tal forma que, en los supuestos en que deba aplicarse en edades cercanas a la legal de jubilación, su aplicación garantice, en combinación con las medidas de anticipación de la edad de jubilación en circunstancias concretas contempladas en la Ley General de la Seguridad Social, que el nivel de protección dispensado sea el mismo, en supuestos equivalentes de carrera de cotización, esfuerzo contributivo y causalidad, que el de los trabajadores por cuenta ajena, sin que ello pueda implicar costes adicionales en el nivel no contributivo.*

Las Administraciones Públicas podrán, por razones de política económica debidamente justificadas, cofinanciar planes de cese de actividad dirigidos a colectivos o sectores económicos concretos.

¹⁰⁸⁵ Entrará en vigor a los 3 meses de su publicación en el BOE, que tuvo lugar el 6 de agosto de 2010, según su Disposición Final 7ª. Debido al acaecimiento de la crisis, con fecha de 17 de marzo de 2009 se aprobó en sesión plenaria en el Congreso de los Diputados la Moción 173/55 denominada “Plan de Rescate de los autónomos” que instaba al Gobierno a elaborar una propuesta de sistema de prestación por cese de actividad del trabajador autónomo para remitir a las Cortes Generales y el 5 de mayo de 2009 se rubricó el acuerdo de la Mesa del Trabajo Autónomo, donde también figuraba la medida del desarrollo del sistema de prestación por cese de actividad del trabajador autónomo.

Agrarios y los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.¹⁰⁸⁶

La acción protectora está conformada por una prestación económica y la cotización de Seguridad Social por el trabajador autónomo de las contingencias comunes al régimen correspondiente, incluida la contingencia común por incapacidad temporal, salvo el supuesto del correspondiente régimen de Seguridad Social en que de forma específica no se cotice por dicha contingencia común.

La acción protectora comprenderá, también, la formación y orientación profesional de los beneficiarios con vistas a su recolocación.

La Ley establece los requisitos específicos para el nacimiento del derecho y la consideración de situación legal de cese de actividad que son determinantes para configurar y garantizar la protección del trabajador autónomo, protección que deriva de una situación en todo caso involuntaria que debe ser debidamente acreditada; lo mismo ocurre, con las peculiaridades propias de esta figura, en el supuesto del trabajador autónomo económicamente dependiente.

La Disposición Adicional 9ª de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, establece unas peculiaridades relativas a la **cobertura de la prestación por cese de actividad de trabajadores autónomos que desarrollen actividades determinadas con mayor riesgo de siniestralidad por el Gobierno, en régimen de pluriactividad:**¹⁰⁸⁷

Conforme a lo establecido en el apartado 2 de la Disposición Adicional tercera de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, los trabajadores autónomos que desarrollen las actividades profesionales que sean determinadas por el Gobierno como de mayor riesgo de siniestralidad y tengan cubierta la prestación por desempleo en otro régimen del sistema de la Seguridad Social en el que también se encuentren en alta, cotizando al menos por la base mínima del grupo de cotización correspondiente, computada por mes, en tanto se mantenga su situación de pluriactividad, no tendrán la obligación de incorporar la cobertura de la protección por cese de actividad en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, o al Régimen Especial de los Trabajadores del Mar en su caso, salvo que opten de modo voluntario por cubrir dicha protección.

¹⁰⁸⁶ Cap. I de la Ley 32/2010, de 5 de agosto. Art. 2.

¹⁰⁸⁷ Esta Ley no menciona ni alude al pluriempleo, sólo a la pluriactividad. Esta omisión es susceptible de varias interpretaciones, considero que dado que están implicados regímenes de trabajadores por cuenta propia, la causa de la omisión podría ser que se consideraría inviable por el legislador la posibilidad del pluriempleo en el seno de estos regímenes especiales, individualmente considerado, y que el supuesto más frecuente que podría tener lugar en la práctica, sería el de la pluriactividad, si se ven implicados estos regímenes especiales.

Bajo mi punto de vista, esta omisión se puede interpretar como un reconocimiento del legislador, aunque sea por omisión, de que en el caso del RETA, no serían aplicables las normas reguladoras aplicables a los supuestos de pluriempleo, sino que resultarían de aplicación las normas de la pluriactividad, en caso de concurrir los requisitos analizados en el apartado 4.1, del epígrafe II, del capítulo I de esta Tesis, págs. 57-64.

La Disposición Transitoria Única de la Ley 32/2010, establece un plazo especial de opción para la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, a efectos de la cobertura de la prestación por cese de actividad: *los trabajadores que a fecha de entrada en vigor de esta Ley, (el 6 de noviembre de 2010), figuren en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y no tengan cubierta la protección por contingencias profesionales, podrán optar por esta última protección, dentro de los tres meses siguientes a la fecha indicada, con efectos desde el día primero del mes siguiente al de dicha opción.*

CAPÍTULO IV MANIFESTACIONES CONCLUSIVAS

I. CONCLUSIONES

1 • En el análisis de las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, subyacen otras cuestiones de gran relevancia, como son la ordenación del tiempo de trabajo y la protección de la salud de los trabajadores.

La interacción entre salarios y tiempo de trabajo es crucial para la reducción de las jornadas laborales, y debe abordarse de forma holística, si se quieren conseguir políticas eficientes sobre ordenación del tiempo de trabajo.

La flexibilización de los mercados de trabajo, con las recientes políticas de empleo, impulsa correctivos “antiparificadores”, volviendo a resurgir el esquema arrendaticio de la “locatio operarum”, la concepción del trabajo como propiedad mercantil siendo su fin último la maximización del beneficio.

En este contexto de crisis, la flexibilidad del mercado de trabajo se contempla como una exigencia del sistema productivo, de rentabilidad y subsistencia de las empresas, de conservación del contrato de trabajo y de mantenimiento del empleo, ya que la flexibilidad contractual hace posible que la prestación laboral del trabajador siga siendo útil a la organización empresarial, evitando acudir a fórmulas más drásticas, como la extinción del contrato de trabajo.

2 • Debido a la imprecisión en las delimitaciones conceptuales realizadas por los arts. 9.1.4 del RD 2064/1995 y 7.4 del RD 84/1996, así como a las matizaciones efectuadas a propósito de los regímenes especiales, se puede concluir, que la situación de **pluriempleo** es la que se produce cuando en razón a la pertenencia a diversas empresas, la inclusión en el sistema de Seguridad Social, se efectúa exclusivamente en un único Régimen de Seguridad Social, ya sea al RGSS; o el sistema de trabajadores por cuenta ajena retribuidos a salario o a la parte del Régimen Especial del Mar, incluidos en el Bloque de cotización 1º del art. 54 RD 2064/1995, mientras que la situación de **pluriactividad** tiene lugar, cuando el desempeño de distintas actividades productivas da lugar a la inclusión del trabajador en distintos Regímenes de Seguridad Social.

Por otro lado, se plantea la cuestión de si, dado que los preceptos que regulan las situaciones de pluriempleo y pluriactividad con carácter general, (art. 9.1.4º RD 2064/1995, de 22 de diciembre, y art. 7.4 RD 84/1996, de 26 de enero); sólo mencionan la situación de alta, para la constitución de las situaciones de pluriempleo o pluriactividad, sería posible interpretar que tuvieran lugar las mismas partiendo de la hipótesis de situación asimilada al alta.

A la luz de la dispersa regulación que establece los requisitos para el acceso a las diversas prestaciones, la prolija jurisprudencia y los abundantes pronunciamientos de doctrina judicial y científica analizados al respecto en la presente Tesis, se puede concluir, que tal posibilidad existe, tanto para el supuesto de pluriempleo, como para el de pluriactividad, y depende de la concreta prestación cuyo derecho a percibir se dirima, así como de los Regímenes de Seguridad Social implicados.

Por lo que se opta por ir analizando la cuestión, en sede de cada concreta prestación y de su concreto régimen jurídico regulador, en función de si se trata de supuestos de pluriempleo o pluriactividad, dado que la materia se ha sistematizado siguiendo este orden, se considera lo más apropiado a efectos de coherencia interna de esta Tesis, así como de la materia objeto de estudio, que requiere un análisis exhaustivo y casuístico.

Se puede concluir que en supuestos de pluriactividad, la situación real, con cierta frecuencia se caracteriza porque en el momento de acceder a las prestaciones, el trabajador no se encuentra en alta o en situación asimilada, en todos los regímenes concurrentes.

En estos casos de pluriactividad, para algunas pensiones, el requisito del alta es sustituido por otro, la superposición de cotizaciones durante al menos 15 años, que se establece verbigracia, para las pensiones de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez, derivadas de contingencias comunes, por el art. 138.4 de la LGSS, para la pensión contributiva de jubilación en el art. 161.4 de la LGSS, y para las pensiones de viudedad, en el art. 179.1. 2º párrafo del mismo texto refundido, cuando los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en situación de alta o asimilada al alta.

3 • En el ámbito del Derecho del Trabajo, se han analizado las posibles limitaciones directas e indirectas a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, contemplando todas las posibles situaciones conflictivas en la materia.

Como limitaciones directas se han analizado: la buena fe contractual como principio básico de la prohibición de concurrencia; la competencia desleal; los pactos de exclusividad o de plena dedicación; ciertos límites directos relativos a la ordenación del tiempo de trabajo, que considero *numerus clausus*, (como las limitaciones establecidas para menores de edad, transporte terrestre por carretera, y normas de seguridad aeronáutica civil sobre tiempos de actividad y requisitos de descanso, para controladores aéreos); el deber de rendimiento y diligencia del trabajador; los límites derivados de la tuición de la salud de los trabajadores; así como las prohibiciones y limitaciones contempladas en la negociación colectiva.

Los criterios distintivos que me llevan a considerar como directos a estos límites, se pueden clasificar en función de las siguientes causas:

- 1) Dado su carácter inequívocamente limitador de las situaciones de pluriempleo o pluriactividad, según su configuración normativa, lo que sucede verbigracia en los supuestos de transgresión de la buena fe contractual y de competencia desleal.
- 2) Por el hecho de que los establezca expresamente el legislador, como tales límites, lo que sucede por ejemplo en el caso de la jornada máxima legal para menores de edad.
- 3) Por establecerse de forma expresa por las partes negociadoras en el ámbito de los convenios colectivos.
- 4) Al acordarlo las partes contratantes, en la negociación individual, como sucede en el caso de los pactos de exclusividad o plena dedicación, mediando compensación económica expresa.
- 5) O bien porque se pueda deducir su carácter directamente limitativo en base al bien jurídico que pretende proteger la normativa vigente, y a su extenso ámbito de aplicación, como es el caso de la tuición de la salud de los trabajadores en el ámbito de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Respecto a la consideración como límite directo del *deber de rendimiento y diligencia del trabajador*, el ET considera como causa de despido disciplinario la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado, basada en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, en su art. 54.2 e).

Opino que es más apropiada su consideración como límite directo, dado que este es el carácter que reviste para el supuesto de un único empleo desde el punto de vista normativo y puede conllevar el despido disciplinario del trabajador. Ab initio, es considerado como límite directo por el legislador para toda relación laboral, y en términos generales, el rendimiento y diligencia del trabajador podría verse minorado con más énfasis, en caso de concurrir varias actividades profesionales simultáneas.

Cuestión independiente a ello, sería el hecho de que la dificultad probatoria, lleve a los Tribunales a calificar el despido como improcedente, como se pone de manifiesto en la abundante jurisprudencia y doctrina judicial sobre la materia, analizada en esta Tesis.

Por otro lado, el pluriempleo y la pluriactividad podrían potenciar la aparición de patologías relacionadas con riesgos psicosociales, ante la mayor exposición al riesgo, como pueden ser la fatiga, el estrés, o el “burn out”, y que a su vez podrían acarrear una merma en el rendimiento y diligencia del trabajador pluriempleado o pluriactivo.

Estos límites, pueden considerarse como directos, dado que afectan a todas las relaciones laborales, y no se podrían obviar en situaciones de pluriempleo y

pluriactividad, puesto que estas situaciones podrían agravar sus efectos sobre la salud de los trabajadores.

En esta Tesis se efectúa un análisis pormenorizado de determinados riesgos psicosociales, que tienen una relación más directa con las situaciones objeto de estudio, como son la fatiga y el estrés entre otros; y que a su vez, pueden ser fuente de otros accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como un análisis de pronunciamientos jurisprudenciales y de doctrina judicial sobre la materia.

Considero indirectas las siguientes limitaciones: las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo, la movilidad geográfica, así como los pactos de permanencia en la empresa.

La causa que me lleva a considerar como indirectos estos límites, es que pese a que no se establezca expresamente que constituyen un límite al pluriempleo o a la pluriactividad, en la práctica, de concurrir estas circunstancias, se podría hacer inviable la facultad del trabajador de pluriemplearse o de realizar varias actividades simultáneamente.

Por otro lado, se efectúa un análisis de aparentes límites a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, puesto de relieve a propósito de:

1) El concepto amplio de salario establecido en el art. 26.1 ET, que abarca los períodos de descanso computables como de trabajo.

2) El planteamiento de la cuestión de si al margen de las normas sobre ordenación del tiempo de trabajo que limitan de forma directa las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, (que considero que se trata de supuestos concretos y excepcionales, *numerus clausus*), otras normas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo, y su interpretación jurisprudencial, constituirían límites a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, como es el caso de la jornada máxima legal, el descanso mínimo entre jornadas, el descanso semanal y las vacaciones anuales retribuidas.

Se concluye con la negación de tal naturaleza, en base a que se trataría de límites concebidos inicialmente para el empresario, no pudiendo los poderes públicos imponer un deber de descansar en tales casos, salvo que concurrieran otros límites directos, viniendo justificada en tales casos la limitación, por la concurrencia de estos límites directos, puesto que de lo contrario, se conculcaría el derecho al trabajo contenido en el art. 35.1 CE, (STC 192/2003, de 27 de octubre), e incluso el derecho fundamental de la dignidad de la persona del trabajador, contemplado en el art. 10.1 CE, en su acepción de derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de "autodeterminación consciente y responsable de la

propia vida”, así como el libre desarrollo de su personalidad, (STC 53/1985, de 11 de abril).

4 • Se observa una adaptación del ordenamiento laboral a las nuevas formas de organización del trabajo, procurando tener en cuenta el esfuerzo contributivo de los trabajadores y una tendencia a una mayor contemplación y regulación expresa de las situaciones de pluriempleo y pluriactividad en materia prestacional, puesta de relieve en reformas legislativas de gran calado, revistiendo carácter paradigmático, en este sentido, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y su desarrollo reglamentario efectuado por el RD 295/2009, por lo que se puede considerar que en los últimos tiempos, se han ido reduciendo considerablemente las lagunas normativas preexistentes en la materia, lo cuál se estima positivo.

En este sentido, se puede citar también como ejemplo paradigmático y reciente, la Disposición Adicional 9ª de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, que establece unas peculiaridades relativas a la cobertura de la prestación por cese de actividad de trabajadores autónomos que desarrollen actividades determinadas con mayor riesgo de siniestralidad por el Gobierno, en régimen de pluriactividad.

No obstante, siguen existiendo lagunas de regulación y ambigüedades en el ámbito de otras prestaciones, como sucede en el caso de la IT, ya que si bien, el art. 132.1 b) de la LGSS, establece que el derecho al subsidio por IT, podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena, según los pronunciamientos de jurisprudencia y doctrina judicial, analizados en esta Tesis para precisar la solución adecuada a cada supuesto de hecho concreto, se concluye, que tal posibilidad reviste múltiples matices que dependen del caso concreto, admitiéndose la compatibilidad del subsidio por IT con el trabajo activo en algunos supuestos concretos.

Esto sucede verbigracia, en el ámbito de la pluriactividad, en el supuesto de hecho contemplado en la STS de 19 de febrero de 2002, (RJ 2002\4364), cuando un trabajo exige esfuerzo físico y otro es totalmente sedentario, al reconocer la posibilidad de que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolle en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional del otro.

Otro ejemplo de la cuestión, en sede de pluriempleo, se contempla en la STSJ País Vasco de 25 de abril de 2006, (Ref. CISS JS691774), que considera que no existe transgresión de la buena fe contractual, por tratarse de dos profesiones distintas, en el supuesto de un trabajador que encontrándose previamente en situación de pluriempleo, accede a la situación de incapacidad temporal y obtiene parte de baja médica para uno de los trabajos, continuando la prestación de servicios en el otro.

5 • La normativa de Seguridad Social aborda con claridad la regulación de la forma de cotizar, que es el ámbito donde inicialmente surgió el pluriempleo, como un problema de determinación de los topes máximos de cotización y su distribución.

Las situaciones de pluriempleo y pluriactividad difieren también en el método de cálculo de las prestaciones, ya que mientras que en el caso del pluriempleo, se da lugar a una única prestación, en las situaciones de pluriactividad, el nacimiento de las distintas prestaciones por cada uno de los regímenes implicados depende de dos aspectos: el tiempo de permanencia en dos o varios de ellos de forma simultánea y la naturaleza de la prestación.

Para las pensiones causadas de forma sucesiva resulta de aplicación el mecanismo del cómputo recíproco de cotizaciones, que tiene lugar sólo de forma subsidiaria, cuando no se causen pensiones distintas en cada régimen, como fruto de la relación continuada de encuadramiento múltiple con la Seguridad Social, y no para todas las pensiones, el mecanismo sólo permite acceder a pensiones de común naturaleza que estén comprendidas en la acción protectora de los regímenes de cuyo cómputo recíproco se trate, es decir se excluyen aquellas en las que no exista equivalencia en la acción protectora de otros regímenes.

- La pluriactividad puede dar lugar al acceso a diversas prestaciones, si se dan todos los requisitos para causar derecho a las mismas de forma independiente en cada régimen o en su defecto, al nacimiento de una sola, a partir del cómputo recíproco de cotizaciones, pero sin que proceda adicionar las bases de cotización a efectos de determinación de la base reguladora, si se trata de pluriactividad simultánea.

- Sin embargo, el pluriempleo implica que las bases de cotización correspondientes a varios empleos por los que se cotizó al mismo régimen, sean sumadas a efectos de determinación de la cuantía de la prestación, que siempre será única.

- La diferencia se expone con claridad en la STS de 20 de abril de 1997, (Ar. 3341): “La situación de pluriempleo determina en el Régimen General y en los especiales que a él se remiten en este punto, un tratamiento integrado, tanto en materia de cotización, como de prestaciones, ya que conduce a una prestación única. Por el contrario, la pluralidad de actividades en distintos regímenes, no es objeto de este tratamiento integrado, por lo que en principio, las cotizaciones independientes pueden generar prestaciones independientes”.

6 • Con la entrada en vigor de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, se incorporó la DA 38ª a la LGSS, que en su última redacción otorgada por la DA 48.8 de la Ley de PGE 30/2005, de 29 de diciembre, equipara el pluriempleo y la pluriactividad, pero sólo a efectos de determinación de la base reguladora, cuando se acrediten cotizaciones simultáneas a varios regímenes y no se cause derecho a pensión en uno de ellos. Las bases de cotización acreditadas en el régimen en el que no se cause derecho a pensión, se podrán acumular a las del régimen en que se cause la pensión, sin que la suma de las bases pueda exceder del límite de cotización vigente en cada momento.

En materia de cotización, hay que tener en cuenta que la Ley 20/2007, de 12 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, estableció en su Disposición Adicional 2ª, la posibilidad de que por Ley se establezcan reducciones y bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social, entre otros colectivos de trabajadores autónomos, a quienes en función de otra actividad realizada, coticen sumando las bases de cotización, por encima de la base máxima del RGSS, lo que implicaría en la práctica la imposición de un tope máximo a la pluriactividad, en el supuesto de que se superara la base máxima de cotización, siendo ya preexistente este tope máximo en el seno del pluriempleo.

7 • En España no rige el principio de una sola prestación para un mismo riesgo, no se aplica una regla estricta o absoluta de incompatibilidad entre pensiones, dada la pluralidad estructural de nuestro sistema de protección social, con la multiplicidad de regímenes existentes y de la situación de pluriactividad, existiendo la posibilidad de que concurran al mismo tiempo y en el mismo sujeto más de una pensión.

La cotización en situaciones de pluriactividad tiene efectos distintos a las de pluriempleo, en relación con las prestaciones. En caso de pluriactividad, las cotizaciones independientes, pueden generar prestaciones independientes, mientras que en el supuesto de pluriempleo, conduce a una prestación única.

Tradicionalmente el ordenamiento jurídico sólo había establecido mecanismos correctores para evitar la pérdida del esfuerzo contributivo en las situaciones de pluriempleo, si no se daban los requisitos para acceder a una de las pensiones, pero no en las de pluriactividad, creando una diferencia de tratamiento, que resultaba injusta desde el punto de vista del principio de contribuidad.

- En el caso de la pluriactividad sucesiva, tradicionalmente se han establecido mecanismos correctores específicos, el cómputo recíproco de cotizaciones, incluso en supuestos en los que ante los diversos requisitos y diversidad de acciones protectoras que se aprecian en los regímenes especiales se dieran situaciones problemáticas, como puede ser el caso de que no se diera la misma contingencia protegible en todos los regímenes implicados (vgr: en caso de concurrencia de REEH y RGSS, hay que tener en cuenta que en el REEH no se protege por desempleo, mientras que en el RGSS sí puede dar lugar a prestación por esta contingencia).

En relación al mecanismo del cómputo recíproco de cotizaciones, hay que tener en cuenta que existe una gran dispersión normativa, lo que ocasiona una gran complejidad, desconexiones con la normativa sobre pluriempleo y complicadas relaciones con la normativa sobre trabajo a tiempo parcial.

- En situaciones de pluriactividad simultánea, para acceder a las prestaciones se endurecen excesivamente los requisitos, lo que implica que no se valore adecuadamente el esfuerzo contributivo del cotizante.

Esto sucede verbigracia, con la exigencia establecida en el art. 138.4 LGSS, según redacción dada por el art. 13 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, según el cuál, para causar pensión en el Régimen General y en otro u otros del sistema de la Seguridad Social, respecto a las pensiones de Incapacidad Permanente en los grados de Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo o Gran Invalidez derivadas de contingencias comunes, *“será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos durante 15 años”*, cuando el sujeto no se encuentre en alta o situación asimilada en el momento del hecho causante.

Idéntica exigencia de superposición durante 15 años, se ha introducido por el art. 18.1 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, cuando el sujeto causante no se encuentre en alta o situación asimilada en el momento del hecho causante, para la pensión de viudedad, en el art. 179.1 segundo párrafo de la LGSS.

En los supuestos de pluriactividad, en el Régimen General y en otro u otros del sistema de la Seguridad Social, para causar pensión de jubilación en su modalidad contributiva, el art. 161.4 de la LGSS, (en el supuesto de que los interesados no se encuentren en alta o situación asimilada a la de alta, en el momento del hecho causante, y reúnan los demás requisitos de edad y cotización del apartado 1 del mismo artículo), también establece que será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante 15 años.

Sin embargo en el ámbito del pluriempleo, en sede de jubilación, en su modalidad contributiva, se han flexibilizado los requisitos para causar derecho a la pensión, ya que según el art. 162.5 LGSS, a raíz de la DA 48ª de la Ley 30/2005, han quedado derogadas las restricciones impuestas por el RD Ley 13/1981, de 20 de agosto y por la Orden de 4 de julio de 1983, en virtud de las cuales este artículo exigía que se acreditara la permanencia en aquella situación durante los diez años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, persistiendo en la actual redacción la exigencia de que en el cómputo de la totalidad de las bases por las que se haya cotizado a las diversas empresas, no se supere el límite máximo de cotización vigente en cada momento, para la determinación de la base reguladora de la prestación de jubilación en supuestos de pluriempleo.

8 • Mi opinión personal, es que en situaciones de crisis económica, como la actual, se podría recurrir al trabajo a tiempo parcial, conjugado con las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, como medida tendente a la recuperación tanto de las economías domésticas como de las empresas y por ende, del país, sin merma de la solidaridad en el reparto del empleo, aspecto que sería posible, si se llevaran a cabo respetando los límites que han sido analizados en esta Tesis.

El razonamiento que me lleva a tales conclusiones, es el hecho de que mediante el recurso a las reducciones de jornada, y al empleo a tiempo parcial, se podría dar una

solución a las empresas en situación de crisis, y por otro lado, el pluriempleo o la pluriactividad, servirían para paliar los efectos de la paralela minoración retributiva del trabajador, que produciría la novación extintiva que tendría lugar, por la conversión de una jornada de tiempo completo a tiempo parcial, por lo que se verían satisfechas las necesidades básicas retributivas del trabajador y de su familia.

En este contexto y en aras de que el trabajador obtuviera suficientes ingresos para satisfacer sus necesidades y las de su familia, el recurso al pluriempleo y/o a la pluriactividad, podría constituir una solución idónea que beneficiaría tanto a empresarios como a trabajadores. Representarían por ello, bajo mi punto de vista, una medida de conciliación de los intereses de ambas partes, y de incentivo a la economía del país, coadyuvando a su resurgimiento.

9 • En relación con la conclusión inmediata anterior, y con intención de contextualizar este razonamiento, que en principio podría resultar de aplicación a cualquier situación, extrapolando el mismo a la situación actual, y al régimen jurídico vigente; en el contexto de crisis económica mundial en el que se encuentra inmersa España y especialmente el nivel de desempleo existente en nuestro país, así como ante la inminente reforma del sistema de pensiones; se pueden mencionar entre otros argumentos, que en la reforma laboral realizada por el RD Ley 10/2010, de 16 de junio, y por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, en cuyo art. 7 se contemplan como medidas urgentes de reforma, las *suspensiones del contrato y reducciones de jornada, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor*, si bien estas medidas tienen como contrapartida prestaciones de carácter público, que pretenden mantener el nivel de ingresos económicos de los trabajadores afectados, pese a ello, estos ingresos podrían resultar insuficientes en cómputo global, para satisfacer las necesidades económicas de los trabajadores y las de su familia.

El art. 35.1 CE establece el derecho a una remuneración suficiente para atender no sólo las necesidades individuales, sino las familiares, por lo que el recurso al pluriempleo y a la pluriactividad podría suponer un refuerzo o complemento resolutivo, o cuando menos una alternativa u opción, tanto a nivel individual como colectivo, debiendo respetarse los requisitos y los límites analizados en esta Tesis.

Considero incluso, que el recurso a estas situaciones, puede ser positivo para la economía global, y para la mejora de la situación actual de crisis económica mundial, puesto que el pluriempleo y la pluriactividad, podrían dar lugar a su vez a un incentivo al incremento del consumo, de la inversión y de la productividad.

10 • Las características prevalentes de la materia objeto de estudio en la presente Tesis, son la amplitud, la complejidad y la dispersión normativa.

Si bien se observa una tendencia a la homogeneización entre el régimen jurídico del pluriempleo y el de la pluriactividad, esta tendencia se puede considerar leve, en el

sentido de que siguen existiendo marcadas diferencias en los regímenes jurídicos aplicables a estas situaciones, que han sido analizadas en esta Tesis de forma exhaustiva, pormenorizada y casuística, además de desarrollar la evolución en el tiempo del tratamiento jurídico de estas situaciones, no sólo desde una perspectiva normativa, sino jurisprudencial, de doctrina judicial y de doctrina científica, efectuándose por parte de la autora numerosas interpretaciones y aportaciones originales.

II. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. Dir. **Almansa Pastor, J.M.**, “*La obligación salarial*” en “*Estudios sobre la ordenación del salario*”. Universidad de Valencia. 1ª ed. 1976.
- AAVV. **Asián Chaves, R., Bartolomé Navarro, P., Vega Alba, S., Rodríguez Sosa, V., García Jurado, J.A., González Rodríguez, A.**, “*Políticas de empleo y bienestar social*”. Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo. Universidad de Valladolid. Lex Nova. 1ª ed. Noviembre 2009.
- AAVV. **Burgos Herrera, E., Domblás Hermoso, M.A., Sempere Navarro, A.V.**, (entre otros), “*Jornada Laboral, Vacaciones, Permisos y Suspensión del Contrato de Trabajo*”. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2005.
- AAVV. Dir. **Cavas Martínez, F., Luján Alcaraz, A.**, “*Infracciones y sanciones en el orden social*”. Ediciones Laborum. Murcia. 1ª ed. 2009.
- AAVV. Coord. **De la Villa Gil, L. E.**, “*Estudios sobre la jornada de trabajo*”. Publicado por la Asociación de Cajas de Ahorros para las Relaciones Laborales. ACARL. Madrid. 1ª ed. 1991.
- AAVV. Coord. **De la Villa Gil, L.E.**, “*Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso Olea*”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 1ª ed., 1995.
- AAVV. Dir. **Del Rey Guanter, S.**, “*El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social*”. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 20. Sección Bibliografía, quincena del 23 de octubre al 8 de noviembre de 2004, Año XX. Documento en soporte electrónico: laleydigital.es 1928/2004.
- En AAVV. Coord. **Del Rey Guanter, S.**, “*Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*”. La Ley Actualidad. Madrid. 1ª ed., 2005:
 - Gala Durán, C.**, “*Pacto de no concurrencia y permanencia en la empresa*”.
 - Serrano Olivares, R.**, “*Movilidad geográfica*”.
- AAVV. **García Ninet, J. I.**, (Dir. Técnico), y **Vicente Palacio, A.**, “*Regímenes Especiales de la Seguridad Social*”. CISS. Valencia. 1ª ed. 1998.
- AAVV. Coordinadores: **García - Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J. R.**, “*La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*”. Ed. Lex Nova. Valladolid. 1ª ed., abril 2007.

- AAVV. Coordinador: **Goerlich Peset, J.M.**, *“El tiempo de trabajo en la negociación colectiva”*. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid. 1ª ed. Octubre 2008.
- AAVV. **López Fernández, M.**, coord. **Blanco Martín, J.M.**, *“Dinámica de la prestación y gestión de la Incapacidad Temporal. Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico”*. Lex Nova. Valladolid. 2ª ed. 2002.
- AAVV. Coordinadores: **López Gandía, J.**, **Blasco Pellicer, A.**, *“Crisis de empresa y Derecho del Trabajo”*. IV Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1ª ed. 2010.
- AAVV. Dir. **Martín Valverde, A.**, y **García Murcia, J.**, *“Tratado práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”*. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2002.
- AAVV. Dir. **Molero Manglano, C.**, *“Manual de Derecho del Trabajo”*. Thomson Reuters. Civitas. Aranzadi. Navarra. 9ª ed. 2009.
- AAVV. Dir. **Monereo Pérez, J. L.**, *“Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”*. Ed. Comares. Colección Comentarios a la Legislación Social. Granada. 1ª ed. 1998.
- AAVV. Dir. **Monereo Pérez, J. L.**, *“La Reforma de la Seguridad Social: estudio sistemático de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”*. La Ley. Madrid. 1ª ed. 2008.
- AAVV. **Monereo Pérez, J.L.**, **Molina Navarrete, C.**, **Moreno Vida, M. A.**, *“Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad.”* Ed. Comares. Colección comentarios a la legislación laboral nº 10. Granada. 1ª ed. 2006.
- AAVV. **Montoya Melgar, A.**, *“Curso de Seguridad Social”*. Thompson Civitas. Aranzadi. Navarra. 3ª ed. 2005.
- AAVV. Coord. /Dir. **Navarro Fernández, J.A.**, *“La Explotación agraria. Aspectos administrativos, civiles, fiscales y laborales”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1ª ed. 2008.
- AAVV. Dir. **Sala Franco, T.**, *“Los límites legales al contenido de la negociación colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del ET”*. Edita el MTASS. Colección Informes y Estudios, nº 39. Madrid. 1ª ed. 2001.
- AAVV. **Sala Franco, T.**, **Albiol Montesinos, I.**, *“Atlas laboral”*. Base de datos CISS. Wolters Kluwer. Febrero 2008. UPCT. Búsqueda por materias de alcance imperativo del art. 41 ET. Ruta de búsqueda por materias: Seguridad Social / muerte y

supervivencia / pensión de viudedad / prestación económica / base reguladora / contingencias profesionales.

- AAVV. Dir. **Sempere Navarro, A. V.**, “*Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*”. Ediciones Laborum. Murcia. 1ª ed. Año 2003.
- AAVV, **Sempere Navarro, A.V., Aguilera Izquierdo, R.**, “*Doctrina del TSJ de Madrid sobre Seguridad Social (1989-2000)*”. Aranzadi. Cuadernos de Aranzadi Social. Navarra. 1ª ed. 2002.
- AAVV. **Sempere Navarro, A. V., García Murcia, J., Martín Valverde, A. M., Burgos Herrera, E., Domblás Hermoso, M. A., Fernández Barábor, M.T.**, y otros. “*Jornada laboral, vacaciones, permisos y suspensión del contrato de trabajo*”. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2005.
- AAVV. Dir. **Sempere Navarro, A.V.**, “*Medidas laborales para empresas en crisis*”. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2009.
- AAVV. **Serrano Olivares, R.**, Coord. **Del Rey Guanter, S.**, “*Estatuto de los trabajadores comentado y con jurisprudencia*”. La Ley. Madrid. 1ª ed. 2005.
- **Aguilera Izquierdo, R.**, “*Incompatibilidad y concurrencia de pensiones*”, en AAVV. Dir. **Sempere Navarro, A. V.**, “*Doctrina del TSJ de Madrid sobre Seguridad Social (1989-2000)*”. Aranzadi. Navarra. 2002.
- **Agustí Juliá, J.**, “*Riesgos Psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y de Seguridad Social*”. CGPJ. Centro de documentación judicial. Cuadernos de Derecho Judicial XII-2004. Madrid. 1ª ed. 2005.
- **Alarcón Caracuel, M. R.**, “*Las relaciones ley-convenio colectivo*”, en AAVV, “*Las reformas laborales de 1994 y 1997*”. Coordinador **Rojo Torrecilla. E.**, Ed. Marcial Pons. Madrid. 1998.
- **Albiol Montesinos, I., Camps Ruiz, L.M., López Gandía, J., Sala Franco, T.**, “*Compendio de Derecho del Trabajo*”. Tomo II. “*Contrato Individual*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2ª ed. 2007.
- **Albiol Montesinos, I.**, “*El salario, aspectos legales y jurisprudenciales*”. Deusto. Barcelona. 1992.
- **Albiol Montesinos, I.**, “*Colección Todo Social*”. Ed. CISS. Valencia. 1ª ed. 2006.
- **Alfonso Mellado, L. y Peña Obiol, S.**, “*Vacaciones, fiestas y descanso semanal*”. 1996, Colección laboral nº 30, 1ª ed.

- **Alonso Olea, M., y Casas Baamonde M.E.**, *“Derecho del Trabajo”*. Civitas. 23ª ed. 2005.
- **Alonso Olea, M., y Casas Baamonde M.E.**, *“Derecho del Trabajo”*. Civitas. Madrid. 24ª ed. 2006.
- **Alonso Olea, M., y Casas Baamonde, M.E.**, *“Validez, impugnación, aplicación e interpretación del convenio colectivo. En torno a los artículos 90 y 91”*. Civitas. Madrid. Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 100. Año 2000.
- **Alonso Olea, M.**, *“El Estatuto de los Trabajadores texto, comentarios y jurisprudencia”*. Civitas. Madrid. 3ª ed. 1991.
- **Alonso Olea M., y Montoya Melgar, A.**, *“El trabajo y la Constitución: estudios en homenaje al profesor Alonso Olea”*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Alfredo Montoya Melgar (coordinador). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones. Madrid. 2003.
- **Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza, J. L.**, *“Instituciones de Seguridad Social”*. Civitas. Madrid. 18ª ed. 2002.
- **Álvarez Cortés, J.C., y Pérez Yáñez, R.M.**, *“Sobre la regulación de las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia (a propósito del RD 295/2009, de 6 de marzo)”*. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 18, Sección Legislación, Año XXV. 2009. Documento en soporte informático: laleydigital.es 18035/2009.
- **Álvarez de la Rosa, M.**, *“La retribución de las vacaciones”*. CISS Praxis. Valencia. Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral. Núm. 38. 1994.
- **Arufe Varela, A.**, *“Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social”*. Ed. Comares. Colección Trabajo y Seguridad Social, nº 15. Granada. 1ª ed. 2003.
- **Ballester Laguna, F.**, *“La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales”*. Ed. Comares. Granada. 1ª ed. 2001.
- **Ballester Pastor, M. A.**, *“La acción protectora en pluriempleo con relación a la normativa sobre trabajo a tiempo parcial”*. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 18, año 2003.
- **Ballester Pastor, M. A.**, *“El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de Seguridad Social”*. La Ley. Madrid. 1ª ed. Septiembre 2007.

- **Barrios Baudor, G.L.**, *“Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social”*. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1ª ed. 1997.
- **Baz Rodríguez, J.**, *“Trabajo a tiempo parcial y flexiseguridad”*. (Estudios en el marco del debate europeo *“Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI”*). Ed. Comares. Granada. 1ª ed. 2008.
- **Blasco Lahoz, JF., López Gandía, J., Mompaler Carrasco, M.A.**, *“Regímenes especiales de la Seguridad Social”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 8ª ed. 2007.
- **Blasco Pellicer, A.**, *“La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de la Seguridad Social”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 1º ed. 2005.
- **Bejarano Hernández A.**, *“El derecho a las vacaciones anuales retribuidas”*. Colección Práctica de Derecho Social. Editorial Comares. Granada. 1ª ed. 2002.
- **Benavides Vico, A.**, *“Análisis práctico de las prestaciones de Seguridad Social”*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 1ª ed. 2006.
- **Bresó Esteve, E., Salanova, M., Schaufeli, W., Nogareda, C.**, *“Síndrome de estar quemado por el trabajo “Burnout” (III): Instrumento de medición”*. INSHT. NPT 732. Publica el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Centro Nacional de Condiciones de Trabajo. INSHT. Madrid. 2007. Archivo en soporte electrónico.
- **Burgos Giner, M. A.**, *“La incapacidad temporal y el trabajo en situación de pluriempleo como causa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual”*. Comentario a la STSJ País Vasco de 10 de junio de 2003. AS 2003, 2354. Revista Aranzadi Social, nº 13. 2003. Navarra.
- **Cabeza Pereiro, J.**, *“Consideraciones sobre el desempleo parcial. Con ocasión de la STC 213/2005, de 21 julio”*. Revista Actualidad Laboral, Nº 20, Sección Estudios, quincena del 16 al 30 de noviembre de 2005. Documento en soporte electrónico: laleydigital.es 5013/2005.
- **Cardenal Carro, M.**, *“El suicidio como accidente de trabajo en la STS 25 septiembre 2007: ¿se anuncia una modificación en la interpretativa restrictiva del art. 115 LGSS característica de la Jurisprudencia reciente?”*. Texto desarrollado del esquema utilizado en la mesa redonda «Seguridad Social: problemas y soluciones jurisprudenciales», en el Encuentro de Presidentes y Magistrados de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y de Presidentes de las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia, celebrado en Córdoba los días 26 y 27 de noviembre de 2007. Editorial Aranzadi, S.A. Aranzadi Social, núm. 17/2007 (Tribuna). Westlaw.es. BIB 2007\3031.

- **Cardenal Carro, M., Palomar Olmeda, A., Sempere Navarro, A. V., Hierro Hierro, F.J.**, “*Diccionario de Seguridad Social*”. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2006.
- **Cardenal Carro, M., Hierro Hierro, F.J.**, en AAVV., (Dir. **Monereo Pérez, J.L.**); “*La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social*”. La Ley. Madrid. 1º ed. Marzo 2008.
- **Carrasco Durán, M., Pérez Royo, J.**, “*Curso de Derecho Constitucional*”. Ed. Marcial Pons. Madrid. 10ª ed. 2005.
- **Castillo Fernández, M.**, “*La prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo: el pacto de exclusividad o plena dedicación*”. Aranzadi Social núm. 6/2001, paraf. 23. Base de datos Westlaw.encuentra. BIB 2001\868.
- **Cavas Martínez, F.**, “*El Régimen Especial Agrario también se mueve*”. Revista Aranzadi Social, núm. 6 año 2003. Navarra.
- **Cavas Martínez, F.**, “*La nueva protección por desempleo de los eventuales agrarios*”. Revista Aranzadi Social, nº 16, 2002. Navarra.
- **Cavas Martínez, F.**, “*La protección social de los trabajadores a tiempo parcial; ámbito subjetivo y situaciones afectadas*”. Aranzadi Social, núm. 2, año 2003. Navarra.
- **Cavas Martínez, F.**, “*La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: historia de un desagravio*”. Editorial Aranzadi, S.A. Aranzadi Social, núm. 1/2005 (Tribuna). Documento en soporte electrónico: Westlaw.es. BIB 2005\796.
- **Cavas Martínez, F., y Cámara Botía, A.**, “*La acción protectora del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*”. Aranzadi. Cuadernos de Aranzadi Social. Navarra. 1ª ed. 2005.
- **Cavas Martínez, F., y Fernández Orrico, F.J.**, “*La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de la Seguridad Social*”. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2006.
- **Cavas Martínez, F., y Rodríguez Iniesta, G.**, “*La reforma de la seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social*”. Ediciones Laborum. Murcia. 1ª ed. 2007.
- **Charro Baena, P.**, “*El derecho a las vacaciones en el ámbito laboral*”. MTASS. Madrid. 1993.

- **Charro Baena, P., Sempere Navarro, A.V.**, *“Libertad de trabajo durante las vacaciones”*. Editorial Aranzadi. 2003. Aranzadi Social, paraf. 65 (Presentación). Documento en soporte electrónico: Westlaw.es. BIB 2003\1517.
- **Colina Robledo M.**, *“Consejo de empleo, política social, sanidad y consumidores (EPSSCO)”*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 62 Derecho Social Internacional y Comunitario, año 2006.
- **Colina Robledo, M.**, *“Normativa sobre tiempo de trabajo en el ámbito de la Comunidad Europea”*, en AAVV. *“Estudios sobre la jornada de trabajo”*. ACARL. Madrid. 1ª ed. 1991.
- **Conde Marín, E.**, *“La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo”*. La Ley. 1ª ed. Septiembre de 2007.
- **Corcuera Atienza, J., y García Herrera, M.A.**, *“Derecho y Economía en el Estado Social”*. Tecnos. Madrid. 1ª ed. 1988.
- **Cruz Villalón, J.**, *“Las modificaciones en la prestación de trabajo”*. MTAS. Madrid 1983.
- **Cruz Villalón, J.**, *“Compendio de Derecho del Trabajo”*. Tecnos. Madrid. 2ª ed. 2009.
- **Cruz Villalón, P.**, *“El artículo 41 del ET tras la reforma de 1994”*. Ed. La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. 1994, núms. 17-18.
- **Cruz Villalón, P.**, *“Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales”*. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 19, Sección Monografías, Octubre 2005, Año XXI. Documento en soporte electrónico: laleydigital.es 4762/2005.
- **D’ Anjou Andrés, G.**, *“Reformas introducidas en materia de Seguridad Social por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 (Ley 30/2005, de 29 de diciembre)”*. Editorial La Ley. Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 10, Sección Colaboraciones, quincena del 30 de mayo al 14 de junio de 2006. Ref. 1960/2006. Documento en soporte electrónico: laleydigital.es 1983/2006.
- **De Arquer, M. I.**, *“Carga mental del trabajo: fatiga”*. NTP 445. Archivo en soporte electrónico, publica el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Centro Nacional de Condiciones de Trabajo. Madrid.

- **De Esteban, J. y González Trevijano, P. J.**, *“Curso de Derecho Constitucional español”*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. UCM. 1ª ed. 1992-1994. Tomo III.
- **De la Villa Gil, L.E.**, *“Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas”*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. Revista de Política Social nº 81. 1968.
- **De la Villa Gil, L.E., Bayón Chacón, G., y Pérez Botija, E.**, en *“El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales”*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. Revista de Política Social nº 85. 1970.
- **De Sala Franco T., Moliner Cambroner G., Albiol Montesinos, I., Díaz Martín, S., Redondo Toraño, M.** *“Atlas laboral”*. Base de datos CISS. Wolters Kluwer. Marzo 2007.
- **De Sala Franco, T.**, (Dir.), *“Derecho del Trabajo”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 11 ed., 1997.
- **De Sala Franco, T.**, *“Dos cuestiones mal resueltas: la naturaleza imperativa de las normas legales laborales y la complementariedad convencional de las mismas”*. MTASS. Madrid. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho del Trabajo, nº 3. Año 1997.
- **De Sala Franco, T.**, *“El régimen jurídico del pluriempleo en el ordenamiento español”*. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Madrid. 1985.
- **Desdentado Bonete, A., y Desdentado Aroca, E.**, *“Administradores Sociales, Altos Cargos Directivos y Socios Trabajadores: Clasificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en la Seguridad Social”*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 1ª ed., año 2000.
- **Díaz de Rábago Villar, M.**, *“Pretensiones indemnizatorias de daños y perjuicios por los empresarios frente a sus trabajadores”*. Reflexión sobre la procedencia y exposición sistemática de pronunciamientos del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia. Revista Aranzadi Social, núm. 21/2008. Base de datos Westlaw.encuentra. Archivo en soporte informático. BIB 2008\3092.
- **Díaz Moliner, R.**, *“Guía Práctica para la prevención de riesgos laborales”*. Lex Nova. Valladolid. 1ª ed. 1999.
- **Duréndez Sáez, I.**, *“El recargo de prestaciones”*. Civitas. Madrid. Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 108. Noviembre-diciembre de 2001.

- **Elorza Guerrero, F.**, *“La reforma del régimen del tiempo de trabajo en el transporte por carretera: el RD 902/2007 de 6 de julio”*. Editorial La Ley. Madrid. Actualidad Laboral, Nº 14, Sección Estudios, quincena del 16 al 31 de Julio de 2008. Documento en soporte electrónico: laleydigital.es 36841/2008.

- **Escamilla Vera F.**, *“La Internacionalización del Mercado de Trabajo en los albores del siglo XXI: Aspectos Éticos”*. Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona. Vol. VI, núm. 119 (123), 1 de agosto de 2002.

- **Escobar Jiménez, J.**, *“Derecho a la prestación de viudedad con descubierto de cotizaciones en el Régimen Especial Agrario”*. Comentario a la STSJ Castilla y León, Valladolid de 9 de marzo de 1999. Editorial Aranzadi. Navarra. Revista Aranzadi Social. Vol. II. 1999.

- **Escudero Moratalla, J.F., Frigola Vallina, J., Corbella Herreros, T.**, *“La jurisprudencia de la buena fe en el contrato de trabajo, desde el prisma de su inuniformidad”*. Editorial Aranzadi. 1996. Aranzadi Social. Vol. IV. Estudio. Documento en soporte electrónico: Westlaw.es. BIB 1996\57.

- **Esteban, J., González Trevijano, P. J.**, *“Curso de Derecho Constitucional español”*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 1992.

- **Fernández Avilés, J. A.**, *“Lógica de mercado y trabajo”*. Ed. La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 1. Año 2003.

- **Fernández Orrico, F. J.**, *“Incompatibilidad de la pensión de jubilación parcial con un contrato de trabajo a tiempo parcial posterior al despido improcedente”*. Aranzadi Social paraf. 6/2010 (Presentación). Editorial Aranzadi, S.A. 2010. Documento en soporte electrónico: Westlaw.es. BIB 2010\671.

- **Fernández Orrico, F. J.**, *“Prestaciones contributivas del Régimen general de la Seguridad Social”*. Ed. Laborum. Murcia. 1ª ed. 2001.

- **Fernández Prieto, M.**, *“Reducción de jornada y posibilidad de acumular el tiempo de reducción”*. Editorial Aranzadi, S.A. Aranzadi Social núm. 16/2006 (Estudio). Documento en soporte electrónico: Westlaw.es. BIB 2006\1620.

- **Fernández Prol, F.**, *“Pluriempleo y pluriactividad simultánea en el sistema de Seguridad Social”*. Ed. Bomarzo. Albacete. 1ª ed. 2007.

- **Ferrando García, F.**, en AAVV. **Cavas Martínez, F., Rodríguez Iniesta, G.**, *“La reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social”*. Ediciones Laborum. Murcia. 1ª ed. 2007.

- **Ferrer López, M. A.**, *“Casos Prácticos de Seguridad Social 2006”*. Deusto S.A. Barcelona. 15ª ed. 2006.
- **Ferrer López, M.A.**, *“Casos Prácticos de Seguridad Social 2010”*. Deusto S.A. Barcelona. 19ª edición actualizada a mayo de 2010.
- **Gala Durán, C.**, *“La responsabilidad empresarial por incumplimiento de obligaciones de afiliación, alta y /o cotización a la Seguridad Social”*. Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 1997.
- **Gala Durán, C.**, en AAVV, Dir. **Del Rey Guanter, G.**, *“Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia”*. La Ley. Madrid. 1ª ed. 2005.
- **Galiana Moreno, J.**, y **Sempere Navarro, A. V.**, *“Legislación Laboral y de Seguridad Social”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 3ª ed. Septiembre de 2005.
- **Gárate Castro, J.**, *“Tendencias generales sobre la ordenación del tiempo de trabajo”*. Revista Xurídica Galega. Nº 22. 1999.
- **García Murcia, J.**, **Rodríguez Cardo, I.A.**, *“Comentario al RD 1382/2008, de 1 de agosto, de modificación parcial de la normativa reglamentaria de Seguridad Social”*. Editorial La Ley. Madrid. Derecho de los Negocios, Nº 217, Sección Relaciones Laborales, Octubre 2008. Documento en soporte electrónico: laleydigital.es. 39889/2008.
- **García Murcia, J.**, *“Concepto y estructura del salario”*. Civitas. Madrid. Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 100. 2000. Ejemplar dedicado al ET, veinte años después.
- **García Murcia, J.**, *“Derecho a una remuneración suficiente”*. AAVV, Dir. **Aparicio Tovar, J.**, *“Comentario a la Constitución socioeconómica de España”*. Ed. Comares. Granada. 1ª ed. 2002.
- **García Murcia, J.**, *“Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual”*. Ed. La Ley. Madrid. Revista Actualidad Laboral. Nº 24, año 1990.
- **García Murcia, J.**, *“Traslados y desplazamientos en la empresa”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1ª ed. 1996.
- **García Ninet, J.I.**, *“Algunas notas sobre la retribución de las vacaciones en la doctrina de los tribunales”*. CISS Praxis. Valencia. Revista Tribuna Social. Nº 144, año 2003.

- **García Ninet, J. I.**, *“Ordenación del tiempo de trabajo”*, en *“Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores”*. (Dir. **Borrajo Dacruz**). Edersa. Madrid. 1991. Tomo I, vol. 2º.
- **García Ninet, J. I., Vicente Palacio, A.**, *“Regímenes Especiales de la Seguridad Social”*. CISS. Valencia. 1ª ed. 1998.
- **García Ortega, J.**, *“Nacimiento, duración y disfrute del derecho a vacaciones”*. CISS Praxis. Valencia. Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral, nº 38, año 1994.
- **García Ortega, J.**, *“Supuestos especiales de cotización: trabajadores fijos discontinuos: Pluriempleo. Pluriactividad. Convenio especial”*. CISS Praxis. Valencia. Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, nº 21-21, 1992.
- **García Paredes, M. L.**, *“Desempleo. Reducción definitiva de jornada y principio de igualdad”*. Actualidad Laboral, Nº 20, Sección Sentencias Ejemplares, quincena del 16 al 30 de noviembre de 2005. Documento en soporte informático: laleydigital.es 4999/2005.
- **García Romero, B.**, *“Seguridad Social Agraria: Acción Protectora”*. Thomson Civitas. Navarra. 1ª ed. 2006.
- **García Viña, J.**, *“El permiso de paternidad: cuestiones laborales y de Seguridad Social”*. Revista Actualidad Laboral, Nº 16, Sección Estudios, quincena del 16 al 30 de septiembre de 2009. Documento en soporte informático: laleydigital.es 13746/2009.
- **Gete Castrillo, P.**, *“Compatibilidad en la Pensión de Viudedad en Nuestro Sistema de Seguridad Social. Algunas Ideas para un Debate Necesario”*. Revista Foro de Seguridad Social nº 3, febrero 2001. Archivo en soporte informático. Publica la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social.
- **Gómez Muñoz, J.M.**, *“Las Jornadas Especiales de Trabajo”*. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 1999.
- **Gómez Vicente, M.T., y Sánchez y Sánchez - Amaya, M.I.**, *“La desregulación del mercado de trabajo español en el período 1984- 1995 y sus efectos sobre el empleo”*. Revista Estudios de Economía Aplicada. 1998 vol. 7. Edita Antonio Pulido San Román. Instituto de predicción económica L.R. Klein. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Autónoma de Madrid.
- **González del Rey Rodríguez, I.**, *“La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1ª ed. 1998.

- **González Ortega, S.**, “*Novedades en la protección social del trabajo a tiempo parcial contenidas en el RD Ley 15/1998 y en el RD 144/1999*”. Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 18, 1999.
- **González Posada Martínez, E.**, “*Ordenación del salario*”. AAVV, coordinador **Valdés Dal- Ré, F.**, “*La reforma del mercado laboral*”. Lex Nova. Valladolid. 1994.
- **Grau Pineda, C.**, “*Bonificaciones en la cotización y fomento del empleo*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1ª ed. 2010.
- **Guido Balandi, G.**, y **Nadalet, S.**, “*La contractualización del Derecho Social. Contrato y políticas sociales*”. Ed. La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica, nº 1. 2003.
- **Herrero Alarcón, F.**, en AAVV. Dir. **De la Villa Gil, L.E.**, “*Derecho de la Seguridad Social*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 4ª ed. 2004.
- **Hierro Hierro, F. J.**, “*El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*”. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2005.
- **Hurtado González, L.**, “*La cotización a la Seguridad Social de los artistas en espectáculos públicos*”. Actualidad Laboral, Nº 1, Sección Estudios, quincena del 1 al 15 de enero de 2006. Documento en soporte electrónico: laleydigital.es. 5342/2005.
- **Hurtado González, L.** y **Marín Alonso, I.**, “*La Seguridad Social agraria*”. Ed. Laborum. Murcia. 1ª ed. 1999.
- **Instituto Nacional de la Seguridad Social.**, “*Incapacidad Temporal. Prestaciones*”. Secretaría General de Estado y la Seguridad Social. Administración electrónica. 4ª edición. Agosto 2006.
- **Jiménez Fernández, A.**, **De Lorenzo García, R.**, **Jacob Sánchez, F. M.**, **Cabra de Luna, M.A.**, “*La protección de la Seguridad Social por Incapacidad Permanente*”. Editorial Escuela Libre. Colección solidaridad. Fundación ONCE. 1ª ed. 1999.
- **Kahale Carrillo, D.T.**, “*La incidencia de la pensión de viudedad en los matrimonios homosexuales*”. Editorial La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 3, Sección Doctrina, quincena del 8 al 23 de febrero de 2008, Año XXIV. Documento en soporte electrónico: laleydigital.es 125/2008.
- **Kasl, S.V.**, “*Assessing health risk in the work setting*”, en **Schroeder, H.E.**, “*New directions in health psychology assessment*”. Hemisphere Publishing. Washington. 1991.

- **Kasl, S. V., Rapp, S.**, “*Stress, health and well-being: The role of individual differences*”, en la obra de **Cooper, C.L.**, y **Payne, R.**, “*Personality and Stress: Individual differences in the stress process*”. John Wiley & Sons, Ltd. Hoboken. New Jersey. USA. 1991.
- **Leonés Salido, J.M.**, “*El trabajo marginal: una frontera sin resolver*”. Boletín Aranzadi Laboral núm. 2/2003. Editorial Aranzadi S.A. 2003. Base de datos West Law encuentra. BIB 2003\46.
- **Levi, L., Costa, J., Philips, F., Richard. O.**, “*Guía sobre el estrés relacionado con el trabajo ¿la “sal de la vida” o el “beso de la muerte”?*”. Comisión Europea. Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales. Unidad D.6. 1999. Archivo en soporte informático.
- **López Ahumada, J. E.**, “*Insuficiente transposición de las Disposiciones mínimas en materia de tiempo de trabajo y descanso: incumplimiento de la Directiva 93/104/CE (LCEur 1993, 4042) por parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*”. Aranzadi Social parágrafo. 59. Año 2006. Westlaw.es encuentra. BIB 2006\1623.
- **López Anierte, M.C.**, “*Modificaciones en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social*”, en AAVV, **Cavas Martínez, F.**, (Coord.), **Rodríguez Iniesta, G.**, (Dir.) “*La reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social*”. Ediciones Laborum. Murcia. 1ª ed. 2007.
- **López Anierte, M. C., Ferrando García, M. F.**, “*La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos: nuevo régimen jurídico*”. Thomson Civitas. Navarra. 1ª ed. 2005.
- **López Aguilar, J.F.**, “*Derechos fundamentales y libertad negocial. Sobre el espacio constitucional para la autonomía de la voluntad entre particulares*”. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid. 1990.
- **López Ahumada, J. E.**, “*Evolución normativa de los descansos laborales*”. MTASS. Madrid. 2004.
- **López Ahumada, J. E.**, “*Insuficiente transposición de las Disposiciones mínimas en materia de tiempo de trabajo y descanso: incumplimiento de la Directiva 93/104/CE (LCEur 1993, 4042) por parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*”. Aranzadi Social paraf. 59. (Presentación). Año 2006. Westlaw.es encuentra. BIB 2006\1623.
- **López Gandía, J.**, “*Cooperativas y Seguridad Social*”. Ed. La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Tomo II-2000.

- **López Gandía, J.**, *“Jubilación parcial”*. Ed. Bomarzo. Colección: Básicos de Derecho Social. Albacete. 1ª ed. Septiembre de 2004.
- **López Gandía, J.**, *“La nueva regulación del convenio especial de la Seguridad Social”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. Monografía nº 312. 1ª ed. 2004.
- **López Gandía J.**, *“Pluriactividad y Seguridad Social”*. Ed. La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Nº 7, año 2005.
- **López Gandía, J.**, *“Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: valor de las cotizaciones y retroactividad de las normas”*. Ed. La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Tomo II- 1997, págs. 708 y 709.
- **López Gandía, J y Toscani Gimenez, D.**, *“Reformas de la Seguridad Social 2007. Ley de medidas en materia de Seguridad Social (L 40/2007, de 4 de diciembre)”*. Sistemática Memento. Dossier Práctico. Francis Lefebvre. Ediciones Francis Lefebvre, S.A.; Madrid. 1ª ed. Actualizada a 5 de diciembre de 2007.
- **López López, J.**, *“La pluriactividad y el pluriempleo: historia de un desencanto”*. Civitas. Madrid. Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 61. Año 1993.
- **Lorente Rivas, A.**, *“Las modificaciones sustanciales del Contrato de Trabajo”*. La Ley. Madrid. 1ª ed. Julio 2009.
- **Losada González, H.**, coord. **Moreno González- Aller, I.**, *“Prontuario de Prestaciones de Seguridad Social”*. Manuales de Formación. CGPJ. Madrid. 1ª ed. 2002.
- **Luján Alcaraz, J.**, *“El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados del Hogar”*. Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2000.
- **Luján Alcaraz, J.**, *“La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales”*. Editorial Aranzadi, S.A. Aranzadi Social, núm. 3/2009 (Tribuna). Documento en soporte electrónico: Westlaw.es BIB 2009\457.
- **Maldonado Molina, J. A.**, *“La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1ª ed. 2002.
- **Maldonado Molina, J.A.**, *“Los períodos de cotización. Acceso y cálculo de las prestaciones”*. Ed. Comares. Granada. 1ª ed. 2003.
- **Martín Daza, F.**, *“El estrés: proceso de generación en el ámbito laboral”*. Nota Técnica de prevención del INSHT nº 318. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Centro Nacional de Condiciones de Trabajo. Archivo en soporte electrónico.

- **Martín Puebla, E.**, “*El fallido proceso de revisión de la Directiva comunitaria sobre la ordenación del tiempo de trabajo*”. Editorial Aranzadi S.A. 2010. Aranzadi Social núm. 22/2010, parte estudio. Documento en soporte electrónico: Westlaw.es. BIB 2010\367).
- **Martín Valverde, A.**, Coord. **De la Villa Gil, L. E.**, “*Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo. Estudios sobre la jornada de trabajo*”. Publicado por la Asociación de Cajas de ahorros para las relaciones laborales. ACARL. Madrid. 1991.
- **Martín Valverde, A.**, “*Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española*” en AAVV., “*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*”. CEC. Madrid 1980.
- **Martínez Barroso, M. R.**, “*Sistema jurídico de la Seguridad Social de la minería del carbón*”. Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León. 1ª ed. 1997.
- **Martínez Lucas, J.A.**, “*Manual de cotización a la Seguridad Social*”. La Ley. Madrid. 1995.
- **Martínez Robles, F.**, “*Particularidades de la pensión de jubilación en situación de pluriactividad*”. Revista Información Laboral. Legislación y convenios colectivos nº 2 año 2005, Págs. 2, LN2 a LN6.
- **Maslach, C., Schaufeli, W. B., y Leiter, M. P.**, “*Job burnout*”. Annual Review of Psychology, 52. California. USA. Año 2001.
- **Matorras Díaz-Caneja, A.**, “*Altos cargos y doble vínculo: crítica a los “excesos” de la doctrina del vínculo*”. Revista Aranzadi Social, núm. 3/2010. Base de datos Westlaw.encuentra. Archivo en soporte informático. BIB 2010\743.
- **Mercader Uguina, J.R.**, “*Lecciones de Derecho del Trabajo*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2ª ed. 2009.
- **Moliner Tambonero, G. y Gómez Ferreiro, F.**, “*Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*”. Ed. CGPJ. Madrid. 1ª ed. 2003.
- **Monereo Pérez, J.L.**, “*El salario y su estructura después de la Reforma Laboral de 1997*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1ª ed. 1998.
- **Monge Recalde, J. L.**, “*Comentarios doctrinales y prácticos al Estatuto de los trabajadores*”. 1ª ed. Aranzadi, Pamplona, 1980.
- **Montoya Melgar, A.**, “*El Estado y la autonomía colectiva*”. Revista Actualidad Laboral, nº 2 año 1989.

- **Montoya Melgar, A.**, *“La buena fe en el Derecho del Trabajo”*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid. 2001.
- **Montoya Melgar, A.**, *“La nueva configuración del poder de dirección del empresario”* en AAVV. Coord. **De la Villa Gil, L.E.** *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso Olea*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 1995, 1ª ed.
- **Montoya Melgar, A.**, *“Pluriempleo pese a pacto de dedicación exclusiva y libertad de expresión”*. *Comentario a la STC 125/2007 de 21 de mayo*. Civitas. Madrid. Revista Española de Derecho del Trabajo. Núm. 137/2008.
- **Montoya Melgar, A., Galiana Moreno, Sempere Navarro, A.V., Ríos Salmerón, B.**, *“Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 5ª ed. 2003.
- **Montoya Melgar, A., Galiana Moreno, J. M., Sempere Navarro, A.V., Ríos Salmerón, B.**, *“Comentarios al Estatuto de los trabajadores”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 6ª ed. 2005.
- **Montoya Melgar, A., Galiana Moreno, J.M., Sempere Navarro, A.V., Ríos Salmerón, B.**, *“Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 7ª ed. Abril 2007.
- **Moreno Vida, M. N., Monereo Pérez, J. L., García Valverde, M., Fernández Avilés, J. A.**, *“El trabajo en la agricultura. Estudio práctico del Sistema de Protección Laboral y de Seguridad Social”*. Ed. Comares. Granada. 1ª ed. 2005.
- **Muñoz Molina, J.**, *“La Incapacidad Temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2005.
- **Navarro Gallel, C.**, *“Cotizaciones a tiempo parcial y cobertura del período de carencia: especial referencia a la pensión de jubilación”*. Revista Actualidad Laboral, nº 26, año 2000.
- **Navarro Nieto, F.**, *“Guía sobre el empleo”*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. 2006. Documento en archivo electrónico.
- **Navarro Roldán, R.**, *“Pensión de supervivencia. Presente y futuro de la pensión de viudedad”*. La Ley Actualidad. Madrid. 1ª ed. Marzo 2006.
- **Nevado Fernández, M. J.**, *“Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo”*. Tecnos. Madrid. 1ª ed. 1998.

- **Nogueira Guastavino, M.**, *“La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo”*. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 1997.
- **Ojeda Avilés, A.**, *“La doctrina del equilibrio interno del convenio”*. Civitas. Madrid. Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 31. Año 1987.
- Organización Internacional del Trabajo (**OIT**)- Organización Mundial de la Salud, (**OMS**); *“Psychosocial factors at work: Recognition and control”*. ILO/WHO Joint Committee. Ginebra: OIT; 1984, series núm. 56. Informe fruto de la 9ª sesión del Comité Conjunto de ambas organizaciones, celebrada del 8 al 24 de septiembre de 1984.
- **Pérez Leñero, J.**, *“Instituciones de Derecho Español del Trabajo”*. Espasa Calpe. Madrid. 1949.
- **Pérez Royo, J.**, *“Curso de Derecho Constitucional”*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 9ª ed. 2004.
- **Prados de Reyes, F. J.**, *“Estatuto básico del trabajador. Guías de negociación”*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. 2006.
- **Pulmar Beltrán, N.**, *“La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social”*. Aranzadi editorial. Navarra. 1ª ed. 2001.
- **Purcalla Bonilla, M.A., Rivas Vallejo, M.P.**, *“La contratación indefinida a tiempo parcial. Relación laboral, incentivos y su protección social”*. CISS Praxis Profesional. Valencia. Marzo 2000.
- **Quesada Segura, R.**, *“El contrato del servicio doméstico”*. La Ley. Actualidad. Madrid. 1ª ed. 1991.
- **Rivas Vallejo, M. P., y Barbancho Tovillas, F.**, *“Efectos del pluriempleo y la pluriactividad sobre la pensión de jubilación en la doctrina jurisprudencial”*. AAVV. *“Presente y futuro de la contratación laboral y de las pensiones”*. Ed. Comares. Granada. 1ª ed. 2000.
- **Rivera Sánchez, J.R.**, *“El proceso de impugnación de convenios colectivos”*. Publicaciones de la Universidad de Alicante. 5ª ed. 2002.
- **Rivero Llamas, J.**, *“La reforma del mercado de trabajo y el modelo español de relaciones laborales”*, en AAVV, coord. **Monereo Pérez.**, *“La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral”*: XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Universidad de Granada. 1996.

- **Rodríguez Iniesta, G.**, *“La viudedad en el sistema español de Seguridad Social”*. Ed. Laborum. Murcia. 1ª ed. 2006.
- **Rodríguez Pastor, G.**, *“La modificación del horario de trabajo”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. Colección laboral nº 59. 1ª ed. 1998.
- **Rodríguez Ramos, M. J., Gorelli Hernández, J., Vílchez Porras, M.**, *“Sistema de Seguridad Social”*. Tecnos. Madrid. 11ª ed. 2009.
- **Rodríguez Santos, B.**, *“Comentarios a la LPL”*. Lex Nova. Valladolid. 1ª ed. 1991. Tomo III.
- **Romero Coronado, J.**, *“La automaticidad en el abono de la pensión de jubilación ante la falta de alta en el momento del hecho causante. Sentencia del TS sala de lo Social de 17 de marzo de 2006”*. Temas laborales nº 87 año 2006. Revista on line de la Comisión de lo Social de Jueces para la Democracia, nº 60, mayo 2007.
- **Roqueta Buj, R.**, *“La protección social de los trabajadores a tiempo parcial”*. CES. Madrid. 1ª ed. 2002.
- **Ruíz de Velasco, J. M.**, *“La buena fe como principio rector del ordenamiento jurídico español en relación con las prohibiciones del fraude de ley y el abuso del derecho”*. Editorial Reus. Madrid. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1976, nº 72.
- **Ruíz Salvador, J. A.**, *“Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo. Especialidades de su protección social”*. Ed. Bomarzo. Albacete. 1º ed. 2003.
- **Salanova Soria, M., Del Líbano, M., Llorens, S., Schaufeli, W.B., Fidalgo, M.**, *“La adición al trabajo”*. Nota Técnica de Prevención nº 759, del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo de España. INSHT. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. Centro Nacional de Condiciones de Trabajo. Archivo en soporte electrónico.
- **Salanova Soria, M., Llorens, S., Cifre Gallego, E., Nogareda Cuixart, C.**, *“Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial”*. Nota Técnica de Prevención. Nº 730. INSHT. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Centro Nacional de Condiciones de Trabajo. Archivo en soporte electrónico.
- **Sánchez González, S.**, *“Comentario a la STC nº 192/2003 de 27 de octubre”*. Ediciones Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. Revista Teoría y Realidad Constitucional, nº 14. 2003.

- **Sangheon Lee, Deirdre McCann, John C. Messenger**, *“El tiempo de trabajo en el mundo. Tendencias en horas de trabajo, leyes y políticas en una perspectiva global comparativa”*. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. Año 2008. 1ª ed. Informes OIT nº 79.
- **Sanz Merino, A.R.**, *“Manual básico del sistema de la Seguridad Social”*. La Ley. Madrid. 1ª ed. Marzo 2010.
- **Sempere Navarro, A.V.**, *“Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social”*. Ediciones Laborum. Murcia. 2003.
- **Sempere Navarro, A.V.**, *“El régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas. Aspectos penales de la obediencia debida”*. Revista de Política Social, nº 131 Madrid 1981.
- **Sempere Navarro, A.V.**, y **Cavas Martínez F.**, *“Jurisprudencia Social unificada 2000”*. Aranzadi Editorial. Navarra. 1ª ed. 2000.
- **Sempere Navarro A.V.**, y **Charro Baena, P.**, *“Las vacaciones laborales”*. Cuadernos de Aranzadi Social. Ed. Aranzadi. Navarra. 2003.
- **Sempere Navarro, A. V.**, **Chico Sánchez, M. I.**, **Crisanto Castañeda, A. C.**, *“La negociación colectiva en el Sector del Transporte por Carretera”*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. (Actualización 2005). Archivo en soporte informático.
- **Sempere Navarro A.V.**, y **Charro Baena, P.**, *“Libertad de trabajo durante las vacaciones. Comentarios a la STC 192/2003 de 27 de octubre”*. (RTC 2003, 192). Navarra. Revista Aranzadi Social nº 5. Año 2003.
- **Sempere Navarro, A.V.**, y **Nicolás Franco, A.**, *“Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva”*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 33 de agosto del 2001. Soporte informático.
- **Sempere Navarro, A.V.**, en AAVV, Coord. **San Martín Mazzucconi, C.**, *“Prontuario de Doctrina Social del Tribunal Constitucional (1981-2005)”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. Septiembre. 2005.
- **Serrano Argüeso, M.**, *“La teoría de las fuentes en el Derecho individual del Trabajo. Revisión crítica”*. Dyckinson. Madrid 2000.
- **Sirvent García del Valle, E.**, *“El empleo a tiempo parcial como herramienta para compatibilizar la flexibilidad laboral y la conciliación de la vida personal y laboral”*. CES. Consejo Económico y Social de España. Nº 217. Madrid. 1ª ed. Septiembre de 2009.

- **Sirvent Hernández, N.**, *“El pacto de permanencia en la empresa”* Tirant Lo Blanch y Universidad de Valencia. Valencia. 1ª ed. 2002.
- **Tortuero Plaza, J.L.**, *“Régimen Jurídico de la Incapacidad Temporal: una perspectiva general”*. Revista Foro de Seguridad Social, nº 12 y 13 de julio de 2005. Archivo en soporte informático. Publica la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social.
- **Tudela Cambroner, G.**, en AAVV., Dir. **De La Villa Gil, L. E.**, *“Derecho de la Seguridad Social”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 4ª ed. 2004.
- **Tudela Cambroner, G.**, y **Valdeolivas García Y.**, *“Tiempo de trabajo y flexibilidad laboral”*. Fundación alternativas. Madrid. Documentos de Trabajo. Laboratorio de alternativas. Revista nº 72, septiembre 2005. Archivo en soporte informático.
- **Val de Tena, A.L.**, *“El incumplimiento del deber de no concurrencia como justa causa de despido disciplinario”*. Revista Aranzadi Social, año 2000, paraf. 69. Base de datos Westlaw.encuentra. Archivo en soporte informático. BIB 2000\2004.
- **Valdés Dal- Re, F.**, *“Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico- formal”*. Ed. La Ley. Madrid. Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica. Tomo II. 2003.
- **Velázquez Fernández, M.**, *“Mobbing, violencia física y estrés en el trabajo. Aspectos Jurídicos de los Riesgos Psicosociales”*. Ediciones Gestión 2000. Planeta de Agostini Profesional y Formación, S.L. Barcelona. 1ª ed. Año 2005.
- **Vicedo Cañada, L.**, en *“De contrato a tiempo completo a contrato a tiempo parcial. Una solución para las PYMES en tiempos de crisis”*. La Ley. Madrid. 1ª ed. Marzo 2009.
- **Vicedo Cañada, L.**, *“El trabajo a tiempo parcial: Régimen sustantivo”*. La Ley. Madrid. 1ª ed. Septiembre 2008.
- **Vicente Palacio, A.**, *“El régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 1ª ed. 2004.