

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 492 | Mayo-Junio 2026

ISSN-e: 2792-8322

La Ley integral de impulso de la economía social: una norma con claroscuros

Margarita Miñarro Yanini

Efectos de la muerte del *nasciturus* en las prestaciones sociales

María Alexandra Díaz Mordillo

Datos biométricos y controles de acceso y presencia en el trabajo

José Luis González San Juan

El proyecto de convenio y recomendación de la OIT sobre trabajo en plataformas digitales

Luis Ernesto Alemán-Madrigal

Despido objetivo por ineptitud y ajustes razonables

Juan Gorelli Hernández

La subrogación empresarial en el contrato de trabajo

Luis Antonio Fernández Villazón

Complemento al mínimo de la prestación de invalidez y personas trabajadoras migrantes

Catalina Smintinica



PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS



Modalidades

Con el fin de "reconocer y estimular la labor creadora y de investigación, y valorando su carácter práctico", el CEF.- convoca, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 36.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 12.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Estas tres modalidades del Premio Estudios Financieros coinciden con las actividades formativas principales del CEF.-.

Dotaciones económicas

Para cada una de las tres modalidades se establece un primer premio, un segundo premio y los accésits que los respectivos jurados consideren merecedores de reconocimiento:

- Primer premio: 10.000 euros.
- Segundo premio: 1.500 euros.
- Accésits: Reconocimiento del jurado.

Lugar y plazo

Los trabajos deberán estar concluidos antes de la publicación de la convocatoria en el BOE o BOCM en el mes de mayo de 2026, circunstancia esta que se acreditará mediante declaración jurada del participante.

Los trabajos, junto con un sobre cerrado, se remitirán al CEF.- de MADRID:

Centro de Estudios Financieros

Att.: Secretaría

P.º del Gral. Martínez Campos, 5

28010 Madrid

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección.

El plazo de presentación de trabajos finaliza el **18 de mayo de 2026, a las 20 horas.**



Puede consultar las bases del premio en

<https://www.cef.com/conocenos/premio-estudios-financieros>

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 492 | Mayo-Junio 2026

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho. Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (España)

Presidente de honor

Joaquín Merchán Bermejo. Presidente del Consejo General de Graduados Sociales de España y de la Fundación Justicia Social (España)

Consejo de redacción

Directora

Margarita Miñarro Yanini. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I (España)

Subdirectora

Susana Rodríguez Escanciano. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León (España)

Vocales

Coordinadora Derecho de la Seguridad Social. Isabel María Villar Cañada. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén (España)

Coordinador Derecho del Trabajo. David Lantarón Barquín. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria (España)

Coordinador Derecho Vivo. Fernando Ballester Laguna. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante (España)

Secretaria

Pilar Conde Colmenero. Profesora ayudante doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (acreditada a titular de universidad). Universidad Jaime I (España)

Comité científico

Carlos Luis Alfonso Mellado. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España)

Ana Rosa Argüelles Blanco. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

Marco Biasi. Profesor asociado de Derecho del Trabajo. Università degli Studi di Milano (Italia)

Laura Calafà. Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)

Ferrán Camas Roda. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona (España)

María Teresa Díaz Aznarte. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

José Antonio Fernández Avilés. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Enrico Gragnoli. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Parma (Italia)

María Teresa Igartua Miró. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

Apol·lònia Maria Julià Andreu. Directora del Observatorio de la Profesión del Consejo General de Graduados Sociales (España)

Eugenio Lanzadera Arencibia. Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. UDIMA (España)

Loïc Lerouge. Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)

José Eduardo López Ahumada. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá (España)

Cristina Mangarelli. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Montevideo, Uruguay)

Nelson Mannrich. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Profesor titular de Derecho del Trabajo. Universidade de São Paulo (Brasil)

Marcos Óscar Martínez Álvarez. Vicepresidente segundo del Consejo General de Graduados Sociales de España (España)

Juan Pablo Mugnolo. Profesor de Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo. Universidad de San Andrés (Victoria, Argentina)

Íñigo de la Peña Criado. Vicesecretario del Consejo General de Graduados Sociales de España y Presidente del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Gipuzkoa (España)

Michele Tiraboschi. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Modena e Reggio Emilia (Italia)

Ester Urraca Fernández. Vocal de la Comisión Permanente del Consejo General de Graduados Sociales de España (España)

Evaluación externa

Estudios jurídico-laborales

Amparo Esteve Segarra. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España)

Juan García Blasco. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza (España)

Juan López Gandía. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia (España)

María de los Reyes Martínez Barroso. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León (España)

Carolina Martínez Moreno. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

Jesús Rafael Mercader Uguina. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III (España)

Sofía Olarte Encabo. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Ana de la Puebla Pinilla. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid (España)

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Eduardo Rojo Torrecilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona (España)

Carmen Sánchez Trigueros. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia (España)

José Luis Tortuero Plaza. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid (España)

Estudios de recursos humanos

Eva Cifre Gallego. Catedrática de Psicología Social. Universidad Jaume I (España)

Vicente A. Martínez Tur. Catedrático de Psicología y de las Organizaciones. Universidad de Valencia (España)

María Eugenia Sánchez Vidal. Catedrática de Organización de Empresas. Universidad Politécnica de Cartagena (España)

José Ángel Zúñiga Vicente. Catedrático de Organización de Empresas. Universidad Rey Juan Carlos (España)

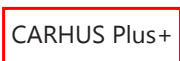
Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es

Indexación y calidad



Acuerdos de colaboración

Con la *Revista de Derecho del Trabajo* de la editorial La Ley (Uruguay) y con la *Revista de Direito e de Estudos Sociais* de la editorial Almedina (Coímbra, Portugal) por los que nos comprometemos a que determinados artículos de estas revistas puedan ser publicados en la nuestra y a la inversa.

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Redacción y administración

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid (España)

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistatss@udima.es

Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss>

Depósito legal: M-29442-2007

ISSN-e: 2792-8322

ISSN: 2792-8314

(último número impreso: n.º 483, noviembre-diciembre 2024)



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

© 2026 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional.

Sumario

Editorial

La Ley integral de impulso de la economía social: breve examen de una norma con claroscuros	7-19
Margarita Miñarro Yanini	

Estudios

El <i>nasciturus</i> como sujeto causante de prestaciones sociales y los desiguales efectos de su fallecimiento	20-50
<i>The unborn child as a subject entitled to social benefits and the unequal effects of its death</i>	
María Alexandra Díaz Mordillo	
El tratamiento de los datos biométricos para realizar controles de acceso y presencia en el ámbito laboral	51-80
<i>The processing of biometric data to perform access and attendance controls in the workplace</i>	
José Luis González San Juan	
El proyecto de convenio y recomendación de la OIT sobre trabajo en plataformas digitales: la garantía del trabajo decente como estándar internacional	81-115
<i>The ILO draft Convention and Recommendation on Work on Digital Platforms: Making Decent Work a Global Standard</i>	
Luis Ernesto Alemán-Madrigal	
La doctrina del Tribunal Supremo sobre incapacidad permanente total <i>versus</i> la jurisprudencia europea y la reforma legal sobre permanencia en la actividad de las personas trabajadoras incapacitadas	116-140
<i>The Supreme Court's doctrine on total permanent disability versus European jurisprudence and the legal reform on continued employment for disabled workers</i>	
Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé	

Diálogos con la jurisprudencia

Despido objetivo por ineptitud y ajustes razonables. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1284/2025, de 22 de diciembre	141-149
<i>Dismissal on Objective Grounds for Lack of Aptitude and Reasonable Accommodation. Commentary on Supreme Court Ruling 1284/2025 of 22 December</i>	
Juan Gorelli Hernández	

La subrogación empresarial en el contrato de trabajo: entre la garantía y el riesgo de utilización elusiva. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1090/2025, de 18 de noviembre 150-157

Transfer of Undertakings in Employment Contracts: Between Protection and the Risk of Evasive Use. Commentary on Supreme Court Ruling 1090/2025 of 18 November
Luis Antonio Fernández Villazón

El complemento al mínimo de la prestación de invalidez y las personas trabajadoras migrantes: ¿dos varas de medir ante un mismo derecho? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero de 2026 (asunto C-633/24) 158-165

Minimum Supplement to Invalidity Benefits and Migrant Workers: Two Different Standards Applied to the Same Right? Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 22 January 2026 (Case C-633/24)
Catalina Smintinica

La extinción del contrato por incumplimiento grave de la empresa. Vulneración del derecho a la propia imagen y a la protección de datos personales por el uso del registro biométrico de jornada. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 144/2026, de 15 de enero 166-172

Rescission of the employment contract due to the employer's serious breach: infringement of the right to one's own image and to the protection of personal data arising from the use of biometric working time recording systems. Commentary on Ruling of the High Court of Justice of Galicia, 144/2026, of January 15
Arturo Montesdeoca Suárez

Subsidio de desempleo y convivencia *more uxorio*: la obligación de alimentos no es una renta computable de la unidad familiar antes de las reformas de 2023-2024. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1192/2025, de 3 de diciembre 173-182

Unemployment allowance and cohabitation more uxorio: the maintenance obligation is not considered a countable income of the family unit before the 2023-2024 reforms. Commentary on Supreme Court Ruling 1192/2025, of 3 December
Oleksandr Pryimenko

Casos prácticos

Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social 183-195
Management of the Social Security Administration
Mercedes Crespo Giménez

Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social 196-213
Higher Corps of Technicians of Social Security Administration
Laura Sánchez García
Alvar Fernández García

Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social 214-234
Higher Corps of Technicians of Social Security Administration
Silvia Domínguez Durán
Lucía López Vilches

La Ley integral de impulso de la economía social: breve examen de una norma con claroscuros

Margarita Miñarro Yanini

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat Jaume I (Castelló, España)*

*Directora de la Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF
myanini@dtr.uji.es | <https://orcid.org/0000-0001-8411-3595>*

Porque vivir se ha puesto al rojo vivo.
(Siempre la sangre, oh Dios, fue colorada).
Digo vivir, vivir como si nada
hubiese de quedar de lo que escribo.

Blas de Otero

(Pido la paz y la palabra)

1. Tras una larga espera, el pasado 9 de abril se publicaba en el BOE la [Ley 1/2026, de 8 de abril](#), integral de impulso de la economía social.

El marco normativo básico de la economía social requería desde hace tiempo de revisión, fundamentalmente, porque había ciertos aspectos que nunca acabaron de ser efectivos y porque otros estaban necesitados de renovación. Asimismo, conexamente, también era preciso introducir en él algunos cambios a fin de darle el decidido impulso que requiere esta fórmula, con evidente dimensión social, pero también de incuestionable relevancia empresarial y económica, que todavía cuenta con un potencial de desarrollo muy amplio. Sin duda, este compromiso con la economía social fue asumido por el ministerio desde el mismo momento de su constitución, y así quiso evidenciarlo al red denominarlo «Ministerio de Trabajo y Economía Social».

El marco normativo básico de la economía social requería desde hace tiempo de revisión, fundamentalmente, porque había ciertos aspectos que nunca acabaron de ser efectivos y porque otros estaban necesitados de renovación

En esta dimensión «formal», pero siempre significativa, la [Ley 1/2026](#) ha querido incidir en su título en dos aspectos, de los que hace, por tanto, bandera. Por una parte, en su

carácter «integral», que conecta con la idea de completud, lo que debe desmentirse pues no tiene realmente tal carácter, dado que se limita a modificar selectivamente preceptos de cuatro normas señeras en la materia. Por otra, en su voluntad de impulsar, y con ello reforzar, este modelo empresarial, objetivo que sí queda reflejado, con carácter general, en sus previsiones, si bien habrá que esperar a su aplicación para valorar si realmente resultan efectivas.

2. La economía social es una fórmula empresarial peculiar, que no solo responde a un interés económico, sino que persigue más amplios objetivos de incuestionable interés social. En este sentido, el [artículo 2 de la Ley 5/2011](#), de economía social, indica que se trata del

La economía social es una fórmula empresarial peculiar, que no solo responde a un interés económico, sino que persigue más amplios objetivos de incuestionable interés social

conjunto de las actividades económicas y empresariales, que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4, persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos.

Entre estos, antes y ahora, se encuentra el de situar a las personas y al interés colectivo en el centro de las actividades de estas entidades. Es este un objetivo que, por desgracia, parece alejado de algunas prácticas actuales, que promueven el individualismo y la deshumanización del trabajo, persiguiendo el máximo beneficio económico. Con todo, precisamente por eso, lejos de resultar anacrónico, es más importante que nunca potenciarlo, haciendo que la economía social crezca y conquiste nuevos espacios. En cualquier caso, sería un gran error ver en esta fórmula solo una funcionalidad social, minusvalorando su impacto económico, puesto que este resulta incontestable. En este sentido, las últimas [cifras](#) disponibles revelan que en España existen 127.532 empresas y entidades de economía social, que generan 2.250.389 de empleos directos e indirectos, y que arrojan una facturación de casi 170.000 millones de euros, generando una cifra de negocios que representa el 11,1 % del PIB. Además, desarrollan un modelo «saludable» de negocio, en el sentido de que las entidades de economía social son más estables, sólidas y resilientes, con el enorme beneficio que ello implica, no solo

Situar a las personas y al interés colectivo en el centro de las actividades de estas entidades

En España existen 127.532 empresas y entidades de economía social, que generan 2.250.389 de empleos directos e indirectos, y que arrojan una facturación de casi 170.000 millones de euros, generando una cifra de negocios que representa el 11,1 % del PIB

para las propias entidades y las personas para las que constituyen su medio de vida, sino también para la sociedad. A estas dos dimensiones de la sostenibilidad, económica y social, se une también la medioambiental, que, aunque en el contexto de ya evidente crisis climática actual resulta absolutamente ineludible, lo cierto es que, sorprendentemente, es prácticamente ignorada por esta reforma.

3. Razones sobradas había, por tanto, para esforzarse por detectar desajustes en el marco normativo de la economía social, depurarlos, actualizando y mejorando sus previsiones, a fin de respaldar y apoyar a las entidades que operan en ella, y hacerla una opción atractiva para las que se incorporen al mercado. Tal es, sin duda, la pretensión de las reformas previstas en la Ley 1/2026. Con todo, resulta llamativo que, en esta ocasión, se haya optado por dar al preámbulo un tono serio y descriptivo, pese a que, por los argumentos expuestos, existen numerosas razones que justificarían que este hubiera entonado una gran loa en pro de la economía social y su papel actual.

Como se anunciaba al inicio de este editorial, cuatro son las normas que reforma la Ley 1/2026, que son, según el orden en que se incluyen, la [Ley 27/1999, de 16 de julio](#), de cooperativas ([art. 1](#)), la [Ley 44/2007, de 13 de diciembre](#), para la regulación del régimen de empresas de inserción ([art. 2](#)), la [Ley 5/2011, de 29 de marzo](#), de economía social ([art. 3](#)), y la [Ley 20/1990, de 19 de diciembre](#), sobre régimen fiscal de las cooperativas ([art. 4](#)). Si bien se trata de un aspecto secundario, dado que las modificaciones previstas en la norma de reforma se integran en las distintas leyes de referencia, llama la atención el orden en el que los diferentes bloques aparecen en aquella. Se considera, en este sentido, que sería más adecuado haber utilizado un criterio sistemático material, integrando en primer lugar la norma de alcance más general –[Ley 5/2011, de 29 de marzo](#), de economía social–, continuar con las específicas relativas a las cooperativas –[Leyes 27/1999, de 16 de julio](#), de cooperativas y [20/1990, de 19 de diciembre](#), sobre régimen fiscal de las cooperativas–, y finalizar con las previsiones de reforma de las empresas de inserción –[Ley 44/2007, de 13 de diciembre](#), para la regulación del régimen de empresas de inserción–. En coherencia con esta reflexión, este será el orden que se seguirá en este breve examen, que no tiene más pretensión que destacar algunos de los aspectos que se consideran claves de la norma reformista.

A estas dos dimensiones de la sostenibilidad, económica y social, se une también la medioambiental, que, sorprendentemente, es prácticamente ignorada por esta reforma

Cuatro son las normas que reforma la Ley 1/2026: la [Ley 27/1999](#), de cooperativas ([art. 1](#)), la [Ley 44/2007](#), para la regulación del régimen de empresas de inserción ([art. 2](#)), la [Ley 5/2011](#), de economía social ([art. 3](#)) y la [Ley 20/1990](#), sobre régimen fiscal de las cooperativas ([art. 4](#))

4. La reforma de la [Ley 5/2011](#), de economía social, alcanza 4 artículos y 8 disposiciones adicionales, y afecta a varios aspectos esenciales o básicos, así como a otros más específicos. La línea seguida por las modificaciones es, como regla general, actualizar contenidos preexistentes, eliminando referencias coyunturales, e introducir algunas medidas de contenido variado con objeto de impulsar la economía social.

Resulta de interés destacar que, en relación con las entidades integradas en la economía social ([art. 5](#)), se completa la referencia a los centros especiales de empleo, respecto de los que se especifica que deben ser «de iniciativa social», y se incorporan novedosamente al elenco las empresas sociales, especificando los requisitos que han de cumplir para que sean consideradas entidades de economía social (apdo. 4).

Asimismo, se incluye un nuevo precepto relativo a actos de atribución de servicios de interés económico general ([art. 5 bis](#)), que establece las condiciones para determinar cuándo se entiende completa y plena la atribución de servicio público de interés económico a una entidad, así como los beneficios que ello comporta. Por lo que respeta a los parámetros que han de cumplir los actos de atribución, la norma indica que deben ser «suficientes», lo que diluye la objetividad a la que apunta el precepto en otros aspectos.

También se modifica el [Catálogo de Entidades de Economía Social Estatal](#) ([art. 6](#)), a fin de especificar y reforzar las obligaciones informativas de los órganos administrativos que han de mantenerlo actualizado, así como incorporar la referencia a su gestión y funcionamiento por medios electrónicos y telemáticos.

Por lo que respecta al fomento y difusión de la economía social ([art. 8](#)), junto con alguna otra actualización, se añade a la obligación de los poderes públicos de crear un entorno para favorecer la economía social, destacando la referencia directa a los instrumentos de apoyo financiero. Asimismo, se incide en la promoción de su conocimiento mediante la incorporación de la economía social en los planes de estudios de los distintos niveles y en publicaciones, en el fomento en los distintos sectores económicos, añadiendo a los preexistentes –reformulados–, los de economía circular, comercio justo, digitalización, innovación social y tecnológica, transición energética y emprendimiento de base tecnológica. Es importante destacar, pues es una de las apuestas del marco reformista, que se añaden varias referencias a la promoción de la economía social como instrumento frente al reto demográfico y la lucha contra la despoblación, en especial en los territorios de mayor vul-

La reforma de la [Ley 5/2011](#), de economía social, alcanza 4 artículos y 8 disposiciones adicionales, y afecta a varios aspectos esenciales o básicos, así como a otros más específicos. La línea seguida por las modificaciones es, como regla general, actualizar contenidos preexistentes, eliminando referencias coyunturales, e introducir algunas medidas de contenido variado con objeto de impulsar la economía social

nerabilidad social. También, por ser otro de los focos de interés, el favorecimiento de la introducción de cláusulas de carácter social en la contratación pública, así como el cumplimiento de la reserva voluntaria de contratos en favor de la economía social prevista en la [Ley de contratos del sector público](#), procurando que sea de al menos el 0,5 % del volumen de licitación del año anterior.

Por lo que respecta a las disposiciones adicionales, también se reforman para incorporar algún cambio de relevancia. Así, en materia de financiación, se elimina la restricción temporal de periodos que incorporaba la versión previa de la norma para darle un alcance y validez general ([segunda](#)). Asimismo, se incorpora la referencia de la condición de la ONCE como entidad singular del Tercer Sector de Acción Social y entidad del Tercer Sector de Acción Social colaboradora con la Administración General del Estado ([tercera](#)) y se reconoce que las entidades de comercio justo podrán formar parte de las entidades de economía social cuando cumplan sus principios orientadores y estén incluidas en el [catálogo](#) ([cuarta](#)). También en la ya apuntada línea de lucha frente a la despoblación, se prevé la realización de un estudio de las necesidades de servicios de las zonas rurales con riesgo de despoblación, se entiende –aunque no lo indica la previsión normativa– que para impulsar, respecto de la prestación de los mismos, iniciativas de economía social ([undécima](#)).

Del mismo modo, entre estas se incluye una medida que se considera de especial interés, puesto que tiene por objetivo impulsar la transformación de empresas convencionales en fórmulas de economía social, por lo que se trata de un modo muy efectivo de impulsar este modelo, puesto que el incremento del número de sociedades en este caso no implica necesariamente su creación *ex novo* –que tiene un margen de acción restringido por estar muy condicionado a circunstancias económicas– sino que el cambio se produce desde las que ya están constituidas. A tal fin, se prevé la elaboración de una propuesta normativa que incluya medidas de apoyo para realizar dicho tránsito ([décima](#)).

5. Por lo que respecta a la [Ley 27/1999](#), de cooperativas, es la más ampliamente reformada por la Ley 1/2026, puesto que las modificaciones afectan a 32 artículos y 6 disposiciones adicionales. Con todo, pese a la extensión de los cambios, la mayoría de ellos va dirigida a introducir herramientas digitales

Se incluye una medida de especial interés, que tiene por objetivo impulsar la transformación de empresas convencionales en fórmulas de economía social, por lo que se trata de un modo muy efectivo de impulsar este modelo

La Ley 27/1999, de cooperativas, es la más ampliamente reformada: 32 artículos y 6 disposiciones adicionales. Con todo, pese a la extensión de los cambios, la mayoría va dirigida a introducir herramientas digitales en el funcionamiento de las cooperativas y a garantizar la igualdad de trato, si bien también se incluyen modificaciones en otros aspectos heterogéneos relativos al funcionamiento de estas entidades

en el funcionamiento de las cooperativas y a garantizar la igualdad de trato, si bien también se incluyen modificaciones en otros aspectos heterogéneos relativos al funcionamiento de estas entidades.

Por lo que respecta a estos últimos, dado que afecta a un pilar esencial, es de destacar la incorporación en la definición de cooperativa de la referencia a los principios de la Alianza Cooperativa Internacional ([art. 1](#)). Asimismo, se incide en los derechos de formación y educación cooperativa y se incluye el derecho a adoptar medidas que garanticen la información y comunicación necesaria para hacer efectivo su derecho a la participación en la asamblea general y demás órganos ([art. 16](#)). También se revisa el régimen relativo a la elección de las personas trabajadoras representantes ([art. 33](#)), y se incluye una referencia expresa al carácter voluntario del órgano social de intervención, previendo las pautas que ha de cumplir si se opta por su constitución ([art. 38](#)).

En cuanto a ciertos aspectos con incidencia económica, se establece la posibilidad de que los estatutos prevean que el consejo rector autorice que las personas aspirantes a la adquisición de la condición de socias por razones que puedan dar lugar a discriminación o vulnerabilidad aplacen temporalmente o prorrateen el pago de la aportación obligatoria ([art. 46.1](#)). En relación con el fondo de reserva obligatorio, se prevé que en él se integrará el importe de las aportaciones en las que haya prescrito la acción de reclamación del reembolso ([art. 55.1 a](#)), así como, al menos el 50 % de los resultados de las operaciones de los acuerdos intercooperativos ([art. 79.3](#)). Asimismo, respecto del fondo de educación y promoción, se introduce la posibilidad excepcional de que se dedique, si lo establecen los estatutos o por acuerdo de la asamblea general, a realizar actuaciones solidarias con zonas que hayan sido declaradas gravemente afectadas o catastróficas por incendios, inundaciones y otras circunstancias, así como a paliar las consecuencias de hechos que fundamenten la declaración de estado de alarma, excepción o sitio ([art. 56.7](#)).

En relación con las cooperativas de trabajo asociado, se revisan sus normas básicas para, esencialmente, assimilar a las personas socias trabajadoras de estas cooperativas a personas trabajadoras por cuenta ajena en materia de bonificaciones y reducciones de cuotas de la Seguridad Social, para computarlas en la plantilla a efectos de proyectos o contratos del sector público o subvenciones, así como para acreditar experiencia laboral ([art. 80.9](#)). Asimismo, con las debidas adaptaciones, se aproxima su régimen de suspensiones y excedencias al previsto en la normativa laboral común ([art. 84](#)) y, en esa misma línea, se realiza una referencia general a la aplicación de las normas e incentivos laborales ([disp. adic. duodécima](#)).

Asimismo, la reforma trata de impulsar cooperativas, como son las energéticas, de vivienda, de producción alimentaria, en especial de personas vulnerables, de servicios financieros, de producción y distribución de bienes dirigidos a cubrir necesidades esenciales y de formación ([art. 108.3](#)). Sinceramente, no se entiende el olvido en esta priorización de las cooperativas en materia ecológica, que además son muchas e importantes. Realmen-

te, el obviarlas en esta priorización implica, además de devaluar o invisibilizar el enorme trabajo que muchas de ellas están haciendo, olvidar que una de las razones esenciales de fomentar el cooperativismo es, precisamente, la necesidad de apostar por la economía verde –muy importante en las cooperativas– dada la situación de crisis climática.

En cuanto a las cooperativas agrarias, se facilita la desvinculación de sus integrantes, al limitar el tiempo mínimo de permanencia a 10 años, con carácter general, permitiendo que, en circunstancias excepcionales, la asamblea general acuerde otro adicional que no podrá ser superior a cinco años. Además, se incluye la posibilidad de que la persona socia disconforme pueda darse de baja, que ya se indica que será justificada, por el cauce general previsto en el artículo 17.3 ([art. 93.5](#)). Por otra parte, se amplían las causas de descalificación de las cooperativas y se revisa el procedimiento a tal efecto ([art. 116](#)).

En fin, también se introducen cambios en la regulación de las uniones de cooperativas, básicamente para ajustar la composición orgánica al carácter voluntario que ahora tiene la intervención ([art. 118](#)) y se revisan las condiciones para la consideración de cooperativas sin ánimo de lucro ([disp. adic. primera](#)), entre otras modificaciones.

En la apuntada línea de digitalización cooperativa, se incorpora a las previsiones relativas al domicilio la posibilidad de que las cooperativas dispongan de una web corporativa como portal de acceso a la información de las personas socias y, en su caso, sede electrónica de la entidad ([art. 3](#)). Sin duda, la dilución del espacio físico que implica el ámbito digital exige ciertas adaptaciones, por ello, es de destacar la ubicación de esta previsión, a fin de remarcar el carácter de «sede electrónica». En este mismo sentido, respecto del lugar de la asamblea, se concreta que en caso de que sea celebrada por vía telemática, se considera llevada a cabo en el domicilio social ([art. 24 bis](#)).

Resulta especialmente notable el empeño por destacar el componente locativo al ubicar la referencia a la web en el precepto relativo al domicilio, por el hecho de que se ha incorporado un precepto referido específicamente a la página web. Bien es cierto que este está más enfocado en cuestiones de su régimen de funcionamiento, incluyendo entre sus previsiones la obligación de que las cooperativas de más de 500 personas socias cuenten obligatoriamente con una página web coopera-

La reforma trata de impulsar cooperativas, como son las energéticas, de vivienda, de producción alimentaria, en especial de personas vulnerables, de servicios financieros, de producción y distribución de bienes dirigidos a cubrir necesidades esenciales y de formación

Resulta especialmente notable el empeño por destacar el componente locativo al ubicar la referencia a la web en el precepto relativo al domicilio, por el hecho de que se ha incorporado un precepto referido específicamente a la página web

tiva ([art. 3 bis](#)). En esta misma línea, se prevé la posibilidad de que las comunicaciones y la participación en las cooperativas se realicen a través de medios telemáticos, cuando lo prevean sus estatutos ([art. 3 ter](#)). Asimismo, la reforma relativa a la constitución de la asamblea tiene por objeto reconocer en el cómputo del *quorum* la asistencia telemática a la misma, así como establecer las condiciones que deben cumplirse para la participación telemática de las personas socias ([art. 25](#)). También se modifica el voto por representante, que se admite siempre que los estatutos lo autoricen, fundamentalmente para adaptarlo a las fórmulas telemáticas ([art. 27](#)). Se incorpora, igualmente, la previsión relativa a que la forma de asistencia en la asamblea, presencial, telemática o mediante representante, ha de constar en el acta ([art. 29.1](#)). En fin, también se indica que los estatutos podrán prever que las personas miembros del consejo rector puedan asistir y participar telemáticamente en las reuniones, así como la necesidad de establecer los medios y garantías a tal efecto ([art. 36.6](#)).

Otras reformas tienen un objetivo más misceláneo, combinando la directriz de digitalización con otros aspectos, como es el caso del establecimiento de derechos de información mínimos sobre las materias más básicas y relevantes relativas a las cooperativas, pero que a la vez establece la posibilidad de ofrecer la información a través de la web cooperativa y de que la persona socia, previa solicitud, ejerza su derecho de participación a través de medios informáticos o telemáticos, siempre que en ambos casos esté previsto en los estatutos ([art. 16 bis](#)). Con similar patrón, se clarifican algunos aspectos de la forma y contenido de la convocatoria de asamblea general, incluyendo la posibilidad de hacerla a través de la página web, siempre que se prevea en los estatutos, o en todo caso cuando las cooperativas tengan más de 500 personas socias ([art. 24](#)). Igualmente, se incorpora la posibilidad de que las cooperativas de menos de 10 personas socias tengan, además de administrador único, dos personas administradoras mancomunadas o solidarias socias, así como, de nuevo en la línea de la digitalización, la posibilidad, cuando los estatutos así lo prevean, de que las reuniones del consejo rector se realicen a través de medios telemáticos o digitales ([art. 32](#)).

Como también se apuntaba, otra de las líneas vertebrales de esta reforma en la [Ley de cooperativas](#) es la igualdad de trato, fundamentalmente por razón de género. En esta órbita se sitúa, sin duda, la obligación de que las cooperativas garanticen la igualdad de trato y oportunidades, de la que es manifestación la necesidad de adoptar y aplicar a las personas socias trabajadoras de las cooperativas de trabajo los «planes de igualdad cooperativos» ([art. 12 bis](#)), que deben ser aprobados por el consejo rector y registrarse para desplegar sus efectos, cuyo marco normativo también incorpora, si bien, con algunas adaptaciones, lo cierto es que efectúa una amplia remisión a la [Ley orgánica 3/2007](#) ([art. 83 bis](#)). Coherentemente, se incluye la exigencia de que necesariamente exista una presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de la sociedad ([art. 19](#)). Por lo demás, también se prevé la posible existencia de una comisión de igualdad para las cooperativas que cuenten con 50 o más personas socias o, no alcanzando dicho número, en las que así lo acuerde el consejo rector, con objeto de establecer medidas y acciones que promuevan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la cooperativa, entre ellas, el plan de

igualdad, incluyendo previsiones sobre su composición, sus reglas de funcionamiento, sus funciones y competencias, así como la eventual adopción de reglamento regulador ([art. 44 bis](#)). Resulta algo confusa esta previsión, puesto que, por su formulación, que define dos supuestos muy concretos –cooperativas de 50 o más personas socias o acuerdo del consejo rector–, parece que vaya a introducir la obligatoriedad de la existencia de esta comisión, pero, sin embargo, la deja en el plano de lo meramente potestativo. Por lo demás, se incluye el fomento de una política efectiva de igualdad de género entre las actividades a las que puede destinarse el fondo de promoción y formación ([art. 56.1 d](#)). Asimismo, en relación con las suspensiones y excedencias, se recogen las vinculadas con la maternidad, paternidad, adopción, acogimiento y con la violencia de género ([art. 84.1](#)), lo que constituye otro ámbito de aproximación a la regulación estatutaria.

6. También en relación con las cooperativas, la reforma de la [Ley 20/1990](#), sobre régimen fiscal de las cooperativas, introduce algunos cambios más puntuales, pues en esta, la [Ley 1/2026](#) únicamente reforma un precepto y añade otro nuevo. El objetivo de estas reformas es, fundamentalmente, potenciar las cooperativas de viviendas, que se incluyen entre las cooperativas especialmente protegidas ([art. 7 f](#)). En esa misma línea, se incorpora un precepto específico relativo a las cooperativas de viviendas, en el que se definen los requisitos que han de cumplir tales cooperativas ([art. 12 bis](#)). Es de destacar que la voluntad de la reforma es priorizar las cooperativas de uso o de cesión de uso –no de propiedad– de vivienda habitual ([art. 12 bis](#)), con objeto de evitar la especulación y hacer frente al actual problema de la vivienda en España.

La reforma de la Ley 20/1990, sobre régimen fiscal de las cooperativas, introduce algunos cambios más puntuales, pues en esta la Ley 1/2026 únicamente reforma un precepto y añade otro nuevo. El objetivo es, fundamentalmente, potenciar las cooperativas de viviendas

7. La extensa reforma de la [Ley 44/2007](#), para la regulación del régimen de las empresas de inserción, afecta a 14 artículos, 4 disposiciones adicionales y 1 disposición final. La voluntad reformista va en la línea de mejorar el funcionamiento interno de estas empresas para reforzar su posición exterior, a cuyo efecto se establecen a su favor ventajas, pero también obligaciones y controles. Las modificaciones son muchas y variadas, y afectan a aspectos tan básicos como la definición del objetivo de la ley para incidir en la vulnerabilidad ([art. 1](#)), la formulación de itinerario y

La extensa reforma de la Ley 44/2007, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, afecta a 14 artículos, 4 disposiciones adicionales y 1 disposición final. La voluntad reformista va en la línea de mejorar el funcionamiento interno de estas empresas para reforzar su posición exterior, a cuyo efecto se establecen a su favor ventajas, pero también obligaciones y controles

proceso de inserción sociolaboral, o la definición de los colectivos que pueden ser contratados por las empresas de inserción, estableciendo un listado, ahora solo enunciativo, que actualiza y amplía el de la versión previa.

En una dimensión más amplia, se refuerzan las actuaciones de las Administraciones públicas, concretamente, las de los servicios sociales y los servicios públicos de empleo respecto de las personas en proceso de inserción y del proceso en sí ([art. 3](#)). Asimismo, se amplía de manera considerable la noción de «empresa de inserción» para incluir a las sociedades laborales, y referirse, junto con las personas en riesgo de exclusión social, a las que pueden ser contratadas en inserción. Yendo más allá de lo que la rúbrica «Concepto de empresa de inserción» sugiere, la reforma introduce la referencia a los itinerarios, fijando su duración mínima en 6 meses y máxima en 3 años, que deben ser aceptados por las personas trabajadoras. Igualmente, indica que estas empresas deben definir las medidas de intervención y acompañamiento a las personas trabajadoras que sean necesarias como parte de sus itinerarios, proporcionándoles acciones de orientación, tutoría y procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto, habituación laboral y social para resolver sus problemáticas específicas ([art. 4](#)). En cuanto a los requisitos de estas empresas se amplían y se establecen ahora en términos taxativos, ya no mínimos, como hacía el precepto preexistente. También clarifica el cómputo para determinar las ratios de personas trabajadoras en proceso de inserción que han de mantener, obliga a reinvertir el 100 % de los resultados de los excedentes –en lugar del 80 % previo–, e introduce la obligación de contar con servicios de intervención o acompañamiento que faciliten la inserción en el mercado de trabajo ordinario ([art. 5](#)). Asimismo, respecto de las entidades promotoras, se introduce la obligación de que acrediten que cuentan con medios materiales y humanos suficientes para el desarrollo de la tarea y una experiencia mínima de 2 años, vetando la posibilidad de ser entidades promotoras las promovidas o participadas por sociedades mercantiles con ánimo de lucro o en las que la mayoría de su capital no sea propiedad de entidades sin ánimo de lucro, asociaciones sin fines lucrativos, fundaciones, cooperativas sin ánimo de lucro u otras entidades de economía social ([art. 6](#)). Por lo que respecta a la calificación de empresas de inserción, se amplían considerablemente las previsiones, explicitando algunas cuestiones que solo apuntaba implícitamente la versión previa, actualizando algunas referencias, e incluyendo otras *ex novo*, como la indicación de que las empresas de inserción, una vez calificadas como tales, se declararán entidades prestadoras de servicios de interés económico general y tendrán reconocido el sello de inclusión social, previa tramitación del procedimiento oportuno. La descalificación o pérdida de la calificación de las empresas de inserción, antes objeto de regulación autónoma, ahora se incluye junto con el régimen de la calificación ([art. 7](#)).

También se incrementan las previsiones referentes a los registros administrativos de empresas de inserción, fundamentalmente con objeto de especificar y concretar en mayor medida aspectos relativos al registro, supuestos de traslados, establecimiento de centros de trabajo en otra comunidad autónoma y centralización de la información de los registros autonómicos en el registro administrativo dependiente del ministerio ([art. 9](#)).

Se introducen cambios sustantivos muy relevantes en materia de contratación, al preverse una modalidad contractual específica, el contrato para la transición al empleo ordinario. Como aspectos más destacados, puede señalarse que este contrato, que debe formalizarse por escrito en modelo oficial, puede concertarse entre las empresas de inserción y las personas trabajadoras en situación de vulnerabilidad o exclusión social, cuya causa será el desarrollo de un itinerario de inserción personalizado y cuya duración no puede ser inferior a 6 meses ni superior a 3 años, pudiendo prorrogarse por periodos de al menos la duración inicial, sin que pueda excederse la duración máxima en una o varias empresas. Con carácter general –aunque sí excepcionalmente, en caso de que el servicio público estime reaparición de situaciones de vulnerabilidad o exclusión social–, no puede contratarse con esta modalidad a quienes en los 2 años anteriores hayan tenido un contrato de esta modalidad y hayan agotado la duración máxima. Se trata de un contrato que puede concertarse a tiempo completo o parcial, pero en este caso debe fijarse una jornada igual o superior a la mitad de la ordinaria, en cómputo diario o semanal, y debe incorporar un anexo que especifique las obligaciones y medidas que integran el desarrollo del itinerario personal de inserción ([art. 12](#)).

Asimismo, bajo una rúbrica ahora evidentemente excesiva a tenor del contenido, se incorpora el derecho de la persona trabajadora a ausentarse sin pérdida de salario para asistir a tratamientos de rehabilitación, sesiones de formación y adecuación profesional u otra medida de acompañamiento prevista en el itinerario de inserción ([art. 13](#)). El régimen de suspensión y extinción del contrato también cambia de manera notable, en especial, en lo que se refiere a esta última, respecto de la que se establecen peculiaridades importantes respecto de la regulación estatutaria. En este sentido, se prevén tres causas específicas de extinción del contrato para la transición al empleo ordinario, a saber, expiración del tiempo convenido, consecución de la inserción laboral de la persona trabajadora en otra empresa y certificación del resultado desfavorable del itinerario de inserción. Por lo que respecta a la aplicación del despido disciplinario, tiene algunas especialidades, puesto que de producirse por embriaguez habitual o toxicomanía que repercutan negativamente en el trabajo, debe comunicarse a los servicios públicos de empleo para que estos propongan iniciar un proceso de deshabituación o desintoxicación, pudiendo si fuera oportuno suspender el contrato durante el mismo, y extinguiéndose cuando la persona trabajadora no inicia o abandona este proceso sin justificación, o cuando persistan las circunstancias una vez completado. A la finalización del contrato, la empresa de inserción ha de certificar la duración de los servicios prestados, los puestos desempeñados, las tareas realizadas y las adaptaciones que se hayan aplicado ([art. 14](#)).

Es de destacar, asimismo, la voluntad explicitada de promocionar las empresas de inserción, para lo cual, además de implicar a todas las Administraciones públicas, se establecen ayudas para su adaptación a esta ley, de asistencia técnica, para el tránsito al empleo ordinario, así como otras ([art. 16](#)).

Por lo demás, se establecen dos medidas adicionales en las que se refleja la voluntad de impulsar a estas empresas reconociéndoles facilidades. Así, completando la referencia

previa de que no se computarán a efectos de porcentaje máximo autorizado de participación de personas trabajadoras no socias en cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales, se añade que tampoco computarán en el cálculo del volumen máximo de contratos temporales ex [artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores](#) ni en el cumplimiento del 2 % de contratación de personas con discapacidad, en las empresas de inserción que sea exigible ([disp. adic. segunda](#)). Asimismo, como medida de apoyo para personas procedentes de empresas de inserción y para las empresas que las contraten, se añade la eliminación de las exclusiones de ciertos incentivos a la contratación, anunciando medidas de apoyo e incentivos a la contratación de personas que procedan de empresas de inserción ([disp. adic. cuarta](#)).

8. Tras este breve examen de los muchos cambios operados por la [Ley 1/2026](#) en las cuatro normas referidas, puede concluirse, por una parte, que no es una norma «integral», pues solo establece modificaciones de aspectos concretos en determinadas normas, y por otra, que sí trata de impulsar –si lo logra o no solo podrá valorarse *a posteriori*, transcurrido un lapso de tiempo razonable– la economía social, en especial, las cooperativas y las empresas de inserción. La reforma aborda la necesaria actualización de las normas en las que incide y prevé o completa, en sentido potenciador, otros aspectos que era oportuno incluir. Así, integra temas que constituyen retos actuales, como son las transiciones digital y demográfica, la igualdad de género o el concreto problema de la vivienda –este, si bien desde un prisma reducido–. En suma, puede decirse, en una valoración general, que lo hecho, bien hecho está. El problema se encuentra, como tantas veces sucede, en todo lo que no está, pero sin duda debería estar.

Puede concluirse que la [Ley 1/2026](#), por una parte, no es una norma «integral», pues solo establece modificaciones de aspectos concretos en determinadas normas, y por otra, que sí trata de impulsar –si lo logra o no solo podrá valorarse *a posteriori*, transcurrido un lapso de tiempo razonable– la economía social, en especial, las cooperativas y las empresas de inserción

En este sentido, es especialmente notable la ausencia de referencias a la transición ecológica, más allá de tres menciones aisladas –una, entre los requisitos de las empresas sociales ([art. 5.4 a\) Ley 5/2011, de economía social](#)), otra alusión, genérica y programática, en relación con la integración de las empresas de economía social en las estrategias para la mejora de la productividad ([disp. adic. cuarta Ley 5/2011](#)) y, la última, en el marco

Lo hecho, bien hecho está. El problema se encuentra, como tantas veces sucede, en todo lo que no está, pero sin duda debería estar. En este sentido es especialmente notable la ausencia de referencias a la transición ecológica mas allá de tres menciones aisladas

de la definición de las entidades de comercio justo ([disp. adic. novena Ley 5/2011](#)). Estos «olvidos» no son nuevos, puesto que, aunque desde el final de la pandemia parecieron ins-

tituirse como objetivos fundamentales en los ámbitos nacional y comunitario las llamadas «transiciones gemelas» digital y ecológica, lo cierto es que, paradójicamente, dado que esta apunta a una exigencia vital en el sentido más propio de la palabra, y no así aquella, cuando han compartido tratamiento normativo, la transición ecológica siempre ha sido la «hermana pobre», como se apreció, entre muchas otras, en la muy conexas a la materia tratada [Ley 3/2023](#), de empleo.

Sin duda, por muy afín que sea la economía social a la sostenibilidad ambiental, ello no surge necesariamente de forma espontánea, por lo que es imprescindible utilizar las normas jurídicas como herramientas de potenciación de esa vertiente, estableciendo regulaciones que primen a las entidades con mayor dimensión ecológica. Esta sería una vía, no ya oportuna, sino necesaria, de tratar de avanzar en la siempre compleja dimensión de la mitigación de emisiones. No obstante, aunque el contexto climático así lo demanda, en este caso, de manera incomprensible, se ha renunciado a ello. Por lo demás, esta ausencia de contenidos medioambientales también resta coherencia al conjunto de políticas e instrumentos jurídicos que se están adoptando para hacer frente al cambio climático.

Por muy afín que sea la economía social a la sostenibilidad ambiental, ello no surge necesariamente de forma espontánea, por lo que es imprescindible utilizar las normas jurídicas como herramientas de potenciación de esa vertiente, estableciendo regulaciones que primen a las entidades con mayor dimensión ecológica

9. El número 492 de la [Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF](#) integra 4 estudios doctrinales y 5 diálogos con la jurisprudencia, de variada temática, cuyo denominador común es ir todos ellos referidos a cuestiones de absoluta actualidad jurídica. Quienes integramos el equipo de la revista queremos dar nuestro sincero agradecimiento a las autoras y autores por sus contribuciones y, por supuesto, también a quienes se asoman a nuestras páginas y leen nuestros contenidos, puesto que con ello dan sentido a nuestro trabajo.

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. (2026). La Ley integral de impulso de la economía social: breve examen de una norma con claroscuros. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 7-19. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25179>

El *nasciturus* como sujeto causante de prestaciones sociales y los desiguales efectos de su fallecimiento

María Alexandra Díaz Mordillo

Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social.

Instituto Nacional de la Seguridad Social. Cáceres (España)

maria-alexandra.diaz@seg-social.es | <https://orcid.org/0000-0001-8619-3592>

Extracto

El artículo 29 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil español, establece que el propio acto del alumbramiento determina la personalidad. No obstante, el concebido se tendrá por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones expresadas en el artículo 30 de la misma norma; esto es, nacimiento con vida una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.

No obstante, la relación paternofilial surge desde la propia concepción y produce efectos jurídicos entre el concebido y sus progenitores. Este hecho resulta de gran importancia a efectos de causar prestaciones de Seguridad Social relacionadas con la gestación, para las que se han venido estableciendo diferentes criterios sobre los hijos que, potencialmente, pueden ser causantes de beneficios y los que no. Es necesario conocer qué efectos tiene la filiación del no nacido, o del nacido que no cumple las condiciones del artículo 30 del Código Civil, a efectos de causar diferentes prestaciones de Seguridad Social, con el fin de establecer un criterio de aplicación común que no perjudique a las progenitoras y progenitores beneficiarios de las mismas.

Palabras clave: *nasciturus*; muerte fetal intrauterina; igualdad; no discriminación; maternidad; paternidad; corresponsabilidad.

Recibido: 19-01-2026 / Revisado: 01-03-2026 / Aceptado: 16-03-2026 / Publicado: 07-05-2026

Cómo citar: Díaz Mordillo, M. A. (2026). El *nasciturus* como sujeto causante de prestaciones sociales y los desiguales efectos de su fallecimiento. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 20-50. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.24983>

The unborn child as a subject entitled to social benefits and the unequal effects of its death

María Alexandra Díaz Mordillo

Senior Technical Corps of the Social Security Administration.

National Social Security Institute. Cáceres (Spain)

maria-alexandra.diaz@seg-social.es | <https://orcid.org/0000-0001-8619-3592>

Abstract

Article 29 of the Royal Decree of July 24, 1889, approving the Spanish Civil Code, establishes that the act of childbirth itself determines legal personality. However, the conceived child will be considered born for all favorable purposes provided that it is born under the conditions expressed in Article 30 of the same law: that is, a live birth after complete separation from the maternal womb.

However, the parent-child relationship arises from conception itself and produces legal effects between the conceived child and their parents. This fact is of great importance for the purposes of claiming Social Security benefits related to pregnancy, for which different criteria have been established regarding which children are potentially eligible for benefits, and which are not. It is necessary to understand the effects of the filiation of an unborn child or a child who does not meet the conditions of Article 30 of the Civil Code for the purposes of claiming various Social Security benefits, in order to establish a common application criterion that does not harm the parents who benefit from them.

Keywords: unborn child; intrauterine foetal death; equality; non-discrimination; maternity; paternity; shared responsibility.

Received: 19-01-2025 / Reviewed: 01-03-2026 / Accepted: 16-03-2026 / Published: 07-05-2026

Citation: Díaz Mordillo, M. A. (2026). The unborn child as a subject entitled to social benefits and the unequal effects of its death. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 20-50. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.24983>

Sumario

1. La figura del *nasciturus* en la legislación española
2. El no nato y el derecho a causar prestaciones de Seguridad Social
 - 2.1. La incapacidad temporal
 - 2.2. Prestación por nacimiento y cuidado del menor
 - 2.2.1. El fallecimiento del hijo en la suspensión del contrato por paternidad
 - 2.2.2. El fallecimiento del hijo en la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor
 - 2.3. El complemento de maternidad
 - 2.4. El complemento para la reducción de la brecha de género
 - 2.5. El beneficio por cuidado de hijos
 - 2.6. Los días asimilados por parto
 - 2.7. La orfandad
 - 2.8. Las prestaciones familiares de pago único
 - 2.8.1. La prestación económica de pago único por nacimiento de hijo en familia numerosa, monoparental o padres o madres con discapacidad
 - 2.8.2. La prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples
 - 2.9. La prestación y el subsidio por desempleo
 - 2.10. El ingreso mínimo vital y las prestaciones familiares de pago periódico
 - 2.11. Asistencia sanitaria

3. A modo de conclusión

Referencias bibliográficas

1. La figura del *nasciturus*¹ en la legislación española

El artículo 29 del Real Decreto (RD) de 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil (CC) español, establece que el propio acto del alumbramiento determina la personalidad. No obstante, el concebido se tendrá por nacido para todos los efectos que le sean favorables (Maldonado y Fernández del Torco, 1946, p.187)², siempre que nazca con las condiciones expresadas en el artículo 30 de la misma norma; esto es, nacimiento con vida una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.

Específicamente, se regula la posibilidad de donación a concebidos no nacidos (art. 627 CC). También, la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce la posibilidad de que el *nasciturus* sea parte en los procesos civiles para los efectos que le sean favorables. Aunque esta personalidad jurídica se reconocerá al no nacido de manera retroactiva (Vedera Server, 2012, p. 210) desde su concepción (Velayos Jorge, 2000, pp. 29-36) únicamente si su nacimiento se ha producido con vida y enteramente desprendido del seno materno (Polo Arévalo, 2007). En esta última cuestión no existe consenso: el entero desprendimiento puede producirse con la salida total del bebe del cuerpo de la progenitora, con o sin expulsión de la placenta, o incluso puede resultar significativo el momento en el que se produce el corte del cordón umbilical.

La disposición adicional cuarta de la Ley del Registro Civil establece que figurarán en un archivo del Registro Civil, sin efectos jurídicos, los fallecimientos que se produzcan con posterioridad a los seis meses de gestación y no cumplieran las condiciones previstas en el artículo 30 del CC, pudiendo los progenitores otorgar un nombre.

Hasta el 23 de julio de 2011, fecha de entrada en vigor de la disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, a efectos civiles, solo se reputaban nacidos aquellos fetos que tuvieran figura humana y hubieran vivido veinticuatro horas enteramente desprendidos del seno materno. La redacción actual nace por la necesidad de adecuar la legislación española a los tratados internacionales ratificados por España: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, cuyo artículo 24.2 dispone que

¹ El término *nasciturus* procede del latín y puede traducirse como «aquel que va a nacer». Jurídicamente, al ser humano se le reconocen determinados derechos desde su concepción hasta su nacimiento que han ido variando a lo largo del tiempo desde el derecho romano.

² Este precepto incorpora en nuestro código decimonónico una larga tradición histórica, de origen romano, según la cual, al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos favorables siempre que llegue a nacer con vida.

todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre, y también la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (Moreno Mozo, 2010), cuyo artículo 7.1 establece que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Ostentar personalidad jurídica implica ser sujeto de derechos y obligaciones y, aunque el debate sobre el momento en que surge la calificación del feto como persona (con capacidad jurídica y capacidad de obrar) se centra en cuestiones patrimoniales (Arroyo Ama-yuelas, 1992, p. 104) y hereditarias (Romero Coloma, 2016, p. 400), a efectos de causar prestaciones o beneficios de Seguridad Social también resulta de suma importancia. En la actualidad, podemos observar cómo existen beneficios para los que se exige que el recién nacido cumpla las condiciones previstas en el artículo 30 y en otros casos no, siendo suficiente, a estos efectos, la mera inscripción en el legajo de criaturas abortivas.

La necesidad de establecer cierta seguridad jurídica a la hora de aplicar beneficios sociales viene determinada por la exigencia de concretar cuánto tiempo ha estado vivo el *nasciturus* en el seno materno, con el fin de que, desde el punto de vista normativo, le sean atribuidos derechos y obligaciones. El nacimiento con vida determina que el recién nacido sea considerado persona no solo desde ese momento, sino desde la misma concepción, cuestión que puede tener especial relevancia a efectos prestacionales, tanto para él como para sus progenitores.

2. El no nato y el derecho a causar prestaciones de Seguridad Social

Puede afirmarse que la dimensión relacional del concebido respecto a sus progenitores está activa ya durante la gestación, y que el vínculo natural del embarazo produce efectos jurídicos paternofiliales entre el concebido y sus padres (Corripio Gil Delgado, 2018, p.148). Este hecho resulta de gran importancia a efectos de causar prestaciones de Seguridad Social relacionadas con la gestación, para las que se han venido estableciendo diferentes criterios sobre los hijos que potencialmente pueden ser causantes de beneficios y los que no. La inexistencia de un «estatuto del *nasciturus*» y las modificaciones habidas en el CC, de acuerdo con los tratados internacionales, han ocasionado que se otorgue un trato diferente a los hijos no nacidos y mucho más especialmente si se produce su fallecimiento temprano. Es necesario conocer qué efectos tiene la filiación del no nacido o del nacido que no cumple las condiciones del artículo 30 del CC a efectos de causar diferentes prestaciones de Seguridad Social, con el fin de establecer un criterio de aplicación común que no perjudique a las progenitoras y progenitores beneficiarios de estas.

2.1. La incapacidad temporal

La prestación por nacimiento y cuidado del menor, que será objeto de estudio en un epígrafe posterior, surge a partir de embarazos de más de ciento ochenta días³, aun cuando se produzca el alumbramiento de una criatura abortiva sin que reúna las condiciones del artículo 30 del CC. Hasta el 1 de junio de 2023, fecha de entrada en vigor de la Ley orgánica (LO) 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la maternidad biológica en el supuesto de gestaciones inferiores a ciento ochenta días carecía de protección específica.

A raíz de esta norma, se incluye en el artículo 169 del Real Decreto legislativo (RDLeg.) 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), la situación en la que se interrumpe el embarazo, voluntariamente o no, especificando que, si esta interrupción es motivada por accidente de trabajo o enfermedad profesional, la incapacidad temporal (IT) será causada por contingencia profesional. También queda directamente protegido el embarazo que alcanza el día primero de la semana trigésima novena. En ambos casos, mientras la mujer reciba asistencia sanitaria del Servicio Público de Salud y se encuentre impedida para el trabajo.

Esta norma ha convertido a España en el primer país de la Unión Europea en regular y proteger, a través del Sistema Nacional de Salud y del sistema de Seguridad Social, determinadas contingencias comunes que afectan tanto a la salud sexual y reproductiva de las mujeres como a sus condiciones laborales, incluyendo también la menstruación incapacitante secundaria como causa de suspensión del contrato por IT (Fernández Nieto, 2023).

En el supuesto de interrupción del embarazo, no se exige un periodo previo de carencia, la prestación de IT se devenga desde el día siguiente a la baja laboral, comenzando el pago delegado a partir de ese momento. Para la IT derivada de la gestación a partir de la semana trigésima novena, se requiere el mismo periodo de carencia que el establecido para la prestación por nacimiento y cuidado del menor, siendo idénticos los efectos y la responsabilidad del pago a lo indicado en el punto anterior.

La interrupción del embarazo como causa incapacitante queda incluida en el texto con sumo rigor jurídico (López Insua, 2023, p. 56) cumpliendo la finalidad de salvaguardar a la mujer que ha sufrido una experiencia tan traumática. Ya no es necesario que pruebe su falta de capacidad laboral a nivel sanitario para que le sea reconocida la suspensión de su

³ Artículo 8.4 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.

contrato de trabajo, encuadrándolo en una enfermedad común que no lo es en realidad, o por lo menos no lo es en todo caso. Si se trata de interrupciones de embarazo superiores a los ciento ochenta días de gestación, resulta más beneficioso para la madre el inicio de la prestación por nacimiento y cuidado del menor, ya que esta se prolongará durante diecinueve semanas (o treinta y dos si se trata de una familia monoparental), independientemente de su recuperación biológica.

En el supuesto de incapacidades laborales causadas por gestaciones avanzadas (semana trigésima novena en adelante), el legislador aplica la perspectiva de género poniéndose en la piel de aquellas mujeres embarazadas que presentan un sufrimiento y dolor tal que les impide el normal desarrollo de su actividad. Queda así protegida singularmente una situación incapacitante que, al no tener protección específica, quedaba normalmente disfrazada de enfermedad común. Aunque volver a incluir la maternidad biológica dentro de la protección por IT⁴ no es lo más deseable, debe reconocerse como un avance significativo. No obstante, hubiera sido recomendable la creación de una contingencia y protección singular para las gestaciones a término (López Insua, 2023, p. 57), separada de la asimilación histórica maternidad/enfermedad que, desde una visión patriarcal, sigue perviviendo hasta nuestros días. Debería haberse establecido una regulación específica en la que prevaleciera la protección del hijo y darle su debida importancia al bienestar de la madre como presupuesto de una gestación saludable a la que la gestante y el concebido tienen derecho (Corripio Gil Delgado, 2018, p. 151), sin volver a considerar el embarazo una enfermedad cuando este debate se había superado treinta años atrás.

2.2. Prestación por nacimiento y cuidado del menor

Como se indicaba anteriormente, se considera situación protegida, además del parto ordinario, la adopción, el acogimiento y la tutela, la resultante de embarazos de más de ciento ochenta días de gestación cuando se produce el alumbramiento de una criatura abortiva sin que reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del CC. Estos nacimientos quedan inscritos en el Registro Civil dentro del denominado «Archivo de nacidos sin vida tras los seis meses de gestación». En esta inscripción debe constar el nombre del nacido sin vida y los datos de la madre (los del otro progenitor son opcionales). El facultativo del Servicio Público de Salud que atienda a la trabajadora embarazada expedirá un informe de maternidad en el que se certificará dicho extremo. En caso de fallecimiento del hijo antes de su nacimiento, no procederá reconocer el derecho a la prestación por nacimiento y cuidado del menor al progenitor distinto de la madre biológica.

⁴ Recuérdese cómo la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, separó definitivamente la incapacidad laboral transitoria de la maternidad como hecho biológico susceptible de protección específica.

La incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo y el reparto equitativo de las obligaciones domésticas han ocasionado la aparición del actual permiso por nacimiento y cuidado del menor (Ubertazzi, 2008, p. 1376). La necesidad de proteger la salud de la mujer trabajadora durante el parto y el puerperio desencadenó el surgimiento de una prestación específica por maternidad a principios del pasado siglo⁵ (Fernández-Peinado Martínez, 2013, p. 21), no siendo la situación del varón progenitor objeto de protección singular hasta tiempo después.

En España, es la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la que asume los principios internacionales de igualdad y no discriminación recogidos en la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato⁶, y la Directiva 2004/113/CE sobre aplicación de este mismo principio. Por primera vez se recoge en el ordenamiento jurídico español un permiso de paternidad con una duración inicial de trece días, ampliable, en caso de parto múltiple, en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo, no siendo acumulable al de maternidad en los casos de familia monoparental (Barrios Baudor y Lasasosa Irigoyen, 2009). Este permiso fue ampliándose paulatinamente hasta alcanzar las cinco semanas (Llorens Espada, 2018)⁷. El Real Decreto-Ley (RDL) 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, equipara los permisos para ambos progenitores a dieciséis semanas con el fin de facilitar el ejercicio de una corresponsabilidad real y efectiva (Pastor Martínez, 2019, p.187; Lousada Arocheña, 2019, p. 74). La prestación para ambos pasa a tener una única denominación: «permiso por nacimiento y cuidado del menor», extendiéndose la protección a diferentes modelos familiares e igualando su duración en el tiempo (Aragón Gómez, 2019). Finalmente, a partir del 30 de julio de 2025, el permiso se configura con una duración de diecinueve semanas con carácter general, pudiéndose ampliar hasta treinta y dos en el caso de familias monoparentales. Todo ello en aplicación del RDL 9/2025, de 29 de julio, por el que se amplía el

⁵ La baja maternal se configuró como un derecho de las trabajadoras en 1900 y se fijó en tres semanas de descanso. En la década de 1920 se amplió hasta seis semanas, y ya en 1931 se estableció un periodo de baja de doce semanas tras el parto. Posteriormente el Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, ocasiona la promulgación de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo.

⁶ Sobre condiciones laborales, la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso paternal, en su versión modificada por la Directiva 97/75/CE, de 15 de diciembre de 1997.

⁷ La disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado (PGE) para 2009, amplía la prestación hasta veinte días naturales en determinados supuestos. Después, es la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad, la que determina una suspensión del contrato en cuatro semanas, aunque la crisis económica retrasó su entrada en vigor, considerándose así, que la corresponsabilidad tenía un carácter secundario. No sería hasta la promulgación de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de PGE para el año 2018, cuando la duración pasó a ser de cinco semanas.

permiso de nacimiento y cuidado, mediante la modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado por el RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre; el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el RDLeg. 5/2015, de 30 de octubre, y el texto refundido de la LGSS, aprobado por el RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

Sin embargo, a pesar de la aparente igualdad que impregna el nuevo permiso, el progenitor diferente a la madre biológica sigue sin tener derecho a la prestación en caso de fallecimiento prematuro del hijo, quedando excluido nuevamente de un ámbito familiar que sigue reservado en exclusiva a la madre gestante, como herencia de los roles de género culturalmente adquiridos.

2.2.1. El fallecimiento del hijo en la suspensión del contrato por paternidad

Cuando la maternidad y la paternidad se configuraban como dos prestaciones independientes y de diferente naturaleza, el artículo 48.4 del ET de 1995⁸ establecía que, en caso de fallecimiento del hijo, la suspensión del contrato para la madre biológica no se vería reducida salvo que, voluntariamente, esta optara por la incorporación temprana a su puesto de trabajo y siempre después de las seis semanas de descanso obligatorio. La finalidad perseguida por el legislador con el mantenimiento de la suspensión del contrato más allá de los deberes de cuidado del hijo (Rodríguez Escanciano, 2008, pp.144 y ss.; López Gandía, 2009, p.166), no es otra que descargar al empresario del coste económico que supondría el inicio de una situación de IT (Aguilera Izquierdo y Gil Plana, 2010, p. 71).

Para la prestación por paternidad, el artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo, indica que no podrá reconocerse si el hijo fallece antes del inicio de la suspensión del contrato de trabajo. Si el fallecimiento se hubiera producido una vez reconocido el subsidio, este no se extinguirá⁹.

El Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia 111/2018, de 17 de octubre, avala esta postura y rechaza que la diferente regulación de los permisos de maternidad y paterni-

⁸ RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del ET.

⁹ Criterio de Gestión del INSS 2/2019, de 4 de enero: cuando se produce el fallecimiento del hijo o menor acogido antes de la suspensión del permiso por paternidad, no se reconocerá la prestación. Si el trabajador ya se ha incorporado al puesto de trabajo y el menor fallece antes del disfrute de la quinta semana, no procederá el reconocimiento del derecho. Por último, si el óbito se produce durante la percepción de la prestación, incluida la quinta semana, no se extinguirá hasta su finalización.

dad suponga realmente una vulneración del principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución española (CE), entendiendo que las finalidades de ambas prestaciones son diferentes. En el supuesto de parto, el interés primordial perseguido por el legislador es preservar la salud de la mujer ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata a su puesto de trabajo tras el alumbramiento podría ser perjudicial para su completa recuperación, independientemente de que el hijo viviera o no.

En cambio, entiende el Alto Tribunal que la prestación de paternidad obedece a una finalidad tuitiva diferente: favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 39.3 de la CE. No se trata, por tanto, de proteger la salud de la persona trabajadora, sino de contribuir al reparto equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos¹⁰. Dado que la situación protegible en los permisos de maternidad y paternidad es distinta, el legislador no está obligado a darles el mismo tratamiento¹¹.

2.2.2. El fallecimiento del hijo en la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor

El 8 de marzo de 2019 entró en vigor el RDL 6/2019, de 1 de marzo, equiparándose en duración y naturaleza los permisos de maternidad y paternidad. En su disposición final primera se encomienda al Gobierno la elaboración, en el plazo de seis meses, de un nuevo reglamento que sustituya al RD 295/2009, de 6 de marzo, que mantendrá su vigencia en tanto no se oponga a la nueva regulación.

Dado que dicho desarrollo reglamentario aún no se ha producido, ha sido la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social la que ha analizado¹² si lo dispuesto en el artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo, se opone al artículo 48.4 del ET en los supuestos de fallecimiento prematuro del recién nacido. Se concluye que al progenitor distinto de

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 109/1993, de 25 de marzo, y STC 75/2011, de 19 de mayo.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 602/2022, de 5 de julio.

¹² Resolución incluida en el Criterio de Gestión del INSS 10/2020, de 21 de abril. Por su parte, el Criterio de Gestión del INSS 14/2024, de 1 de julio, establece la forma en la que se han de disfrutar los periodos sucesivos en caso de fallecimiento del hijo una vez iniciado el descanso; en caso de que se produzca la reincorporación al trabajo, sea a tiempo completo o a tiempo parcial, se extingue el derecho al tiempo de descanso voluntario que reste por disfrutar al trabajador. Como excepción, en el supuesto de que el hijo fallezca después de transcurrido el periodo de suspensión obligatorio del contrato, pero en un momento en el que el progenitor se encuentra reincorporado al trabajo por haber optado por el disfrute intermitente o a tiempo parcial de la prestación, si reanuda la suspensión del contrato de trabajo inmediatamente después del fallecimiento, de forma continuada y a tiempo completo, subsistirá el derecho al subsidio hasta alcanzar el periodo máximo de diez semanas de descanso voluntario.

la madre biológica se le reconoce el permiso por nacimiento y cuidado del menor para dar cumplimiento a los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del CC, que no pueden ser otros que los del cuidado del hijo. Estos deberes difícilmente podrán llevarse a cabo en caso de producirse el fallecimiento del hijo en un momento anterior al reconocimiento del derecho. Se mantiene, por tanto, el criterio anterior de no reconocer el derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor al progenitor distinto a la madre biológica en caso de fallecimiento prematuro del hijo.

No obsta tal consideración la existencia de jurisprudencia que, en sentido contrario, interpreta que el alumbramiento genera el derecho por igual para ambos progenitores¹³. Del mismo modo que no se cuestiona el derecho de la madre –cuya finalidad es distinta, aunque comparte elementos comunes con el otro progenitor–, no debería cuestionarse el permiso del otro progenitor. La restrictiva interpretación que se ha hecho del acontecimiento biológico del nacimiento como hecho causante exclusivo del inicio de la prestación de paternidad motivado por los deberes de cuidado, debe reinterpretarse desde una perspectiva más amplia. El progenitor diferente de la madre biológica tiene la importante tarea de realizar labores de acompañamiento y facilitar la readaptación familiar a la nueva y traumática situación¹⁴, quedando fuera de lugar una interpretación excesivamente positivista del texto normativo.

El artículo 48.4 del ET no realiza distinción entre la madre biológica y el otro progenitor cuando indica que el periodo de duración no se verá reducido por el fallecimiento del hijo, salvo reincorporación voluntaria, por lo que ha de entenderse ahora referido a ambos progenitores en la línea marcada por la equiparación de permisos del RDL 6/2019, de 1 de marzo¹⁵.

Mediante el RDL 5/2023, de 28 de junio, se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2019/1158/UE, que en su considerando 19 establece la posibilidad de conceder el permiso de paternidad en caso de muerte fetal, dejando libertad a los Estados para su regulación, como también lo hace en cuanto al disfrute anticipado de la prestación por parte del progenitor diferente de la madre biológica. No se impone a los Estados miembros la obligación de incorporar estas mejoras en su propio ordenamiento jurídico interno; lo que indica la directiva es que, una vez equiparados los permisos de ambos progenitores, nada impide el disfrute anticipado de la prestación por nacimiento por parte del progenitor diferente de la madre biológica, incluso cuando se produce el fallecimiento del recién nacido. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶ ha considerado que vulneran el principio de

¹³ Por todas, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Asturias 981/2018, de 17 de abril, o STSJ de Cataluña 5789/2021, de 11 de noviembre.

¹⁴ STSJ del País Vasco 1123/2018, de 29 de mayo.

¹⁵ STSJ de Cantabria 838/2021, de 10 de diciembre.

¹⁶ Por todas, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Konstantin Markin vs. Rusia, de 22 de marzo.

igualdad aquellos supuestos de negativa de disfrute de derechos conciliatorios al varón por la concurrencia de concepciones estereotipadas, aplicando el principio de igualdad y la no discriminación por razón de sexo de los trabajadores varones¹⁷.

La equiparación de los permisos de maternidad y paternidad ha consolidado la participación real y efectiva del progenitor diferente de la madre biológica en las responsabilidades compartidas. Al igual que se ha equiparado el derecho de estas personas a la protección en caso de parto múltiple o hijo con discapacidad, sería deseable que el otro progenitor pudiera disfrutar del permiso completo a pesar del fallecimiento temprano del hijo, sobre el que ya han surgido derechos de filiación desde la propia concepción.

La anticipación del permiso por nacimiento a la fecha del parto, en el caso de la madre biológica, tenía cierto sentido para proteger la salud de esta cuando no existía una regulación específica que separara la maternidad de la IT por enfermedad común. Con la introducción de las nuevas causas de baja médica por interrupción del embarazo y gestaciones a partir de la semana trigésima novena, la salud de la trabajadora no se ve comprometida en estas situaciones. Es por tanto que, en gestaciones superiores a los ciento ochenta días, nada impediría considerar que la implicación paterna y su corresponsabilidad pudieran comenzar en una fecha anterior al hecho biológico del nacimiento.

Permitir que el otro progenitor pueda disfrutar del descanso en las mismas condiciones que la madre biológica antes del parto, e incluso tras el fallecimiento prematuro del hijo, facilitaría un acompañamiento familiar y completo de la mujer en situación de vulnerabilidad. También facilitaría la transición y duelo del otro progenitor, que puede verse afectado igualmente en su capacidad laboral por el hecho acontecido, pudiendo quedar protegido únicamente a través de, nuevamente, la IT por contingencia común relacionada con su estado mental. Esto supone una carga económica para la empresa y un riesgo para la persona trabajadora, que puede no llegar a cumplir el periodo de carencia requerido para esta prestación. Peor aún, se seguirán repitiendo roles de género en los que únicamente la madre biológica puede vivir un duelo retribuido (Real Montero, 2016).

Los deberes de cuidado del artículo 68 del CC incluyen el socorro mutuo entre los cónyuges, así como la atención a personas dependientes. Ambos progenitores se encontrarían en una situación de impacto psicológico (que en el caso de la madre se sumaría al físico), con necesidad de protección mutua y recíproca, situación que sería posible a través del descanso específico, lejos del artificio de la IT por contingencia común. El artículo 154 del CC pone el foco en la responsabilidad parental que nace, en beneficio del hijo, desde el mismo momento de la concepción (Ureña Carazo, 2015, p. 61), originándose la patria potestad mucho antes de la adquisición por este de personalidad civil (Pozo Vilches, 1991, p. 136).

¹⁷ STSJ de Cataluña 8213/2022, de 17 de octubre.

La relación prenatal incluye varios elementos que legitiman la responsabilidad parental desde la concepción: primero, la mujer tendrá especiales deberes de cuidado para garantizar la salud del concebido y su derecho a la vida; segundo, recaerá sobre ambos padres un deber de alimentos al *nasciturus*, pudiendo la madre solicitar pensión alimenticia al padre durante la gestación, haciéndose efectiva en el momento del alumbramiento (Garabal, 2016), y, finalmente, ambos asumirán, en igualdad de condiciones, la representación legal del concebido durante el periodo de gestación (por ejemplo, en caso de autorización de una cirugía intrauterina) (Corripio Gil Delgado, 2018, p.153). La concepción conlleva obligaciones de cuidado cuyo incumplimiento deriva en responsabilidad cuando exista riesgo o maltrato prenatal¹⁸. Todo ello determina que la corresponsabilidad es real y efectiva desde el inicio de la concepción, por lo que ambos deberían poder disfrutar de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en idénticas condiciones.

Del mismo modo que se ha hecho extensivo para el progenitor diferente de la madre biológica el uso y disfrute de determinados permisos que el ET concedía en exclusiva a la madre (lactancia, realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto o, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación e informes de idoneidad)¹⁹, debería ampliarse el disfrute de la prestación por nacimiento y cuidado del menor al otro progenitor. Estos permisos laborales se han equiparado como una medida conciliadora de la vida familiar; es decir, no están configurados ya como permisos destinados a proteger la condición biológica de la madre antes o después de su embarazo. Igual ha sucedido ya con la prestación por nacimiento y cuidado del menor, quedando el supuesto de fallecimiento prematuro del hijo como única excepción para la total equiparación.

Cuando la normativa otorga un permiso al progenitor diferente de la madre biológica en igualdad con ella, no se persigue equiparar formalmente al hombre con la mujer; lo que busca es lo contrario, la equiparación de la mujer al hombre, igualándolos en derechos y dotándoles de las mismas oportunidades, facilitando que el varón participe en esferas de la vida doméstica en las que tradicionalmente no ha participado.

Sería adecuado, por tanto, que el legislador eliminara lo dispuesto en el artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo, y regulara expresamente el derecho al descanso del progenitor diferente a la madre biológica en gestaciones de más de ciento ochenta días, aunque se produzca el fallecimiento del hijo o hija, teniendo en cuenta que el artículo 48 del ET no hace distinción por sexo o condición.

¹⁸ Establece el artículo 187 de la LGSS que el subsidio por riesgo durante el embarazo se abonará, como máximo, durante el periodo necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora y/o del feto, y finalizará el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menor o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.

¹⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social de Vigo 102/2023, de 14 de marzo.

Para terminar, resulta muy adecuada la creación, por el RDL 9/2025, de 29 de julio, de una prestación de paternidad de naturaleza no contributiva para el progenitor diferente de la madre biológica, que también incluye las situaciones de adopción, acogimiento y tutela. Si bien la antigua configuración de la maternidad no contributiva como periodo de recuperación de la madre no suponía vulneración del principio de igualdad para el otro progenitor²⁰, sí que le obligaba a realizar sacrificios económicos (permisos sin sueldo o vacaciones) cuando no reunía el periodo mínimo de carencia (Barcelón Cobedo y Quintero Lima, 2007, p. 241). O peor aún, ocasionaba la renuncia del derecho a la corresponsabilidad, cuestión que dejaba tibia la originalidad del RDL 6/2019, de 1 de marzo.

2.3. El complemento de maternidad

La disposición final segunda de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de PGE para el año 2016, añadió a la LGSS de 1994 el artículo 50 bis por el que, con efectos de 1 de enero de 2016, se introdujo en la acción protectora de la Seguridad Social el complemento por maternidad aplicable a las pensiones de jubilación, viudedad e incapacidad permanente de las que fueran titulares las mujeres que hubieran tenido dos o más hijos biológicos o adoptados, en los términos previstos en el mismo.

El objetivo principal de este complemento, que tenía naturaleza jurídica de pensión pública contributiva y estaba sujeto al régimen de la pensión sobre la que se aplicaba, era reconocer la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que hubieran compatibilizado su carrera laboral con la maternidad. Además, se estableció con la intención de reducir las consecuencias de la discriminación laboral sufrida históricamente por las mujeres y colaborar en la disminución de la brecha de género que, desde el ámbito profesional, se traslada al de las pensiones de la Seguridad Social. En la práctica, el complemento no sirvió para ninguna de las finalidades perseguidas: dejó fuera a mujeres con un hijo y a mujeres con jubilaciones anticipadas voluntarias que, en ambos casos, habrían sufrido idénticas dificultades laborales con motivo de la crianza. Además, al ser proporcional al importe de la pensión, nuevamente quedaban en mejor situación las rentas más altas.

El reconocimiento del complemento de maternidad era compatible con el resto de los beneficios por hijo que pudieran ser aplicables y se sumó a las pensiones causadas entre el 1 de enero de 2016 y el 3 de febrero de 2021. Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo²¹, también se reconoce el complemento de maternidad a los varones cuando cumplan los mismos requisitos que la mujer. Este hecho ha ocasionado el incremento de la brecha

²⁰ SSTC 111/2018, de 17 de octubre; 117/2018, de 29 de octubre, o 138/2018, de 17 de diciembre.

²¹ STS 362/2023, de 17 de mayo.

de género en lugar de su desaparición (Sempere Navarro, 2024, p.1), quedando atrás el objetivo perseguido de fomentar la natalidad (cosa nada extraña cuando se aplica sobre pensiones que, como la jubilación, quedan lejos de la etapa fértil de la mujer).

Debido a los fallos de diseño (Maldonado Molina, 2023, p.1; Vivero Serrano, 2021) y a la vulneración del principio de igualdad²², a partir del 4 de febrero de 2021 ha sido sustituido por el complemento de brecha de género.

En el caso de hijos biológicos, se tenían en cuenta los hijos nacidos, con independencia de que el nacimiento se hubiera producido en España o en el extranjero, siendo necesario que el recién nacido hubiera adquirido personalidad civil de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 del CC²³. Por tanto, el bien jurídico protegido no es el hecho del parto en sí mismo, sino la necesidad de paliar las consecuencias negativas que las mujeres experimentan en su vida laboral al tener hijos biológicos o adoptados (Dólera Sevilla, 2025, p. 825), con el correspondiente reflejo en las prestaciones de Seguridad Social²⁴.

Además, los hijos computables eran aquellos cuya filiación estuviera determinada a favor de la persona beneficiaria de la pensión en el momento del hecho causante, independiente de que se tratara de filiación biológica o por adopción. Por consiguiente, en los casos de hijos biológicos dados en adopción, serían los padres adoptivos, y no los biológicos, a quienes se les dispensara la protección del artículo 60 de la LGSS²⁵.

Pues bien, si la intención del complemento de maternidad era paliar las consecuencias negativas que la crianza de los hijos pudiera tener sobre la vida laboral femenina, es comprensible que se aplicara el filtro del artículo 30 del CC a la hora de reconocer el complemento. Pero no debemos olvidar que la misma gestación, desde su inicio, también supone una merma de las oportunidades laborales femeninas cuando el mercado de trabajo todavía observa el embarazo y la maternidad como circunstancias excepcionales que conllevan

²² Recordemos que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), declaraba la normativa española opuesta a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. El Tribunal Supremo español aplicó la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STS 362/2023, de 17 de mayo), estableciendo que el complemento debe reconocerse a los hombres con efectos retroactivos cuando cumplan los requisitos previstos en el artículo 60 de la LGSS.

²³ Criterio de Gestión del INSS 24/2017, de 30 de octubre.

²⁴ Por todas, la STSJ de Canarias 904/2019, de 11 septiembre, establece que:

[...] la finalidad de tal complemento es compensar la aportación demográfica a la Seguridad Social de las interesadas que, de ningún modo, podría cifrarse en el cómputo de los fetos abortados, los cuales no constituirían individuos hipotéticamente integrables en un futuro sistema de la Seguridad Social.

²⁵ Criterio de Gestión del INSS 1/2018, de 1 de febrero.

una pérdida de productividad en la madre gestante. El legislador intentó fomentar la natalidad y paliar la brecha de género y, difícilmente, se podría conseguir ninguno de estos objetivos obviando las gestaciones de más de ciento ochenta días. Otra incongruencia más de un complemento incongruente.

2.4. El complemento para la reducción de la brecha de género

El complemento para la reducción de la brecha de género regulado en el actual artículo 60 de la LGSS e introducido por el RDL 3/2021, de 2 de febrero, se reconoce a la mujer siempre que no medie reconocimiento del complemento a favor del otro progenitor, ya que nace diseñado por igual para ambos (aunque, en el caso del varón, se establecía la necesidad de demostrar cómo su carrera laboral se había visto interrumpida o, al menos, afectada con motivo del nacimiento o la adopción²⁶). El derecho al reconocimiento del complemento nace a partir del primer hijo y se mantendrá mientras la brecha de género de las pensiones de jubilación causadas en el año anterior sea superior al 5 %²⁷.

No será posible reconocer el complemento para la reducción de la brecha de género en aquellos casos en los que el progenitor haya sido privado de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o dictada en causa criminal o matrimonial. Tampoco para aquellos condenados por ejercer violencia contra los hijos o contra la mujer. Cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento. No se reconocerá en el caso de que el otro progenitor no haya sido identificado, salvo que se trate de familia monoparental o fallecimiento del otro progenitor, situación que debe quedar fehacientemente acreditada.

La brecha de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones, como reflejo de la discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo debido a la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas²⁸. La maternidad afecta decisivamente a la trayectoria profesional

²⁶ La STJUE de 15 de mayo de 2025 (asunto C-623/23), declara contrario al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, la actual redacción del artículo 60 de la LGSS que regula el complemento de brecha de género. La consecuencia directa de la publicación de esta sentencia es la obligación de reconocer el complemento a los hombres en igualdad con las mujeres, es decir, con los mismos requisitos, y ello tanto para los nuevos pensionistas como para los que causaron pensión con anterioridad a la sentencia y lo soliciten al amparo misma. A la firma del presente estudio, el artículo 60 de la LGSS no ha sido modificado.

²⁷ El Informe Global de Brecha de Género 2025 (<https://es.weforum.org/publications/global-gender-gap-report-2024/digest/>; <https://observatorioigualdadyempleo.es/brecha-salarial-pensiones/>) establece una brecha salarial del 19,6 % entre hombres y mujeres en 2024. La brecha pensional se sitúa en el 47 %.

²⁸ Del preámbulo del RDL 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

de la mujer en su etapa activa, siendo la principal (aunque no la única) causa de la brecha de género laboral, que repercute en la posterior brecha pensional. Pero no debemos olvidar que la dificultad para mantener la carrera profesional nace con la propia gestación, muestra de ello es la preocupación del legislador por dar visibilidad a nuevas formas de IT basadas en la pérdida de la capacidad profesional con motivo del avance de la gestación. Acertado o no, este reconocimiento ha supuesto renombrar la situación de desventaja en la que se mueven las mujeres dentro del mundo laboral por su condición de madres. Por este motivo, no resulta comprensible que, a efectos de causar el complemento de brecha de género, únicamente sean computables los hijos nacidos con vida o adoptados con anterioridad al hecho causante, al igual que ocurría con el derogado complemento por maternidad.

La nueva redacción del artículo 60 de la LGSS aclara que, únicamente, computarán los hijos o hijas nacidos con vida. La cuestión que se debe resolver es si la expresión «nacer» incluye a quienes nacen con vida, pero fallecen antes de las 24 horas, si el parto tuvo lugar antes del 23 de julio de 2011, y al feto que ha sido alumbrado muerto (Maldonado Molina, 2025, p. 655). En la práctica, se tiene en cuenta la redacción del artículo 30 del CC vigente en el momento del parto²⁹ y se excluyen aquellas criaturas abortivas que nacen muertas³⁰, independientemente del tiempo de duración de la gestación y de su posible inclusión o no en el Registro Civil (la redacción actual del art. 60 LGSS no deja lugar a dudas: el hijo debe nacer con vida).

Más allá de aplicar o no el criterio de la interpretación con perspectiva de género, extendiendo la protección del sistema de Seguridad Social a supuestos no expresamente contemplados en la norma, resultaría más acertado adaptar el artículo 60 de la LGSS para que se tuvieran en cuenta las gestaciones de más de ciento ochenta días, al igual que ocurre con la prestación por nacimiento y cuidado del menor³¹, al menos para la madre biológica (Sánchez-Rodas Navarro, 2023, p. 3) teniendo en cuenta que las dificultades laborales comienzan con la propia gestación (Molina Navarrete, 2023, pp. 196-197).

Así, el artículo 60.3 debería quedar redactado en los siguientes términos:

A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía, únicamente se computarán los hijos o hijas que, con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente, hubieran sido gestados durante un periodo igual o superior a ciento ochenta días, independientemente de su nacimiento con vida o no, o hubieran sido adoptados.

²⁹ La STSJ de Cantabria 356/2021, de 4 de junio, estimó que había que estar a las reglas vigentes en el momento del hecho causante de la pensión a la que se vincula el complemento.

³⁰ STSJ de Canarias 904/2019, de 11 de septiembre, y STS 167/2023, de 27 de febrero.

³¹ STSJ de Cantabria 356/2021, de 4 de junio.

2.5. El beneficio por cuidado de hijos

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, introduce previsiones específicas que amplían los beneficios por cuidado de hijos o menores, concretándose en dos medidas en particular: protección en las situaciones de interrupción de la cotización en los supuestos de nacimiento o adopción de hijos o acogimiento de menores, y la ampliación de los periodos considerados como cotizados en los casos de excedencia por cuidado de hijos o menores acogidos. Estos beneficios surgen para paliar las lagunas de cotización durante el periodo anterior y posterior al nacimiento o adopción de cada hijo o hija y pretenden compensar los impactos nocivos que las labores de cuidado familiar ejercen sobre las carreras laborales, sobre todo femeninas, en un mercado laboral que penaliza y expulsa a las personas que optan o se ven obligadas a desempeñar estas tareas.

En el artículo 236 de la LGSS y en el artículo 7 del RD 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, se establece que los beneficios por cuidado de hijos o menores acogidos pueden reconocerse o atribuirse a cualquiera de los progenitores, adoptantes o acogedores por cada hijo nacido o adoptado o menor acogido, incluso si el nacimiento se ha producido fuera de España o se trata de una adopción internacional. Estos beneficios suponen el reconocimiento como periodo cotizado de un determinado número de días como consecuencia de la interrupción de la cotización derivada de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones o subsidios por desempleo con obligación de cotizar, producidas entre los nueve meses anteriores al nacimiento o los tres meses anteriores a la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a la decisión administrativa o judicial de acogimiento preadoptivo o permanente, y la finalización del sexto año posterior a estas.

Si en ambos progenitores, adoptantes o acogedores concurren las circunstancias necesarias para ser acreedores del beneficio por cuidado de hijos o menores acogidos, este solamente podrá ser reconocido en favor de uno de ellos, determinado de común acuerdo; en caso de controversia se reconocerá el derecho a la madre³².

A efectos del reconocimiento del beneficio por cuidado de hijos es necesario que el hijo nacido haya adquirido personalidad civil de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del CC, a pesar de que nada se dice sobre ello en la normativa aplicable. Es decir, si el hijo nacido adquiere personalidad, el periodo sobre el que se producirá la asimilación de bases tendrá una retroactividad de nueve meses. Sin embargo, si el hijo nace

³² La STSJ de Canarias 1022/2023, de 13 de julio, indica que este beneficio no excluye a ninguno de los progenitores (hombres y mujeres), aunque la norma determina que solo uno de los dos (madre o padre) podrá ser beneficiario.

fallecido, aunque resulte así de un embarazo a término, no será posible reconocer ningún beneficio para los vacíos de cotización existentes en los meses anteriores o posteriores al alumbramiento.

Si la cobertura de lagunas de cotización se produjera únicamente en los meses posteriores al parto, en virtud de los deberes de cuidado del hijo, sería comprensible que no se tuvieran en cuenta las gestaciones abortivas, pero al introducirse la retroactividad sobre los periodos anteriores al parto, se desmonta la teoría de los cuidados al recién nacido como causa de la integración de bases. Esta diferenciación es claramente discriminatoria, sobre todo en el caso de la madre biológica. Sería deseable que se tuvieran en cuenta las gestaciones de, al menos, ciento ochenta días, al igual que se hace en la prestación por nacimiento y cuidado del menor, protegiendo los periodos de concepción para la madre biológica en los que existe una situación de vulnerabilidad laboral y un alto riesgo de extinción del contrato de trabajo desde el comienzo del periodo gestante.

2.6. Los días asimilados por parto

El artículo 235 de la LGSS establece que, siempre que existan cotizaciones a la Seguridad Social, a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán en favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad del periodo o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda. No es aplicable a los varones ni tampoco en aquellos supuestos en los que no exista cotización efectiva a la Seguridad Social.

La LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introducía este beneficio como una medida de acción positiva, con la finalidad de beneficiar a todas las mujeres cuando solicitan una pensión derivada de su actividad laboral, dado que esa actividad laboral se ha visto afectada por una circunstancia derivada de su sexo: es decir, la maternidad.

El beneficio se aplica a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente causadas a partir del 24 de marzo de 2007, teniéndose en cuenta los partos producidos con anterioridad o posterioridad a dicha fecha, independientemente del lugar en que se haya producido el parto, incluso cuando este se haya producido en el extranjero.

A estos efectos, se considerará que se ha producido el nacimiento cuando el hijo haya sido inscrito en el Registro Civil como persona (art. 30 CC). Aunque, cuando se trate de un aborto o mortinato, siempre y cuando la gestación hubiera sido de, al menos, ciento ochenta

ta días y se acredite mediante la inscripción en el legajo de abortos o archivo específico del Registro Civil, también podrá aplicarse este beneficio. Se genera así una coherencia total con la prestación por nacimiento y cuidado del menor, cuestión que debería observarse en el resto de los beneficios estudiados.

2.7. La orfandad

Como se ha indicado con anterioridad, la normativa civil admite la existencia de una vinculación jurídico-filial del concebido con sus padres anterior al propio nacimiento (Salvador Pacior, 2017, pp. 366-367) como puede observarse en las resoluciones judiciales que otorgan el mismo convenio regulador al nonato que a sus hermanos en caso de disolución matrimonial (Corripio Gil Delgado, 2018, p.154). Idéntico tratamiento otorga el artículo 3 de la Orden de 13 de febrero de 1967 para los hijos póstumos con relación a la pensión de orfandad.

Establece el artículo 224 de la LGSS que tendrán derecho a pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos e hijas de la persona fallecida, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación (biológica o por adopción), así como los hijos del cónyuge superviviente, siempre que cumplan determinadas condiciones. Los hijos del causante nacidos con posterioridad al fallecimiento de este podrán ser beneficiarios de orfandad, considerándose causada la prestación en la fecha de su nacimiento. También se consideran hijos póstumos aquellos concebidos después del fallecimiento de su padre mediante técnicas de reproducción asistida –fecundación *post mortem*–. Si el concebido es hijo, es porque la concepción biológica constituye una relación jurídica prenatal que genera deberes y derechos anteriores al nacimiento (Corripio Gil Delgado, 2018, p.152).

El artículo 29 del CC asigna capacidad al concebido para obtener y tutelar aquellos derechos que le son deferidos durante el tiempo de su gestación y que hará suyos en el momento del nacimiento, siempre que reúna las condiciones del artículo 30. A partir de ese momento, podrá consolidar la expectativa de derecho que le ha sido prorrogada durante el tiempo de permanencia en el útero materno (De la Iglesia Monje, 2011, p. 2220). Como beneficiario de la pensión de orfandad, lógicamente si se produce su propio fallecimiento al nacer, no será posible generar derecho económico alguno.

2.8. Las prestaciones familiares de pago único

Están constituidas por la prestación económica de pago único por nacimiento de hijo en familia numerosa, monoparental o padres o madres con discapacidad y la prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

2.8.1. La prestación económica de pago único por nacimiento de hijo en familia numerosa, monoparental o padres o madres con discapacidad

El artículo 351 de la LGSS establece una prestación de pago único, a tanto alzado, en caso de producirse un nacimiento o adopción en una familia monoparental, o numerosa o que, con tal motivo, adquiera dicha condición, y en los casos de madres o padres que padezcan una discapacidad en grado igual o superior al 65 % en el momento del parto o en la fecha de la adopción.

Serán causantes los hijos siempre que el nacimiento se haya producido en territorio español o la adopción se haya constituido o reconocido por autoridad española competente. Si el nacimiento o la formalización de la adopción se ha producido en el extranjero, cuando el nacido o adoptado se integre dentro de un plazo máximo de noventa días a contar desde su nacimiento o desde la formalización de la adopción, en un núcleo familiar con residencia en España.

Estas prestaciones fueron introducidas por la 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, y vienen a sustituir el pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos del RDL 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social. La finalidad no ha variado: bajo el marco de protección a la familia del artículo 39 de la CE, se establece una prestación económica para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas, y compensar, en cierto grado, los gastos ocasionados en el hogar familiar por la llegada del nuevo ser y fomentar así la natalidad ante la previsión de envejecimiento poblacional en nuestro país³³.

Quizá el supuesto protegible más discordante sea el de la familia monoparental ya que, al no existir un concepto uniforme de monoparentalidad en la normativa española, deben tenerse en cuenta múltiples elementos para definir su existencia. En este caso, la protección dispensada alcanzará a los nacimientos y adopciones de hijos, cuando solo exista un progenitor; es decir, no se concede cuando se constate la existencia de dos progenitores, aunque no convivan y aunque uno de ellos carezca de ingresos. También se considerarán familias monoparentales los supuestos en los que se hubiera producido el fallecimiento de uno de los progenitores en el momento del nacimiento o de la adopción y los casos en los que el otro progenitor sea desconocido por falta de determinación de la filiación. Este criterio puede extenderse, en su caso, a los supuestos de abandono de familia debidamente

³³ Del preámbulo de la 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.

acreditados. Sería aconsejable considerar a la mujer embarazada en riesgo de exclusión social como familia monoparental desde la propia concepción o bien, desde que el feto haya alcanzado los ciento ochenta días de gestación, y ello, aunque en el acto de alumbramiento no alcanzara la categoría de persona, pudiendo generar así para su progenitora la prestación familiar de pago único³⁴.

Cuando quede demostrado el reconocimiento e inscripción registral de la filiación paterna después de que a la madre se le haya concedido la prestación por monoparentalidad y abonado su importe por reunir los requisitos legales exigidos, se procederá de oficio a la revisión del acto declarativo del derecho a la prestación en perjuicio de la beneficiaria y a instar el reintegro de la cantidad indebidamente percibida, si esta no hubiere prescrito, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 146.2 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, por entender que la demora en dicho reconocimiento paternal es una actuación premeditada y fraudulenta de los progenitores para obtener la prestación.

En las prestaciones por nacimiento en situaciones de monoparentalidad, discapacidad o familia numerosa, será nuevamente el artículo 30 del CC el que defina el derecho, pudiendo percibir el pago único aun habiéndose producido el fallecimiento prematuro del menor siempre que se le considere persona. En estos supuestos, a pesar de que el objetivo principal de estas prestaciones es paliar el aumento de gastos que suponen las nuevas responsabilidades familiares, no se ha planteado debate alguno en los casos de muerte temprana del hijo. Es decir, al igual que pueden ser perceptores de la prestación familiar aquellos progenitores por los hijos que fallecen habiendo cumplido el artículo 30 del CC (caso en el que no se produce un incremento de gastos familiares), sería deseable extender la protección a aquellas gestaciones de más de ciento ochenta días para equiparar a todas las familias y otorgarles las mismas oportunidades.

Existen leyes autonómicas (Aliste Santos, 2011, p. 28)³⁵ en las que se incluye al concebido en el cómputo de los miembros de la unidad familiar a efectos varios, como la solicitud de plaza en centros escolares o la adquisición de la condición de familia numerosa. Estas normas no otorgan al *nasciturus* personalidad civil, pero proyectan efectos beneficiosos para la familia al permitirle alcanzar un número de miembros suficiente para estar debajo de un determinado nivel de rentas o ser considerados familia numerosa. En el caso de las

³⁴ La Rioja ha aprobado la Ley 4/2017, de 28 de abril, por la que se regula la renta de ciudadanía de La Rioja, en cuya disposición adicional segunda permite a las mujeres embarazadas en situación de riesgo social constituir por sí mismas una unidad familiar.

³⁵ La Ley 6/2009, de 30 de junio, de protección de la maternidad, de Valencia (hoy derogada) o la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia, de Galicia, que incluye la capacidad para ser parte como el equivalente procesal de la capacidad jurídica, o aptitud para ser titular de derechos o deberes, es decir, ser sujeto activo o pasivo en una relación jurídica procesal. El artículo 6.1. 2.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se la concede al concebido no nacido, a los efectos favorables.

prestaciones familiares de Seguridad Social, así como en el ingreso mínimo vital (IMV), sería deseable tener en cuenta al concebido no nacido en el cómputo de hijos, cuando con esta asimilación se obtenga un beneficio mayor, bastando con aportar la certificación médica que acredite el embarazo en el momento de la presentación de la solicitud.

2.8.2. La prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples

Regulada en el artículo 357 de la LGSS y en los artículos 3 y 23 del RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, consiste en una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples, incluido el supuesto de gestación por sustitución (práctica prohibida en España, pero que, curiosamente, recibe protección tanto por nacimiento y cuidado del menor como por prestaciones familiares³⁶).

El número de hijos nacidos o adoptados simultáneamente debe ser igual o superior a dos³⁷. El nacimiento o la formalización de la adopción debe haberse producido en España o, si se ha producido en el extranjero, que el nacido o adoptado vaya a integrarse, dentro de un plazo máximo de noventa días a contar desde su nacimiento o desde la formalización de la adopción, en un núcleo familiar en España.

A los efectos de esta prestación se considera también parto múltiple los embarazos múltiples cuando se produce el nacimiento de un hijo, continuando el embarazo con el otro u otros fetos unos días o semanas más, y posteriormente acontece el segundo alumbramiento³⁸. En todo caso, se considerarán nacidos cuando adquieran la personalidad según el artículo 30 del CC.

Teniendo en cuenta que los derechos de filiación nacen desde el mismo momento de la concepción, deberían computar todos aquellos hijos e hijas que, reúnan o no las condiciones establecidas en el artículo 30 del CC, hayan sido objeto de gestaciones de ciento

³⁶ STSJ de Madrid 726/2017, de 4 de diciembre. Aún queda pendiente discernir los efectos que sobre las prestaciones de Seguridad Social pueda tener la reciente Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución.

³⁷ Para el cómputo del número de hijos tenidos en cuenta para ser beneficiario de esta prestación, los afectados por una discapacidad igual o superior al 33 % computarán el doble. Sin embargo, para acceder a ella es necesario que el parto o la adopción, tratándose de hijos con una discapacidad igual o superior al 33 %, sea múltiple, sin que dé lugar a derecho alguno el nacimiento o la adopción de un solo hijo con una discapacidad igual o superior al 33 %.

³⁸ Criterio de Gestión del INSS 63/2000, hoy superado por el Criterio de Gestión del INSS 4/2026, de 9 de febrero.

ochenta o más días, ya que biológicamente el alumbramiento se ha producido y con este, el hecho causante de la prestación. A efectos jurídicos, en el ordenamiento español, el concebido es hijo de sus progenitores durante todo el periodo de gestación y debería tenerse en cuenta la pérdida del hijo a efectos prestacionales.

2.9. La prestación y el subsidio por desempleo

Las cargas familiares son determinantes tanto para la prestación como para el subsidio por desempleo. En el caso de la prestación sirven para modular su importe (art. 270 LGSS). En el subsidio, para regular el acceso a la protección siempre que no se supere un determinado umbral de rentas (art. 275 LGSS).

Se consideran cargas familiares, a efectos del desempleo, los hijos menores de 26 años, el cónyuge o los hijos incapacitados a cargo, o las personas mayores que viven en la unidad familiar, siempre que los ingresos sean inferiores al 75 % del salario mínimo interprofesional (SMI)³⁹. Precisamente en este punto y teniendo en cuenta que la relación filial nace desde el inicio de la gestación, debería estudiarse la posibilidad de computar al hijo concebido, pero no nacido, en atención a calcular el nivel de rentas de la unidad familiar para ser perceptor del subsidio por desempleo de naturaleza no contributiva.

No obstante, las cargas familiares computables son aquellas que existen en el momento del hecho causante, no siendo posible computar al no nacido como carga familiar hasta la fecha de su nacimiento. Es decir, en ningún caso cabe computar al *nasciturus* desde el hecho causante de la prestación para lucrar el subsidio, sino que el hecho causante se demorará hasta la llegada del *nasciturus*⁴⁰. En atención a la definición normativa de las cargas familiares, solo puede considerarse como efectiva responsabilidad familiar sobre el hijo nacido con vida, ya que para el inicio del subsidio deben concurrir en el momento del hecho causante tanto la situación de paro como la tenencia de responsabilidades familiares, circunstancia que no ocurre hasta el mismo alumbramiento.

³⁹ El RDL 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, ha modulado la fórmula para tener en cuenta las cargas familiares a efectos del subsidio por desempleo, indicando que no se excluirá al solicitante por percibir rentas propias por encima del 75 % del SMI, estableciendo que existirán responsabilidades familiares cuando el total de rentas de la unidad familiar entre el número de personas que la forman, incluido el solicitante, no supere el 75 % del SMI.

⁴⁰ Criterio de Actuación del SEPE de 26 de junio de 2025: <https://www.google.com/url?sa=i&source=web&rct=j&url=https://www.sepe.es/en/SiteSepe/contenidos/personas/prestaciones/pdf/1.Ficha-06-010.-Definitiva.pdf&ved=2ahUKEwjR6KK7qP6SAxVxRKQEHVMRP0oQqYcPegQIBxAC&opi=89978449&cd&psig=AOvVaw1lmsQK0vYMKivJrDOIJFI&ust=1772441286218000>

2.10. El ingreso mínimo vital y las prestaciones familiares de pago periódico

El RDL 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el IMV⁴¹, introduce una nueva prestación de Seguridad Social dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas. El IMV ha venido a sustituir a la prestación familiar por hijo a cargo de menores de dieciocho años sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33 %, cuya estructura actual se desarrolla en los artículos 351 y siguientes de la LGSS tras las reformas del RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social y que nace de la necesidad de proteger a las familias por el aumento de cargas económicas que producen los hijos (y asimilados) a cargo.

El artículo 10 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el IMV, dispone que no será necesario estar en posesión del periodo previo de un año de residencia legal y efectiva en España en caso de hijos recién nacidos, ni tampoco el periodo previo de antigüedad de seis meses en la constitución de la unidad familiar. Esto es así por dos razones: la primera, porque la filiación surge desde el propio momento de la concepción, aunque sus efectos se posponen al momento en que se produzca el alumbramiento, y la segunda, porque resulta imposible establecer el periodo previo de convivencia y residencia al no nacido.

Estando de acuerdo en que el abono de la prestación económica por el nuevo miembro familiar no puede darse hasta que este no forme parte efectiva y real del núcleo familiar, sí que podría otorgarse una protección reforzada a las familias que esperan la llegada de un hijo con el fin de fomentar la natalidad. Se trataría de beneficiar únicamente aquellos supuestos en los que uno de los miembros de la unidad de convivencia se encuentra en estado de gestación a partir de los ciento ochenta días. Sería deseable adaptar las consideraciones del derecho civil al derecho de la Seguridad Social, y tener en cuenta que el concebido ocupa una posición de hijo, reconociéndosele así los vínculos paternofiliales desde su propia concepción. Esta vinculación subjetiva entre el concebido y sus progenitores debería tener un impacto en la unidad familiar donde el menor está llamado a integrarse, cuando esta integración resulte más beneficiosa, a efectos del cómputo de rentas o de la consideración como familia numerosa, y ello con independencia de un posible fallecimiento temprano del menor.

Establece el artículo 11 de la Ley 19/2021 que, para la determinación de la situación de vulnerabilidad económica a la que se refiere el artículo 10, se tomará en consideración la

⁴¹ Actualmente sustituido por la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el IMV.

capacidad económica de la persona solicitante beneficiaria individual o, en su caso, de la unidad de convivencia en su conjunto, computándose los recursos de todos sus miembros. Se apreciará que concurre este requisito cuando el promedio mensual del conjunto de ingresos y rentas anuales computables de la persona beneficiaria individual o del conjunto de miembros de la unidad de convivencia, correspondientes al ejercicio anterior, en los términos establecidos en el artículo 20, sea inferior, al menos en 10 euros, a la cuantía mensual de la renta garantizada con esta prestación que corresponda en función de la modalidad y del número de miembros de la unidad de convivencia.

Así, debería tenerse en cuenta al hijo no nacido a efectos del cómputo de ingresos de la unidad familiar durante todo el tiempo de la gestación o, siguiendo las consideraciones del CC español, al menos a partir de los ciento ochenta días de gestación. Sería adecuado que, al igual que para generar derecho al IMV durante un ejercicio económico se tengan en cuenta los ingresos del ejercicio anterior, si durante este periodo temporal existiera una madre gestante en la unidad de convivencia, dicho menor debiera tenerse en cuenta a efectos del cómputo de rentas, independientemente de su posible fallecimiento repentino.

El artículo 11 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, quedaría redactado en los siguientes términos:

Artículo 11. Situación de vulnerabilidad económica.

1. Para la determinación de la situación de vulnerabilidad económica a la que se refiere el artículo 10, se tomará en consideración la capacidad económica de la persona solicitante beneficiaria individual o, en su caso, de la unidad de convivencia en su conjunto, computándose los recursos de todos sus miembros. A los solos efectos del cómputo de ingresos se tendrán en cuenta como miembros de la unidad de convivencia a los hijos e hijas no nacidos cuando se trate de gestaciones iguales o superiores a ciento ochenta días.

[...]

2.11. Asistencia sanitaria

El derecho a la asistencia sanitaria del *nasciturus*, tanto desde la gestación como en su nacimiento posterior, se apoya directamente sobre su condición humana (Femenía López, 1997, p. 91). Es decir, la asistencia sanitaria está intrínsecamente relacionada con el derecho a la vida y la integridad física. Es en este punto donde mayormente se evidencia que el concebido es titular de los derechos personales relativos a su sustrato biológico y que él mismo es destinatario de una protección que no depende del nacimiento (Corripio Gil Delgado, 2018).

Se prohíbe así la expulsión del territorio español a la extranjera encinta⁴² como medida de protección del niño que aún no ha nacido. Subyace aquí una protección cuidadosa del concebido en su condición de ser humano (Hoyos Castañeda, 1992, p.183). El concebido tiene derecho a la misma cobertura médica de la que gocen sus progenitores y, en su defecto, a la cobertura médica estatal española y ello desde el mismo momento de la concepción, independientemente de que llegue a reunir finalmente las condiciones del artículo 30 del CC o no. Se asimila así el concebido al hijo menor de edad, protegiendo a su madre gestante y siendo titular de un derecho subjetivo con base en el artículo 29 del CC, independientemente de que llegue a obtener personalidad o no.

3. A modo de conclusión

Como no puede ser de otro modo, el artículo 30 del CC modula el derecho a la protección social del hijo no nacido. Existen prestaciones para las que la adquisición de personalidad no es significativa (periodo de cotización asimilado por parto o prestación por nacimiento y cuidado del menor cuando el embarazo alcanza los ciento ochenta días, siempre que no se trate del progenitor diferente a la madre biológica en el supuesto de fallecimiento prematuro del hijo o hija). Existen, además, otros beneficios sociales que son efectivos desde la propia concepción, aunque condicionados al nacimiento, como la orfandad o la asistencia sanitaria.

Pero la mayoría de las prestaciones de Seguridad Social utilizan la consideración clásica de la adquisición retroactiva de personalidad y consideran al hijo nonato como titular de prestaciones en expectativa de derecho, culminando la protección únicamente cuando se reúnen las condiciones del artículo 30 del CC. Esto ocasiona situaciones de especial vulnerabilidad en el caso de la madre gestante que no verá cumplida su expectativa de derecho en supuestos como el IMV, el beneficio por cuidado de hijos o el complemento por brecha de género. Sería totalmente deseable que se realizara una consideración integral de la figura del *nasciturus* a efectos de prestaciones de Seguridad Social y que, en todo caso, en lugar de las condiciones establecidas en el artículo 30 del CC, se tuvieran en cuenta las gestaciones de, al menos, ciento ochenta días para generar derechos, en aplicación del artículo 29 del CC (simular que ha nacido a todos los efectos que le sean favorables).

La actual regulación civil se encuentra fundamentada en el derecho romano clásico que únicamente otorga capacidad jurídica plena al ser humano en el momento del nacimiento con vida. Este enfoque servía en un momento histórico en el que la medicina no podía adivinar si el feto estaba vivo o no dentro del seno materno, por lo que se realizaba la ficción de considerar vivo todo el tiempo de gestación al hijo que nacía vivo. Al amparo de los avan-

⁴² Artículos 57.6 y 58.4 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

ces médicos actuales, ya es posible determinar en cualquier momento si el concebido tiene vida o no, por ello, jurídicamente, ya no sería necesario utilizar esta primitiva argumentación que mantiene un enfoque meramente instrumental y se encuentra orientada a la actuación general en el tráfico jurídico. A pesar de que las leyes y la jurisprudencia han ido otorgando a la persona por nacer nuevas titularidades y beneficios hasta concederle una suerte de derechos en expectativa, la inexistencia de un «estatuto del *nasciturus*» ocasiona un trato desigual del concebido en el ámbito de la protección social.

Si el artículo 30 del CC establece la ficción jurídica de considerar al recién nacido vivo desde su concepción siempre que esté vivo en el alumbramiento, nada impediría que, demostrada la vida dentro del útero, pudiera causar prestaciones sociales, como la de nacimiento y cuidado del menor al progenitor diferente a la madre biológica, incluso producido el fallecimiento del nonato, siempre que ocurra después de los ciento ochenta días de gestación.

Sin entrar en delicadas consideraciones con respecto a otros temas relacionados, como el aborto o el derecho a la vida⁴³, a efectos de ser causante de beneficios en materia de Seguridad Social, sobre todo si estos están relacionados con el estado de gestación de la madre biológica, resulta plenamente aconsejable que sean tenidas en cuenta las gestaciones de, al menos, ciento ochenta días con el fin de realizar la plena equiparación entre todas las prestaciones de Seguridad Social. Debe considerarse así al no nacido como un sujeto en vías de ser personalizado, pero titular de derechos inherentes a su ser. La ausencia de un «estatuto del *nasciturus*», que clarifique la posición del concebido en general y en materia de prestaciones sociales en particular, ha ocasionado que se le niegue la condición de sujeto causante, produciendo vulnerabilidad y discriminación a sus progenitores.

Referencias bibliográficas

- Aguilera Izquierdo, R. y Gil Plana, J. (2010). *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*. Civitas.
- Aliste Santos, T. J. (2011). *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*. Atelier.
- Aragón Gómez, M. C. (2019). La prestación por nacimiento y cuidado de menor, fruto de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. *Revista española de Derecho del Trabajo*, 219, 229-239.

⁴³ Evitando posibles contradicciones que pudieran existir con respecto a la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, más tras la STC 44/2023, de 9 de mayo, que ampara su constitucionalidad.

- Arroyo Amayuelas, E. (1992). *La protección al concebido en el Código Civil*. Civitas.
- Barcelón Cobedo, S. y Quintero Lima, M. G. (2007). El impacto de la Ley para la Igualdad en el marco de la normativa de Seguridad Social. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 91, 233-262.
- Barrios Baudor, G. y Lasasa Irigoyen, E. (2009). Examen de la titularidad femenina del permiso por maternidad español a la luz del Derecho Social Comunitario. En M. Areta Martínez y A. V. Sempere Navarro (Dir.), *Cuestiones actuales de Derecho Social Comunitario* (pp. 571-580). Laborum.
- Corripio Gil Delgado, M. R. (2018). El ser humano en gestación. Hacia un estatuto civil del «hijo no nacido». *Revista de Derecho Civil*, 5(4), 139-182. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/311>
- Dólera Sevilla, I. (2025). La prescripción del derecho del trabajador al complemento por aportación demográfica. En D. Velasco Fernández, J. L. Monereo Pérez, M. N. Moreno Vida y J. A. Maldonado Molina (Dir.), *La brecha de género en pensiones* (pp. 821-837). Laborum.
- Femenía López, P. J. (1997). «Status» jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido «in vitro» [Tesis doctoral, Universidad de Alicante]. RUA. Repositorio Universidad de Alicante. <http://hdl.handle.net/10045/3491>
- Fernández Nieto, L. A. (2023). Las nuevas contingencias comunes en las prestaciones por incapacidad temporal tras la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Diario La Ley*, 10338.
- Fernández-Peinado Martínez, A. (2013). *La prestación por maternidad*. Bomarzo.
- Garabal, M. (2016). La protección del *nasciturus* en el proceso de divorcio. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 12, 1-8. <https://doi.org/10.25115/ridj.v5i12.1865>
- Hoyos Castañeda, I. M. (1992). La dimensión jurídica de la persona humana. *Persona y Derecho*, 26, 159-187. <https://doi.org/10.15581/011.32259>
- Iglesia Monje, M. I. de la. (2011). La protección del *nasciturus* y su proyección en la jurisprudencia civil actual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 726, 2217-2226. <https://www.revistacritica.es/index.php/rcdi/article/view/2100>
- Llorens Espada, J. (2018). Nuevos retos de las prestaciones de la seguridad social por maternidad y paternidad. *Lan Harremanak - Revista de Relaciones Laborales*, 38, 126-151. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.18895>
- López Gandía, J. (2009). Medidas de Seguridad Social en la Ley de Igualdad. En M. B. Cardona Rubert (Coord.ª), *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar* (pp.147-185). Bomarzo.
- López Insua, B. M. (2023). Derecho a trabajar «sin dolor»: la cara femenina de la incapacidad temporal tras la LO 1/2023, de 28 de febrero. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 11(2), 42-59. https://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/view/1269

- Lousada Arochena, J. F. (2019). Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo: Una primera aproximación. *Revista Derecho Social y de la Empresa*, 11, 70-97. <https://doi.org/10.18172/redsye.6198>
- Maldonado y Fernández del Torco, J. (1946). *La condición jurídica del «nasciturus» en el Derecho español*. Ministerio de Justicia.
- Maldonado Molina, J. A. (2023). El controvertido complemento por maternidad (por aportación demográfica). Un repaso de las principales cuestiones debatidas judicialmente, desde la STJUE de 12 de diciembre de 2019 a la de 14 de septiembre de 2023. *Revista Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 106.
- Maldonado Molina, J. A. (2025). Una revisión de los problemas judiciales planteados por el complemento por maternidad. En J. L. Monereo Pérez, M. N. Moreno Vida y J. A. Maldonado Molina (Dir.), *La brecha de género en pensiones* (pp. 625-665). Laborum.
- Molina Navarrete, C. (2023). El «bamboleo» de la perspectiva de género (y de infancia) en la reciente jurisprudencia: ¿se puede compensar el «daño de maternidad» (incluso monoparental) a través de la Seguridad Social sin su judicialización total? Con ocasión de las Sentencias del Tribunal Supremo 111/2023, de 8 de febrero, 167/2023, de 27 de febrero, y 169/2023, de 2 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 181-199. <https://doi.org/10.51302/rts.2023.18731>
- Moreno Mozo, F. (2010). Requisitos del nacimiento: Análisis del art. 30 CC. *Diario La Ley*, 7361.
- Pastor Martínez, A. (2019). Las medidas laborales del Real Decreto-ley 6/2019, de 1.º de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. *IUSLabor. Revista d'Anàlisi del Dret del Treball*, 1, 187-209. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2019.i01.03>
- Polo Arévalo, E. M. (2007). Origen y significado del principio «conceptus pro iam nato habetur» en Derecho Romano y su recepción en Derecho Histórico Español y en el vigente Código Civil. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 11, 719-740.
- Pozo Vilches, J. A. (1991). *El reconocimiento de la filiación. Sus requisitos complementarios*. Trivium.
- Real Montero, S. (2016). La corresponsabilidad en la Unión Europea, un camino por recorrer. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 6(1), 179-200. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/1661
- Rodríguez Escanciano, S. (2008). *La familia en el ámbito jurídico-laboral. Situación y protección*. Tirant lo Blanch.
- Romero Coloma, A. M. (2016). El «nasciturus» en el Derecho español actual, problemática jurídica en torno a los artículos 29 y 30 del Código Civil. *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 70, 395-408.
- Salvador Pacior, P. (2017). La figura del «Nasciturus» ante la ruptura de la relación sentimental de sus progenitores. *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 75, 363-373.
- Sánchez-Rodas Navarro, C. (2023). La gestación como supuesto excluido para lucrar el complemento de pensión del artículo 60 TRLGSS. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 8(1), 8-11. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.01>

- Sempere Navarro, A. V. (2024). Complemento de pensiones por aportación demográfica o brecha de género (art. 60 LGSS). Una sinopsis. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11.
- Ubertazzi, B. (2008). La ley reguladora de la subjetividad del «nasciturus». *Anuario de Derecho Civil*, 61(3), 1361-1387. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/3616>
- Ureña Carazo, B. (2015). Hacia una corresponsabilidad parental. La superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia. *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 69, 49-69.
- Vedera Server, R. (2012). *Lecciones de Derecho Civil. Derecho Civil I*. Tirant lo Blanch.
- Velayos Jorge, J. L. (2000). Comienzo de la vida humana. *Cuadernos de Bioética*, 11(41), 29-36.
- Vivero Serrano, J. B. (2021). *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*. Comares.

María Alexandra Díaz Mordillo. Pertenece al Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social. Licenciada en Historia del Arte por la Universidad de Salamanca y Título Superior de Experto en Seguridad Social por la Universidad Complutense de Madrid. Funcionaria del INSS desde el año 2005 y colaboradora habitual de diferentes publicaciones académicas y editoriales. Desde el año 2017 pertenece al grupo de trabajo I-Consulta, encargado de la custodia, actualización y optimización de la base de datos normativa del INSS. <https://orcid.org/0000-0001-8619-3592>

El tratamiento de los datos biométricos para realizar controles de acceso y presencia en el ámbito laboral

José Luis González San Juan

Doctor en Derecho Privado.

Universidad de Salamanca (España)

Ingeniero de Telecomunicaciones.

Universidad Politécnica de Madrid (España)

joselgon2006@usal.es | <https://orcid.org/0000-0002-0613-7302>

Extracto

En este trabajo defendemos la tesis de que será difícil levantar la prohibición general del tratamiento de los datos biométricos de los trabajadores para realizar controles de acceso o de presencia en el ámbito laboral, pues casi siempre existirán alternativas menos lesivas que no requieran utilizar esta categoría especial de datos, y, si bien se permite que un convenio colectivo establezca una autorización expresa del tratamiento (siempre que prevea unas garantías adecuadas), consideramos que esta última opción debe ser normalmente descartada, ya que puede poner en grave riesgo los derechos fundamentales de los trabajadores. Finalmente, abogamos por una prohibición expresa, *de lege ferenda*, de estos tipos de tratamientos en el ámbito laboral.

Palabras clave: datos biométricos; control de acceso; control de presencia; minimización de datos; identificación; autenticación; inteligencia artificial; registro horario.

Recibido: 26-02-2026 / Revisado: 28-03-2026 / Aceptado: 31-03-2026 / Publicado: 07-05-2026

Cómo citar: González San Juan, J. L. (2026). El tratamiento de los datos biométricos para realizar controles de acceso y presencia en el ámbito laboral. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 51-80. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25061>

The processing of biometric data to perform access and attendance controls in the workplace

José Luis González San Juan

PhD in Private Law.

University of Salamanca (Spain)

Telecommunications Engineer.

Technical University of Madrid (Spain)

joselgon2006@usal.es | <https://orcid.org/0000-0002-0613-7302>

Abstract

In this paper we defend the thesis that it will be difficult to lift the general prohibition on the processing of workers' biometric data for access or attendance controls in the workplace, since there will almost always be less harmful alternatives that do not require the use of this special category of data, and, although a collective agreement is allowed to establish an express authorization for the processing (provided that it provides for adequate safeguards), we consider that this last option should normally be discarded, since it can seriously jeopardize the fundamental rights of workers. Finally, we advocate for an express prohibition, *de lege ferenda*, of these types of treatment in the workplace.

Keywords: biometric data; access control; attendance control; data minimization; identification; authentication; artificial intelligence; time tracking.

Received: 26-02-2026 / Reviewed: 28-03-2026 / Accepted: 31-03-2026 / Published: 07-05-2026

Citation: González San Juan, J. L. (2026). The processing of biometric data to perform access and attendance controls in the workplace. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 51-80. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25061>

Sumario

1. Introducción
 2. Cuestiones previas
 - 2.1. La protección de los datos personales como derecho fundamental
 - 2.2. Principales normas que debemos tener en cuenta para nuestro análisis
 - 2.3. Licitud del tratamiento
 - 2.4. Conceptos de dato biométrico y de sistema biométrico
 - 2.5. Categorías especiales de datos
 - 2.6. Identificación, autenticación, control de acceso y control de presencia
 - 2.7. Decisiones automatizadas
 3. Requisitos para realizar un tratamiento de datos biométricos en el ámbito laboral y evaluación de impacto de protección de datos
 - 3.1. Descripción de los tratamientos que se van a realizar, así como los fines buscados
 - 3.2. Levantamiento de la prohibición para tratar datos biométricos en el ámbito laboral con fines de control de acceso o de presencia
 - 3.2.1. Consentimiento explícito del interesado (art. 9.2 a) RGPD)
 - 3.2.2. El tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos (art. 9.2 b) RGPD)
 - 3.2.3. El tratamiento es necesario para la autenticación del interesado y los datos biométricos están bajo su control exclusivo (futuro art. 9.2 l) RGPD, propuesta legislativa de la UE «Ómnibus digital»)
 - 3.3. Licitud del tratamiento (art. 6 RGPD)
 - 3.4. Principio de minimización de datos y triple juicio de proporcionalidad
 - 3.5. Cumplimiento del resto de requisitos del RGPD
 - 3.6. Evaluación de riesgos y garantías organizativas, técnicas y jurídicas
 - 3.7. Otras cuestiones para tener en cuenta en la evaluación de impacto
 4. Conclusiones y propuesta final
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

La utilización de datos biométricos en el ámbito laboral para llevar a cabo controles de acceso o de presencia puede dar lugar a vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores, y por ello, con carácter general, su tratamiento está prohibido por la normativa de protección de datos al tratarse de una categoría especial de datos personales, si bien se prevén una serie de excepciones que permiten levantar esta prohibición genérica. Además, la presencia cada vez más frecuente de inteligencia artificial (IA) en estos sistemas incrementa aún más los riesgos.

En este artículo estudiaremos si alguna de las excepciones previstas en la normativa de protección de datos podría ser aplicable para levantar la prohibición del tratamiento de los datos biométricos, pero antes de ello, y con un carácter esencialmente propedéutico, vamos a repasar algunos conceptos relevantes que deberán tenerse en cuenta a la hora de profundizar en nuestro análisis.

2. Cuestiones previas

2.1. La protección de los datos personales como derecho fundamental

En primer lugar, es preciso recordar que el derecho a la protección de los datos personales es un derecho fundamental autónomo (González Mendoza, 2025, p. 431) reconocido en el artículo 18.4 de la Constitución Española (CE), así como también en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), gozando, por ende, de la protección reforzada que otorga nuestro ordenamiento jurídico a todos los derechos fundamentales. Por ejemplo, el artículo 53.1 de la CE establece la reserva de ley para su regulación (Sierra Hernáiz, 2021, p. 69), y el artículo 53.2 de la CE determina su especial protección ante los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, así como con el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC), en su caso.

Este derecho se traduce en un poder de disposición del individuo sobre sus propios datos personales, así como también en la facultad de control sobre el uso y destino de estos, con el objetivo de impedir su tráfico ilícito y evitar actuaciones lesivas para la dignidad o los derechos de su titular (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.º).

Un dato personal es cualquier información que identifique o permita identificar a una persona física, concepto que debe entenderse en un sentido muy amplio (Sierra Hernáiz, 2021, p. 25), de forma que incluye toda la información obtenida como resultado del tratamiento de los propios datos personales, siempre que se refiera a una persona física identificada o identificable. También debe entenderse en sentido amplio el concepto de «tratamiento» (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de mayo de 2023, asunto C-487/21, CRIF GmbH, apdos. 23-27, y de 22 de junio de 2023, asunto C-579/21, Pankki S., apdos. 42-46).

2.2. Principales normas que debemos tener en cuenta para nuestro análisis

En el ámbito de la Unión Europea (UE), la principal norma relativa a los datos personales es el Reglamento (UE) 2016/679, Reglamento general de protección de datos (RGPD), en el que se consagra un modelo de protección de datos desde el diseño y por defecto.

Además, y dado que el tratamiento de los datos biométricos vendrá normalmente acompañado del uso de IA, también habrá que tener en cuenta las previsiones del Reglamento (UE) 2024/1689, Reglamento de IA (RIA).

Y, ya específicamente dentro del ordenamiento jurídico español, resultan relevantes la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), y el Real Decreto-Ley (RDL) 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, que modifica el artículo 34 del ET en relación con el registro de la jornada laboral.

En todo caso, conviene aclarar que la enumeración anterior no pretende ser, ni mucho menos, exhaustiva, ya que existen diversas normas específicas que deberán considerarse cuando resulten aplicables a cada caso concreto¹.

¹ Por ejemplo, como bien apunta González Mendoza (2025, p. 432), el Reglamento 2018/1725, de 23 de octubre, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de estos datos, y también la Directiva 2016/680, de 27 de abril, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, directiva transpuesta por la Ley orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

2.3. Licitud del tratamiento

Para que cualquier tratamiento de datos personales sea lícito deberá cumplirse al menos una de las condiciones que se detallan de forma exhaustiva en el artículo 6 del RGPD.

En el ámbito laboral, que es el que nos ocupa, las condiciones de licitud que habitualmente se aplican son las previstas en los apartados b) y c) de dicho artículo, esto es, cuando el tratamiento es necesario para ejecutar un contrato en el que el interesado es parte (que en este caso normalmente será el contrato de trabajo) y cuando se requiere para el cumplimiento de una obligación legal del responsable del tratamiento (por ejemplo, para realizar los pagos a la Seguridad Social). No obstante, también se podría aplicar la condición incluida en el apartado a), el consentimiento del interesado, aunque como veremos *infra* con bastantes limitaciones, porque normalmente este consentimiento no va a ser libre en el ámbito laboral, debido al desequilibrio que prácticamente siempre existe entre el trabajador y el empresario.

2.4. Conceptos de dato biométrico y de sistema biométrico

El artículo 4.14 del RGPD define «datos biométricos» como aquellos datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona. Se trata, pues, de una información generada por el propio cuerpo del titular de los datos (Navalón Arnal, 2025, p. 24).

Según ha puesto de manifiesto la doctrina (Mercader Uguina, 2024, p. 5; Muñoz Ruiz, 2023, p. 29), los datos biométricos son universales (todas las personas los tienen, salvo algunas excepciones), unívocos (permiten distinguir a un individuo), permanentes (normalmente se mantienen en el tiempo) y medibles (pueden ser cuantificados).

Por otra parte, podemos distinguir dos tipos o categorías de datos biométricos (Sierra Hernáiz, 2021, p. 103): por un lado, los que se corresponden con características físicas o fisiológicas del sujeto (por ejemplo, las huellas dactilares o la imagen del rostro), y por otro, aquellos que tienen que ver con su conducta o comportamiento (*v. gr.*, los movimientos al andar o las expresiones faciales). No obstante, también es posible distinguir una tercera categoría, la conformada por aquellos datos que tienen que ver con aspectos psicológicos, como puede ser la respuesta de una persona a una prueba psicológica específica (Mercader Uguina, 2024, p. 9; 2020, p. 9).

No obstante, aunque un determinado dato personal asociado a las características físicas, fisiológicas o conductuales de un sujeto permita su identificación, es posible que el tratamiento esté dirigido a otro fin distinto, y en ese caso podrá no tener la consideración

de dato biométrico. Así, una fotografía puede ser un dato biométrico si se procesa para identificar a una persona física que aparece en ella, pero cuando se utilice para otros fines distintos podría no serlo (considerando 51 RGPD).

El hecho de que los datos biométricos estén ínsitamente asociados a su titular provoca que sea muy sencillo realizar su tratamiento sin que el interesado llegue siquiera a saberlo (Barona Vilar, 2024, p. 320; González Mendoza, 2025, p. 448; Rodríguez-Piñero Royo, 2019, p. 96), por ejemplo, incorporando reconocimiento facial en un sistema de videovigilancia que ya estuviera implantado (González Mendoza, 2025, p. 460), algo que sería tan sencillo como añadir el módulo *software* de reconocimiento facial, pues el resto de la instalación ya estaría realizada (además, en el caso del reconocimiento facial podría verse afectado el derecho a la propia imagen del interesado, ex art. 18.1 de la CE).

Por otra parte, los sistemas biométricos son aquellos que recogen y procesan datos biométricos, que van a ser almacenados normalmente en forma de plantillas biométricas². Una plantilla biométrica no es más que el modo de estructurar los datos para que sean interpretados por una máquina, y normalmente será una representación matemática normalizada (vector de características, conjunto de descriptores, modelo paramétrico, etc.) obtenida a partir del dato biométrico y que contiene toda la información relevante para el tratamiento, de forma que no sea necesario almacenarlo en bruto ni trabajar directamente con él durante el procesado.

Suele exigirse la imposibilidad de reversión de la plantilla como una garantía para su titular, esto es, que no sea posible reconstruir el dato biométrico original a partir de esta (ni tampoco una réplica funcionalmente equivalente).

La plantilla no se asigna a una determinada persona, como ocurre, por ejemplo, con una tarjeta de identificación, sino que es generada directamente a partir de sus características físicas, fisiológicas o conductuales, características que son normalmente únicas e inalterables para cada individuo, y por ello, puede constituir un identificador unívoco de dicha persona, tal y como indica la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD, 2023, p. 5).

La principal ventaja de la utilización de datos biométricos es que estos son únicos y permanentes para cada individuo, lo que permite diferenciarlo de forma relativamente sencilla dentro de un colectivo, evitando fraudes, al ser muy complicada (o incluso imposible) la cesión del dato biométrico a otra persona para que, por ejemplo, fiche en su lugar, algo que resulta más sencillo en un sistema basado en tarjetas con pin o contraseña (Navalón Arnal, 2025, p. 24; Fernández Orrico, 2020, epígrafes III y V.2).

² Barona Vilar (2024, pp. 305-317) ha recopilado una lista con los sistemas biométricos más utilizados actualmente y sus principales características.

No obstante, como cualquier otra tecnología, también puede ser vulnerada. Bajo determinadas circunstancias se podrían reproducir o simular los datos biométricos para engañar al sistema³ o bien sustituir o falsificar las plantillas biométricas, y el problema es que la intrusión podría traducirse en un robo de identidad perpetuo, pues una contraseña o un pin se pueden cambiar, pero los datos biométricos no pueden modificarse, como bien indica la Agencia Catalana de Protección de Datos (APDCAT, 2022, p. 11), pudiendo, además, afectar no solo al sistema atacado sino a cualquier otro en el que el sujeto utilice ese concreto dato biométrico (Navalón Arnal, 2025, p. 24).

Finalmente, conviene tener presente que los sistemas biométricos no son perfectos (realmente, ningún sistema lo es), de forma que siempre existirá un porcentaje de error, tanto por falsos positivos (el resultado del tratamiento es una aceptación cuando debería haber sido un rechazo) como por falsos negativos (se rechaza cuando tendría que aceptarse).

2.5. Categorías especiales de datos

Los datos biométricos son, por su propia naturaleza, datos cuyo tratamiento puede dar lugar a graves vulneraciones de los derechos fundamentales de sus titulares. Además, tienen la peculiaridad de que pueden ser utilizados muy fácilmente para otros fines adicionales a los inicialmente buscados, lo cual incrementa enormemente sus riesgos (AEPD, 2023, p. 12). De hecho, el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD, 2023, pp. 15-16), en un documento sobre directrices relativas al reconocimiento facial, ha venido a indicar que el tratamiento de datos biométricos, en cualquier circunstancia y con independencia del resultado, constituye una injerencia en los derechos fundamentales de los interesados (González Mendoza, 2025, p. 454).

Por todo ello, el artículo 9 del RGPD establece que los datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física son una categoría especial de datos cuyo tratamiento queda prohibido con carácter general, si bien se establecen ciertas excepciones en ese mismo artículo, algunas ciertamente bastante amplias, que, no obstante, entendemos habrán de ser interpretadas de forma restrictiva (Sierra Hernáiz, 2021, p. 87). Se incluyen en la prohibición tanto la identificación como la autenticación, y el concepto de «categoría especial» igualmente debe interpretarse de manera amplia (AEPD, 2023, p. 13).

Adicionalmente, también podría estar prohibido el tratamiento cuando revele información sensible del sujeto (origen étnico, datos de salud, etc.), algo que resulta relativamente

³ Por ejemplo, en los tratamientos de huellas dactilares, copiándolas mediante un molde o con fotos o escaneos del dedo, y cuando se utilice reconocimiento facial, mediante máscaras o bien utilizando fotos o vídeos *deepfakes* (González San Juan, 2022, pp. 600-601).

sencillo cuando se procesan datos biométricos, ya que, como esta información está implícita en los propios datos, el titular no puede impedir su recogida⁴.

El concepto «revele» nuevamente habrá de ser interpretado de forma amplia, y deberá tenerse en cuenta que los datos biométricos normalmente permiten inferir y recoger muy fácilmente esas otras categorías especiales de datos, como datos relativos a la salud o datos que evidencien el origen étnico o racial (AEPD, 2023, p. 13; Muñoz Ruiz, 2023, pp. 31-32). Por ejemplo, es relativamente sencillo obtener la temperatura o la presión sanguínea del sujeto al registrar su huella dactilar, o incluso información relativa a sus hábitos de consumo, pues es posible detectar trazas de drogas, explosivos, medicamentos consumidos u otras sustancias con las que ha estado en contacto (Bailey, 2018).

Además, el desarrollo tecnológico actual permite inferir también la actitud, el estado de ánimo, o incluso prever el comportamiento futuro de un sujeto a partir del análisis de sus datos biométricos, por ejemplo, mediante reconocimiento facial predictivo o el procesado de su voz⁵.

2.6. Identificación, autenticación, control de acceso y control de presencia

La identificación es un tratamiento de datos cuyo fin es determinar la identidad de una persona, esto es, singularizarla dentro de un conjunto determinado de individuos (operación 1 a N), mientras que la autenticación es la verificación de que un sujeto es realmente quien dice ser (operación 1 a 1). No obstante, aunque en ambos casos se llega finalmente a conocer la identidad de la persona (González Mendoza, 2025, p. 453), los riesgos asociados a la identificación (operación 1 a N) son sustancialmente mayores (AEPD, 2025, p. 5).

Por otra parte, el control de acceso es un tipo de tratamiento orientado a permitir o denegar a un sujeto la entrada a un determinado lugar o la utilización de un recurso concreto, mientras que el control de presencia tiene por finalidad registrar el tiempo que la persona física ha estado en ese sitio o ha utilizado dicha facilidad.

Tanto el control de acceso como el control de presencia pueden realizarse con fines laborales o con otros objetivos ajenos a una relación laboral.

⁴ Además, si se utiliza IA este tratamiento podría estar prohibido ex artículo 5.1 g) del RIA (Navalón Arnal, 2025, p. 25).

⁵ El artículo 5.1 f) del RIA prohíbe expresamente los sistemas de IA que permitan inferir las emociones de una persona física en los lugares de trabajo.

En el ámbito laboral, la forma más habitual de control de presencia es el registro de jornada, que fue regulado por el RDL 8/2019, de 8 de marzo, por el que se modifica el artículo 34.9 del ET, y que constituye tanto una obligación de la empresa como un derecho de los trabajadores y de sus representantes legales. Navalón Arnal (2025, p. 21) ha recopilado una breve revisión de la evolución de la obligación legal del registro de jornada en los últimos años.

La implantación del registro de jornada podrá llevarse a cabo mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa, o, en su defecto, por decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores, y deberá permanecer a disposición del trabajador, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social durante cuatro años (art. 34.9 ET).

En cuanto al control de acceso, en principio quedaría justificado con base en la facultad de dirección y control del empresario, ex artículo 20.3 del ET (AEPD, 2023, p. 7), siempre que no se utilicen categorías especiales de datos personales.

Todos los procesos anteriores (identificación, autenticación, control de presencia y control de acceso) requieren el tratamiento de datos personales y a su vez pueden llevarse a cabo mediante sistemas biométricos o bien a través de otros medios que no utilicen esta categoría especial de datos personales.

2.7. Decisiones automatizadas

En el caso de que el tratamiento de los datos biométricos diese lugar a decisiones automatizadas que pudieran afectar a los trabajadores, entonces deberá aplicarse el artículo 22 del RGPD, a tenor del cual no cabe realizar el tratamiento salvo que este se base en el consentimiento (9.2 a) RGPD) o en un interés público esencial (9.2 g) RGPD). Además, tendrán que tomarse medidas específicas para salvaguardar los derechos y libertades, así como los intereses legítimos del interesado (art. 22.4 RGPD).

Y dado que la forma más eficaz que existe hoy en día para llevar a cabo decisiones automatizadas es utilizar IA, la mayoría de los sistemas biométricos existentes actualmente la utilizan en mayor o menor grado, por lo que deberemos tener en cuenta el RIA, y especialmente su anexo III, en el que se indica cuáles son los sistemas de alto riesgo. De hecho, existen actualmente aplicaciones que permiten el uso de IA para la toma de decisiones en prácticamente todas las fases de la relación laboral (Rodríguez Pérez, 2025, p. 56).

Pero estos sistemas de IA incrementan aún más los riesgos asociados al tratamiento de los datos biométricos, añadiendo problemas de sesgos que pueden dar lugar a la denominada discriminación algorítmica, y también haciendo que el sistema funcione como una

caja negra en la que solamente se conocen las entradas (datos biométricos) y los resultados, pero es muy complicado (o a veces imposible) comprender cómo ha sido tomada la decisión, incluso para los propios desarrolladores del sistema.

Para intentar minimizar los riesgos de esta opacidad intrínseca a la IA se desarrolló una reforma legislativa, con el objetivo de tener mayor transparencia sobre sus algoritmos cuando sea implantada en el entorno laboral. En concreto, el artículo 64.4 d) del ET establece el derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos que afecten a las decisiones laborales (transparencia algorítmica).

No obstante, parte de la doctrina, con la que coincidimos, critica la falta de detalle de esta regulación, pues no establece claramente ni el momento ni la forma en que debe suministrarse la información, ni garantiza la intervención previa de la representación legal de los trabajadores (RLT) ante la implantación de un sistema de IA, ni tampoco se prevé qué ocurre cuando no existe RLT en una empresa (Rodríguez Pérez, 2025, p. 55). Es, por ello, un derecho a la información meramente pasivo.

En todo caso, es necesario tener presente que se trata de una cuestión complicada, puesto que la opacidad algorítmica, ínsita en los sistemas de IA, será normalmente un obstáculo para poder proporcionar una información útil, ya que, de hecho, muchas veces ni los diseñadores ni los programadores de los sistemas conocen los detalles del verdadero proceso que existe detrás de las tomas de decisiones de los algoritmos, especialmente cuando se trate de sistemas de aprendizaje profundo (*deep learning*), pues su funcionamiento dependerá, en gran medida, de la forma en que han sido entrenados, así como de los concretos datos utilizados para el proceso de aprendizaje.

Y, por otra parte, las empresas suministradoras de estos sistemas serán reticentes a dar una información que podría caer en manos de la competencia perjudicando su negocio, además de que puede estar protegida por derechos de propiedad intelectual en sentido estricto (normalmente derechos de autor) o de propiedad industrial (casi siempre secreto industrial).

3. Requisitos para realizar un tratamiento de datos biométricos en el ámbito laboral y evaluación de impacto de protección de datos

Como hemos visto, los datos biométricos son un tipo de dato personal especialmente protegido debido a que su utilización puede afectar gravemente a los derechos fundamen-

tales de sus titulares⁶, y, por ende, queda prohibido su tratamiento con carácter general, siendo posible solamente cuando se cumpla alguna de las excepciones previstas en el artículo 9.2 del RGPD.

Por ello, el responsable del tratamiento que vaya a implantar un sistema de control de presencia o de acceso en el ámbito laboral deberá, en primer lugar, levantar dicha prohibición general de tratamiento sobre la base de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 9.2 del RGPD, que es una lista exhaustiva.

Pero el levantamiento de la prohibición general del tratamiento no exime del cumplimiento de la licitud ex artículo 6 del RGPD, esto es, será preciso determinar también, en segundo lugar y una vez levantada la prohibición general de tratamiento, la condición que lo hace lícito, dentro de las enumeradas en la lista incluida en el artículo 6 del RGPD, también exhaustiva.

Y lo anterior deberá hacerse para cada uno de los fines con los que se vaya a realizar el tratamiento, tanto en lo que se refiere al levantamiento de la prohibición como a la licitud del tratamiento y, además, con carácter previo a la implantación del sistema.

Finalmente, en tercer lugar y nuevamente también con carácter previo a la puesta en marcha (Montesdeoca Suárez, 2024, p. 144), como el tratamiento de datos biométricos va a ser de alto riesgo en la práctica totalidad de los casos, deberá realizarse una evaluación de impacto de protección de datos (EIPD) ex artículo 35 del RGPD, y en su caso una consulta previa a la AEPD, pues, a tenor del artículo 36 del RGPD, el responsable del tratamiento deberá consultar con carácter previo a la AEPD cuando una evaluación de impacto muestre que el tratamiento entrañaría un alto riesgo si el responsable no tomara medidas para mitigarlo.

Un tratamiento es de alto riesgo cuando sea probable que se puedan vulnerar los derechos y libertades de las personas físicas, especialmente cuando se utilizan nuevas tecnologías (art. 35 RGPD). A tenor del artículo 35.4 del RGPD, la AEPD publica la lista de los criterios para determinar si existe alto riesgo⁷, de forma que normalmente existirá cuando se cumplan dos o más criterios de la lista. Y como los tratamientos de datos biométricos para identificación o autenticación cumplen como mínimo los criterios 4, 5 y 10 de dicha lista, consideramos que prácticamente siempre serán de alto riesgo, requiriendo, por ende, la EIPD.

⁶ En principio, la implantación de un sistema biométrico en una empresa no supondrá una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ex artículo 41 del ET, al no afectar a ninguna de las materias contempladas en dicho artículo (Mercader Uguina, 2020, epígrafe 5.1; Muñoz Ruiz, 2023, p. 39).

⁷ <https://www.aepd.es/documento/listas-dpia-es-35-4.pdf>

No obstante, la realización de la EIPD no excluye el cumplimiento del resto de requisitos establecidos en la normativa de protección de datos.

También es preciso recordar que el responsable del tratamiento debe establecer una gestión del riesgo (art. 24.1 RGPD), aplicando las medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme al RGPD. Y todo ello tiene que realizarse desde el diseño y por defecto ex artículo 25 del RGPD (AEPD, 2023, p. 23).

Además, el artículo 24.1 del RGPD indica que es responsabilidad del encargado del tratamiento revisar y actualizar las medidas siempre que sea preciso, correspondiéndole también la carga de la prueba (principio de responsabilidad proactiva, art. 5.2 RGPD).

Y si bien la EIPD deberá realizarse, como ya hemos indicado, con carácter previo al inicio del tratamiento, esto no excluye que deba actualizarse periódicamente o cuando las circunstancias así lo aconsejen.

En la EIPD entendemos que deberán incluirse, como mínimo, los siguientes puntos:

1. Descripción de los tratamientos que se van a realizar, así como los fines buscados.
2. Justificar el levantamiento de la prohibición general para el tratamiento de los datos biométricos según el artículo 9.2 del RGPD, para cada uno de los fines.
3. Justificar la licitud del tratamiento (art. 6 RGPD), también para cada uno de los fines.
4. Justificar el cumplimiento de los principios de minimización y de proporcionalidad.
5. Justificar el cumplimiento del artículo 22 del RGPD, cuando aplique, así como con el resto de los principios, derechos y obligaciones establecidas en el RGPD, y si se utilizara IA, también de las garantías reguladas en el RIA.
6. Evaluación de riesgos y descripción de las garantías organizativas, técnicas y jurídicas que vayan a establecerse para minimizar los efectos del tratamiento.
7. Detallar cualquier otra circunstancia presente en el caso concreto y que pudiera afectar a los riesgos del tratamiento o a sus consecuencias.

A continuación, vamos a comentar cada uno de estos puntos.

3.1. Descripción de los tratamientos que se van a realizar, así como los fines buscados

En la evaluación de impacto de protección de datos deben detallarse los tratamientos que se pretende implantar, así como los fines buscados. Eso implica describir la naturaleza del tratamiento, indicando los datos que se tratarán (con referencia a si alguno de ellos es de categoría especial), el tiempo y la forma en que van a conservarse, así como cualquier otra información relevante. Es preciso añadir, además, el contexto en el que se efectuará el tratamiento y los medios que se utilizarán para realizarlo, haciendo especial referencia a la tecnología o tecnologías que van a ser empleadas.

También debe detallarse quién es el responsable del tratamiento y, en su caso, el encargado del tratamiento, así como el público objeto de este, esto es, indicar si va a afectar a todos los empleados de la empresa o únicamente a ciertos colectivos, y si comprenderá también a los trabajadores de las subcontratas y/o al público visitante.

Además, hay que especificar el alcance físico del tratamiento, esto es, dónde va a realizarse: si se va a implantar solo en determinadas zonas concretas de las instalaciones de la empresa, si va a afectar únicamente a un centro de trabajo o a todos los centros (cuando hubiera varios), etc.

3.2. Levantamiento de la prohibición para tratar datos biométricos en el ámbito laboral con fines de control de acceso o de presencia

Como hemos visto, para llevar a cabo el tratamiento de una categoría especial de datos personales es preciso levantar la prohibición general establecida en el artículo 9.1 del RGPD. Por ello, el responsable del tratamiento debe justificar cuál de las excepciones previstas en el artículo 9.2 del RGPD resulta aplicable.

En el caso de la utilización de datos biométricos en el ámbito laboral podrían ser aplicables, en principio, las dos siguientes: a) que exista consentimiento del interesado (art. 9.2 a) RGPD); b) que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos (art. 9.2 b) RGPD).

No obstante, es preciso tener en cuenta la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican los Reglamentos (UE) 2016/679, (UE) 2018/1724, (UE) 2018/1725, (UE) 2023/2854 y las Directivas 2002/58/CE, (UE) 2022/2555 y (UE) 2022/2557 en lo que respecta a la simplificación del marco legislativo digital y se derogan los Reglamentos (UE) 2018/1807, (UE) 2019/1150, (UE) 2022/868 y la Directiva (UE) 2019/1024 (Ómnibus digital) {SWD(2025) 836 final}.

En esta reforma, que está actualmente tramitándose en la UE, se prevé añadir dos nuevas excepciones en el artículo 9.2 del RGPD (letras k y l), y una de ellas hace referencia al tratamiento de los datos biométricos, autorizándolo expresamente cuando sea necesario para la autenticación y los datos estén bajo control exclusivo del interesado (futuro art. 9.2 l) RGPD).

3.2.1. Consentimiento explícito del interesado (art. 9.2 a) RGPD)

La primera excepción que podría considerarse es la prevista en el artículo 9.2 a) del RGPD, esto es, la existencia de un consentimiento explícito del interesado para realizar el tratamiento de los datos biométricos para ese fin o fines concretos.

Además de explícito, y de conformidad con el artículo 4.11 del RGPD, el consentimiento debe ser libre, específico, informado e inequívoco. Pero, según se indica en el considerando 43 del RGPD, para garantizar que este consentimiento se haya prestado libremente, no será considerado válido cuando exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento.

Y, como en las relaciones laborales prácticamente siempre va a existir un desequilibrio de poder entre el empresario y el trabajador, consideramos, coincidiendo con la posición prácticamente unánime de la doctrina (AEPD, 2023, pp. 20-21; APDCAT, 2022, pp. 10 y 13; Rodríguez-Piñero Royo, 2019, p. 107; Róo García, 2024, pp. 4-5), que el consentimiento rara vez va a ser libre en el ámbito laboral, y por ende, que no puede establecerse, con carácter general, como una base jurídica válida para levantar la prohibición del tratamiento de los datos biométricos, ex artículo 9.2 a) del RGPD, con fines de control de acceso o de presencia.

Sin embargo, esto no significa que no se pueda utilizar el consentimiento en el ámbito laboral en ningún caso, pues cabrá hacerlo cuando el empresario pueda demostrar que el hecho de no otorgar el consentimiento no tendrá consecuencias adversas para el trabajador. Esto podría conseguirse, por ejemplo, ofreciendo una alternativa equivalente al empleado que no implicara un tratamiento de sus datos biométricos, y, por ende, que no necesitara su consentimiento para levantar la prohibición (Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía –CTPDA–, 2023, p. 4). Pero esto implicaría automáticamente que el tratamiento de los datos biométricos no sería realmente necesario para conseguir los fines buscados, de forma que se estaría vulnerando el principio de minimización de datos si se utilizaran datos biométricos para conseguir unos resultados que podrían alcanzarse perfectamente sin ellos. Además, recordamos que la carga de la prueba corresponde al encargado del tratamiento, con base en el principio de responsabilidad proactiva, ex artículo 5.2 del RGPD (APDCAT, 2022, p. 10).

Por todo ello y en nuestra opinión, el consentimiento solamente va a ser libre en el ámbito laboral en circunstancias excepcionales, y normalmente con respecto a tratamientos

accesorios a la relación laboral, por ejemplo, cuando se otorgue para publicar en la intranet fotografías del empleado tomadas durante una cena de empresa.

En cualquier caso, si en alguna situación se llegara a prestar un consentimiento libre en el ámbito laboral, consideramos que es imprescindible que se permita su revocación en cualquier momento y, obviamente, también sin consecuencias para el trabajador (Montes-deoca Suárez, 2024, p. 134). No obstante, esto no afectaría a la licitud de los tratamientos realizados con anterioridad a la retirada de ese consentimiento que fue otorgado válidamente (art. 13.2 c) RGPD).

3.2.2. El tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos (art. 9.2 b) RGPD)

De conformidad con el artículo 9.2 b) del RGPD, sería posible levantar la prohibición general del tratamiento de los datos biométricos cuando este sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos del responsable o del interesado y en la medida que lo autorice el derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de la conveniencia del interesado.

Esta excepción requiere, en primer lugar, que se cumpla el requisito de necesidad, esto es, que el tratamiento de esos datos especialmente protegidos sea imprescindible para cumplir las obligaciones o ejercitar los derechos, y, en segundo lugar, una vez establecida la necesidad, que el tratamiento esté autorizado por una norma o un convenio colectivo.

A continuación, comentaremos cada una de esas condiciones.

1. Requisito de necesidad

Para poder levantar la prohibición, el tratamiento de los datos biométricos debe ser necesario para el cumplimiento de obligaciones o el ejercicio de derechos, bien del responsable del tratamiento o bien del interesado. Y este requisito es aplicable tanto en el caso de que la autorización esté prevista en una norma como cuando lo contemple un convenio colectivo.

El requisito de necesidad implica que el cumplimiento de las obligaciones o el ejercicio de los derechos no podría realizarse sin el tratamiento de los datos de categoría especial, y consideramos que en el caso que estamos analizando (tratamiento de datos biométricos para realizar controles de acceso o presencia en el ámbito laboral) difícilmente va a cumplirse este requisito de necesidad, pues siempre van a existir alternativas mucho menos invasivas que permiten cumplir las obligaciones o ejercitar los derechos.

Para que realmente fuera necesario, el tratamiento de datos biométricos debería ser esencial para lograr los fines buscados, no basta con que sea mejor o más conveniente, mejore los costes, o se trate de una técnica más moderna o novedosa. En este sentido, coincidimos con Róo García (2024, p. 2), que afirma:

En muchas ocasiones, las administraciones se dejan llevar por presuntas pseudo-corrientes de modernidad que incorporan las nuevas tecnologías, sin tener en cuenta la protección de datos personales, como por ejemplo el uso de los datos de biométricos para realizar actividades de verificación y control de la presencia en el puesto de trabajo.

Y si bien se refiere a un sistema de reconocimiento facial de un ayuntamiento, su opinión resulta perfectamente trasladable a cualquier empresa y a todo tipo de tratamiento de datos biométricos.

En relación con este tema, procede traer a colación la reciente Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 144/2026, de 15 de enero⁸, que resuelve un asunto relativo a un sistema de reconocimiento facial implantado por la empresa Make Packing, SL, para el fichaje de sus trabajadores, condenando a dicha mercantil a pagar 7.501 euros a la demandante en concepto de indemnización por daños y perjuicios, por haber vulnerado sus derechos fundamentales a la propia imagen y a la protección de datos.

Esta sentencia ha sido objeto de múltiples noticias de prensa, especialmente durante el mes de febrero de 2026, y en muchas de ellas se afirmaba que la empresa había sido condenada a pagar más de 50.000 euros por haber implantado un sistema de reconocimiento facial para control horario. No obstante, procede aclarar que la mercantil fue condenada realmente a abonar 46.266,90 euros por despido improcedente y 7.501 euros por daños morales, pero en algunas noticias se suman ambas cantidades sin dar más explicaciones.

En el FJ 3.º de la Sentencia 144/2026 se afirma lo siguiente:

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el tratamiento no era necesario, ya que existían otros medios para registrar la jornada y el horario sin interferir con los derechos fundamentales, como el control mediante una tarjeta que la propia empresa indicó en el acta de la reunión (3.ª FP revisada).

2. Existencia de una norma con rango de ley que autorice el tratamiento

El artículo 9.2 b) del RGPD determina que, además de ser necesario, el tratamiento debe estar autorizado por el derecho de la Unión de los Estados miembros (o por un

⁸ Comentada en esta misma revista y número. *Vid.* Montesdeoca Suárez (2026).

convenio, como veremos en el apartado siguiente). En el caso del Estado español, esta autorización deberá estar prevista en una norma con rango de ley, debido a que la protección de datos es un derecho fundamental para cuyo desarrollo se contempla reserva de ley (art. 53.1 CE).

En nuestra opinión, el considerando 41 del RGPD también lo indica indirectamente, pues afirma:

Cuando el presente Reglamento hace referencia a una base jurídica o a una medida legislativa, esto no exige necesariamente un acto legislativo adoptado por un parlamento, sin perjuicio de los requisitos de conformidad del ordenamiento constitucional del Estado miembro de que se trate.

Y en el caso de España, el artículo 53.1 de la CE establece reserva de ley para el desarrollo de los derechos fundamentales, entre ellos la protección de datos.

Adicionalmente, el artículo 52.1 de la CDFUE indica que «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades» y, como ya vimos, el derecho a la protección de datos de carácter personal está reconocido en el artículo 8 de dicha Carta (González Mendoza, 2025, p. 455).

Teniendo en cuenta lo anterior, podría argumentarse que el artículo 20.3 del ET sería una justificación válida para el levantamiento de la prohibición del tratamiento, al establecer la capacidad de control del empresario⁹, o que también lo sería el RDL 8/2019 relativo al registro de jornada, que impone al empresario la obligación del control horario, pero aunque ambas sean normas con rango de ley, consideramos que ninguna de ellas puede levantar la prohibición, por los motivos que veremos a continuación.

En efecto, no basta simplemente con que la norma con rango de ley autorice el tratamiento de los datos, sino que, además, «ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención» (STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5.º), exigiéndose, por tanto, precisión de la ley en la limitación del derecho, esto es, que exista previsibilidad (AEPD, 2023, pp. 14-15).

Así pues, la afectación del derecho que se derive de la norma debe ser previsible y no lo es una ley que no concreta expresamente la posibilidad de utilizar datos biométricos para identificación o autenticación, y adicionalmente, «la norma debe establecer garantías adecuadas cuando se traten categorías especiales de datos» (APDCAT, 2022, p. 6).

⁹ Delgado Martín (2021) defiende esta posición en relación con el control horario mediante huella dactilar, pero entendemos que sus argumentos, con los que discrepamos, serían fácilmente trasladables al control de presencia o de acceso mediante el tratamiento de cualquier otro tipo de dato biométrico.

De hecho, nuestro TC requiere que la norma que autoriza el tratamiento establezca garantías adecuadas, incluso aunque no se trate de categorías especiales de datos (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 10.º). También se exigen estas garantías adecuadas en el artículo 6 del Convenio 108 del Consejo de Europa, en este caso para poder realizar el tratamiento de los datos biométricos que identifiquen unívocamente a una persona, así como el de otros datos de categoría especial enumerados en dicho artículo.

Por ello, el CTPDA (2023, p. 6), en su Dictamen 1/2023, y en relación con el uso de reconocimiento facial o huella dactilar para control horario en un ayuntamiento, afirma lo siguiente:

El levantamiento de la referida prohibición no puede ampararse en la actualidad en la concurrencia de la circunstancia prevista en el artículo 9.2 b) del RGPD puesto que en la actual normativa legal española no se contiene autorización para considerar necesario el tratamiento de datos biométricos con la finalidad de un control horario de la jornada de trabajo.

Y esta posición está en plena consonancia con la de la autoridad catalana (APDCAT, 2022, pp. 6-7) y también ha sido asumida por la AEPD (2023, pp. 16 y 29), como ha puesto de manifiesto la doctrina (Muñoz Ruiz, 2024, p. 4).

Por tanto, podemos concluir que, actualmente, no existe en el ordenamiento jurídico español una norma con rango de ley que permita levantar la prohibición general del tratamiento de datos biométricos para llevar a cabo controles de acceso o presencia en el ámbito laboral, aunque sí que sería posible que lo habilitara expresamente un convenio colectivo, como veremos a continuación.

3. Autorización del tratamiento mediante un convenio colectivo

El artículo 9.2 b del RGPD también posibilita que la prohibición general del tratamiento de los datos biométricos pueda ser levantada por un convenio colectivo que lo autorice expresamente, y siempre que, además de ser un tratamiento necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos del responsable o del interesado, en el mismo se establezcan garantías adecuadas para el respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del trabajador.

Y, como nos indica Mercader Uguina (2024, p. 18), con quien coincidimos, este artículo se está refiriendo a los convenios colectivos estatutarios (regulados en el ET), que son fuente de derecho a tenor de los artículos 3.1 b y 82.3 del ET.

Cabe, por tanto, que un convenio colectivo autorice el tratamiento de estos datos de categoría especial, siempre que se cumplan los requisitos indicados en los dos párrafos anteriores, pero esto plantea el problema de trasladar a la negociación colectiva la responsabilidad de establecer las medidas adecuadas para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y los intereses de los trabajadores.

Es más, el propio artículo 91 de la LOPDGDD indica que «Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral» (Rodríguez-Piñero Royo, 2019, p. 99).

En cierta manera, se estaría supliendo la falta de detalle de la que adolece la normativa¹⁰, para trasladar la responsabilidad a las mesas de negociación, con el riesgo que esto supone, ya que puede traducirse en una desprotección de los trabajadores cuando finalmente el convenio colectivo no establezca medidas de protección realmente eficaces.

De esta forma, y al igual que ocurre en relación con el uso de la IA en el entorno laboral (Rodríguez Pérez, 2025, p. 65), la negociación colectiva se presenta como el principal instrumento para suplir las deficiencias legislativas en relación con la utilización de los datos biométricos en los centros de trabajo.

No obstante, puede ocurrir perfectamente que los integrantes de las mesas de negociación no tengan conocimientos técnicos avanzados sobre protección de datos (Navalón Arnal, 2025, p. 47), de forma que se corre el riesgo de que los convenios se limiten a reproducir la normativa aplicable (especialmente el RGPD y la LOPDGDD) o incluso a no prevenir ningún tipo de medidas, cuando lo que deberían hacer es establecer nuevas garantías eficaces para salvaguardar los derechos y los intereses de los trabajadores.

Así, los propios convenios colectivos se tornarían en un medio idóneo para provocar vulneraciones de los derechos de los trabajadores, cuando su papel debería ser precisamente el contrario: establecer derechos y garantías adicionales a los ya consagrados *ex lege* (Cruz Villalón, 2020; Navalón Arnal, 2025, p. 41).

Pero, si finalmente se optara por incluir esta autorización del tratamiento en un convenio colectivo, entendemos que tanto la justificación del requisito de la necesidad como el establecimiento de las garantías deberán realizarse en el momento de la negociación, y no en la fase posterior en la que la empresa o empresas, sobre las que se proyecte un convenio ya vigente, implanten los tratamientos.

Coincidimos con Navalón Arnal (2025, p. 45), que considera que el momento de justificar la necesidad del tratamiento para el cumplimiento de obligaciones o el ejercicio de derechos, bien del responsable del tratamiento o bien del interesado, debe ser el de la negociación, pues en caso contrario el convenio colectivo podría ser declarado ineficaz. De la

¹⁰ Tanto la AEPD (2025, p. 8) como una parte relevante de la doctrina consideran que es necesaria una regulación más detallada del tratamiento de los datos biométricos (Barona Vilar, 2024, p. 318; Fernández Orrico, 2020, apartado VII; Sierra Hernáiz, 2021, p. 199).

misma forma, las garantías para salvaguardar los derechos e intereses de los trabajadores deberán establecerse también en el momento de la negociación colectiva e incluirse en el propio convenio.

Y no consideramos que el requisito de contar con el consentimiento informado del trabajador pueda ser una garantía válida para salvaguardar sus derechos e intereses, porque por mucho que se regule en un convenio, seguirá siendo un consentimiento que difícilmente podrá ser prestado libremente en términos individuales, al existir un desequilibrio de poder entre empresario y trabajador. Y debe tenerse muy presente que el consentimiento es un acto personalísimo del interesado, de forma que no puede ser sustituido por una suerte de «consentimiento colectivo» acordado en un convenio.

Así pues, es frecuente encontrar convenios colectivos que no cumplen con estos requisitos o lo hacen de una forma muy deficiente. No obstante, es cierto que muchos son anteriores al año 2023, año en que se publicó la *Guía sobre tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos* de la AEPD (2023), y por ello no siguen las directrices que en ella se establecen.

Por eso, algunos autores, con los que coincidimos, consideran que tras la publicación de la guía de la AEPD la mayoría de esos convenios tendrían que ser revisados, depurando las cláusulas que legitimen el uso de datos biométricos para el control horario sin incluir garantías eficaces (Muñoz Ruiz, 2024, p. 4).

Además, muchos convenios colectivos se limitan a reproducir algunas previsiones ya establecidas en la normativa y, normalmente, tampoco justifican adecuadamente el requisito de necesidad o simplemente lo ignoran.

Por ejemplo, el Convenio colectivo del sector del comercio en las Islas Baleares 2019-2023 (Muñoz Ruiz, 2023, pp. 48-49), que sigue vigente actualmente al no haber sido denunciado y estar prevista su prorroga tácita, autoriza, en su artículo 32.2, letra e, la implantación de sistemas de reconocimiento facial para control de presencia (registro de jornada) sin establecer ningún tipo de garantía (ni siquiera se alude a las previstas en la normativa de protección de datos) y obviando completamente el requisito de necesidad.

Por todo ello, y si bien el artículo 9.2 b) del RGPD contempla el levantamiento de la prohibición general del tratamiento de los datos biométricos mediante un convenio colectivo como una alternativa perfectamente válida, consideramos que no es una opción recomendable, ya que se corre el riesgo de que los convenios agraven y legitimen la intromisión en los derechos fundamentales de los trabajadores y/o produzcan resultados contrarios a sus intereses, perdiendo, de esta forma, el papel que tradicionalmente han venido manteniendo los convenios colectivos como garantes de tales derechos.

3.2.3. El tratamiento es necesario para la autenticación del interesado y los datos biométricos están bajo su control exclusivo (futuro art. 9.2 I) RGPD, propuesta legislativa de la UE «Ómnibus digital»)

Como hemos adelantado, actualmente existe una reforma legislativa en trámite en la UE denominada «Ómnibus digital», que prevé incluir dos nuevas excepciones en el artículo 9.2 del RGPD (letras k y l), una de las cuales podría ser aplicable a la materia que estamos analizando. En concreto, la prevista en la nueva letra l), cuyo tenor es el siguiente: «l) cuando el tratamiento de datos biométricos sea necesario para confirmar la identidad de un interesado (verificación), cuando los datos biométricos o los medios necesarios para la verificación estén bajo el control exclusivo del interesado».

Si esta nueva excepción es finalmente aprobada con su redacción actual, será exclusivamente aplicable al tratamiento de datos biométricos con fines de autenticación, por lo que, en principio, podría parecer que viene a autorizar (o cuando menos a facilitar en gran medida) el establecimiento de controles de acceso o de presencia basados en datos biométricos, tanto en el entorno laboral como en cualquier otro ámbito, y siempre que se cumplan las condiciones indicadas.

Para aplicar esta nueva excepción se exigen dos requisitos: en primer lugar, que el tratamiento sea necesario para llevar a cabo la autenticación del interesado, y, en segundo lugar, que los datos biométricos o los medios necesarios para realizar la verificación estén bajo control exclusivo del interesado.

La segunda de las condiciones sería relativamente sencilla de cumplir, pues bastaría con almacenar la plantilla biométrica en una tarjeta con chip (o en cualquier otro dispositivo dotado de una memoria digital) que estuviera bajo control exclusivo del interesado, de forma que la plantilla se comparara en tiempo real con el dato biométrico obtenido del interesado en el mismo momento del fichaje, sin almacenar ni el dato biométrico ni la plantilla en los equipos del sistema de autenticación.

Pero, en lo que respecta al requisito de necesidad, entendemos que normalmente será difícil de justificar, pues resultan aplicables los mismos argumentos que hemos detallado en el epígrafe 3.2.2., apartado 1, ya que, prácticamente siempre, existirán alternativas igualmente eficaces para lograr las finalidades del tratamiento que no van a requerir el procesado de datos biométricos, y que deberían ser elegidas en aplicación de los principios de minimización de datos y de proporcionalidad, como explicaremos detalladamente en el epígrafe 3.4.

Por tanto, en nuestra opinión, esta nueva excepción difícilmente podrá ser utilizada, con carácter general, para levantar la prohibición de tratamiento de los datos biométricos de los trabajadores en los centros de trabajo, al menos con su redacción actual.

3.3. Licitud del tratamiento (art. 6 RGPD)

Una vez levantada la prohibición general del tratamiento de los datos biométricos, el responsable del tratamiento deberá justificar que este es lícito (principio de licitud, ex art. 5.1 a) del RGPD), y para ello, tendrá que estar amparado por alguna de las bases jurídicas previstas en el artículo 6.1 del RGPD.

Parte de la doctrina, con la que discrepamos, considera que se podría justificar la licitud del tratamiento de los datos biométricos sobre la base del artículo 6.1 b) del RGPD, al ser este necesario para la ejecución del propio contrato de trabajo. Por ejemplo, Delgado Martín (2021, p. 1), en el contexto del tratamiento de la huella dactilar para control horario, afirma que este sería lícito ya que es necesario para la ejecución del contrato de trabajo (argumento que podría extenderse fácilmente a cualquier otro dato biométrico). Pero no estamos de acuerdo con su tesis, pues entendemos que el tratamiento de datos biométricos, como es el caso concreto de la huella dactilar, con fines de autenticación o identificación no es, ni mucho menos, necesario para la ejecución del contrato de trabajo, ya que existen alternativas tecnológicas que no requieren realizar el tratamiento de esta categoría especial de datos personales.

No obstante, podría entenderse que, en el caso de que el fin sea el control de presencia en el ámbito laboral, la base jurídica válida sería el cumplimiento de una obligación legal del responsable del tratamiento (art. 6.1 c) RGPD), en concreto, la establecida en el artículo 34.9 del ET, relativo a la obligación del registro de jornada.

Y, por otra parte, cuando se trate de controles de acceso, también en el ámbito laboral, sería posible argumentar que podría justificarse su licitud con base en el artículo 6.1 f) del RGPD (satisfacción de intereses legítimos del responsable del tratamiento) en relación con el poder de organización y control del empresario ex artículo 20.3 del ET.

Sin embargo, es preciso realizar algunas matizaciones importantes respecto de los dos párrafos anteriores.

Es cierto que, cuando el levantamiento de la prohibición se ha realizado sobre la base de la existencia de una norma con rango de ley que habilite el tratamiento, dicha norma también justificaría la licitud del tratamiento con base en los artículos 6.1 c) o 6.1 f) del RGPD.

Pero, tal y como ha puesto de manifiesto la AEPD (2023, pp. 21-22), el problema es que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma con rango de ley que autorice este tratamiento de los datos biométricos con fines de control de presencia o de acceso con carácter general, y tampoco podría levantarse la prohibición basándose en el consentimiento del interesado, al no ser este libre, como hemos visto.

Por ello, solo cabría justificar la licitud del tratamiento mediante el artículo 6.1 c) del RGPD en relación con el artículo 34.9 del ET, o el 6.1 f) del RGPD en relación con el 20.3 del ET, cuando el tratamiento esté expresamente autorizado en un convenio colectivo, opción que, como ya hemos indicado, no consideramos que sea la más recomendable, al poner en riesgo los derechos fundamentales de los trabajadores.

Finalmente, entendemos que, con carácter general, en el ámbito laboral deberá descartarse la justificación de la licitud con base en el artículo 6.1 a) del RGPD (consentimiento del interesado), incluso aunque no se trate de datos de categoría especial, puesto que, como ya hemos visto, el consentimiento del trabajador rara vez va a poder ser prestado libremente.

3.4. Principio de minimización de datos y triple juicio de proporcionalidad

El artículo 5.1 c) del RGPD establece el principio de minimización como un elemento esencial del tratamiento de los datos personales, y sobre la base de este, los datos deben ser adecuados, pertinentes y estrictamente limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (este principio se aplica a todos los datos personales, aunque no sean de categoría especial).

Por ello, no es posible extender el tratamiento a datos que no resulten necesarios para lograr la finalidad buscada, de forma que no deben tratarse si los objetivos del tratamiento pueden lograrse razonablemente por otros medios (considerando 39 RGPD), y todo esto se debe garantizar desde el diseño y por defecto, teniendo en cuenta, además, los riesgos del tratamiento en relación con los derechos y libertades de los individuos ex artículo 25.1 del RGPD (AEPD, 2023, p. 7).

Pero el principio de minimización no solo se limita a la obligación de tener que utilizar los datos personales mínimos indispensables para alcanzar el fin del tratamiento (eligiendo en su caso cualquier alternativa que no utilice datos personales), sino que también implica que, si una determinada finalidad puede alcanzarse sin realizar el tratamiento de categorías especiales de datos, esta opción debe prevalecer frente a otras que sí lo requieran (APDCAT, 2022, p. 11).

Además, también es necesario garantizar, y muy especialmente cuando el tratamiento se proyecte sobre datos de categoría especial, y de acuerdo con la doctrina del TC (STC 39/2016, FJ 5.º), que el tratamiento se ajusta al principio de proporcionalidad, debiéndose superar, para ello y con carácter previo al tratamiento, el triple juicio de proporcionalidad (Navalón Arnal, 2025, p. 28; Montesdeoca Suárez, 2024, pp. 141-142): a) juicio de idoneidad; b) juicio de necesidad; c) juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

En primer lugar, para superar el juicio de idoneidad, la medida debe ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto, esto es, que el tratamiento pueda realmente lograr los fines buscados utilizando esos datos personales.

En segundo lugar, se superará el juicio de necesidad cuando no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. Y coincidimos con Navalón Arnal (2025, pp. 21 y 28), que afirma que no debe confundirse necesidad con utilidad y que las tecnologías biométricas no cumplen el requisito de necesidad del principio de proporcionalidad.

Por otra parte, entendemos que tampoco bastaría con una supuesta mejora en la seguridad del sistema (evitación de fraudes), pues si bien es cierto que la utilización de datos biométricos evita el riesgo de suplantación, no es el único sistema que permite hacerlo. Por ejemplo, cuando se asocia la tarjeta a una contraseña personal junto con la existencia de personal de seguridad en el punto de fichaje (físicamente o bien con observación mediante sistemas de videovigilancia), el sistema puede ser igual de eficaz frente a la suplantación, sin que resulte necesario el tratamiento de datos biométricos. Así lo considera la APDCAT (2022, p. 11), con la que estamos de acuerdo.

Y finalmente, en tercer lugar, para vencer el juicio de proporcionalidad en sentido estricto la medida debe ser ponderada o equilibrada, esto es, que de la misma se deriven más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Para ello, deberá evaluarse el alcance del riesgo sobre los derechos y libertades de los trabajadores que el tratamiento provoca, en contraposición con las ventajas o beneficios asociados al mismo, teniendo en cuenta que no basta con que exista una mayor comodidad o un ligero ahorro asociado al tratamiento de datos biométricos para superar este último juicio.

3.5. Cumplimiento del resto de requisitos del RGPD

Cualquier tratamiento de datos personales, aunque estos no sean de categoría especial, deberá cumplir todos los principios y obligaciones establecidos en el RGPD, y ello deberá justificarse también en la EIPD antes del inicio del tratamiento cuando sea necesario realizarla.

Con carácter general, se deberán cumplir todos los principios aplicables al tratamiento de los datos personales (art. 5.1 RGPD): minimización de datos y proporcionalidad (que ya hemos visto), licitud, lealtad y transparencia, limitación a la finalidad, exactitud, limitación del plazo de conservación, integridad y confidencialidad, calidad de los datos, responsabilidad proactiva del responsable del tratamiento, etc. (Sierra Hernáiz, 2021. p. 27). Además, sería aconsejable que el tratamiento se ajustara a los principios previstos en la Recomendación CM/Rec(2015)5 del Consejo de Europa, relativa al tratamiento de datos personales en el ámbito laboral (Sierra Hernáiz, 2021. p. 40).

También, en el caso de que el tratamiento vaya a dar lugar a decisiones automatizadas, deberá justificarse el cumplimiento del artículo 22.4 del RGPD, y como en la práctica totalidad de los casos actualmente se utiliza IA para llevar a cabo estas decisiones automáticas, adicionalmente será preciso justificar que se han cumplido las previsiones contempladas en el RIA, como ya comentamos en la primera parte del presente trabajo.

3.6. Evaluación de riesgos y garantías organizativas, técnicas y jurídicas

La EIPD deberá incluir una evaluación de riesgos, en la que, además de indicar los diferentes riesgos asociados al tratamiento, se deberá establecer su valoración asociada a la gravedad (consecuencias que puede tener), probabilidad y el nivel de riesgo antes y después de aplicar las medidas para minimizarlos.

De forma no exhaustiva, algunos de los riesgos más comunes que se deben incluir son los siguientes: riesgo de vulneración de los distintos derechos fundamentales, riesgo de discriminación, riesgo de pérdida de confidencialidad, riesgo de suplantación de identidad, riesgo de daño reputacional, riesgo de pérdida de control sobre los datos, riesgos psicosociales, etc.

También deberán indicarse todas las medidas y garantías, organizativas, técnicas y jurídicas, que vayan a implantarse para minimizar esos riesgos, con el objetivo de evitar que el tratamiento se traduzca en vulneraciones inadmisibles de los derechos de los trabajadores. Estas medidas y garantías deberán contemplarse desde el diseño y por defecto.

A título ejemplificativo y sin ánimo de exhaustividad, las medidas que se deberían implantar podrían ser algunas de las indicadas a continuación, la mayor parte recomendadas por la AEPD (2023, pp. 28 y 30), aunque hemos incluido algunas medidas adicionales: optar por sistemas de autenticación biométrica evitando la identificación siempre que sea posible, que las plantillas biométricas estén almacenadas en dispositivos bajo el exclusivo control de los usuarios (por ejemplo, en una tarjeta con chip) evitando almacenamientos centralizados o en la nube, imposibilidad de reversión (que no sea posible obtener el dato biométrico a partir de la plantilla), posibilidad de revocar el vínculo entre la plantilla biométrica y la persona física en cualquier momento, asegurar la imposibilidad del uso de las plantillas biométricas para otros propósitos, no permitir la interconexión de la base de datos biométrica con otras bases de datos, garantizar que la toma de datos se realice de forma consciente por el trabajador realizando alguna acción positiva para iniciarla, implantar fecha de caducidad en los datos biométricos y mecanismos automáticos de supresión, cifrado robusto de las plantillas biométricas, seudonimización de los datos siempre que sea posible, informar a los usuarios sobre el tratamiento y sus riesgos y garantizarles una for-

mación adecuada que se actualice periódicamente, implantar auditorías externas periódicas y mecanismos de supervisión, etc.

Siempre que sea posible, deberían incluirse estas medidas y garantías en los convenios colectivos, a tenor del artículo 91 de la LOPDGDD, algo que entendemos que sería obligatorio en el caso de que el levantamiento de la prohibición general del tratamiento se haya sustentado en la autorización expresa del mismo mediante un convenio colectivo (art. 9.2 b) RGPD).

Por último, consideramos que todas las medidas y garantías implantadas deberán revisarse y actualizarse periódicamente y siempre que sea necesario por algún cambio en las mismas, en las características del tratamiento, o bien porque se haya producido un incidente o una brecha de seguridad, revisando, para ello, la EIPD. De hecho, la AEPD (2025, p. 8) defiende, *de lege ferenda*, que la evaluación de impacto debería actualizarse cada cuatro años o siempre que se produzcan incidentes relevantes o modificaciones sustanciales del tratamiento, propuesta con la que coincidimos.

3.7. Otras cuestiones para tener en cuenta en la evaluación de impacto

Finalmente, en la EIPD deberá hacerse referencia a cualquier otra circunstancia que pueda afectar al tratamiento o a sus consecuencias, por ejemplo, las siguientes:

Implementación: ha de tenerse en cuenta la forma concreta de implementación del sistema, pues puede dar lugar a la aparición de riesgos adicionales, por ejemplo, transferencias internacionales de datos cuando no existan garantías adecuadas en el caso de que los datos en la nube se almacenen fuera de la UE.

Contexto del tratamiento: se deberá evaluar el contexto en el cual se realiza el tratamiento, puesto que también puede tener importantes consecuencias en los riesgos.

Brechas de datos personales: el responsable del tratamiento deberá plantear posibles escenarios de brechas de seguridad, para implementar garantías que minimicen su probabilidad y los eventuales impactos. Como mínimo, filtrado o pérdida de patrones, uso malicioso de patrones, intrusión en el sistema, interceptación, *DoS* (*Denial of Service*) o *DDoS* (*Distributed Denial of Service*), discontinuidad del servicio, etc.

Subcontratación de trabajadores: si existiera subcontratación, es preciso evaluar el cumplimiento de todos los requisitos que hemos visto también respecto de los trabajadores de la empresa subcontratada, pues en caso contrario no será posible realizar el tratamiento de sus datos personales.

4. Conclusiones y propuesta final

Consideramos que, con carácter general, no será posible llevar a cabo el tratamiento de datos biométricos en el ámbito laboral para realizar controles de acceso o de presencia, por aplicación de los principios de minimización y de proporcionalidad, puesto que normalmente existirán alternativas asimismo eficaces para lograr esos fines que no requieran la utilización de datos biométricos, por lo que difícilmente se superará el juicio de necesidad.

Adicionalmente, entendemos que no existe actualmente una base jurídica adecuada para levantar la prohibición general del tratamiento de los datos biométricos, puesto que no cabe el consentimiento del interesado, ya que este no puede otorgarse libremente al existir un desequilibrio entre empresario y trabajador, ni tampoco existe en el ordenamiento jurídico español una norma con rango de ley que autorice expresamente este tratamiento, y en cuanto a la habilitación del mismo mediante un convenio colectivo, no consideramos que sea una vía adecuada para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, es más, existe un riesgo importante de que, si se utiliza, se torne en una herramienta que permita legitimar la vulneración de estos derechos.

Tampoco consideramos que la nueva excepción prevista en la propuesta de reforma legislativa actualmente en tramitación en la UE, «Ómnibus digital», relativa a los sistemas de autenticación biométrica, si finalmente es aprobada con su redacción actual, vaya a poder ser aplicada de forma generalizada para levantar la prohibición del tratamiento de los datos biométricos de los trabajadores en el ámbito laboral, pues entendemos que difícilmente se cumplirá el requisito de necesidad en la práctica totalidad de los casos.

Además, si empezáramos a admitir algunos tratamientos de datos biométricos que puedan parecernos razonables o de poco riesgo, iremos acostumbrándonos poco a poco a estos tratamientos y acabaremos normalizándolos. Esto moverá la ventana de Overton, haciendo que cada vez sean aceptados sistemas más peligrosos que finalmente acabarán vulnerando gravemente los derechos fundamentales de los trabajadores o vaciándolos de contenido.

Por todo ello, y con el objetivo de conseguir una mayor seguridad jurídica y una adecuada protección de los derechos de los trabajadores, minimizando los riesgos presentes y futuros, proponemos, *de lege ferenda*, que se incluya, tanto en el ET como en el EBEP, o mejor aún, en la LOPDGDD, una prohibición expresa de la utilización de datos biométricos para llevar a cabo controles de acceso o de presencia en el ámbito laboral, salvo en aquellas situaciones específicas y concretas que estén expresamente autorizadas en una norma con rango de ley que establezca garantías adecuadas para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores¹¹.

¹¹ Coincidimos, en esencia, con Navalón Arnal (2025, p. 20), que aboga por introducir una prohibición expresa de tratamiento de los datos biométricos con fines de control horario en el ámbito laboral, si bien

Referencias bibliográficas

- AEPD. (2023). *Guía sobre tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos*. Agencia Española de Protección de Datos. <https://www.aepd.es/guias/guia-control-presencia-biometrico.pdf>
- AEPD. (2025). Consulta Previa (Art. 36 RGPD). Ref. REGAGE25e00024730156. Agencia Española de Protección de Datos. <https://www.aepd.es/documento/regage25e00024730156.pdf>
- APDCAT. (2022). *Dictamen en relación con la consulta formulada por un Ayuntamiento relativa a la conformidad con la normativa de protección de datos del uso de dispositivos de control de presencia en el puesto de trabajo mediante reconocimiento facial*. Autoridad Catalana de Protección de Datos. <https://seu.apdcat.cat/ca/documentPublic/download/4727>
- Bailey, M. (2018). The hidden data in your fingerprints. *Scientificamerican*. <https://www.scientificamerican.com/article/the-hidden-data-in-your-fingerprints/>
- Barona Vilar, S. (2024). Tecnología biométrica y datos biométricos. Bondades y peligros. No todo vale. *Actualidad jurídica iberoamericana*, 21, 298-331. <https://producciocientifica.uv.es/documentos/66c38db00bd02a62166084fb>
- CEPD. (2023). *Directrices 5/2022 sobre el uso de la tecnología de reconocimiento facial en el ámbito de la aplicación de la ley*. Comité Europeo de Protección de Datos. https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-05/edpb_guidelines_202304_frtlawenforcement_v2_es.pdf
- Cruz Villalón, J. (2020). El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales. En M. Rodríguez-Piñero Royo y A. Todolí Signes (Coords.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital* (pp. 35-67). Thomson Reuters Aranzadi.
- CTPDA. (2023). *Dictamen 1/2023. Relativo al tratamiento de categorías especiales de datos biométricos mediante el uso de dispositivos de reconocimiento facial y/o huella dactilar para el control horario del personal de un Ayuntamiento, de conformidad con la normativa de protección de datos*. Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía. <https://www.ctpdandalucia.es/sites/default/files/inline-files/dictamen-1-2023.pdf>
- Delgado Martín, J. (2021). Notas sobre datos biométricos en las relaciones laborales: sistema de control horario mediante huella dactilar. *Diario La Ley*, 50, 1-3.
- Fernández Orrico, F. J. (2020). Límites a la biometría como medio de identificación y control de los trabajadores: necesidad de su regulación. En M. Rodríguez-Piñero Royo y A. Todolí Signes (Coords.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital* (pp. 301-326). Thomson Reuters Aranzadi.
- González Mendoza, D. P. (2025). Los datos biométricos y las tecnologías que los utilizan para su funcionamiento. *Revista Vasca de Administración Pública*, 132, 427-464. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.132.2025.12>

consideramos que la prohibición debería extenderse también al control de acceso y admitir excepciones para casos muy concretos siempre que vengan expresamente establecidas en una norma con rango de ley que prevea garantías adecuadas (por ejemplo, para instalaciones militares o policiales de alta seguridad).

- González San Juan, J. L. (2022). Vídeos *deepfakes* y sus problemas jurídicos. En A. Madrid Parra y L. Alvarado Herrera (Dirs.), *Derecho digital y nuevas tecnologías* (pp. 593-614). Thomson Reuters Aranzadi.
- Mercader Uguina, J. R. (2020). Datos biométricos en los centros de trabajo. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Extra-11, 1-23. <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/4b68f997-5533-4ce5-bb51-d33be97e2b74/content>
- Mercader Uguina, J. R. (2024). El «Big Bang» de la biometría laboral. De la huella dactilar a los neurodatos. *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 5(2), 4-23. <https://doi.org/10.20318/labos.2024.8749>
- Montesdeoca Suárez, A. (2024). El *software* de reconocimiento facial como instrumento de control de la jornada laboral: la incidencia de la tecnología en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. *Revista Electrónica de Direito. RED*, 33(1), 128-146. https://doi.org/10.24840/2182-9845_2024-0001_0006
- Montesdeoca Suárez, A. (2026). La extinción del contrato por incumplimiento grave de la empresa. Vulneración del derecho a la propia imagen y a la protección de datos personales por el uso del registro biométrico de jornada. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 144/2026, de 15 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 166-172. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25029>
- Muñoz Ruiz, A. B. (2023). *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones: implicaciones jurídico-laborales*. Tirant lo Blanch.
- Muñoz Ruiz, A. B. (2024). Datos biométricos y control horario de los empleados: la nueva Guía de la Agencia Española de Protección de Datos. *La Ley Privacidad*, 19, 1-5.
- Navalón Arnal, A. (2025). Datos biométricos y registro horario: el principio de necesidad y el papel de la negociación colectiva. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 487, 17-52. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24427>
- Rodríguez Pérez, M. C. (2025). Trabajo, derechos y algoritmos: la inteligencia artificial como reto para el derecho del trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 45-76. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24581>
- Rodríguez-Piñero Royo, M. (2019). Las facultades de control de datos biométricos del trabajador. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 150, 91-109. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7224369.pdf>
- Río García, M. D. (2024). El tratamiento de datos biométricos requiere algo más que el consentimiento de los empleados públicos. *La Ley Privacidad*, 20, 1-6.
- Sierra Hernáiz, E. (2021). *Las categorías especiales de datos del trabajador. Estudio de los límites y garantías legales para su tratamiento en la relación laboral*. Thomson Reuters Aranzadi.

José Luis González San Juan. Doctor en Derecho Privado (USAL, 1919) e Ingeniero de Telecomunicaciones (UPM, 1991). Trabaja principalmente como ingeniero de telecomunicaciones desde 1991 hasta la actualidad, compaginándolo con el ejercicio como abogado litigante desde finales de 2014, también hasta la actualidad, y ocasionalmente como profesor titular en diversas instituciones (Ayuntamiento de Salamanca, Facultad de Informática de la UPSA y Escuela de Transmisiones del Ejército del Aire). Publicaciones: 1 monografía, 17 artículos en revistas y 10 colaboraciones en obras colectivas. <https://orcid.org/0000-0002-0613-7302>

El proyecto de convenio y recomendación de la OIT sobre trabajo en plataformas digitales: la garantía del trabajo decente como estándar internacional

Luis Ernesto Alemán-Madrigal

Escuela de Derecho. Universidad Continental (Huancayo, Perú)
luis_e_aleman@usal.es | <https://orcid.org/0000-0003-3318-6967>

Extracto

La transformación de las relaciones de trabajo derivada de la economía digital y, en particular, la expansión del trabajo a través de plataformas digitales ha puesto en evidencia importantes tensiones entre estos nuevos modelos organizativos y los marcos tradicionalmente binarios del derecho del trabajo. La intermediación digital, la gestión algorítmica de la prestación y la calificación recurrente de los prestadores como trabajadores por cuenta propia han favorecido la consolidación de esquemas productivos que operan en los márgenes de la norma laboral, generando déficits significativos en materia de trabajo decente. En este contexto, la iniciativa de la Organización Internacional del Trabajo orientada a la adopción de un convenio y recomendación sobre el trabajo en plataformas digitales adquiere una relevancia singular como posible respuesta normativa de alcance internacional. El presente artículo analiza los proyectos a partir del examen de sus implicaciones para la calificación jurídica de la relación contractual y la garantía del trabajo decente. Asimismo, se identifican las fortalezas, límites y vacíos que el instrumento presenta, poniendo de relieve los desafíos que persisten para una tutela laboral y social efectiva.

Palabras clave: economía digital; plataformas digitales; convenios internacionales; OIT; trabajo decente; futuro del trabajo; gestión algorítmica.

Recibido: 23-02-2026 / Revisado: 27-03-2026 / Aceptado: 31-03-2026 / Publicado: 07-05-2026

Cómo citar: Alemán-Madrigal, L. E. (2026). El proyecto de convenio y recomendación de la OIT sobre trabajo en plataformas digitales: la garantía del trabajo decente como estándar internacional. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 81-115. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25051>

The ILO draft Convention and Recommendation on Work on Digital Platforms: Making Decent Work a Global Standard

Luis Ernesto Alemán-Madrigal

Law School. University Continental (Huancayo, Peru)
luis_e_aleman@usal.es | <https://orcid.org/0000-0003-3318-6967>

Abstract

The transformation of work resulting from the digital economy, and in particular the expansion of work through digital platforms, has exposed significant tensions between these new organizational models and the traditionally binary frameworks of labor law. Digital intermediation, algorithmic management of service provision, and the recurrent classification of service providers as self-employed workers have contributed to the consolidation of production schemes that operate on the margins of labor regulations, generating significant deficits in terms of decent work. In this context, the International Labor Organization's initiative to adopt a convention and recommendation on work on digital platforms takes on particular relevance as a possible international legal response. This article analyzes the draft by examining its implications for the legal classification of the contractual relationship and the guarantee of decent work. It also identifies the strengths, limitations, and gaps in the proposed instrument, highlighting the challenges that remain for effective labor and social protection.

Keywords: digital economy; digital platforms; international conventions; ILO; decent work; future of work; algorithmic management.

Received: 23-02-2026 / Reviewed: 27-03-2026 / Accepted: 31-03-2026 / Published: 07-05-2026

Citation: Alemán-Madrigal, L. E. (2026). The ILO draft Convention and Recommendation on Work on Digital Platforms: Making Decent Work a Global Standard. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 81-115. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25051>

Sumario

1. Introducción
2. *Gig economy* y modelos de intermediación digital: tipologías, riesgos, precariedad y desafíos para el trabajo decente
3. El proyecto de convenio y recomendación de la OIT sobre trabajo en plataformas digitales: origen y ejes regulatorios
4. Fortalezas, límites y desafíos pendientes del proyecto de convenio y recomendación sobre trabajo en plataformas digitales
5. Reflexión abierta

Referencias bibliográficas

1. Introducción

El desarrollo de las relaciones de trabajo desde finales del siglo XIX ha estado marcado por un proceso constante de transformación, estrechamente vinculado a los cambios políticos, económicos, sociales y culturales propios de cada etapa histórica, frente a los cuales el derecho del trabajo ha tratado de ofrecer respuestas orientadas a la protección y mejora de las condiciones de las personas trabajadoras. Sin embargo, fenómenos como la globalización económica, la descentralización productiva, el auge del turbocapitalismo y, más recientemente, la irrupción de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), la automatización y la gestión algorítmica del trabajo desafían los presupuestos tradicionales del modelo industrial de relaciones laborales, retando de forma persistente la capacidad del derecho del trabajo para cumplir eficazmente su función tuitiva (Álvarez del Cuvillo, 2019, p. 9).

En este contexto de transformación estructural, el derecho del trabajo se enfrenta a un proceso de adaptación especialmente complejo como consecuencia del desarrollo de la economía digital, cuya incidencia ya no se limita al ámbito industrial, sino que se extiende de manera transversal al sector de los servicios y a nuevas formas de organización del trabajo. La digitalización de los procesos productivos y la introducción de nuevas lógicas organizativas están alterando la naturaleza misma de la prestación laboral y las dinámicas tradicionales de las relaciones de producción, configurando uno de los principales desafíos para el marco jurídico laboral contemporáneo y para la preservación efectiva de su función protectora.

Ante este escenario de transformación digital de las relaciones de trabajo, el desarrollo de las plataformas digitales ha permitido la expansión de modelos de intermediación a través de los cuales una amplia variedad de servicios es prestada de forma inmediata y deslocalizada, caracterizada, al menos en apariencia, por elevados niveles de flexibilidad y autonomía. Paralelamente, estos modelos han favorecido el acceso de los consumidores a bienes y servicios diversificados y adaptados a sus necesidades. No obstante, bajo esta lógica de intermediación digital, se ha consolidado en numerosos casos un modelo de negocio que tiende a situarse al margen –o en los márgenes– de los marcos normativos tradicionales, dando lugar a importantes déficits de protección en materia laboral, Seguridad Social, fiscal y de competencia.

La prestación de servicios a través de plataformas digitales no ha dado lugar, en términos estrictos, a la aparición de nuevos sectores productivos ni de ocupaciones inéditas; sin embargo, sí ha provocado una alteración sustancial en la forma en que dichos servicios

se ofrecen en el mercado y en la manera en que se organizan las actividades económicas, pues se configuran como el elemento central para el acceso al mercado, al concentrar la captación de clientes y organizar, mediante sistemas algorítmicos, la asignación y distribución de tareas entre quienes prestan los servicios. Esta reconfiguración de las dinámicas productivas y comerciales ha favorecido la consolidación de modelos organizativos en los que la plataforma ejerce un papel determinante sin asumir, al menos formalmente, las responsabilidades propias del empleador, constituyendo una de las manifestaciones más significativas del fenómeno de huida del derecho del trabajo.

Las plataformas trascienden el mero intercambio de bienes y servicios entre particulares, actuando en muchos casos como verdaderos organizadores de la prestación y como proveedoras de servicios al mercado. No obstante, estos servicios suelen ser ejecutados por personas calificadas como trabajadoras por cuenta propia, lo que ha contribuido a una transformación profunda del concepto tradicional de empleo y de las garantías históricamente asociadas a este. Bajo esta configuración, los prestadores se ven expuestos a un conjunto de riesgos jurídicos y sociales, entre los que destacan la precarización de las condiciones de trabajo, la inestabilidad e imprevisibilidad de los ingresos, la ausencia o insuficiencia de cobertura en materia de Seguridad Social y la transferencia sistemática de los riesgos económicos de la actividad hacia quienes ejecutan la prestación. A ello se suman los riesgos para la salud física y mental derivados de la intensificación del trabajo, del control algorítmico y de los sistemas de reputación (Todolí Signes, 2020), así como la debilitación de los derechos colectivos consecuencia de la fragmentación, el aislamiento y la dificultad para articular formas efectivas de representación y negociación colectiva (Rodríguez Fernández, 2018).

En este contexto, el trabajo realizado a través de plataformas digitales pone de manifiesto la insuficiencia de los marcos normativos tradicionales para garantizar su tutela. Pese a la creciente relevancia económica y social de estas formas de prestación de servicios, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia nacionales continúan ofreciendo respuestas fragmentadas y, en muchos casos, divergentes en relación con la calificación jurídica del vínculo, la delimitación de las responsabilidades y la extensión de las garantías propias del trabajo decente. Esta ausencia de criterios sistematizados y de estándares comunes dificulta la protección adecuada de los derechos laborales y sociales de quienes prestan servicios en este ámbito, incrementa la inseguridad jurídica y favorece la consolidación de modelos organizativos que operan en los márgenes del derecho del trabajo. En este escenario, la iniciativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) orientada a la adopción de un convenio y una recomendación sobre el trabajo en plataformas digitales plantea interrogantes relevantes acerca de su potencial para configurar un marco internacional capaz de orientar la calificación jurídica de estas relaciones, reforzar la garantía del trabajo decente y promover una integración efectiva de las personas trabajadoras de plataformas, cuestiones que constituyen el núcleo del presente estudio.

Para solventar el problema jurídico expuesto, se planteó como objetivo general, analizar el alcance jurídico del proyecto de convenio y recomendación de la OIT, mediante el examen de sus implicaciones para la calificación jurídica de la relación contractual entre plataformas y prestadores, la garantía del trabajo decente y la protección en materia de Seguridad Social, con el fin de valorar su capacidad como marco normativo internacional frente a la fragmentación regulatoria y a los déficits de tutela que caracterizan actualmente estas formas de prestación de servicios. Para ello se establecieron como objetivos específicos:

- 1) Examinar el surgimiento y la expansión del trabajo en plataformas digitales en el marco de la *gig economy*, identificando los principales inconvenientes derivados de su implementación, con el fin de contextualizar las transformaciones organizativas y normativas que han contribuido a la fragmentación de la tutela laboral en estas formas de prestación de servicios.
- 2) Analizar el contenido y los ejes normativos del proyecto de convenio y recomendación, a partir de sus implicaciones para la calificación jurídica de la relación contractual, la garantía del trabajo decente y la protección en materia de Seguridad Social, con el fin de determinar su alcance como instrumento orientador frente a los déficits regulatorios existentes.
- 3) Identificar las fortalezas, límites, insuficiencias y vacíos del proyecto de convenio y recomendación, con el fin de evidenciar los desafíos que continúan planteándose para una protección efectiva de las personas trabajadoras en este ámbito.

La investigación se desarrolla desde un enfoque dogmático-analítico, adecuado para examinar críticamente las transformaciones que el trabajo en plataformas digitales plantea al derecho del trabajo, así como para valorar el alcance normativo del proyecto como respuesta global a los déficits de tutela identificados. Desde este enfoque, se emplea el método dogmático para el análisis de las categorías jurídicas implicadas en la calificación de la relación, así como de los principios vinculados al trabajo decente y a la protección en materia de Seguridad Social. De manera complementaria, se recurre al método analítico-sintético con el fin de descomponer el contenido del proyecto de normas internacionales de trabajo (NIT), examinar sus ejes normativos fundamentales y valorar de forma integrada su capacidad para orientar respuestas frente a la fragmentación regulatoria existente. Asimismo, se utiliza el método histórico-lógico para contextualizar el surgimiento del trabajo en plataformas dentro de la evolución del derecho del trabajo y de los procesos de digitalización de la economía. La investigación se apoya principalmente en técnicas de análisis documental, mediante la revisión sistemática de fuentes normativas internacionales, documentos oficiales de la OIT, doctrina especializada y literatura jurídica relevante, lo que permite articular un análisis coherente con los objetivos planteados y ofrecer una valoración jurídicamente fundada de las posibles futuras NIT.

2. *Gig economy* y modelos de intermediación digital: tipologías, riesgos, precariedad y desafíos para el trabajo decente

La digitalización de la economía, la innovación tecnológica y la creciente disponibilidad de datos, han propiciado la configuración de nuevos espacios virtuales para el intercambio económico y social, dando lugar a modelos de consumo y de organización productiva sustancialmente distintos de los propios del esquema industrial clásico. Estas dinámicas, articuladas a través de infraestructuras digitales y plataformas tecnológicas, han favorecido la realización de intercambios inmediatos y deslocalizados orientados a la prestación de servicios, la producción intelectual, el aprovechamiento compartido de bienes y recursos, entre otros, configurando lo que se ha denominado economía digital, fenómeno complejo, estrechamente vinculado al desarrollo de las TIC, a la reorganización de los procesos productivos y a la transformación de las lógicas de mercado, cuya singularidad reside precisamente en su base tecnológica y en su capacidad para alterar de forma significativa las formas tradicionales de organización del trabajo y de prestación de servicios (Cedrola Spremolla, 2019).

La economía digital se configura a partir de procesos de descentralización, del papel central que adquieren las plataformas digitales como infraestructuras de intermediación y de la explotación intensiva de datos como elemento estructural del modelo de negocio, rasgos que han generado profundas implicaciones jurídicas en múltiples ámbitos del ordenamiento jurídico (Rodríguez-Piñero Royo, 2017, pp. 126-128). Si bien estas transformaciones interpelan a diversas disciplinas, su incidencia resulta particularmente relevante en el ámbito del derecho del trabajo, en la medida en que cuestiona los presupuestos organizativos y normativos sobre los que históricamente se ha construido la tutela del trabajo por cuenta ajena. En efecto, el tránsito desde el modelo de la producción fordista hacia procesos organizativos apoyados en la digitalización y en formas flexibles de intermediación plantea un escenario inédito, caracterizado por lógicas productivas innovadoras y por una creciente fragmentación de la prestación de servicios, con efectos directos tanto en los mercados de trabajo como en la configuración de las relaciones laborales individuales y colectivas, obligando a reconsiderar los instrumentos tradicionales de análisis y protección propios del derecho del trabajo.

En este proceso de transformación, emerge la denominada economía colaborativa (*sharing economy*) como una de las primeras manifestaciones de los nuevos modelos de intercambio mediados por plataformas digitales (Alfonso Sánchez, 2016, p. 17). Bajo esta denominación se agrupan formas de organización económica orientadas, originariamente, al aprovechamiento compartido de recursos infrautilizados mediante relaciones directas entre particulares, facilitadas por herramientas tecnológicas. Se trata de un modelo que se articula sobre lógicas de cooperación y ayuda mutua, en el que el acceso, el préstamo, el alquiler o el uso temporal de bienes y servicios responde primordialmente a necesidades concretas de los usuarios y no, al menos en su formulación inicial, a una finalidad lucrativa. Estas prácticas, sustentadas en plataformas digitales que permiten la comunicación entre

iguales, han contribuido a configurar un entramado de intercambios económicos que se distancia de la acumulación tradicional de propiedad y que se inscribe en una transición más amplia hacia nuevas formas de organización económica propias de la economía digital (Cavas Martínez, 2017, p. 26).

La economía colaborativa se articula a partir de la interacción de tres sujetos: quienes ofrecen bienes, recursos, tiempo o habilidades; quienes demandan dichos bienes o servicios para satisfacer necesidades concretas, y las plataformas digitales que operan como infraestructuras de intermediación, facilitando el contacto y la realización de las transacciones entre unos y otros (Aragüez Valenzuela, 2017, p. 5). Este esquema relacional, que en su configuración inicial respondía a lógicas de intercambio directo entre particulares, ha experimentado una evolución significativa en la medida en que un número creciente de plataformas ha ido incorporando modelos de gestión orientados a la obtención de beneficios, desplazando progresivamente el carácter meramente colaborativo que caracterizó a sus primeras manifestaciones (Raso Delgue, 2017, p. 9). De este modo, junto a experiencias basadas en el uso compartido, se han consolidado plataformas concebidas desde su origen como proyectos empresariales, en las que la intermediación digital se convierte en un elemento central del modelo de negocio y en las que la prestación de servicios comienza a adquirir una dimensión económica relevante y sostenida en el tiempo, hasta el punto de constituir, en numerosos casos, una fuente habitual de ingresos tanto para quienes gestionan las plataformas como para quienes participan en ellas como proveedores de servicios.

Atendiendo al objeto principal de la actividad económica desarrollada, pueden identificarse plataformas digitales cuya función se limita esencialmente a facilitar el intercambio, la venta o el disfrute temporal de bienes, actuando como instrumentos de intermediación entre quienes ponen a disposición un bien o recurso y quienes demandan su uso o adquisición. En este grupo se incluyen, entre otras, las plataformas orientadas al alquiler de inmuebles o vehículos, a la compraventa de productos de segunda mano o a la puesta en contacto para la prestación de determinados servicios accesorios. Desde el punto de vista laboral, estas modalidades de intermediación no suelen plantear especiales dificultades en la determinación del régimen aplicable, en la medida en que la eventual prestación de servicios personales resulta residual o accesoria y, cuando llega a producirse, permite una identificación relativamente clara de su naturaleza jurídica. En estos supuestos, el control de los elementos esenciales de la operación –como la fijación del precio o la asunción de los riesgos asociados al bien– recae, por lo general, en el proveedor, sin que la plataforma intervenga de forma directa en la ejecución de la actividad ni aporte los activos principales necesarios para su realización, aun cuando pueda ofrecer servicios complementarios o mecanismos de evaluación entre usuarios.

Las plataformas de demanda en línea (*on-demand online*) se orientan a la realización de tareas fragmentadas, estandarizadas y generalmente de corta duración, ejecutables íntegramente a través de internet por una pluralidad de prestadores ubicados en distintos

espacios geográficos. En este esquema, la plataforma articula el acceso a los encargos, delimita el contenido de la tarea, fija los plazos de ejecución y condiciona la retribución al cumplimiento de los resultados exigidos y a la valoración final del solicitante, configurando una modalidad de contratación a demanda caracterizada por la fragmentación del trabajo, la ausencia de continuidad en los encargos y la asignación de riesgos al prestador del servicio. Por su parte, las plataformas de trabajo a demanda fuera de línea (*on-demand off-line*) se caracterizan por la organización y asignación de actividades de carácter físico o presencial mediante aplicaciones digitales, cuya realización se produce en un espacio geográficamente determinado. Este modelo se ha extendido principalmente a sectores como el transporte de personas, la entrega de mercancías y los servicios a domicilio, en los que la plataforma utiliza herramientas tecnológicas –especialmente sistemas de geolocalización– para poner en contacto la demanda del usuario con una pluralidad de prestadores disponibles en un área concreta, gestionando de forma centralizada el acceso a los encargos. En este esquema, la plataforma fija de manera unilateral las condiciones esenciales de la prestación, incluyendo el precio del servicio, el sistema de pago y la comisión aplicable, al tiempo que controla el proceso de asignación de tareas y condiciona la continuidad de la actividad mediante mecanismos de evaluación y reputación. Aunque la ejecución material del servicio se realiza fuera del entorno digital, la intermediación tecnológica adquiere un papel determinante en la organización del trabajo, configurando un modelo de negocio basado en la disponibilidad permanente de prestadores a la espera de la activación de la demanda por parte del consumidor.

Las plataformas orientadas al denominado *crowdwork* están caracterizadas por la descomposición de procesos productivos que se ejecutan íntegramente en entornos digitales y resultan indispensables para el funcionamiento de las industrias basadas en la web. Estas tareas incluyen, entre otras, la recopilación, verificación y tratamiento de datos, la moderación y edición de contenidos, la catalogación de productos, la transcripción de información audiovisual o el entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial, entre otros. La asignación de los encargos y la determinación de la retribución se articulan a través de mecanismos diversos, que van desde sistemas competitivos entre múltiples prestadores hasta esquemas de pago previamente fijados por la plataforma o por el cliente, existiendo en muchos casos una mediación opaca que diluye la relación directa entre quien solicita el servicio y quien lo ejecuta (De Stefano, 2016, p. 152).

En un plano próximo, aunque con mayores exigencias de cualificación, se sitúan las plataformas de intermediación de servicios profesionales, que operan como espacios digitales de conexión entre profesionales que actúan formalmente de manera independiente y clientes que demandan prestaciones específicas en ámbitos como la traducción, el diseño, la asesoría jurídica, la salud, las reparaciones o la formación. En estos modelos, la plataforma organiza el acceso al mercado mediante algoritmos que condicionan la visibilidad de los prestadores, fijan las condiciones económicas del servicio y canalizan los pagos, reteniendo una parte de la contraprestación en concepto de gestión. Cuando la plataforma define de manera unilateral los términos esenciales de la prestación, determina el precio y con-

trola los activos necesarios para su ejecución, su papel trasciende la mera intermediación tecnológica y adquiere una relevancia organizativa que resulta jurídicamente significativa desde la perspectiva del derecho del trabajo.

La denominada *gig economy* o economía de los pequeños encargos –noción ampliamente utilizada en el debate público y académico pese a la ausencia de una definición universalmente asentada– expresa la consolidación de un modelo de organización económica basado en la segmentación de la actividad en tareas o servicios puntuales, la flexibilidad en la contratación, la disponibilidad de prestadores y la mediación tecnológica como infraestructura esencial para articular la oferta y la demanda. Su desarrollo ha sido impulsado por el avance de las TIC y por el afianzamiento de plataformas digitales capaces de conectar, de forma inmediata y a gran escala, a usuarios con prestadores, reduciendo los costes de búsqueda y coordinación y reconfigurando, en consecuencia, los parámetros tradicionales de la provisión de servicios (Galán Zazo y Zúñiga Vicente, 2021, p. 170). Bajo este esquema, el servicio se ofrece mediante un intermediario digital que organiza el acceso al encargo, canaliza la transacción y, en no pocos casos, condiciona elementos esenciales de la prestación, de modo que la aparente bilateralidad entre usuario y proveedor se inserta en una arquitectura algorítmica que tiende a externalizar costes y riesgos hacia quien ejecuta la actividad. Se trata, además, de un fenómeno expansivo y sectorialmente transversal que, habiendo alcanzado especial visibilidad en ámbitos como el transporte, el reparto o determinadas prestaciones bajo demanda, se proyecta crecientemente sobre múltiples servicios y mercados, al amparo del *blockchain* que amplía las posibilidades de intermediación y de reorganización de la producción y el consumo a escala global.

Desde una perspectiva funcional, y sin perjuicio de la heterogeneidad de modelos analizados, las plataformas digitales presentan una serie de rasgos estructurales comunes que permiten identificar patrones organizativos con incidencia directa en la calificación jurídica de la prestación de servicios. En primer lugar, la actividad se articula sobre una despersonalización de la prestación, en la medida en que los encargos pueden ser ejecutados por cualquiera de los prestadores disponibles dentro de la plataforma, configurándose un sistema de concurrencia potencial y permanente. En segundo término, la plataforma desempeña una función central de intermediación organizada, al fijar de manera unilateral las condiciones esenciales de la prestación –incluido el precio, la forma de pago y, en su caso, la comisión aplicable– y canalizar la relación entre usuarios y prestadores. Este papel se ve reforzado por una gestión automatizada mediante algoritmos, que no solo asignan los encargos y determinan la retribución, sino que evalúan el desempeño y condicionan el acceso futuro al trabajo y la permanencia en la plataforma a través de sistemas de reputación. Asimismo, el acceso al mercado se produce dentro de un entorno cerrado y controlado, en el que resulta imprescindible la pertenencia a la plataforma para ofrecer los servicios, siendo esta la que centraliza los pagos y, en los modelos presenciales, utiliza mecanismos de geolocalización para organizar y supervisar la ejecución de la actividad. A ello se añade la frecuente externalización de los medios de producción y de los riesgos económicos hacia

el prestador –que aporta herramientas, asume costes y decide formalmente su disponibilidad–, así como la fragmentación del trabajo en microtarefas o encargos de corta duración, retribuidos en función del resultado y no del tiempo de trabajo.

En coherencia con la diversidad de modelos descritos, también la cuota de participación revela una heterogeneidad subjetiva que incide en la intensidad de la dependencia económica y, con ello, en los problemas de calificación y de tutela. Cabe distinguir, entre quienes orientan su actividad en plataforma como fuente principal de ingresos y trayectoria laboral, quienes combinan la prestación en plataforma con otras ocupaciones bajo esquemas de dedicación parcial pero creciente, y quienes recurren a ella de forma complementaria o residual para obtener rentas adicionales. Esta diferenciación, sin embargo, no elimina la constatación de que la flexibilidad formal puede coexistir con dinámicas de dependencia material, especialmente cuando la continuidad en la plataforma y la asignación de encargos condicionan *de facto* la disponibilidad y la capacidad real de generar ingresos. Desde esta perspectiva, el trabajo en plataformas se presenta, además, como un ámbito de inserción particularmente relevante para colectivos que enfrentan barreras de acceso al empleo –incluidas mujeres, jóvenes, personas con discapacidad o migrantes–, circunstancia que contribuye a explicar su expansión en países en desarrollo y el interés institucional en el despliegue de infraestructura y competencias digitales. Al mismo tiempo, para las empresas usuarias y para los operadores de plataforma, estos modelos permiten acceder a una oferta de trabajo amplia, adaptable y geográficamente extensa, lo que reconfigura las formas de organización y aprovisionamiento de servicios. En la práctica, esta realidad se proyecta sobre un ecosistema variado de plataformas que canalizan desde microtarefas en línea (*Amazon Mechanical Turk*, *IsaHit*) y servicios bajo demanda (Glovo, UberEats) hasta intermediación de servicios profesionales de distinta cualificación (JobToday, Wonolo, UpWork, Freelancer, Malt, MatchMode, Voice123, TextBroker, TopTotal, UpCounsel y GLG), poniendo de manifiesto que los desafíos jurídicos asociados no derivan únicamente del tipo de actividad, sino también del perfil de inserción y de la posición económica que ocupa cada prestador dentro del mercado digital de trabajo (Cañigual, 2021, p. 161).

Pese a la diversidad de modalidades descritas, un elemento recurrente en la arquitectura contractual de la economía de plataformas consiste en articular la vinculación con los prestadores bajo fórmulas de trabajo por cuenta propia, habitualmente mediante condiciones generales de adhesión que enfatizan la autonomía formal y la ausencia de dependencia. La modalidad contractual, desde la lógica empresarial, suele fundamentarse en los esquemas de organización basados en disponibilidad variable, asignación dinámica de encargos y externalización de medios, en la medida en que las obligaciones típicamente asociadas al trabajo por cuenta ajena se consideran poco compatibles con la flexibilidad operativa (Tololí Signes, 2017, p. 224). En paralelo, el componente tecnológico se invoca con frecuencia como fundamento para sostener que la actividad principal de la empresa se limita al desarrollo y explotación de una infraestructura digital de conexión entre oferta y demanda, de modo que el servicio subyacente –prestado por terceros– quedaría fuera del ámbito de una relación laboral tradicional, aun cuando la plataforma establezca códigos de conducta, es-

tándares de ejecución y reglas de acceso al mercado (Rosenbaum Carli, 2021). Sobre esta base, se ha argumentado que, si la empresa concentra su actividad en el producto tecnológico y no asume directamente la prestación material del servicio, no resultaría necesaria la existencia de trabajadores dependientes para una actividad distinta de su giro, calificándose a los prestadores como trabajadores por cuenta propia.

Uno de los factores que contribuye a dificultar la calificación del vínculo es la mutación de las formas tradicionales del poder de dirección y de control, que no desaparecen, sino que se reconfiguran a través de dispositivos digitales y de la interacción con el usuario. En lugar de manifestarse, de modo predominante, mediante órdenes jerárquicas continuas y supervisión presencial del proceso de trabajo, la plataforma tiende a estructurar la prestación mediante estándares de servicio, reglas de funcionamiento y parámetros de calidad, mientras que el cliente participa en la verificación del resultado a través de sistemas de evaluación y reputación. En estos esquemas, la valoración del desempeño se vincula principalmente al cumplimiento de resultados, de forma que las calificaciones, comentarios o incidencias registradas pueden proyectarse sobre decisiones relativas a la asignación futura de encargos, la visibilidad del prestador o incluso su permanencia en la plataforma, operando como un mecanismo de disciplina indirecta.

Respecto a la configuración del tiempo de trabajo, este constituye un aspecto particular en la economía de plataformas, en la medida en que suele presentarse como un espacio de autonomía individual donde el prestador decide si se conecta, durante cuánto tiempo y si acepta o rechaza encargos. Sin embargo, esa disponibilidad formal se inserta en un entorno organizativo en el que la plataforma puede condicionar de manera significativa las decisiones temporales mediante reglas de asignación, incentivos y mecanismos de reputación, de modo que la reiteración de rechazos, la inactividad prolongada o determinados patrones de conexión pueden repercutir en la visibilidad, en el acceso a encargos o incluso en la continuidad en la plataforma. A ello se añade que la lógica de contratación a demanda, caracterizada por la ausencia de una jornada mínima garantizada, traslada al prestador la incertidumbre sobre el volumen de trabajo efectivamente disponible y, con ello, sobre la obtención de ingresos, sin que necesariamente exista una correlación estable entre el tiempo de conexión y la retribución final (Pérez Campos, 2019, p. 130).

En la ejecución de la prestación, adquiere asimismo relevancia la forma en que se distribuyen los riesgos y costes de la actividad, pues las plataformas tienden a presentarse como meras intermediarias y, en coherencia, procuran no asumir los gastos directamente vinculados al servicio subyacente. En estos modelos, es frecuente que el prestador aporte los medios de producción necesarios –vehículo, dispositivo móvil u ordenador, conexión y otros recursos instrumentales– y soporte los costes asociados a su utilización, mantenimiento y disponibilidad, mientras que la plataforma concentra su intervención en la organización del acceso al mercado, la canalización del pago y la gestión de la demanda. Esta configuración se articula habitualmente con esquemas retributivos vinculados al número de servicios efectivamente realizados, de modo que la obtención de ingresos queda expuesta

a la variabilidad de la demanda y a los parámetros de asignación definidos por la plataforma; en consecuencia, la asunción individual de costes y la transferencia del riesgo económico se integran como elementos funcionales del modelo, con incidencia en la valoración de la ajenidad (Ginès i Fabrellas, 2021, p. 24).

A partir de los elementos descritos, la problemática de la calificación jurídica se manifiesta con especial intensidad cuando la prestación realizada a través de la plataforma deja de operar como actividad meramente residual y pasa a ejecutarse con habitualidad, de modo que la obtención de ingresos se vincula de forma estable al acceso a encargos y a las reglas de funcionamiento del algoritmo. En ese escenario, la delimitación entre trabajo por cuenta ajena y propia se enfrenta a un marco en el que los indicadores clásicos de tiempo, lugar y modo de realización del trabajo aparecen reconfigurados por la intermediación tecnológica, al tiempo que la propia evolución normativa ha extendido determinados rasgos protectores a figuras formalmente no laborales, contribuyendo a difuminar fronteras previamente ya controvertidas. En este contexto, los modelos de negocio basados en plataformas intensifican una tensión tradicional del derecho del trabajo –la distinción entre dependencia y autonomía–, al combinar autonomía formal con mecanismos organizativos que condicionan el acceso al mercado, la continuidad en la actividad y la distribución del riesgo (Poquet Catalá, 2019, pp. 65-66).

A partir de las dificultades de calificación jurídica expuestas, la prestación tiende a desenvolverse en condiciones de precariedad. La indeterminación del estatuto jurídico del prestador incide, en primer término, en la estabilidad del vínculo, al favorecer modalidades de trabajo de duración incierta, que pueden interrumpirse fácilmente, acompañadas de una protección limitada frente a la terminación de la relación y de un acceso restringido a mecanismos efectivos de tutela social. Asimismo, la configuración retributiva basada en la ejecución de encargos puntuales y en la variabilidad de la demanda dificulta la garantía de ingresos suficientes y previsibles, mientras que la exclusión o restricción de los sistemas de Seguridad Social reduce la cobertura frente a contingencias esenciales. A ello se suma la escasa capacidad de progresión profesional, la debilidad de los canales de representación colectiva y la limitada aplicación de estándares en materia de igualdad, salud y seguridad, elementos que, en conjunto, reflejan un proceso de desplazamiento de riesgos hacia el prestador. En este sentido, la precariedad asociada al trabajo en plataformas no constituye un fenómeno autónomo, sino que aparece estrechamente vinculada a la ambigüedad en la calificación del vínculo jurídico y a la consiguiente elusión o atenuación de las garantías propias del derecho del trabajo, generando relaciones laborales inestables y con niveles reducidos de protección efectiva.

Como se ha indicado, la prestación de servicios a través de plataformas digitales se estructura, de manera predominante, bajo esquemas de contratación a demanda, en los que la activación del trabajo depende de la existencia inmediata de solicitudes y la retribución se vincula exclusivamente a la ejecución efectiva de encargos, sin previsión de un volumen mínimo garantizado. Esta configuración organizativa, que presenta afinidades funcionales

con los contratos de cero horas, se traduce en una ausencia estructural de certidumbre respecto del tiempo de trabajo disponible y de los ingresos previsibles, trasladando al prestador la totalidad del riesgo asociado a la variabilidad de la demanda (Esteve Segarra, 2018, p. 37). Aunque la decisión formal de conexión y aceptación de encargos recaiga en el propio prestador, dicha facultad se ejerce dentro de un entorno regulado por la plataforma, en el que los criterios de asignación, los incentivos y los sistemas de reputación condicionan de manera relevante las oportunidades reales de trabajo (Aragón Gómez, 2023, p. 133). De este modo, la contratación a demanda no solo incide en la dificultad de calificación jurídica del vínculo, sino que opera como un elemento funcional del modelo que favorece situaciones de inestabilidad económica, discontinuidad en la actividad y ausencia de garantías mínimas, configurando un marco propicio para la precarización de las condiciones de trabajo.

La calificación mayoritaria de los prestadores como trabajadores por cuenta propia tiene una incidencia directa y significativa en el acceso a la protección social, en la medida en que los sistemas de Seguridad Social continúan articulándose, de forma predominante, en torno a la existencia de una relación laboral, lo que excluye a gran parte de estos prestadores de los mecanismos obligatorios de cobertura. La exclusión o limitación del acceso a la protección social no responde únicamente a la ausencia de reconocimiento del vínculo laboral, sino también a las propias condiciones en que se desarrolla la actividad, caracterizadas por ingresos variables, discontinuos y, en muchos casos, insuficientes para sostener una afiliación contributiva efectiva. De este modo, la cobertura queda supeditada a la capacidad individual del prestador para asumir cotizaciones como trabajador independiente o para acceder a sistemas alternativos de aseguramiento, lo que en la práctica se traduce en niveles reducidos o inexistentes de protección frente a contingencias comunes y profesionales.

La incidencia del trabajo en plataformas sobre la seguridad y salud de quienes prestan servicios no se presenta de forma uniforme, pues depende tanto del tipo de actividad como del grado de dependencia económica y de la intensidad del control algorítmico; con todo, la combinación de inestabilidad del vínculo, variabilidad de ingresos y déficits de cobertura de protección social, configura un marco organizativo que favorece la aparición de riesgos relevantes. En particular, la ausencia de garantías sobre la continuidad en el acceso a encargos y la posibilidad de restricciones o exclusiones derivadas de sistemas de reputación —especialmente cuando las valoraciones operan como criterio de asignación— proyectan una incertidumbre persistente sobre la posibilidad de obtener trabajo e ingresos. A ello se suma la frecuente separación entre el tiempo efectivamente remunerado y el tiempo de conexión o disponibilidad no compensado, lo que incentiva pautas de hiperdisponibilidad, vigilancia constante y prolongación de la jornada real como estrategia para asegurar encargos. En este contexto, la necesidad de mantener niveles de aceptación y desempeño para evitar penalizaciones o pérdida de visibilidad puede limitar la autonomía efectiva para rechazar servicios y dificultar la conciliación de la vida personal con el trabajo. Estos elementos, considerados en su conjunto, se vinculan con riesgos en salud de carácter principalmente psicosocial, asociados a la exposición continuada, la incertidumbre, presión evaluativa y

falta de control real sobre la continuidad de la actividad. A ello se añade que, como estrategia para mitigar la inactividad, algunos prestadores recurren a la inscripción simultánea en varias plataformas, lo que incrementa la presión por sostener niveles de disponibilidad y desempeño en distintos entornos. En conjunto, estas dinámicas de sobrecarga/fracarga, hiperconexión y descansos insuficientes configuran un escenario propicio para el incremento de riesgos psicosociales, vinculados a estrés sostenido, ansiedad, fatiga cognitiva y otras afectaciones del bienestar mental derivadas de la organización del tiempo de trabajo en la economía de plataformas.

En la mayoría de plataformas, la organización del trabajo se apoya en formas de supervisión y coordinación algorítmica que tienden a sustituir los canales ordinarios de comunicación interpersonal por interfaces automatizadas y respuestas estandarizadas. Esta configuración puede incidir en las condiciones de prestación en la medida en que reduce los espacios de interacción y apoyo, favoreciendo experiencias de aislamiento y dificultando la construcción de referencias colectivas sobre el desempeño. Asimismo, la dependencia de decisiones automatizadas –frecuentemente articuladas mediante criterios no transparentes– puede limitar la posibilidad de obtener explicaciones comprensibles acerca de la asignación de encargos, la valoración del servicio o la aplicación de medidas que afectan a la visibilidad y continuidad en la plataforma. En estos supuestos, la ausencia de retroalimentación efectiva sobre errores o expectativas de rendimiento puede generar incertidumbre respecto de cómo ajustar la conducta y prevenir penalizaciones, particularmente cuando los sistemas de reputación o cumplimiento se proyectan sobre restricciones, suspensiones o exclusiones.

La gestión reputacional operada mediante algoritmos adquiere una relevancia específica cuando la evaluación del servicio por parte del cliente se incorpora como criterio determinante para la asignación de encargos, la visibilidad del prestador y, en ocasiones, para la liquidación económica de la prestación. En la medida en que las plataformas suelen otorgar un peso central a las valoraciones y reclamaciones del usuario, una calificación negativa o una manifestación de insatisfacción puede traducirse en restricciones temporales de acceso al trabajo, disminución de oportunidades futuras o en ajustes sobre la contraprestación, generando una asimetría práctica en la distribución de consecuencias entre cliente y prestador. Esta dinámica incentiva conductas orientadas a la autoprotección probatoria –por ejemplo, la documentación de interacciones o de la ejecución del servicio– ante la dificultad de cuestionar o revertir decisiones automatizadas en plazos compatibles con la continuidad de la actividad. A ello se añade que las valoraciones individuales pueden verse afectadas por sesgos, emociones o expectativas no homogéneas, con el consiguiente riesgo de producir resultados diferenciados por razón de estereotipos o de condiciones personales del prestador, trasladando a la reputación –y, por extensión, al acceso al trabajo– distorsiones difícilmente verificables. Asimismo, la persistencia de evaluaciones desfavorables puede operar como un factor de arrastre que condiciona la inserción inicial en la plataforma, mientras que la eventual intervención de la propia plataforma en la visibilidad o ponderación de reseñas introduce un margen adicional de opacidad (Pazos Pérez, 2020).

A partir de los rasgos estructurales descritos, la configuración predominante del trabajo en plataformas como prestación autónoma y la consiguiente indeterminación del estatuto jurídico tienden a proyectarse, además, sobre el ejercicio de los derechos colectivos, en la medida en que la ausencia de un marco de referencia laboral claro limita el reconocimiento de facultades como la sindicación, la representación y la negociación colectiva, al tiempo que la organización del trabajo en entornos digitalizados –marcada por la dispersión espacial, la discontinuidad de los encargos, la interacción mediada por la interfaz y la competencia inducida por los sistemas de reputación– dificulta la construcción de vínculos de confianza y cooperación entre prestadores. Esta combinación de ambigüedad calificatoria y fragmentación organizativa contribuye a explicar que los déficits de trabajo decente asociados a la *gig economy* no se agoten en la dimensión individual de la relación, sino que alcancen también a la eficacia de los mecanismos colectivos y a la cobertura de protección social, configurando un campo en el que la respuesta jurídica se enfrenta a problemas de alcance transversal. En este marco, y precisamente para valorar en qué medida pueden establecerse parámetros comunes capaces de orientar la calificación jurídica, la garantía de condiciones de trabajo decente y la protección en materia de Seguridad Social, resulta pertinente desplazar el análisis hacia el plano normativo internacional, abordando seguidamente el contenido y los ejes del proyecto, a fin de determinar su alcance como instrumento orientador frente a los déficits regulatorios identificados.

3. El proyecto de convenio y recomendación de la OIT sobre trabajo en plataformas digitales: origen y ejes regulatorios

El diagnóstico expuesto muestra que las tensiones no se circunscriben a los problemas de calificación del vínculo, sino que se proyectan sobre un campo más amplio: la ausencia de parámetros normativos comunes que permitan orientar, con alcance general, la garantía del trabajo decente, la gobernanza de la gestión algorítmica y de las decisiones automatizadas, así como la efectividad de la protección en materia de Seguridad Social, en un contexto productivo digitalizado y, frecuentemente, de dimensión transfronteriza. En este marco, adquiere especial relevancia el proceso normativo actualmente en curso en el seno de la OIT, en la medida en que se configura como un intento de establecer referencias internacionales destinadas a servir de guía frente a la fragmentación regulatoria existente.

En marzo de 2021, el Consejo de Administración decidió solicitar a la Oficina la convocatoria de una reunión tripartita de personas expertas sobre trabajo decente en la economía de plataformas, celebrada en Ginebra del 10 al 14 de octubre de 2022; sobre la base de sus resultados, el propio Consejo acordó en su 346.^a reunión (octubre-noviembre de 2022) inscribir un punto de carácter normativo, mediante procedimiento de doble discusión, en el orden del día de la 113.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2025), requiriendo además un análisis de lagunas normativas para sustentar la decisión sobre la naturaleza del instrumento (Rocha Sánchez, 2025, p. 2). En desarrollo de este itinerario, la

Oficina preparó un informe preliminar con exposición de legislación y práctica comparadas –remitido a los Miembros con cuestionario el 31 de enero de 2024– y, a partir de las respuestas recibidas tras consultas tripartitas, elaboró un segundo informe, que sirvió de base para la primera discusión celebrada en junio de 2025. Como resultado de dicha fase, la Conferencia adoptó una resolución y conclusiones propuestas de la Comisión Normativa, acordando inscribir el punto en el orden del día de la 114.^a reunión (junio de 2026) para una segunda discusión orientada a la posible adopción de un convenio complementado por una recomendación.

La propia dinámica del procedimiento evidencia, por tanto, que el texto definitivo de las eventuales NIT depende de hitos ulteriores, incluida su aprobación por la mayoría cualificada requerida y, en su caso, la eventual reconducción del proyecto hacia una recomendación si no se alcanzara el umbral necesario (Rocha Sánchez, 2025, p. 5). Con todo, el estado actual de los trabajos realizados ofrece ya un material normativo suficiente para anticipar sus lineamientos jurídicos y, especialmente, para valorar su potencial como instrumento orientador frente a los déficits identificados. Sobre esta base, y delimitado el origen institucional y cronológico del proceso, procede describir de forma sistemática los ejes regulatorios que se recogen en el proyecto de convenio y en la recomendación, a fin de preparar, en el epígrafe posterior, una valoración de los ámbitos regulados y de aquellos que permanecen fuera de cobertura o requieren mayor precisión normativa.

A partir de las conclusiones adoptadas, el proyecto se articula, en su preámbulo, sobre una constatación expresa: la economía de plataformas está transformando de manera estructural la organización del trabajo. En el preámbulo del proyecto del convenio se reconoce que dichos modelos han contribuido a la creación y expansión de oportunidades empresariales, favoreciendo el desarrollo de nuevas iniciativas económicas y generando posibilidades de empleo e ingresos, en particular para personas que enfrentan dificultades de acceso a los mercados de trabajo tradicionales, destacándose positivamente la flexibilidad organizativa como uno de sus rasgos característicos. No obstante, el propio preámbulo advierte que esta configuración productiva plantea obstáculos relevantes para la efectividad del trabajo decente, en la medida en que la modalidad de prestación y el papel desempeñado por la tecnología inciden en la determinación de la situación laboral, en la garantía de condiciones adecuadas y en el acceso a la protección social.

El proyecto de convenio se inicia con una delimitación conceptual de plataforma digital de trabajo, de las personas que realizan trabajo en plataformas, de los intermediarios que intervienen en la organización de la actividad y del concepto de remuneración. Sobre esta base conceptual, el proyecto articula sus contenidos en torno a un conjunto de ejes regulatorios que buscan dar respuesta a los déficits identificados. Entre ellos se sitúan las disposiciones relativas a la garantía de los derechos fundamentales en el trabajo, las previsiones en materia de seguridad y salud en el trabajo, con mención expresa a la prevención de la violencia y el acoso, y las normas orientadas a la promoción del empleo y a la determinación de la relación de trabajo, añadiendo a su vez disposiciones relativas a la remuneración,

al tiempo de trabajo y a la protección en materia de Seguridad Social. De igual modo, se incorpora un tratamiento específico del uso de sistemas de inteligencia artificial, así como aspectos relacionados con la protección de datos personales y la privacidad, previsiones relativas a la suspensión, desactivación o cancelación de cuentas, además de referencias a la protección de personas migrantes y refugiadas, a mecanismos de solución de conflictos y vías de recurso y reparación, así como a disposiciones sobre aplicación. A continuación, se abordará de manera sistemática cada uno de estos ejes regulatorios, comenzando por el examen detallado de las definiciones incorporadas en el proyecto de convenio, en cuanto constituyen el presupuesto conceptual sobre el que descansa la arquitectura normativa del instrumento.

El proyecto de convenio establece en su artículo 1 a) que

la expresión «plataforma digital de trabajo» designa a toda persona jurídica o, cuando sea aplicable de conformidad con la legislación nacional, toda persona física que, por medio de tecnologías digitales, utilizando sistemas automatizados de toma de decisiones: i) organiza y/o facilita trabajo realizado por personas a cambio de remuneración o pago, para la prestación de servicio, a petición del destinatario o del solicitante; ii) independientemente de que dicho trabajo se realice en línea o en una ubicación geográfica específica (OIT, 2025, p. 34).

De manera correlativa, el artículo 1 b) precisa que

la expresión «trabajador de plataformas digitales» designa a toda persona que esté empleada o contratada para trabajar: i) a los efectos de la prestación de servicio organizada y/o facilitada por una plataforma digital de trabajo; ii) a cambio de remuneración o pago; iii) independientemente de la clasificación de su situación en el empleo (OIT, 2025, p. 34).

El artículo 1 c) define al intermediario como toda persona jurídica o física que pone a disposición el trabajo de un trabajador de plataformas digitales: i) en virtud de relaciones contractuales con la plataforma digital y con el trabajador de plataformas, o ii) en el marco de una cadena de subcontratación. Finalmente, el artículo 1 d) precisa que los términos remuneración o pago designan el monto debido a un trabajador de plataformas digitales, a cambio del trabajo realizado, la que no deberá incluir compensación por gastos u otros costos incurridos por los trabajadores para la realización de su trabajo.

El artículo 2 precisa el alcance subjetivo y objetivo del instrumento. En tal sentido, el numeral 1 establece que se aplicará a todas las plataformas digitales de trabajo y a todos los trabajadores de plataformas digitales, con independencia de que su actividad se desarrolle en la economía formal o en la economía informal. No obstante, el propio artículo 2.2 contempla la posibilidad de que los Miembros establezcan excepciones respecto del ám-

bito de aplicación en su totalidad o particularidades, cuando existan problemas de carácter sustancial. La determinación del alcance territorial del instrumento se complementa con lo dispuesto en el artículo 27, conforme al cual se aplicará a todas las plataformas digitales de trabajo, a los intermediarios y a los trabajadores de plataformas digitales que operen en el territorio del Miembro. En cuanto a los mecanismos de aplicación, el artículo 30 dispone que podrá hacerse efectivo mediante la legislación, los convenios colectivos, las decisiones judiciales, una combinación de estos instrumentos o de conformidad con la práctica nacional de cada Miembro. La recomendación desarrolla en su numeral XIII, que los Miembros deberían asegurar la aplicación efectiva de las disposiciones del convenio y de la propia recomendación, entre otras medidas, mediante acciones de sensibilización, provisión de información y orientaciones dirigidas a las plataformas digitales de trabajo, a los trabajadores de plataformas digitales y a sus representantes. Asimismo, se prevé la cooperación a nivel bilateral, regional e internacional como instrumento de apoyo a la aplicación de las normas.

El artículo 3 del proyecto de convenio introduce la garantía del acceso a los derechos fundamentales en el trabajo, indicándose que todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores de plataformas digitales disfruten de libertad de asociación y libertad sindical, junto con el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, y el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable.

El proyecto de convenio desarrolla, en sus artículos 4 al 7, el bloque normativo relativo a la seguridad y salud en el trabajo, el cual se complementa con las orientaciones contenidas en el numeral II de la recomendación. El convenio establece la obligación de los Miembros de adoptar medidas orientadas a garantizar que las plataformas digitales de trabajo adopten disposiciones apropiadas –en la medida en que resulte razonable y factible– para prevenir accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y cualquier otro daño a la salud que pueda derivarse de la actividad desarrollada. Asimismo, el articulado prevé que las plataformas digitales deberán velar por que los trabajadores reciban información y formación adecuadas en materia de seguridad y salud en el trabajo, de modo que puedan identificar y gestionar los riesgos asociados a la actividad. Esta previsión se complementa con disposiciones relativas a las condiciones materiales de ejecución del trabajo, en particular, a la utilización de equipos que no presenten peligro para la seguridad o la salud, así como a la provisión de ropa y equipos de protección personal apropiados cuando ello resulte necesario para prevenir riesgos específicos.

El artículo 8 del proyecto del convenio se articula con los lineamientos establecidos en el convenio núm. 190 de la OIT, extendiendo su ámbito de referencia a las particularidades organizativas del trabajo mediado por tecnologías digitales. Por su parte, el artículo 9, en conexión con el numeral III de la recomendación, desarrolla el eje relativo a la promoción del empleo. En este ámbito, se establece que todo Miembro, teniendo en cuenta sus circunstancias nacionales, deberá prever en sus políticas medidas dirigidas a promover la

creación de empleo decente en el contexto del trabajo en plataformas digitales. Asimismo, se contempla la promoción de la progresión profesional y del desarrollo de competencias de las personas que trabajan a través de plataformas digitales, incorporando referencias a la educación, la formación y el aprendizaje permanente como instrumentos destinados a mejorar la empleabilidad y a facilitar la adaptación a la evolución tecnológica y a las transformaciones del mercado de trabajo.

El artículo 10 del proyecto de convenio incorpora un bloque normativo específicamente orientado a la determinación de la relación de trabajo en el ámbito de las plataformas digitales, estableciendo que la calificación jurídica de la existencia de una relación de trabajo deberá basarse en cuatro aspectos: 1) los hechos relativos a la ejecución de la actividad; 2) las condiciones en que se recibe la remuneración; 3) los criterios contenidos en la recomendación núm. 198 de la OIT, y 4) las especificidades del trabajo efectuado. Al mismo tiempo, se precisa que el reconocimiento de la existencia de una relación de trabajo se formula sin perjuicio de la eventual coexistencia de relaciones de naturaleza civil o comercial. Por su parte, el numeral IV de la recomendación complementa que los Estados deberían examinar a intervalos apropiados sus marcos normativos, teniendo en cuenta los cambios en el mundo del trabajo, incluida la digitalización, y, cuando resulte necesario, clarificar y adaptar la legislación con el fin de asegurar una clasificación correcta de los trabajadores de plataformas digitales vinculada a la existencia de una relación de trabajo.

En los artículos 11 al 13 del proyecto de convenio se introduce el eje relativo a la remuneración, el cual se complementa con las orientaciones previstas en el numeral V de la recomendación. El convenio dispone que los Miembros deberán adoptar medidas para asegurar que las personas que trabajan a través de plataformas digitales reciban una remuneración adecuada, incluida aquella calculada por destajo, que sea abonada en moneda de curso legal y pagada puntualmente. Asimismo, se establece que las plataformas solo podrán efectuar deducciones dentro de los límites fijados por la legislación nacional, debiendo proporcionar información precisa, transparente y fácilmente comprensible sobre los conceptos retributivos y las eventuales deducciones aplicables. Por su parte, la recomendación desarrolla este eje mediante la indicación de que los Miembros deberían asegurar la aplicación de un salario mínimo cuando corresponda, precisando que este no deberá incluir compensaciones por gastos u otros costos incurridos por la realización del trabajo, ni propinas u otras gratificaciones. De igual modo, se contempla la necesidad de establecer métodos para fijar la compensación correspondiente a los periodos de espera vinculados a la organización de la actividad a través de la plataforma. En lo que concierne al tiempo de trabajo, el instrumento proyectado prevé que los Miembros adopten medidas orientadas a asegurar la observancia de límites razonables de horas de trabajo diarias y semanales, así como la previsión de pausas y periodos mínimos de descanso. Por último, se incorpora la referencia a la posibilidad de que los trabajadores de plataformas digitales puedan rechazar tareas o desconectarse de la plataforma sin sufrir represalias.

En su artículo 14, el proyecto de convenio regula el eje relativo a la protección en materia de Seguridad Social, el cual se complementa con las orientaciones del numeral VI de la recomendación. El convenio establece que todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores gocen de una protección en materia de Seguridad Social no menos favorable que la aplicable a otros trabajadores en situación comparable. Por su parte, la recomendación desarrolla este eje mediante orientaciones dirigidas a ampliar progresivamente la cobertura cuando los sistemas nacionales presenten limitaciones, señalando que los Miembros procurarán extender el ámbito de aplicación, en particular en lo relativo a la atención de la salud y a la seguridad del ingreso, tomando en consideración los principios contenidos en el convenio núm. 102 de la OIT. Asimismo, se prevé la adopción de medidas destinadas a garantizar el mantenimiento o la portabilidad de los derechos de Seguridad Social adquiridos y de los derechos en curso de adquisición cuando los trabajadores estén sujetos a distintos regímenes, ya sea en diferentes Estados miembros.

El proyecto de convenio incorpora, en sus artículos 15 a 17, un eje relativo al uso de sistemas automatizados basados en algoritmos que se complementa con el numeral VII de la recomendación. El artículo 15 establece la exigencia de que las plataformas digitales de trabajo informen a las personas trabajadoras, con carácter previo al inicio de la relación de empleo, sobre el uso de sistemas automatizados basados en algoritmos con fines de seguimiento o evaluación del trabajo, así como sobre aquellos destinados a generar decisiones relativas al trabajo. A continuación, el artículo 16 introduce previsiones relativas a los límites materiales del uso de tales sistemas, estableciendo que la utilización de sistemas de inteligencia artificial no deberá vulnerar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, expresamente, la norma dispone que su empleo no debe dar lugar a discriminación directa o indirecta, incluyendo lo relativo a la remuneración. Por su parte, el artículo 17 se refiere a las garantías aplicables a las decisiones que afectan a la persona trabajadora cuando sean generadas por sistemas automatizados, estableciéndose el derecho del trabajador a acceder, sin demora indebida, a una explicación por escrito de toda decisión que incida en sus condiciones de trabajo, de igual modo, se prevé el acceso a la revisión humana de aquellas decisiones automatizadas que tengan como consecuencia la denegación del pago, la suspensión o desactivación de la cuenta, así como las que incidan en la contratación o en la terminación de su empleo. La recomendación complementa este bloque alentando a que, cuando se empleen estos sistemas, las plataformas notifiquen los principales parámetros que repercuten en las condiciones de trabajo y la importancia relativa atribuida a dichos parámetros, así como el grado de intervención humana presente en el proceso de toma de decisiones.

El proyecto de convenio incorpora, en sus artículos 18 y 19, un eje relativo a la protección de datos personales y a la privacidad, el cual se complementa con el numeral VIII de la recomendación. El artículo 18 establece que los Miembros deberán adoptar medidas dirigidas a asegurar la existencia de garantías efectivas y apropiadas en relación con la recopilación, el almacenamiento, el tratamiento, el uso y la comunicación de datos personales de las personas trabajadoras. El artículo 19 desarrolla un conjunto de prohibiciones espe-

cíficas referidas a datos y comunicaciones cuya captación o utilización queda vedada. De manera particular, se prohíbe la recopilación o el tratamiento de conversaciones privadas, incluidas aquellas mantenidas con representantes de los trabajadores, así como la información relativa a la afiliación a organizaciones de trabajadores o la participación en actividades de estas. Del mismo modo, la norma excluye los datos obtenidos cuando la persona no se encuentre realizando el trabajo, y los datos concernientes a la salud física y mental, así como otros datos sensibles, salvo en el supuesto en que su tratamiento resulte necesario para prevenir riesgos graves o inminentes para la salud o la vida. La recomendación complementa este eje indicando que los Miembros deberían establecer políticas sobre la portabilidad de los datos personales relativos al trabajo en plataformas, incluyendo aquellos asociados a la trayectoria laboral en la plataforma, tales como calificaciones.

Seguidamente, el artículo 20 del proyecto de convenio incorpora un bloque normativo referido a la suspensión o desactivación de cuentas y a la terminación del empleo estableciendo que todo Miembro adoptará medidas orientadas a prohibir la suspensión o desactivación de la cuenta de un trabajador de plataformas digitales, cuando dichas decisiones se fundamenten en motivos discriminatorios o en otros motivos injustificados. A continuación, los artículos 21 y 22 del proyecto, en conexión con el numeral IX de la recomendación, desarrollan el eje relativo a las condiciones de empleo o contratación. El artículo 21 dispone que todo Miembro adoptará medidas para asegurar que los trabajadores de plataformas digitales sean informados sobre sus condiciones de empleo o contratación de forma adecuada, verificable y fácilmente comprensible, previendo, cuando sea posible, la utilización de contratos escritos como soporte de dicha información. En lo que concierne a la determinación de la legislación aplicable, el artículo 22 establece que las condiciones de empleo o contratación de los trabajadores de plataformas digitales se regirán por la legislación del país en que se realiza el trabajo, salvo que los instrumentos internacionales o los acuerdos multilaterales o bilaterales pertinentes dispongan otra cosa. La recomendación complementa este eje mediante orientaciones dirigidas a la estructuración del contenido mínimo de los instrumentos de empleo o contratación en el trabajo en plataformas digitales. En particular, el numeral IX contempla que dichos instrumentos deberían incluir: 1) la identificación de las partes, 2) la naturaleza del trabajo a realizar, 3) la referencia al uso de sistemas automatizados, 4) la indicación de los motivos por los cuales podría suspenderse o desactivarse la cuenta o darse por terminada la relación, 5) inclusión de los métodos utilizados para determinar la remuneración y de las eventuales deducciones aplicables y 6) indicación de la legislación pertinente que regula las condiciones de empleo o contratación.

El proyecto de convenio incorpora un tratamiento específico de la protección de personas migrantes y refugiadas en el trabajo en plataformas digitales. En particular, el artículo 23 establece que los Miembros deberán adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas orientadas a prevenir abusos contra los migrantes y los refugiados, así como para brindarles una protección adecuada. De forma complementaria, el numeral X establece que los Miembros deberían velar por que los migrantes y los refugiados dispongan de servicios públicos gratuitos de información en el marco de su contratación y de su trabajo como trabajadores

de plataformas digitales, con la finalidad de asegurar que conozcan la legislación pertinente aplicable a su situación, así como los mecanismos de solución de conflictos y las vías de recurso y reparación disponibles.

Por último, el proyecto de convenio incorpora, en su artículo 24, el eje relativo a los mecanismos de solución de conflictos y a las vías de recurso y reparación, estableciéndose que todo Miembro deberá adoptar medidas dirigidas a asegurar que los trabajadores dispongan de un acceso fácil a mecanismos de solución de controversias que reúnan condiciones de seguridad, equidad y eficacia, así como a vías de recurso y reparación que resulten apropiadas y efectivas frente a eventuales vulneraciones de sus derechos. Este eje se complementa con el numeral XI de la recomendación, en el que se precisa que los Miembros deberían asegurar que los trabajadores de plataformas digitales puedan acceder a mecanismos de solución de conflictos y a vías de recurso y reparación en el territorio en el que residan o realicen trabajo a través de una plataforma digital, con independencia del lugar en que se encuentre establecida la plataforma, salvo que instrumentos internacionales o acuerdos multilaterales o bilaterales pertinentes dispongan otra cosa. Asimismo, la recomendación señala que, al adoptar medidas relativas a los mecanismos de solución de conflictos y a las vías de recurso y reparación, los Miembros deberían tomar en consideración la situación particular de las personas migrantes y refugiadas, incluyendo el reconocimiento del derecho a permanecer legalmente en el territorio con el fin de hacer valer sus derechos una vez finalizada la relación de empleo o contratación.

4. Fortalezas, límites y desafíos pendientes del proyecto de convenio y recomendación sobre trabajo en plataformas digitales

Concluida la exposición sistemática de los ejes regulatorios, procede un análisis de su contenido, tránsito metodológico pertinente si se tiene en cuenta que

la labor a la que se enfrenta el legislador es hercúlea y la primera pregunta que debe responderse es cuál debe ser el modelo propio de legislación que debe diseñarse para el siglo XXI: ¿reforma coyuntural o adaptación de lo dado?; ¿recodificación normativa? ¿norma integradora de criterios jurisprudenciales consolidados? En suma, la cuestión es si el objetivo debe ser dejar fijadas de manera permanente y estable las instituciones esenciales que definen las relaciones de trabajo por cuenta ajena o si se debe dar a luz a una suerte de norma atemporal que defina los principios esenciales que deben regir el orden laboral en lo que hace a sus instituciones claves (Mercader Uguina, 2020).

Desde esta perspectiva, el análisis que sigue se centrará en valorar en qué medida la arquitectura normativa descrita logra responder de forma coherente a las tensiones identi-

ficadas. En particular, aun cuando el preámbulo del proyecto reconoce que la expansión de las plataformas digitales ha generado oportunidades de empleo e ingresos para personas con dificultades de acceso a los mercados laborales tradicionales, y enfatiza la flexibilidad organizativa como uno de sus rasgos característicos, el contraste entre dicha afirmación y el propio articulado –que incorpora previsiones relativas a la permanencia, a la asignación de tareas y a mecanismos de control mediante sistemas automatizados– plantea la necesidad de examinar con mayor detenimiento el alcance real de esta característica.

En el preámbulo del proyecto de convenio se indica la aspiración de establecer un marco común de reglas a escala internacional que contribuya a generar condiciones de competencia leal entre las plataformas digitales de trabajo. La premisa subyacente es que la fijación de estándares homogéneos en materia de derechos evitaría que determinados operadores económicos obtengan ventajas competitivas mediante la externalización de riesgos o la elusión de obligaciones laborales. No obstante, el alcance efectivo de esta pretensión requiere ser ponderado a la luz de la experiencia comparada. La sola existencia de un marco normativo claro no garantiza, por sí misma, la homogeneidad en su aplicación ni la inmediata adecuación de los modelos empresariales. La experiencia de ordenamientos que han introducido presunciones de laboralidad en el ámbito del reparto, como ocurrió en España tras la aprobación de la Ley Rider, evidencia que la adopción de reglas explícitas no impidió inicialmente la persistencia de modelos organizativos divergentes entre plataformas, ni eliminó de forma automática las tensiones competitivas derivadas de distintas estrategias de cumplimiento (Alemán-Madrigal, 2025, p. 260). Solo a partir de la persecución penal frente al incumplimiento de responsabilidades jurídicas se produjo una convergencia más clara en los comportamientos empresariales, en un contexto en el que incluso se plantearon controversias sobre posibles situaciones de competencia desleal entre operadores que sí habían adaptado sus estructuras contractuales y aquellos que mantenían esquemas previos.

Destacamos del proyecto de convenio, las categorías conceptuales, iniciando por la definición de trabajador de plataformas digitales, designado como toda persona que esté empleada o contratada para prestar servicios organizados y/o facilitados por una plataforma digital de trabajo a cambio de remuneración o pago, con independencia de la clasificación de su situación en el empleo, ampliando el ámbito de aplicación más allá de sectores específicos tradicionalmente asociados a la regulación –como el reparto o el transporte– y proyectándolo sobre cualquier actividad que reúna las notas estructurales del trabajo mediado por plataforma (Consejo Editorial de Revista de Derecho Social, 2025, p. 11). A su vez, el término plataforma digital de trabajo, abarca a toda persona jurídica o física que, por medio de tecnologías digitales y utilizando sistemas automatizados de toma de decisiones, organiza y/o facilita trabajo realizado por personas a cambio de remuneración, ya sea que la actividad se desarrolle en línea o en una ubicación geográfica determinada. Esta definición integra, en un mismo marco conceptual, tanto el trabajo en línea de carácter deslocalizado –susceptible de ejecutarse desde cualquier territorio– como el trabajo fuera de línea coordinado digitalmente, siempre que concurren los elementos de intermediación tecnológica y gestión mediante sistemas automatizados.

El proyecto dispone que sus previsiones se extienden a todas las plataformas digitales de trabajo y a todos los trabajadores de plataformas digitales, con independencia de que la actividad se desarrolle en la economía formal o en la economía informal. No obstante, el propio instrumento contempla la posibilidad de que los Miembros establezcan excepciones respecto de su aplicación total o parcial cuando concurran problemas de carácter sustancial. Esta cláusula de exclusión, formulada en términos genéricos, introduce un margen de apreciación que podría traducirse en delimitaciones restrictivas, en la medida en que la determinación de tales problemas de carácter sustancial queda remitida a la valoración de cada Miembro, lo cual, si no se acompaña de criterios interpretativos rigurosos y de mecanismos adecuados de control, podría convertirse en un cauce para limitar o diferir la aplicación de sus disposiciones a determinados segmentos.

En lo que respecta al bloque relativo a la seguridad y salud en el trabajo, así como a la prevención de la violencia y el acoso, el proyecto de convenio incorpora una previsión expresa de que los Miembros adopten medidas orientadas a garantizar que las plataformas implementen disposiciones apropiadas para prevenir daños derivados de la actividad desarrollada, en coherencia con los estándares internacionales existentes y con la extensión de las garantías reconocidas en el convenio núm. 190. Esta inclusión constituye un reconocimiento normativo de que el trabajo mediado por tecnologías digitales no queda al margen de las obligaciones generales en materia de protección de la integridad física y psicosocial. No obstante, la formulación adoptada mantiene un grado de generalidad que obliga a examinar en qué medida el instrumento proyectado logra captar la especificidad de los riesgos asociados a la organización algorítmica del trabajo. La conectividad constante exigida para la asignación de tareas, la monitorización tecnológica mediante sistemas de geolocalización y evaluación en tiempo real, así como la presión derivada de mecanismos de reputación y puntuación, configuran un entorno en el que los riesgos psicosociales adquieren una centralidad particular. La necesidad de permanecer disponible para evitar la pérdida de oportunidades de trabajo puede generar dinámicas de autoexplotación, prolongación indebida de la jornada y afectaciones a la salud mental, en un contexto caracterizado por la ausencia de límites organizativos tradicionales y por la internalización de las exigencias de rendimiento impuestas por sistemas automatizados (Fernández-Costales Muñoz, 2020, pp. 104-108). Del mismo modo, el reconocimiento de la violencia y el acoso como dimensiones relevantes del trabajo en plataformas resulta pertinente a la luz de la despersonalización de las interacciones y de la frecuente inexistencia de estructuras jerárquicas claras que canalicen la prevención y gestión de conflictos. La anonimidad relativa de los entornos digitales, la interacción directa con clientes o usuarios y la realización de tareas en espacios privados o no controlados por la plataforma introducen factores adicionales de vulnerabilidad que inciden tanto en la identificación como en la reparación de conductas lesivas.

Como ha resaltado de forma reiterada la doctrina y la experiencia comparada, la controversia en torno al trabajo en plataformas digitales se ha concentrado, en buena medida, en la calificación del vínculo, recurriendo los distintos ordenamientos a los elementos tra-

dicionales del trabajo por cuenta ajena –dependencia, ajenidad y carácter personal de la prestación–, ya sea mediante presunciones legales, desarrollos jurisprudenciales, reinterpretaciones evolutivas de tales categorías o a través de la referencia a los criterios orientadores contenidos en la recomendación 198 de la OIT. En este contexto, el proyecto de convenio establece que la existencia de una relación de trabajo deberá apreciarse atendiendo a cuatro parámetros: los hechos relativos a la ejecución de la actividad, las condiciones en que se percibe la remuneración, los criterios recogidos en la recomendación 198 y las especificidades del trabajo efectuado.

El enfoque elegido por la OIT en el proyecto reafirma la centralidad del principio de primacía de la realidad y la relevancia de los indicios fácticos para la calificación jurídica del vínculo, en coherencia con el enfoque tradicional del derecho del trabajo internacional. Sin embargo, la remisión a categorías ya consolidadas plantea interrogantes en relación con la adecuación de tales parámetros para captar plenamente las transformaciones organizativas derivadas de la gestión algorítmica. El propio preámbulo del instrumento reconoce que el trabajo en plataformas está modificando de manera estructural la forma de organizar la actividad productiva; pese a ello, la técnica empleada no introduce una reformulación expresa de los elementos clásicos ni incorpora, de forma explícita, referencias a manifestaciones contemporáneas de subordinación, tales como la dirección mediante algoritmos, la asignación automática de tareas, los sistemas de reputación o la monitorización permanente. En este sentido, si bien el proyecto mantiene una coherencia formal con el acervo normativo existente, la ausencia de desarrollos específicos que expliquen cómo deben valorarse estos nuevos indicios en entornos digitalizados condiciona el alcance práctico de la disposición. La identificación de la relación de trabajo continúa descansando en parámetros generales cuya operatividad dependerá, en gran medida, de la interpretación que realicen los órganos jurisdiccionales y las autoridades administrativas al enfrentarse a modelos empresariales caracterizados por formas indirectas o tecnológicamente mediadas de ejercicio del poder de dirección.

La doctrina ha evidenciado que uno de los riesgos más característicos del trabajo en plataformas digitales radica en la inestabilidad de los ingresos, derivada tanto de la organización flexible de la prestación como de la dependencia estructural de la demanda de servicios. El modelo de pago por tarea, predominante en numerosos sectores de la economía de plataformas, traslada al trabajador la variabilidad del mercado y diluye cualquier expectativa de continuidad económica, generando una presión constante por maximizar la disponibilidad y la productividad como única vía para sostener niveles mínimos de ingresos. Esta dinámica adquiere particular relevancia cuando se observa la disociación entre el tiempo efectivamente invertido en la plataforma y el tiempo que finalmente es objeto de compensación. Los periodos de espera, la conexión permanente para no perder oportunidades de asignación y las franjas de disponibilidad no retribuidas configuran una brecha significativa entre tiempo de trabajo y tiempo remunerado, con efectos directos sobre la percepción de justicia retributiva y sobre la estabilidad financiera del trabajador. A ello se añaden los cos-

tes asociados al desempeño de la actividad –dispositivos tecnológicos, conexión a internet, mantenimiento de vehículos o herramientas– que, en ausencia de mecanismos claros de asunción empresarial, consolidan una transferencia de riesgos económicos hacia quien presta el servicio.

El proyecto aborda esta problemática fundamentalmente en el plano de la recomendación, donde se prevé que la remuneración sea adecuada y abonada puntualmente, que las deducciones se encuentren previamente definidas y que exista información accesible y transparente sobre los criterios de cálculo. Asimismo, se incluyen orientaciones relativas a la no inclusión de compensaciones o propinas en el salario mínimo, a la compensación de los periodos de espera y a la posibilidad de rechazar tareas o desconectarse sin represalias indebidas, junto con referencias a la necesidad de establecer límites razonables a la duración de la prestación (Nomdedéu Biosca, 2023, pp. 55-56). No obstante, el hecho de que buena parte de estas garantías se articule en la recomendación y no en el texto vinculante del convenio introduce un elemento de relativización en cuanto a su eficacia normativa. La distinción entre obligaciones estrictas y directrices programáticas condiciona el grado de exigibilidad de aspectos que, en la práctica, resultan determinantes para la efectividad del derecho a una remuneración suficiente y para la delimitación del tiempo de trabajo en entornos caracterizados por la conectividad constante. De este modo, aun cuando el instrumento proyectado identifica correctamente algunos de los núcleos problemáticos del modelo retributivo en plataformas digitales, la operatividad concreta de tales previsiones dependerá, nuevamente, de la forma en que los Miembros integren estas orientaciones en sus ordenamientos internos y de la capacidad de los mecanismos de control para evitar que la flexibilidad organizativa se traduzca en una prolongación encubierta de la jornada y en una erosión sostenida de los ingresos.

En cuanto al bloque relativo al uso de sistemas de inteligencia artificial y a la protección de la privacidad constituye uno de los ámbitos en los que con mayor nitidez se manifiestan tanto las fortalezas como los límites del instrumento proyectado. La gestión algorítmica del trabajo no se limita a optimizar la asignación de tareas, sino que configura un modelo de dirección empresarial tecnológicamente mediado, en el que la recopilación masiva de datos, la evaluación automatizada del rendimiento y la toma de decisiones sin intervención humana directa adquieren un protagonismo estructural. Este entorno transforma los mecanismos tradicionales de control, sustituyendo la supervisión presencial por sistemas de monitorización permanente, geolocalización en tiempo real y procesamiento continuo de información conductual, con implicaciones directas para la intimidad, la dignidad y la autonomía de las personas trabajadoras. El proyecto de convenio y la recomendación incorporan previsiones orientadas a garantizar que las decisiones adoptadas mediante sistemas automatizados sean justas, transparentes y no discriminatorias, así como a exigir la existencia de supervisión humana en aquellas determinaciones que incidan de manera significativa en la situación del trabajador, particularmente en lo relativo a la remuneración, la suspensión o la desactivación de la cuenta.

No obstante, el alcance de estas previsiones debe examinarse a la luz de los riesgos específicos asociados a los sistemas de reputación digital y a la personalización algorítmica de las exigencias de rendimiento. La adaptación dinámica de los parámetros de evaluación en función del comportamiento individual puede intensificar la presión competitiva y generar una forma de subordinación caracterizada por la imposición de objetivos variables y crecientes, sin espacios efectivos de negociación o ajuste. La dependencia de las calificaciones otorgadas por los usuarios, cuya ponderación y procesamiento escapan en gran medida al conocimiento del trabajador, puede traducirse en fenómenos de coacción por reputación, en los que la necesidad de mantener una puntuación elevada condiciona la aceptación de tareas, horarios o condiciones desfavorables. A ello se suma el riesgo de discriminación algorítmica, en la medida en que las evaluaciones pueden incorporar sesgos implícitos vinculados a factores ajenos al desempeño profesional, reproduciendo desigualdades estructurales bajo una apariencia de objetividad técnica. Si bien el instrumento proyectado avanza al exigir criterios de equidad y mecanismos de supervisión humana, la ausencia de un desarrollo más detallado sobre las garantías procedimentales aplicables a la impugnación de decisiones automatizadas limita el alcance práctico de tales previsiones.

En lo que concierne a la protección en materia de Seguridad Social, el proyecto de convenio y la recomendación se sitúan en un terreno especialmente sensible, en la medida en que la economía de plataformas tensiona los presupuestos sobre los que históricamente se ha construido el campo de aplicación de los sistemas de protección social. En términos estructurales, tales sistemas han delimitado su cobertura tomando como referencia un trabajo típico asociado a relaciones de empleo estables, asalariadas, de duración indefinida y, ordinariamente, a tiempo completo, lo que permite identificar con claridad al sujeto obligado a cotizar, fijar bases contributivas relativamente constantes y articular una acción protectora integral. Sin embargo, la expansión de modelos de prestación intermitente, remuneración por tarea y dependencia tecnológica –con ingresos fluctuantes y, en ocasiones, una inserción múltiple en diversas plataformas– dificulta la traslación automática de las categorías tradicionales, favoreciendo escenarios de cobertura insuficiente, reducida o inexistente (Almendros González, 2023, p. 1).

El proyecto reconoce esta dificultad al establecer, en términos generales, que los trabajadores de plataformas digitales deben gozar de una protección no menos favorable que la aplicable a otros trabajadores en situación comparable, y al complementar dicha previsión con orientaciones destinadas a ampliar progresivamente la cobertura y a asegurar la portabilidad de derechos cuando existan desplazamientos entre regímenes, ya sea en el plano interno o transfronterizo. No obstante, la técnica normativa empleada atribuye un protagonismo decisivo a los ordenamientos nacionales para concretar el modo de integración de estos trabajadores, lo que desplaza el núcleo operativo hacia decisiones internas relativas al campo de aplicación, los mecanismos de afiliación, la determinación de bases contributivas y la asignación de responsabilidades entre plataforma, intermediarios y personas trabajadoras. Este diseño resulta coherente con la diversidad de modelos institucionales existentes y con la heterogeneidad de estatutos jurídicos aplicables a quienes trabajan en

plataformas; sin embargo, también evidencia que el alcance efectivo de la tutela social dependerá, en gran medida, de la capacidad de cada sistema para acomodar formas de empleo no estándar y para evitar que la clasificación como trabajo independiente –frecuente en la práctica– opere como factor de exclusión del acceso a prestaciones esenciales. La eficacia de cualquier estrategia de protección depende también de factores administrativos y de acceso efectivo: la complejidad procedimental, los requisitos formales y los costos de cumplimiento pueden operar como barreras de inclusión, sobre todo para quienes se encuentran en escenarios de ingresos bajos o participación esporádica. En consecuencia, aun cuando el proyecto incorpora referencias relevantes al objetivo de ampliación progresiva y a la preservación de derechos, la operatividad real de estas previsiones queda condicionada por la forma en que los Miembros definan mecanismos de afiliación, recaudación y gestión compatibles con trayectorias laborales discontinuas y con la mediación tecnológica propia del sector, así como por la existencia de instrumentos de coordinación que impidan que la movilidad –interna o internacional– se traduzca en lagunas de protección.

En relación con el derecho colectivo del trabajo, se reconoce de manera dual: de un lado, incorpora en el proyecto de convenio la referencia a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y, de otro, desplaza hacia la recomendación el desarrollo más específico de pautas aplicables a la realidad organizativa de las plataformas. Este diseño resulta coherente con la arquitectura general del sistema normativo de la OIT; sin embargo, deja abierta una cuestión relevante desde la perspectiva de la efectividad: la tutela colectiva en el trabajo en plataformas no se agota en la proclamación de derechos, sino que exige condiciones de ejercicio, garantías procedimentales y mecanismos de vigilancia que sean sensibles a un modelo productivo caracterizado por la deslocalización, la atomización de la fuerza de trabajo y la mediación tecnológica de la dirección empresarial (Esteve Segarra, 2022, pp. 52-53). En un mercado laboral del siglo XXI marcado por dinámicas de individualización –en las que se intensifica el discurso del emprendedor y se reconfiguran los contornos de la empresa y del proceso productivo–, los pilares del sindicalismo clásico se ven tensionados por formas de prestación formalmente autónomas que, no obstante, pueden presentar rasgos funcionales de dependencia y organización ajena, lo que obliga a reconsiderar el alcance y los canales de acción del derecho colectivo más allá del paradigma histórico del empleo asalariado típico (Ruiz Saura, 2023, pp. 218-219).

Desde esta perspectiva, el trabajo en plataformas evidencia un doble desafío. En primer lugar, el relativo al reconocimiento de la dimensión colectiva en entornos en los que la interacción laboral se produce de forma fragmentada y asimétrica, con escasa sociabilidad profesional y con relaciones triangulares o multiactor –plataforma, usuario/cliente, trabajador– que diluyen el interlocutor tradicional y dificultan la identificación del sujeto responsable de negociar. En segundo término, el derivado de que amplios segmentos de estos trabajadores se sitúan, por su calificación formal, en el ámbito del trabajo autónomo, donde la tutela colectiva ha sido históricamente más débil, al descansar en lógicas de autotutela individual y en esquemas de protección jurídica no equiparables a los del trabajo dependiente. El resultado es que derechos como la negociación colectiva, la acción sindical o la huelga, aun

reconocidos como fundamentales, encuentran obstáculos estructurales para su despliegue efectivo cuando la organización del trabajo se articula mediante sistemas automatizados de asignación, reputación y control, y cuando la continuidad del acceso al mercado de trabajo depende de decisiones unilaterales de desactivación o de mecanismos reputacionales que pueden operar como formas indirectas de disciplina. En este contexto, la experiencia comparada muestra la emergencia de formas de organización colectiva adaptativas –sindicatos sectoriales ampliados, asociaciones, redes y sindicatos digitales– que intentan reconstruir vínculos de solidaridad en colectivos dispersos y, al mismo tiempo, dotar de inteligibilidad colectiva a problemas que, en apariencia, se presentan como individuales. Esta evolución revela que la dimensión colectiva no desaparece con la digitalización, sino que se reconfigura: la acción colectiva se desplaza hacia canales no tradicionales y, en ocasiones, transnacionales, precisamente porque la plataforma opera más allá de fronteras y porque sus reglas de funcionamiento tienden a estandarizarse globalmente.

Finalmente, destacamos el contenido mínimo de los instrumentos de empleo o contratación y de los mecanismos de solución de conflictos. La recomendación orienta a que la relación quede documentada con un contenido mínimo en el que se identifique a las partes, la naturaleza de la prestación, la referencia al uso de decisiones automatizadas, los motivos de suspensión o desactivación, las reglas de determinación de la remuneración y sus deducciones, o la indicación del derecho aplicable, lo que opera como presupuesto de transparencia y de previsibilidad, y se proyecta, además, sobre la posibilidad real de impugnar decisiones empresariales adoptadas en entornos opacos. Con todo, el desplazamiento de estos estándares hacia la recomendación –y no hacia el convenio– vuelve a situar su eficacia en un plano condicionado por la incorporación interna, precisamente en un ámbito en el que la asimetría informativa y la fragmentación contractual tienden a acentuar la vulnerabilidad del trabajador. En paralelo, la previsión del proyecto de convenio sobre acceso a mecanismos de solución de controversias y vías de recurso y reparación, reforzada por la orientación de la recomendación de garantizar tal acceso en el territorio de residencia o de realización del trabajo con independencia del lugar de establecimiento de la plataforma, apunta a uno de los nudos críticos del fenómeno: la deslocalización empresarial y la consiguiente dificultad para activar remedios efectivos cuando la plataforma organiza el trabajo transfronterizamente o cuando el trabajador se sitúa en condiciones de movilidad o irregularidad administrativa. La mención expresa a la situación de personas migrantes y refugiadas confirma que el acceso a la tutela no se reduce a la existencia abstracta de vías de reclamación, sino que se vincula a condiciones materiales de justiciabilidad y a la eliminación de obstáculos que, en la práctica, pueden desincentivar o impedir la defensa de derechos tras la finalización de la relación. En esta medida, la combinación de pautas sobre documentación mínima del vínculo y garantías de recurso revela tanto una fortaleza –la identificación de presupuestos elementales de seguridad jurídica y de tutela– como un límite inherente a la técnica utilizada, en la medida en que la efectividad de tales previsiones queda atravesada por la diversidad de regímenes internos, por la complejidad jurisdiccional y por la arquitectura misma del poder de dirección digital.

5. Reflexión abierta

El examen del proyecto de convenio y de la recomendación permite constatar que las fórmulas ensayadas hasta ahora para afrontar los problemas derivados de este modelo productivo responden, en realidad, a distintas concepciones sobre la función misma del derecho del trabajo en el contexto de la digitalización. Lejos de agotarse en una controversia terminológica sobre la calificación del vínculo, el debate revela una tensión estructural entre la preservación de las categorías clásicas –dependencia y autonomía– y la necesidad de ofrecer respuestas normativas a formas de organización empresarial caracterizadas por la gestión algorítmica, la fragmentación de la prestación y la dispersión territorial de los sujetos implicados.

Las soluciones articuladas en los distintos ordenamientos –la configuración de figuras intermedias, el recurso a presunciones de laboralidad o de autonomía, el análisis casuístico de los indicios de dependencia y, más recientemente, la garantía de un núcleo mínimo de derechos con independencia de la calificación formal– no constituyen alternativas excluyentes, sino manifestaciones de estrategias regulatorias orientadas a restablecer equilibrios en un escenario de asimetría económica y tecnológica. La creación de estatutos específicos intenta reconocer la singularidad organizativa del trabajo en plataformas, aunque plantea el riesgo de consolidar segmentaciones normativas; la presunción de laboralidad opera como mecanismo de tutela frente a entornos ambiguos, pero su eficacia depende de la coherencia procesal y de la capacidad probatoria; el análisis casuístico permite adaptar la respuesta a la diversidad de situaciones, si bien puede generar fragmentación interpretativa, y la garantía de un mínimo de derechos, promovida en el ámbito internacional, introduce una capa de protección transversal cuya suficiencia y articulación con los sistemas laborales internos continúa siendo objeto de valoración.

Consideramos que uno de los aciertos más significativos del proyecto de convenio y de la recomendación radica en la identificación de ámbitos materiales que, hasta hace pocos años, permanecían en la periferia del debate laboral y que hoy constituyen el núcleo mismo de la organización productiva en plataformas digitales. En este sentido, la incorporación de disposiciones relativas a la protección de datos personales y a la transparencia en el uso de sistemas automatizados revela una comprensión adecuada de que la relación de trabajo en entornos digitalizados se articula, en gran medida, a través del tratamiento masivo de información. La exigencia de que las personas trabajadoras puedan acceder a los datos que les conciernen, conocer los criterios que rigen su procesamiento y contar con garantías frente a usos indebidos no solo proyecta al ámbito laboral principios consolidados en materia de privacidad, sino que contribuye a reequilibrar una asimetría informativa estructural propia de la gestión algorítmica. Asimismo, la previsión relativa a la portabilidad de valoraciones y reputaciones digitales introduce un elemento de movilidad y transparencia que atenúa la dependencia exclusiva respecto de una plataforma concreta y reconoce que el capital reputacional constituye, en este sector, un activo profesional con incidencia directa en las oportunidades de acceso al mercado.

De igual modo, el tratamiento del tiempo de trabajo y de la remuneración evidencia un esfuerzo por abordar dimensiones que inciden directamente en la efectividad del derecho al trabajo decente. Aunque el instrumento proyectado preserva la flexibilidad organizativa como rasgo característico del modelo, la referencia a límites razonables, a la necesidad de periodos de descanso y a la consideración de los tiempos de disponibilidad para la plataforma permite visibilizar una problemática que trasciende la mera asignación de tareas. La delimitación entre tiempo efectivamente prestado y tiempo de conexión o espera constituye uno de los puntos más sensibles en la economía de plataformas, en la medida en que incide tanto en la salud y seguridad como en la suficiencia de los ingresos. En esta línea, la exigencia de claridad en los métodos de cálculo de la remuneración, así como en las deducciones aplicables, representa un avance relevante frente a esquemas retributivos caracterizados por la opacidad y la variabilidad unilateral, al situar la transparencia como presupuesto mínimo de legitimidad en la fijación del precio del trabajo.

La dimensión transnacional del trabajo en plataformas digitales sitúa el debate en un plano que trasciende las respuestas estrictamente domésticas. La posibilidad de que la prestación se organice desde un Estado, se ejecute desde otro y se dirija a usuarios ubicados en múltiples jurisdicciones evidencia que los instrumentos tradicionales de regulación nacional resultan, en ocasiones, insuficientes para garantizar una tutela homogénea y efectiva. En este contexto, el proyecto de convenio y la recomendación de la OIT representan un intento de articular un marco común que permita encauzar, bajo estándares compartidos, fenómenos productivos cuya lógica operativa no reconoce fronteras jurídicas.

Las lagunas identificadas en numerosos ordenamientos –en particular, las relativas a la calificación del vínculo, a la incidencia de la gestión algorítmica en las condiciones de trabajo y a la cobertura de quienes desarrollan actividades en entornos transfronterizos– han contribuido a generar escenarios de inseguridad jurídica y de fragmentación normativa. La ausencia de criterios internacionales de referencia no solo dificulta la aplicación coherente de los principios del trabajo decente, sino que también favorece dinámicas competitivas basadas en diferencias regulatorias. Desde esta perspectiva, el instrumento proyectado no pretende uniformar de manera rígida los sistemas nacionales, sino establecer un suelo común que oriente la recepción interna de derechos vinculados a la transparencia en la dirección algorítmica, a la protección de datos personales, a la delimitación del tiempo de trabajo y a la garantía de una remuneración comprensible y verificable.

La relevancia de este marco internacional se proyecta asimismo sobre la capacidad de los Miembros para prevenir prácticas de deslocalización productiva o de competencia basada en estándares laborales más débiles. La fijación de parámetros mínimos a escala global puede contribuir a evitar que la flexibilidad organizativa inherente al modelo de plataformas se traduzca en una erosión progresiva de garantías laborales, sin desconocer la diversidad de configuraciones institucionales existentes. Al mismo tiempo, la eficacia real de tales estándares dependerá de su integración sistemática en los ordenamientos internos y del funcionamiento de mecanismos de control que aseguren su aplicabilidad efectiva.

En este sentido, la eventual aprobación del convenio y de la recomendación en la Conferencia Internacional del Trabajo prevista para junio de 2026 adquiere una significación particular. Más allá de las limitaciones técnicas o de los márgenes de apreciación que el propio instrumento reconoce a los Miembros, su adopción formal consolidaría un punto de inflexión en la construcción de un marco normativo internacional específicamente orientado a la protección del *homo rider*. Ello no implicaría el cierre del debate doctrinal ni la resolución definitiva de las tensiones estructurales analizadas, pero sí configuraría una base común desde la cual continuar desarrollando, en clave comparada y evolutiva, las categorías del derecho del trabajo frente a los desafíos de la economía digital. En esa posible convergencia entre norma internacional, recepción nacional y evolución jurisprudencial se sitúa el horizonte de discusión que este estudio deja abierto.

Referencias bibliográficas

- Alemán-Madrigal, L. E. (2025). *La calificación jurídica de la prestación de servicios en las plataformas digitales: retos y propuestas en el Derecho del Trabajo*. Ediciones Universidad Salamanca. <https://doi.org/10.14201/OVI0471>
- Alfonso Sánchez, R. (2016). Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 66, 13-73.
- Almendros González, M. A. (2023). El encuadramiento y el aseguramiento en la Seguridad Social del trabajo prestado a través de plataformas digitales. En J. L. Monereo Pérez, J. A. Maldonado Molina y R. Vida Fernández (Coords.), *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital* (pp. 1-23). Comares.
- Álvarez del Cuvillo, A. (2019). La vigencia de las funciones históricas del Derecho del Trabajo en el siglo XXI. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7(2), 7-45.
- Aragón Gómez, C. (2023). El tiempo de trabajo ante las nuevas formas de organización empresarial. En J. R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla, (Dir.), *Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital*. (pp. 125-150). Tirant lo Blanch.
- Araguez Valenzuela, L. (2017). Nuevos modelos de economía compartida: Uber Economy como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 5(1), 1-23.
- Cañigueral, A. (2021). Perfiles de trabajo en plataformas digitales. En M. L. Rodríguez Fernández, (Dir.), *Tecnología y trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social* (pp. 159-174). Thomson Reuters Aranzadi.
- Cavas Martínez, F. (2017). Las prestaciones de servicio a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 406, 23-56. <https://doi.org/10.51302/rtss.2017.1960>

- Cedrola Spremolla, G. (2019). Competencias, Organización del Trabajo y Formación Profesional en el Trabajo del Futuro: Algunas reflexiones para posibilitar cambios imprescindibles. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7(1), 6-51.
- Consejo Editorial de Revista de Derecho Social. (2025). La OIT regulará por convenio internacional el trabajo al servicio de plataformas digitales. *Revista de Derecho Social*, 110, 7-14.
- De Stefano, V. (2016). La «gig economy» y los cambios en el empleo y la protección social. *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate, Nueva Etapa*, 27, 149-172.
- Esteve Segarra, A. (2018). «Zero hours contracts»: hacia la flexibilidad absoluta del trabajo en la era digital. *Revista de Derecho Social*, 82, 37-60.
- Esteve Segarra, A. (2022). Desafíos de las relaciones colectivas de trabajo en las empresas de plataforma. *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3(3), 52-76. <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7367>
- Fernández-Costales Muñiz, J. (2020). La prevención de riesgos laborales y sus nuevas exigencias y retos frente al avance de la digitalización y las nuevas tecnologías. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 83-115. <https://doi.org/10.51302/rtss.2020.934>
- Galán Zazo, J. I. y Zúñiga Vicente, J. A. (2021). Gig economy: ¿el inicio de una nueva era en la gestión de los recursos humanos? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 167-197. <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2486>
- Ginès i Fabrellas, A. (2021). El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica. *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* 2(1), 19-42. <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6045>
- Mercader Uguina, J. R. (2020). Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 63.
- Nomdedéu Biosca, E. (2023). El trabajo en plataformas digitales y sus riesgos asociados en materia de salud. Derecho a la desconexión digital en el trabajo. En F. Trujillo Pons (Coord.), *Límites a la conectividad permanente en el trabajo: salud y competitividad empresarial* (pp. 29-60). Thomson Reuters Aranzadi.
- OIT. (2025). *Trabajo decente en la economía de plataformas. Conferencia Internacional del Trabajo. 114.ª reunión, 2026*.
- Pazos Pérez, A. (2020). La reputación digital mediante algoritmos y los derechos fundamentales de los trabajadores. En M. Rodríguez-Piñero Royo y A. Todolí Signes (Coords.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital* (pp. 487-503). Thomson Reuters Aranzadi.
- Pérez Campos, A. I. (2019). Economía colaborativa y tiempo de trabajo: ¿es necesario un cambio legislativo? En G. García González, M. Regina Redinha, M. R. Guimarães y B. Sáenz de Jubera Higuero (Coords.), *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital* (pp. 129-148). Dykinson.
- Poquet Catalá, R. (2019). Zonas grises de la economía colaborativa: Uber como paradigma. En G. García González, M. Regina Redinha, M. R. Guimarães y B. Sáenz de Jubera Higuero (Coords.), *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital* (pp. 61-84). Dykinson.

- Raso Delgue, J. (2017). La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 5(1), 1-35.
- Rocha Sánchez, F. (2025). Hacia un Convenio Global sobre el trabajo decente en la economía de plataformas. *NET21*, 25. <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2025/07/ARTICULO-FER-NANDO-ROCHA-NET-21.pdf>
- Rodríguez Fernández, M. L. (2018). Organización y acción sindical ante la revolución tecnológica. *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 23, 70-91.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. C. (2017). La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 138, 125-161.
- Rosenbaum Carli, F. (2021). *El trabajo mediante plataformas digitales y sus problemas de calificación jurídica*. Aranzadi.
- Ruiz Saura, J. E. (2023). Reinventar el conflicto colectivo en las nuevas relaciones laborales del siglo XXI: el caso de la empresa de plataforma. *Lan Harremanak - Revista de Relaciones Laborales*, 49, 215-235. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.24599>
- Todolí Signes, A. (2017). Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales. En M. Rodríguez-Piñero Royo y M. Hernández Bejarano (Dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos* (pp. 223-241). Bomarzo.
- Todolí Signes, A. (Dir.). (2020). *Riesgos laborales específicos del trabajo en plataformas digitales*. Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales.

Luis Ernesto Alemán-Madrigal. Doctor por la Universidad de Salamanca (tesis sobresaliente *cum laude*, nominada a premio extraordinario) y Doctor en Derecho por la Universidad Americana (*magna cum laude*). Abogado y notario público, con Máster en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social, Máster en Derecho de Empresas y Máster en Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Profesor de grado y posgrado en Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social y Metodología de la Investigación Jurídica en universidades de Nicaragua, Perú y España. Actualmente, asesor legal del Instituto Nicaragüense de Seguridad Social, miembro del Comité Ejecutivo de América Latina para CIELO Laboral, así como par evaluador y miembro de comités editoriales de revistas científicas especializadas en Derecho laboral y de la protección social. <https://orcid.org/0000-0003-3318-6967>

La doctrina del Tribunal Supremo sobre incapacidad permanente total *versus* la jurisprudencia europea y la reforma legal sobre permanencia en la actividad de las personas trabajadoras incapacitadas

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé

Profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat de València (Valencia, España)

francisco.rodrigo@uv.es | <https://orcid.org/0000-0001-6936-9525>

Extracto

En tiempos relativamente recientes, en la Sentencia de 17 de abril de 2024 (rec. 2225/2021), el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de dirimir un supuesto litigioso, con relación a la fecha de efectos de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual, que suscita múltiples cuestiones jurídicas controvertidas. La resolución de las mismas implica, necesariamente, el abordaje del debate jurídico con relación a la delimitación conceptual de lo que por profesión habitual deba entenderse a estos efectos. El presente trabajo trata de fundamentar jurídicamente una postura al respecto, opuesta a la mantenida por el Tribunal Supremo en dicha sentencia, sobre la base de la interpretación literal y teleológica del texto legal, apoyada, asimismo, en los principales criterios doctrinales y jurisprudenciales previos relacionados con esta materia.

Palabras clave: pensiones de incapacidad permanente; incapacidad permanente total; fecha de efectos pensiones; profesión habitual; compatibilidad con el trabajo pensiones de incapacidad total; jurisprudencia sobre incapacidad permanente total; permanencia en la actividad personas incapacitadas.

Recibido: 31-01-2026 / Aceptado: 23-03-2026 / Publicado: 07-05-2026

Cómo citar: Rodrigo Sanbartolomé, F. A. (2026). La doctrina del Tribunal Supremo sobre incapacidad permanente total *versus* la jurisprudencia europea y la reforma legal sobre permanencia en la actividad de las personas trabajadoras incapacitadas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 116-140. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25013>

The Supreme Court's doctrine on total permanent disability versus European jurisprudence and the legal reform on continued employment for disabled workers

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé

Lecturer in Labor Law and Social Security.

University of Valencia (Spain)

francisco.rodrigo@uv.es | <https://orcid.org/0000-0001-6936-9525>

Abstract

Recently, in the STS of April 17, 2024 (rec. 2225/2021), the Spanish Supreme Court has had the opportunity to resolve a contentious case, in relation to the effective date of the total permanent disability pension, which raises many controversial legal issues. Their resolution necessarily implies addressing the legal debate in relation to the conceptual delimitation of what should be understood by habitual profession. The present work tries to substantiate a position in this regard, opposite to that maintained by the Supreme Court, on the basis of the literal and teleological interpretation of the legal text, also supported by the main doctrinal criteria and jurisprudence related to this matter.

Keywords: permanent disability pensions; total permanent disability; effective date of pensions; habitual profession; compatibility of work with total disability pensions; case law on total permanent disability; continued employment of disabled individuals.

Received: 31-01-2025 / Accepted: 23-03-2026 / Published: 07-05-2026

Citation: Rodrigo Sanbartolomé, F. A. (2026). The Supreme Court's doctrine on total permanent disability versus European jurisprudence and the legal reform on continued employment for disabled workers. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 116-140. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25013>

Sumario

1. Planteamiento de la cuestión: el supuesto de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2024 (rec. 2225/2021)
 2. La fundamentación jurídica de la sentencia
 3. Cuestiones problemáticas que origina el criterio del TS
 4. El concepto jurídico indeterminado de profesión habitual
 - 4.1. La noción «profesión habitual»
 - 4.2. Criterios jurisprudenciales sobre «profesión habitual» en los casos de segunda actividad
 5. Solución y reflexión final
- Referencias bibliográficas

1. Planteamiento de la cuestión: el supuesto de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2024 (rec. 2225/2021)

El presente estudio parte del análisis de los criterios sentados por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 17 de abril de 2024 (rec. 2225/2021) sobre fecha de efectos de la pensión de incapacidad permanente total (IPT) para la profesión habitual, abordando la confrontación de su doctrina con una interpretación teleológica de la noción de profesión habitual y de la función de la pensión asociada a la incapacidad para la misma, así como su compatibilidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el reciente proceso de reforma legal impulsado con el fin de favorecer la continuidad de la actividad laboral de las personas que sean declaradas incapacitadas permanentes en puestos compatibles con su estado.

El supuesto litigioso se refiere a un conductor de autobuses de la empresa municipal de transportes (EMT) que, imposibilitado para realizar sus funciones como consecuencia de sufrir la afección hipertrofia benigna de próstata, fue adscrito provisionalmente por la empresa a otro puesto de la misma categoría profesional de conductor, pero con funciones distintas (agente auxiliar de la Oficina de Atención al Cliente), a expensas del reconocimiento de su eventual derecho a una pensión de IPT para la profesión habitual. La sucesión de hechos probados que sirven de base a esta sentencia parte de la denegación por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 11 de septiembre de 2019, tras dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) de 26 de agosto de 2019, de la prestación de IPT solicitada, pese a tratarse de un trabajador que por la afección descrita padecía importantes limitaciones para realizar su función de conducción de autobuses con normalidad. No obstante, con posterioridad, el 18 de noviembre de 2019, fue adscrito por la empresa a las mencionadas funciones de agente auxiliar en la Oficina de Atención al Cliente, hasta que, finalmente, en vía judicial, se reconoció su derecho a la correspondiente pensión por IPT, si bien con fecha de efectos económicos desde el cese en esta segunda actividad provisional.

En efecto, la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de Madrid 311/2020, de 30 de noviembre (proced. 1360/2019) lo declaró en situación de IPT con efectos del cese en su trabajo, siendo confirmada esta decisión por Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid 348/2021, con fecha de 17 de mayo (rec. 184/2021). Asimismo, por último, en la Sentencia del Alto Tribunal objeto de este comentario se desestimó el recurso del pensionista incapacitado.

Sin embargo, a la vista del tenor de los artículos 198.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y 13.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero 1996, cabe preguntarse si la fecha del hecho causante de la pensión de IPT no debió retrotraerse a la fecha del dictamen propuesta del EVI y la de efectos económicos de la prestación al cese en el trabajo en las funciones iniciales, como conductor, incompatibles con el estado de salud de la persona incapacitada.

2. La fundamentación jurídica de la sentencia

Como ha sido descrito, la STS que aquí es objeto de comentario confirmó el criterio de las sentencias de instancia y de suplicación en cuanto a la fecha de efectos económicos de dicha prestación económica de Seguridad Social, con base en los siguientes fundamentos jurídicos:

1. La sentencia comentada se remite en su fundamentación jurídica a las SSTS de 19 de enero de 2009 (rec. 1764/2008) y de 16 de enero de 2020 (rec. 3700/2017) al establecer que, aunque cuando la persona trabajadora es declarada en situación de incapacidad permanente si la solicitud no va precedida de una situación de incapacidad temporal (IT) y el/la solicitante estuviera prestando servicios, la fecha del hecho causante es la fecha de emisión del dictamen del EVI, ex artículo 13.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 y la de efectos económicos de la prestación ha de ser la del cese en el trabajo.

Sin embargo, cabe oponer que, de ello, en ningún momento se desprende nada diferente a que el trabajo en que ha de cesarse determinando el *dies a quo* para comenzar a percibirse la prestación sea aquel correspondiente a las funciones para las que está imposibilitado/a como consecuencia de su incapacidad permanente, pero no cualquier otro compatible.

Por ello, en la sentencia se razona que, con independencia de la fecha del hecho causante de la pensión, si en el momento de su reconocimiento la persona trabajadora presta servicios en la misma profesión habitual, el abono de la pensión solo comenzará cuando se produzca el cese de dicha persona en ella. Mientras tanto, la pensión de IPT para una profesión habitual es incompatible con el salario percibido por la persona trabajadora al continuar desarrollando la misma profesión habitual.

A mi juicio, si esta es la conclusión, que la profesión habitual era también la desempeñada con posterioridad provisionalmente –hay que presuponer que sobre la base del hecho de corresponder ambos puestos a la misma categoría profesional– la solución lógica –aunque no la legal, ni la más justa– no hubiera sido posponer los efectos económicos de la prestación al momento del cese en las posteriores funciones, sino denegar el reconocimiento de la IPT, puesto que, si el tribunal, realmente, asume que se trataba de la misma profesión habitual y las funciones provisionales posteriores sí eran compatibles con el estado

de salud de la persona trabajadora, no existiría realmente IPT. A fin de cuentas, la persona trabajadora estaría desarrollando su profesión habitual, en estas segundas funciones, sin ningún problema por su afección y, por tanto, no estaría incapacitada para el desarrollo de tal profesión habitual.

2. Asimismo, esta STS de 17 de abril de 2024 se remite en su fundamentación jurídica a los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y al artículo 5 de la Directiva europea 2000/78/CE, relativo a los «Ajustes razonables para las personas con discapacidad», pero –a mi modo de ver– estas disposiciones normativas no aportan especial interés directo (aunque sí gran incidencia indirecta –como veremos en las conclusiones–) para la resolución de la concreta cuestión objeto de esta *litis*. De hecho, la propia sentencia así lo reconoce expresamente al subrayar que en este caso el trabajador fue recolocado sin extinción, por lo que no se encuentra una explicación razonable a la extensión del texto dedicado a su análisis en la misma.

En efecto, la Sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2022, asunto C-485/20, en aplicación del artículo 5 de la citada Directiva 2000/78 arguyó que el concepto de «ajustes razonables para las personas con discapacidad», a efectos de dicha disposición, implica que un trabajador (incluido el que realiza un periodo de prácticas tras su incorporación) que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa, debería ser destinado a otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario. Y también la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, sentó la doctrina siguiente:

[...] cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como ajuste razonable a efectos del art. 5 de la Directiva 2000/78, ya que permite a ese trabajador conservar su empleo, garantizando su participación plena y efectiva en la vida profesional con arreglo al principio de igualdad con los demás trabajadores [...] [y] una normativa nacional en materia de seguridad social no puede ir en contra, en particular, del art. 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta, convirtiendo la discapacidad del trabajador en una causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva.

Sin embargo, lo cierto es que en el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo (TS) –como la propia sentencia reconoce– el conductor de autobuses urbanos que sufría dolencias prostáticas se reincorporó a la empresa provisionalmente con funciones de agente auxiliar en la Oficina de Atención al Cliente mientras se resolvía si se le debía reconocer el derecho a percibir la pensión de IPT.

Así pues, aunque el Convenio colectivo de la EMT de Madrid para los años 2018-2020 regulaba la IPT en su punto 8.12 y estipulaba compromisos de recolocación (mediante contratos indefinidos a tiempo parcial en el puesto de especialista de limpieza) en favor de las personas trabajadoras a las que les fuera reconocida una IPT en el periodo comprendido entre el 1-1-2019 y el 31-12-2020 con una edad igual o superior a 45 años e inferior a los 55 años (era el caso del trabajador recurrente que nació en 1966), lo cierto es que en el caso enjuiciado no consta la extinción del contrato de trabajo sino el reingreso provisional mientras se resolvía el eventual derecho a la pensión. Y –como el propio TS reconoce– este no es el objeto del litigio que no se dirigía contra el empleador sino contra la entidad gestora y lo que se debate es la compatibilidad de la pensión con las nuevas funciones asignadas al trabajador. O, según mi visión, dicho de otro modo, se trata de esclarecer cuál es la fecha de cese en el trabajo que deberá tener virtualidad como *dies a quo* de la prestación por IPT, si la de cese en las funciones incompatibles con la incapacidad del trabajador o la de cese en las funciones compatibles realizadas posteriormente, aun cuando formalmente todas ellas correspondan a la misma categoría profesional de «conductor».

3. Por lo demás, finalmente, la sentencia fundamenta el fallo mediante su remisión a la doctrina jurisprudencial general (SSTS de 29 de octubre de 2004, rec. 5644/2003; 19 de noviembre de 2004, rec. 1133/2004; 20 de septiembre de 2005, rec. 3115/2004, y 29 de octubre de 2004, rec. 5644/2003) relativa a la compatibilidad entre el trabajo y la pensión IPT.

Así, pese a que se citan expresamente las SSTS de 26 de octubre de 2016 (rec. 1267/2015) y 22 de noviembre de 2023 (rec. 3804/2020) que establecieron que

la delimitación de la profesión habitual no debe identificarse con el puesto de trabajo o la categoría profesional, sino con aquellos cometidos que el trabajador está cualificado para realizar y a los que la empresa le haya destinado o pueda destinarle haciendo uso de la movilidad funcional,

finalmente, tras mencionar la STS de 7 de marzo de 2023 (rec. 903/2020), se opta por apoyarse en la STS de 26 de abril de 2017 (rec. 3050/2015) relacionada con las profesiones habituales en las que está previsto legal o reglamentariamente el pase a segunda actividad (como policías o bomberos) para concluir que la profesión habitual no es identificable con el «grupo profesional» pero tampoco lo es con el «puesto de trabajo» o «categoría profesional» y que

en el supuesto de que se acceda a la pensión de IPT desde la situación de activo laboral, la fecha de inicio de los efectos económicos de la pensión coincide con la del cese efectivo en el trabajo. El Policía local que ha pasado a la segunda actividad sigue manteniendo idéntica cualidad profesional de Policía. Por ello, el inicio de la pensión de IPT tiene como fecha de efectos económicos la del cese en funciones de Policía local, siquiera sea en segunda actividad.

En definitiva, con base en esta última sentencia, se reafirman los siguientes principios:

- a) El de absoluta incompatibilidad entre la pensión de IPT y el desempeño de la misma profesión.

Sin embargo, este dato nadie lo discute –creo–, pues la cuestión real es determinar si las nuevas funciones compatibles se han de entender integradas en la misma profesión por el hecho de que «nominalmente» formen parte de la misma categoría profesional. La cuestión real es: ¿la profesión habitual se define por la categoría profesional a la que la persona trabajadora está formalmente adscrita o por las características reales de las funciones que efectivamente desempeña que son a las que la LGSS (art. 198.1) se refiere?

- b) La función de sustitución de rentas salariales de la pensión de IPT.
- c) La inactividad en la profesión integra el concepto mismo del grado de IPT.

También los principios asentados en las letras b) y c) resultan evidentes, e indiscutidos. En efecto, la regla general en las prestaciones del nivel contributivo del sistema de la Seguridad Social es su función de suplir las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la actualización de la contingencia protegida. Precisamente, por ello, el beneficiario de la prestación de IPT percibe el 55 % de su base reguladora y no el 100 % como en una incapacidad permanente absoluta, porque lo que se le compensa es la pérdida de rentas salariales que le generaban las funciones que desarrollaba hasta el acaecimiento de la contingencia, pero no impide su compatibilidad con el salario derivado de otras funciones compatibles. La sustitución de las rentas salariales no es integral porque su capacidad de trabajo global no resulta plenamente afectada sino solo en parte¹.

- d) Cuando se accede a la pensión de IPT desde la situación de activo laboral, la fecha de inicio de los efectos económicos de la pensión coincide con la del cese efectivo en el trabajo.

Este último principio tampoco resuelve la cuestión aquí controvertida pues –como ya he anticipado– de lo que se trata es de determinar a qué cese en el trabajo efectivo nos referimos: ¿el correspondiente a las funciones incompatibles o el de las compatibles posteriores?

¹ En este sentido, Gala Durán (2013, p. 85) expresa certeramente:

No podemos olvidar que, si bien se cobra una pensión de carácter vitalicio, esta alcanza solo el 55 por 100 de la correspondiente base reguladora, no el 100 por 100 y, por tanto, ya se parte inicialmente de la idea de que el pensionista por incapacidad permanente total tendrá que buscar, al menos en determinados casos, ingresos adicionales a la pensión que percibe de la Seguridad Social.

4. Por último, la sucinta *ratio decidendi* que sustenta el fallo de la sentencia concluye que:

Durante esa adscripción provisional se mantuvo su categoría profesional de conductor de autobuses. Aplicando la citada doctrina jurisprudencial, debemos concluir que la fecha de efectos de la pensión de incapacidad permanente total del actor debe ser la del cese en sus funciones, lo que no sucede mientras continúe la adscripción provisional.

Se produce, pues, una inexplicable identificación entre la categoría profesional de adscripción de la persona trabajadora y las funciones efectivas desempeñadas, como si todos los puestos de trabajo integrados en cada categoría implicaran necesariamente el desarrollo de idénticas funciones a efectos de capacidad de trabajo y compatibilidad o incompatibilidad con la IPT.

Se revela, por tanto, como una cuestión clave la determinación del contenido concreto del concepto jurídico indeterminado «profesión habitual», pues, dependiendo de que dicha noción se identifique con las funciones propias del puesto de trabajo desempeñado por la persona trabajadora en el momento de ser diagnosticada de la dolencia o con el grupo profesional al que estuviera adscrita, la valoración de la compatibilidad o incompatibilidad de eventuales segundas actividades será muy distinta. A ello dedicaré el epígrafe 4, pero, por el momento, conviene detenerse en reflexionar sobre las contradictorias implicaciones lógicas y las controvertidas consecuencias jurídicas que se derivan del criterio jurisprudencial descrito.

3. Cuestiones problemáticas que origina el criterio del TS

A la luz de las conclusiones que sustentan el fallo de esta sentencia, cabe preguntarse, entonces, ¿si la adscripción por la empresa al puesto con funciones compatibles con su IPT no hubiera sido provisional sino permanente, los efectos económicos de la pensión se hubieran suspendido (o, más bien, no hubieran nacido) hasta el cese efectivo en dichas actividades?

Al extremo, si este trabajador hubiera mantenido dicho empleo compatible hasta su jubilación, dada la incompatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente con las de jubilación, en caso de tenerse derecho a estas, ¿no hubiera percibido nunca la pensión por IPT? Se estaría reconociendo, así, en estos casos, el derecho a una pensión de IPT, en realidad, incobrable. Pues, pese a que se le ha reconocido la incapacidad para su profesión habitual, no se le permite percibir la pensión correspondiente porque se concede viabilidad jurídica al desarrollo de las funciones de su segunda actividad a pesar de que se considera que forman parte de esa misma profesión habitual para la que no tiene capacidad. Entonces, ¿está o no incapacitado para su profesión habitual? Si lo está, y la segunda actividad forma parte de dicha profesión habitual, no debería permitirse que una persona incapacitada para tal profesión habitual continúe trabajando en la misma. Otra cosa supone una contradicción lógica.

Si la solución –como parece– no está condicionada por circunstancias excepcionales o peculiares del caso resuelto y, por ello, constituye una doctrina unificadora de aplicación general, realmente, ¿no se está estableciendo, *de facto*, en estos casos, la incompatibilidad de trabajos compatibles con el estado de la persona trabajadora con la pensión de IPT para la profesión habitual?

Por su propio concepto y definición esta solución es contraria al tenor legal de la vigente LGSS. Es más –como he avanzado antes–, si se asume que la segunda actividad era equivalente a la misma profesión habitual anterior por corresponderse con la misma categoría profesional, si las funciones provisionales posteriores sí que eran compatibles con el estado de salud del trabajador ¿no habría que concluir que, en realidad, no existiría IPT? Puesto que, si la segunda actividad que sí era compatible con su estado de salud forma parte de su profesión habitual, es que no está realmente incapacitado para ella. Otra cosa implica una nueva contradicción lógica.

Dicho de otro modo, si se considera que la segunda actividad del trabajador se corresponde o coincide con su profesión habitual, una de dos: o no se reconoce la situación de IPT para una profesión habitual que realmente sí puede desempeñar o, si se reconoce, no se le debería permitir el desarrollo de unas actividades para las que se ha establecido previamente que no tiene capacidad. De otro modo, da la sensación de que la única preocupación es económica, puesto que se permite el desarrollo de una profesión para la que se ha reconocido que el trabajador está incapacitado, siempre que se demore el percibo de la pensión reconocida hasta que se cese en la misma.

Sin embargo, lo que en realidad ocurre en estos casos es que ninguna de estas posibilidades (no reconocer la IPT, reconocerla pero sin permitir desarrollar la actividad compatible o permitir la postergando la pensión hasta el cese en la segunda actividad) se corresponde con el tenor literal del artículo 198.1 de la LGSS que refiere expresamente a las funciones: «la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total».

Si el trabajador es movilizado funcionalmente por la empresa a otro puesto compatible con su estado porque no está capacitado ya para el desempeño de sus anteriores funciones, ¿no será más lógico entender que es debido a que está incapacitado para la que era su profesión habitual y no para sus nuevas funciones, aunque correspondan a la misma categoría profesional?

¿O es que, en cambio, solo se aplica este controvertido criterio jurisprudencial si el segundo trabajo es en la misma empresa? También, en este caso, como se deriva de manera evidente de la lectura del precepto legal transcrito, la respuesta afirmativa sería directamente contraria a la ley.

Si el trabajador no hubiera sido recolocado en este otro puesto y hubiera cesado en el trabajo como consecuencia de esta dolencia, hay que entender que habría iniciado la percepción de su pensión por IPT sin mayores complicaciones y si, con posterioridad, hubiera obtenido un empleo en la misma o distinta empresa como agente auxiliar de la Oficina de Atención al Cliente: ¿qué hubiera pasado? ¿Le habrían revisado el grado de incapacidad permanente y revocado la pensión por considerarle plenamente capaz? Muy probablemente no, pues resulta notorio que, de suyo, el artículo 198.1 de la LGSS arriba transcrito, posibilita simultanear la prestación por IPT con un nuevo empleo con funciones compatibles. Entonces, ¿por qué se demoran los efectos económicos de estas pensiones hasta la fecha de cese en el trabajo en las segundas actividades previstas legal o convencionalmente? Si el régimen jurídico aplicable es el mismo (la LGSS no distingue este caso ni exceptúa ningún supuesto) acaso ¿no es evidente que estas medidas que están previstas para favorecer la situación de estos colectivos terminarán, en realidad, por perjudicarlos e, incluso, discriminarlos? Pues si cesaran en el primer trabajo y solicitaran la pensión por IPT la podrían simultanear con un nuevo trabajo con funciones compatibles, pero, en cambio, si como beneficiarios de estas medidas legales/reglamentarias o convencionales, son automáticamente adscritos a una segunda actividad solo podrán percibir el salario derivado de esta, viendo condicionado el inicio del percibo de la pensión a que pongan fin a dicho trabajo de reemplazo.

Una última posibilidad para contemplar es si el criterio de esta sentencia no se sostiene con ánimo de generalización a todos los supuestos de segunda actividad (por previsión legal/reglamentaria o convencional) sino que se alumbra solo con destino a ser aplicable en casos tales como el analizado en que el puesto compatible sea concedido provisionalmente por la empresa a expensas de la resolución administrativa o judicial correspondiente. Pero, tampoco en tal caso este supuesto especial se contempla expresamente en la norma y conforme al aforismo latino *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no debemos introducir distinciones donde la ley no distingue. Asimismo, como se desprende del antiguo brocardo *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit* (cuando la ley quiere, lo dice; cuando no quiere, calla), si la ley hubiera querido prever una solución especial para estos casos, lo hubiera hecho expresamente. Y lo cierto es que lo único que de la normativa vigente (art. 13.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero 1996)² se desprende es que la fecha del hecho causante de la pensión de incapacidad permanente será la de agotamiento de la IT de la que derive o, en otro caso, la del dictamen propuesta del EVI. Tampoco se distingue en la LGSS entre si la adscripción a las funciones compatibles deriva de un contrato indefinido o

² Artículo 13.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero 1996:

El hecho causante de la prestación se entenderá producido en la fecha en que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la invalidez permanente. En los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades.

de duración determinada, o si la adscripción a las funciones compatibles en el seno de cualquiera de estos contratos es provisional o definitiva, pues esto, al fin y al cabo, salvo que se haya pactado individual o convencionalmente, depende del *ius variandi* empresarial y a lo único que el precepto citado se refiere es a que la pensión es compatible con el desempeño de estas otras funciones, en la misma o distinta empresa, siempre que no coincidan con aquellas que dieron lugar a la IPT, tanto si tales funciones compatibles se desarrollan temporalmente o por tiempo indefinido, como de forma transitoria o provisional como definitiva.

Finalmente, el hecho de que la categoría profesional en que seguían encuadradas las funciones compatibles formalmente fuera la misma de «conductor» no modifica el hecho de que tales funciones, que es a lo que se refiere la literalidad del artículo 198.1 de la LGSS, fueran muy diferentes (en la Oficina de Atención al Cliente) y compatibles con las que no pudo continuar desarrollando a causa del reconocimiento de su incapacidad. Entender que la percepción de similares retribuciones correspondientes a la misma categoría profesional no supuso pérdida de rentas salariales dejadas de percibir por causa de la incapacidad permanente equivale a desconocer el concepto y funcionamiento de la protección de la Seguridad Social por la contingencia de IPT para la profesión habitual, que no se suspende (excepción hecha del complemento correspondiente a la IPT cualificada) por el hecho de que el trabajador encuentre un nuevo empleo compatible, aunque este le suponga rentas salariales iguales o superiores a las que percibía en su profesión habitual anterior para la que se encuentre incapacitado.

Por otro lado, llama desagradablemente la atención que el INSS, que forma parte de una Administración pública a la que, conforme al artículo 103.1 de la Constitución española (CE), le corresponde servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, en su escrito de impugnación del recurso alegase –con tal de salvar al menos la cuestión de la fecha de efectos– que la sentencia recurrida era conforme a derecho, la cual es totalmente contraria (en cuanto a reconocer la IPT) a la resolución administrativa precedente de la entidad gestora que, incluso tras ser impugnada en vía administrativa, había negado la mayor: el derecho a la pensión misma de IPT.

Contrariamente, el Ministerio Fiscal informó a favor de la estimación del recurso. A mi modo de ver, este es el sentido del fallo que del razonamiento jurídico y de la literalidad de la norma vigente se deprendía directamente y debió haberse alcanzado. En este mismo sentido, la Sentencia del TSJ de Madrid de 2 de marzo de 2015 (rec. 967/2014), aportada para su contraste, resolvió un caso prácticamente idéntico en que el demandante fue declarado por sentencia judicial en situación de IPT para su profesión habitual de conductor de transporte público de viajeros en una EMT, habiéndosele encomendado también funciones de conductor auxiliar hasta la realización de un nuevo contrato posterior. El TSJ en este caso razonó que el trabajo para el que el demandante fue declarado incapacitado total fue el de conductor de la EMT, en el que hubo de cesar por ser incompatible con sus lesiones. Debido a ello, se le asignaron funciones de conductor auxiliar, cuya misión es la de conducir dentro de las dependencias de la empresa. Esta sentencia concluyó –a mi juicio

con acierto— que la pensión de incapacidad permanente es compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra, siempre que las funciones no coincidan con las que dieron lugar a la IPT, lo que concurría en el caso, dado que no cabe la identificación entre una y otra clase de trabajo, aunque en ambos la categoría sea la de conductor, al existir marcadas diferencias en el contenido y especial responsabilidad de quien maneja autobuses urbanos.

Resulta muy significativa, como ocurre en el párrafo anterior por contraposición a la sentencia comentada en este trabajo, la sencillez con la que es posible explicar los fundamentos jurídicos de una sentencia cuando sus argumentos responden a la lógica.

4. El concepto jurídico indeterminado de profesión habitual

Como ha podido comprobarse a lo largo de las consideraciones anteriores, las verdaderas cuestiones controvertidas que es necesario resolver para dar una solución adecuada a supuestos como el que es objeto de este comentario, básicamente, son dos:

- De conformidad con la doctrina contenida en las SSTs de 19 de diciembre de 2003 (rec. 2151/2003), 13 de octubre de 2004 (rec. 6096/2003), 18 de mayo de 2006 (rec. 425/2005), 19 de enero de 2009 (rec. 1764/2008), 17 de febrero de 2009 (rec. 1827/2008) y 20 de enero de 2020 (rec. 3700/2017), si la solicitud de la pensión de IPT no va precedida de una situación de IT y la persona solicitante estuviera prestando servicios, los efectos económicos de la IPT deberán producirse desde la fecha de cese efectivo en el trabajo, pero lo que hay que determinar es a qué cese en el trabajo efectivo nos referimos: ¿el correspondiente a las funciones incompatibles o el de las compatibles posteriores?
- O lo que es lo mismo: ¿la profesión habitual se define por la categoría profesional a la que la persona trabajadora sigue formalmente adscrita o por las características reales de las funciones que efectivamente desempeñaba que son a las que, a efectos de compatibilidad, el artículo 198.1 de la LGSS se refiere?

A dilucidar esta cuestión dedicaré las siguientes líneas de este epígrafe para, con auxilio de la doctrina científica y jurisprudencial relacionada, tratar de proporcionar una solución jurídica fundamentada y razonada para el tratamiento de estos supuestos.

4.1. La noción «profesión habitual»

El concepto de lo que por «profesión habitual» ha de entenderse a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por IPT ha sufrido cierta evolución que parte de su identifica-

ción inicial con el puesto de trabajo, pasando por su equiparación a la categoría profesional, para, posteriormente (tras la modificación operada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de racionalización y consolidación del Sistema de Seguridad Social sobre el –en aquel entonces– art. 137.2 LGSS³), pasar a ser relacionada con el grupo profesional. Como consecuencia, la doctrina científica (Fabregat Monfort, 2005) coincidió ampliamente en la interpretación, a efectos funcionales, de que el concepto de profesión habitual se delimita, no solo atendiendo a la profesión que ejercía la persona interesada, sino también al grupo profesional en que esta se encuadraba (Valle Muñoz, 2016, p. 6), pero subrayando el problema que origina que la mayoría de los grupos profesionales de los convenios colectivos no contienen referencia alguna a las profesiones (Poquet Catalá, 2015, p. 58).

Pero es que, además, incluso en caso de definición convencional de tales profesiones, la referencia al grupo profesional (como también a la categoría profesional como ocurre en la sentencia objeto de este comentario) implicaría riesgos evidentes a estos efectos como puso de manifiesto la STS de 28 de febrero de 2005 (rec. 1591/2004) al advertir que:

[...] El concepto del grupo se halla en el art. 22.2 del Estatuto de los Trabajadores y no ha tenido acceso a las normas de Seguridad Social. Aquel precepto lo define como «el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales». [...] En definitiva el grupo puede incluir diversas profesiones. [...] Estimar que el concepto de profesión habitual equivale a grupo profesional, a los efectos de la declaración de incapacidad, conduciría al absurdo de denegar la prestación a quien no quedando capacitado para una tarea propia de profesión que requiere una formación específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente de la suya y para la que no tuviera la formación profesional necesaria. Tesis que hemos de rechazar, sin que ello quiera decir que efectuemos una identificación entre profesión habitual con la aptitud para un preciso y determinado puesto de trabajo.

Por ello, como veremos en el siguiente apartado, en la doctrina judicial, desde antiguo, ha prevalecido una concepción de profesión habitual que rehúsa su identificación tanto con el grupo o la categoría profesional como con las funciones propias de un concreto pues-

³ Actualmente, el contenido de dicho precepto se reproduce de manera idéntica en el artículo 194.2 del vigente texto refundido de la LGSS aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en los siguientes términos:

A efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente.

to de trabajo, poniendo el foco de atención, en cambio, en las funciones o tipo de tareas para las que la persona trabajadora está cualificada para realizar y a las que la empresa le hubiera destinado o pudiera destinarle en virtud de movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de la titulación académica o de la pertenencia a un grupo profesional.

4.2. Criterios jurisprudenciales sobre «profesión habitual» en los casos de segunda actividad

La doctrina tradicional del TS⁴, previa a la Ley 27/2011, sobre valoración de la IPT contiene los siguientes criterios aplicables al caso sobre la noción de profesión habitual:

1) En el sistema vigente, la valoración de la incapacidad permanente tiene carácter profesional, con las excepciones de las lesiones permanentes no invalidantes y la gran invalidez, y, en este sentido, no procede una calificación fisiológica por baremo, sino una estimación en términos de repercusión de las lesiones sobre la capacidad de ganancia en el marco de la profesión habitual.

2) La profesión habitual no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba (en el caso estudiado en este análisis no debería identificarse con las características concretas del puesto de conductor de un determinado autobús de una concreta línea), pero tampoco en atención a la delimitación formal del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional. Es decir, en el supuesto litigioso objeto de este comentario, la mera adscripción formal a un grupo profesional no es determinante, sino que habría que valorar las funciones prototípicas de un conductor de autobuses que poco tienen que ver con las tareas de auxiliar de atención al cliente, pudiendo estar incapacitado para las primeras (y percibir pensión sustitutiva de las rentas salariales dejadas de percibir por ellas) y no para las segundas (compatibilizando el percibo del salario derivado de las mismas), con independencia de que ambas estén adscritas a un mismo grupo profesional.

3) Este criterio profesional no significa que las decisiones en materia de calificación de la incapacidad deban depender de las que, en función del estado del trabajador, puedan haberse adoptado en la relación de empleo: el sistema de calificación es independiente de

⁴ SSTs de 10 de octubre de 2011 (rec. 4611/2010), 3 de mayo de 2012 (rec. 1809/2011), 22 de mayo de 2012 (rec. 2111/2011), 7 de junio de 2012 (rec. 1939/2011), 2 de julio de 2012 (rec. 3256/2011), 4 de julio de 2012 (rec. 1923/2011), 10 de julio de 2012 (rec. 2900/2011), 24 de julio de 2012 (rec. 3240/2011), 2 de noviembre de 2012 (rec. 4074/2011), 12 de febrero de 2003 (rec. 861/2002), 28 de febrero de 2005 (rec. 1591/2004), 27 de abril de 2005 (rec. 998/2004), 23 de febrero de 2006 (rec. 5135/2004), 10 de junio de 2008 (rec. 256/2007) y 25 de marzo de 2009 (rec. 3402/2007).

las incidencias que puedan producirse en esa relación. No es, por tanto, determinante que, en el caso aquí analizado, no se haya extinguido la relación laboral, sino que la empresa haya adscrito provisionalmente al trabajador en otras funciones compatibles con su estado.

4) En las normas de distribución competencial sobre esta materia, tanto en la LGSS como en el Real Decreto 1300/1995 y en la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, no se establece ninguna vinculación de los órganos de calificación por las incidencias o decisiones que puedan producirse en la relación de empleo.

5) A efectos de la calificación de la incapacidad permanente han de tenerse en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la «profesión».

En este sentido, las SSTs de 23 de febrero de 2006 (rec. 5135/2004) y 10 de junio de 2008 (rec. 256/2007), en el caso de los policías locales, entendieron que el ámbito profesional de valoración opera sobre el conjunto de las funciones que comprenden tareas tales como la patrulla, el mantenimiento del orden público, labores de regulación de tráfico, aparte de las tareas administrativas o de vigilancia estática, y, por ello, a la hora de determinar la merma de rendimiento que pudiera aquejar a la persona solicitante ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran la «profesión habitual». Se rechaza así, una valoración de las lesiones de la persona trabajadora basada, de manera exclusiva o, al menos, fundamental, en su proyección sobre el ámbito funcional de la segunda actividad.

Asimismo, la STS de 10 de octubre de 2011 (rec. 4611/2010), FJ 3, estableció que:

[...] la profesión habitual no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional [y añadió que] [e]ste criterio profesional no significa que las decisiones en materia de calificación de la incapacidad deban depender de las que, en función del estado del trabajador, puedan haberse adoptado en la relación de empleo: el sistema de calificación es independiente de las incidencias que puedan producirse en esa relación.

La citada sentencia concluyó, pues, que a efectos de la calificación de la IPT han de tenerse en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la «profesión» y, de este modo, aplicando tal doctrina al caso de un bombero, previo a la modificación operada en la LGSS por la Ley 27/2011, entendió que ha de prestarse atención al conjunto de actividades que integran esa «profesión habitual», no solo a las que se puedan desempeñar como segunda actividad (cometidos de carácter administrativo, de prevención o de planificación de la propia actividad), sino también –lógicamente– tareas tales como la intervención personal y directa en la extinción de incendios o en los siniestros análogos en los que habitualmente participan dichos profesionales. En el mismo sentido, la STS de 4 de diciembre de 2012 (rec. 258/2012) entendió, reiterando esta misma doctrina, que no solo han de va-

lorarse las lesiones considerando de manera exclusiva –o, al menos, fundamental– su proyección sobre el ámbito funcional de la segunda actividad.

Por el contrario, en el caso de la STS de 26 de octubre de 2016 (rec. 1267/2015), pese a subrayar, con carácter previo, la doctrina de las SSTS de 17 de enero de 1989, 23 de febrero de 2006 (rec. 5135/2004) y 27 de abril de 2005 (rec. 998/2004) en el sentido de que la profesión habitual no ha identificarse con la categoría profesional, para la resolución de su litigio parte de la noción de categoría profesional para la que las dolencias padecidas por el trabajador no parecían ofrecer otra limitación que la que resulta del concretísimo supuesto en que sus funciones se realicen en contacto con el corcho. Sin embargo, en este caso, la sentencia concluyó que la profesión de peón de almacén no exige una especialización necesariamente vinculada al tratamiento, manipulación o elaboración de productos de ese material, pues estamos ante un profesiograma amplio para el que es irrelevante la calidad de los materiales sobre los que actúa. El desempeño de las tareas del trabajador no requiere ningún conocimiento, aptitud o habilidad relacionados con el citado material, tratándose de cometidos comunes a las funciones propias de almacenaje en una enorme variedad de industrias y actividades.

Sin embargo, en el supuesto objeto de este comentario, las funciones del conductor de autobuses están basadas en conocimientos, aptitudes y habilidades (que se acreditan en la exigencia de permisos de conducción específicos) y características (largos itinerarios durante los que no es posible ausentarse para ir al baño, gran responsabilidad en cuanto a la seguridad de grandes masas de pasajeros y complejidad del tráfico) que nada tienen que ver con las de un agente auxiliar de atención al cliente (para las que el trabajador podrá, eventualmente, también tener o no aptitudes o habilidades) a las que la empresa tuvo a bien adscribir al trabajador, pero que ninguna relación guardan con las propias de un conductor de autobuses al uso y, por tanto, son constitutivas de una profesión distinta de la habitual de conductor del trabajador.

Por último, recientemente, la STS de 22 de noviembre de 2023 (rec. 3804/2020) ha establecido claramente, entre otros, el siguiente criterio:

El ámbito de la profesión habitual que hay que considerar para establecer la valoración de la incapacidad en el proceso de revisión de grado no puede ser la segunda actividad a la que se accede tras el reconocimiento de la IPT, sino la actividad normal que se realizaba con anterioridad. En este sentido, por ejemplo, SSTS 31 mayo 1996 (rcud. 2759/1995); 2 noviembre 2012 (rcud. 4074/2011) y 4 diciembre 2012 (rcud. 258/2012).

También en los supuestos de enfermedad profesional originada por amianto, la profesión que ha de servir de parámetro para la declaración de invalidez es aquella que se ejercía cuando se produjo el hecho determinante de la patología invalidante. En tal sentido, STS 18 enero 2007, rcud. 2827/2005). (FJ Quinto).

Asimismo, dicha sentencia, para resolver la cuestión de si la profesión habitual a efecto de apreciar si concurre la IPT es la desarrollada al sobrevenir el accidente o la desempeñada en la fecha de emisión del dictamen por el EVI, acude a una interpretación «lógica» de la norma, según la cual se deduce de su literalidad que habrá que entender por profesión habitual la que el trabajador ejercía habitualmente en el momento en que comienza la patología determinante de este grado de incapacidad, abstracción hecha de que, antes o después, haya realizado otra el trabajador incapacitado.

Pese a la abundante doctrina jurisprudencial arriba expuesta, la STS de 17 de abril de 2024 (rec. 2225/2021) que aquí es objeto de comentario, prefirió apoyar el sentido de su fallo en la STS de 26 de abril de 2017 (rec. 3050/2015) referida exclusivamente al caso de profesiones habituales en las que está previsto legal o reglamentariamente el pase a segunda actividad (como policías o bomberos) para concluir en un sentido similar al que se deriva de los términos de dicha sentencia:

El Policía local que ha pasado a la segunda actividad sigue manteniendo idéntica cualidad profesional de Policía. Por ello, el inicio de la pensión de IPT tiene como fecha de efectos económicos la del cese en funciones de Policía local, siquiera sea en segunda actividad.

Resulta, cuanto menos, curioso que, incluso si pretende dar una solución diferenciada (no prevista en la LGSS ni en su normativa de desarrollo) a los casos de colectivos de segunda actividad, entre los que –como parece– se pretende incluir a las personas trabajadoras a las que –como en el caso que aquí se comenta– por virtud de convenio colectivo el empresario se compromete a facilitar un nuevo puesto con funciones compatibles, se recurra como fundamento decisorio a la doctrina muy aislada de dicha STS de 26 de abril de 2017 (rec. 3050/2015) que, además contó con un voto particular –muy interesante, al que se adhirieron dos magistrados más– en lugar de a la más reciente STS de 7 de marzo de 2023 (rec. 903/2020), pronunciada en sentido contrario y de la que fue ponente el mismo magistrado de la STS de 17 de abril de 2024 (rec. 2225/2021) que es objeto de este estudio.

Pues, en efecto, como esta más reciente STS de 7 de marzo de 2023 (rec. 903/2020) resume, en aquellas profesiones habituales en las que está previsto el pase a segunda actividad (como policías o bomberos), reiterada doctrina jurisprudencial sostiene que, para determinar si las dolencias justifican el reconocimiento de la pensión de IPT, hay que tener en cuenta la totalidad de las funciones de su profesión habitual y no únicamente las propias de la segunda actividad. En ese sentido se citan por la propia sentencia respecto de policías locales o autonómicos, las SSTS de 23 de febrero de 2006 (rec. 5135/2004), 25 de marzo de 2009 (rec. 3402/2007) y 11 de marzo de 2020 (rec. 3777/2017), así como con relación a los bomberos, las SSTS de 16 de octubre de 2012 (rec. 3907/2011), 2 de noviembre de 2012 (rec. 4074/2011), 4 de diciembre de 2012 (rec. 258/2012) y 20 de septiembre de 2022 (rec. 3861/2019), entre otras.

Resulta, asimismo, chocante, de nuevo, que pese a que en esta STS de 7 de marzo de 2023 (rec. 903/2020) se cite expresamente, respecto a policías locales, la STS de 11 de marzo de 2020 (rec. 3777/2017) que incluyó como comprendidas dentro de todas las «funciones que integran objetivamente la profesión» tareas tales como la patrulla, el mantenimiento del orden público, labores de regulación de tráfico, aparte de las tareas administrativas o de vigilancia estática (y, por ello, a la hora de determinar la merma de rendimiento que pudiera aquejar al solicitante ha de hacerse en atención al conjunto de estas actividades), se termine acudiendo como fundamento de su decisión a la controvertida STS de 26 de abril de 2017 (rec. 3050/2015) que el mismo magistrado ponente recogió en aquella (junto con la STS de 23 de septiembre de 2020, rec. 2800/2018), entre las excepciones en sentido contrario a la doctrina general reiterada.

En definitiva, y a mayor abundamiento, como se desprende de lo descrito, en caso de optarse por la valoración de la IPT en atención a las funciones desempeñadas en segundas actividades, se llegaría al absurdo resultado que, muy certeramente, denuncia Areta Martí-nez (2019, p. 11) al advertir que

todo apunta a que el concepto de *profesión habitual* no es unívoco y varía según cuándo se declare la incapacidad permanente, es decir, según que la declaración de incapacidad permanente se haga antes del pase del bombero a segunda actividad o estando ya en segunda actividad⁵.

5. Solución y reflexión final

De acuerdo con el artículo 11.2 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969:

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 hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria de la que se derive la invalidez.

⁵ La autora citada, brillantemente, concluye:

Si el bombero no ha pasado a segunda actividad, el concepto de *profesión habitual* queda reducido a las funciones del servicio ordinario. Por tanto, la declaración es de IPT porque el bombero no puede realizar las tareas fundamentales del servicio ordinario. [...] Si el bombero ya ha pasado a segunda actividad, el concepto de *profesión habitual* se expande, incluyendo tanto las funciones del servicio ordinario como las más livianas de la segunda actividad. Por tanto, la declaración es de IPP porque el bombero está impedido para realizar las tareas fundamentales de servicio ordinario y capacitado para las propias de segunda actividad.

Cabría entender que un nuevo contrato de duración igual o superior a doce meses sería identificable con la última ocupación desarrollada, pero –obviamente– si, como ocurre en el supuesto objeto de la sentencia comentada en este trabajo, la prestación por IPT se solicitó antes del transcurso en la segunda actividad de este periodo de tiempo (en este caso, incluso antes de su inicio), de acuerdo con el artículo 194.2 de la LGSS, habría que valorar la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente.

Es decir, en el litigio aquí estudiado, incluso en el caso de que, contrariamente a lo prevenido en la STS de 22 de noviembre de 2023 (rec. 3804/2020) y aplicando la literalidad del artículo 13.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero 1996, al no venir la incapacidad permanente precedida de una IT, se considerara que el hecho causante se ha de entender producido en la fecha de emisión del dictamen propuesta del EVI, lo cierto es que tal dictamen del EVI tuvo lugar el 26 de agosto de 2019 y el trabajador no fue adscrito por la empresa como conductor, pero con funciones de agente auxiliar en la Oficina de Atención al Cliente, hasta el 18 de noviembre de 2019. Por ello, tanto en aplicación de la doctrina de la sentencia citada (STS de 22 de noviembre de 2023, rec. 3804/2020) sobre valoración de la actividad desarrollada en el momento de acontecer la patología como de la literalidad del precepto citado se deriva que es sobre la actividad de conducción de autobuses previa a la de agente auxiliar en la Oficina de Atención al Cliente sobre la que habrá que valorar la incidencia de la patología de hipertrofia benigna de próstata del trabajador solicitante diagnosticada en aquel. Y, asimismo, por tanto, el cese en el trabajo que determinará la fecha de efectos económicos de la prestación, de acuerdo con la doctrina de las SSTS de 19 de diciembre de 2003 (rec. 2151/2003), 13 de octubre de 2004 (rec. 6096/2003), 18 de mayo de 2006 (rec. 425/2005), 19 de enero de 2009 (rec. 1764/2008), 17 de febrero de 2009 (rec. 1827/2008) y 20 de enero de 2020 (rec. 3700/2017) ha de ser la de cese en dicha actividad previa a la adscripción provisional.

Cualquier otra consideración basada en la valoración como profesión habitual, de forma exclusiva o concurrente, de las aptitudes del trabajador con relación a la segunda actividad compatible, no solo contradice la literalidad de los preceptos que se acaban de citar, sino que también es contraria a una interpretación teleológica, según el sentido y finalidad de las normas que configuran la pensión de IPT. La cual, a diferencia del resto de incapacidades más gravosas, cuenta con un régimen jurídico particular que implica que la alteración anatómica, funcional o anatómico-funcional padecida no incapacita al trabajador con carácter general y para cualquier actividad o acto de la vida, sino que la alteración que sufre únicamente afecta a la capacidad que le requiere el ejercicio de su profesión habitual (Goerlich Peset, 1996, p. 57), el llevar a buen término las tareas fundamentales que esta le exige. Y esta peculiaridad, que define la esencia de este grado de IPT, condiciona tanto el quantum de la prestación como su posible compatibilidad con otra ocupación (Fabregat Monfort, 2005).

Del mismo modo, la identificación de la profesión habitual con la categoría profesional que sirve de fundamento a la *ratio decidendi* de la sentencia comentada, implica otorgar un tratamiento unitario a todos los puestos de trabajo integrados en cada categoría como si todos ellos implicaran necesariamente el desarrollo de idénticas funciones a efectos de capacidad de trabajo y compatibilidad o incompatibilidad con la IPT. Esta equiparación resulta contradictoria, asimismo, con la jurisprudencia estudiada que estableció que la delimitación de la profesión habitual no debía identificarse con la categoría profesional, sino con aquellos cometidos que

el trabajador está cualificado para realizar y a los que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional (STS de 17 de enero de 1989; 23 de febrero de 2006, rec. 5135/2004, y 27 de abril de 2005, rec. 998/2004).

Este rechazo a la equiparación entre «profesión habitual» y categoría profesional se acenúa en la actualidad al haber desaparecido la segunda del texto del artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en donde además se ha incrementado la flexibilidad funcional interna (STS de 26 de octubre de 2016, rec. 1267/2015).

A mi modo de ver, a efectos de compatibilidad, la profesión habitual ha de identificarse con las funciones (a las que se refiere expresamente el art. 198.1 LGSS) que la persona trabajadora ha desempeñado durante, al menos, los últimos 12 meses anteriores a ser diagnosticado de la dolencia (o, en su caso, sufrir el accidente) y extenderse a aquellas otras funciones para las que se requieran similares conocimientos, permisos, titulaciones, habilidades o aptitudes. En el supuesto de que la persona trabajadora sea apta para el desarrollo de puestos de trabajo correspondientes a este mismo tipo funciones, lo procedente sería no reconocer la IPT dado que, realmente, no se está incapacitado o incapacitada para la profesión habitual, pero en el caso de que las funciones para las que se presente aptitud sean de otra tipología en tales términos de aptitud, conocimientos o habilidades requeridas, habrá que reconocer la compatibilidad de la IPT con el salario derivado de cualesquiera segundas actividades en que se desarrollen tales funciones distintas, formen o no parte de la misma categoría o grupo profesional y la fecha de efectos de la pensión de IPT habrá de ser, necesariamente, la de cese en la actividad inicialmente desarrollada para cuyas funciones se perdió la capacidad de trabajo.

Llegados a este punto, ruego a quien lea este trabajo disculpe mi ingenuidad, pero no consigo entender por qué por parte de la Administración de la Seguridad Social se tiende a identificar su función de servir los intereses generales (art. 103.1 CE) –con mayor razón cuando se trata de instituciones de servicio público prestacional y protección social– con la prosecución de interpretaciones, al límite, de los preceptos legales que suscitan la sensación, al menos aparente, de que se actúa bajo la premisa de que lo desfavorable para las

personas beneficiarias/solicitantes es favorable para la protección del interés público que se tiene encomendado. Todo ello, tal vez, con un malentendido fin de gestión pública que prioriza los objetivos de racionalización financiera sobre los prestaciones que se tienen encomendados legal y constitucionalmente.

Tampoco consigo compartir la preocupación del poder judicial por dar amparo a estas actuaciones administrativas, fundamentando sus decisiones con argumentos jurídicos en muchos casos –como el que aquí nos ha ocupado– muy discutibles y controvertidos, a los que, además, en ocasiones, se adicionan consideraciones sobre aspectos presupuestarios del sistema de la Seguridad Social. Al legislador corresponde establecer los derechos de las personas solicitantes de las prestaciones (art. 41 CE en relación con el art. 53.3 CE) y, en caso de que los recursos financieros disponibles no sean suficientes para la satisfacción de las necesidades presupuestarias generadas por el alcance de los derechos reconocidos, la solución le corresponde a aquel, con la colaboración e impulso de la acción de gobierno en esta materia del poder ejecutivo, apoyada en una gestión recaudatoria eficaz y justa por parte de la Administración. Pero que sea el poder judicial (como, por ejemplo, también ocurre en la STS de 11 de abril de 2024, rec. 197/2023, sobre incompatibilidad con el trabajo de la pensión por incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez, dictada casi simultáneamente con la aquí estudiada) quien trate de favorecer la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social, apoyando interpretaciones legales restrictivas, con base en criterios y argumentos económicos y presupuestarios, resulta exorbitante y genera perplejidad.

En el caso de la sentencia que aquí ha sido comentada, la circunstancia misma de que un trabajador que accede a una prestación de nivel contributivo (en vía judicial, tras haber sido previamente objeto de denegación por la entidad gestora), como consecuencia de una enfermedad común (por tanto, previa acreditación de los importantes periodos de cotización exigibles en este caso) que, tras un largo periplo judicial, hubiera tenido –si hubiera sido el caso porque la adscripción no hubiera sido solo provisional– que renunciar a la actividad profesional con funciones compatibles con su pensión de IPT, para poder percibir esta, habla por sí solo de la dinámica, alejada de los principios que la sustentan, sobre la que la Administración de la Seguridad Social, con la connivencia del poder judicial, parece estar avanzando.

Y es en este punto en el que sí que se encuentra sentido a la referencia a la reciente Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22), Ca Na Negreta, apuntada más arriba, que, en respuesta a la cuestión prejudicial formulada por el TSJ de Baleares, reconoció como contrario al artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE el hecho de entender que el artículo 49.1 e) del ET permite al empresario extinguir el contrato por incapacidad permanente debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables, no siendo relevante ni óbice para esta conclusión, según esta sentencia (en su apdo. 49), la existencia de una prestación de Seguridad Social conservando al mismo tiempo la posibilidad de dedicarse al ejercicio de otras funciones.

Bajo esta misma *ratio*, habría que entender repudiable también todo lo relacionado con lo comentado con anterioridad en relación con que la persona trabajadora se pueda ver compelida a cesar en su actividad laboral compatible para mantener o iniciar las correspondientes prestaciones. Pues, en efecto, si el itinerario más adecuado, conforme a la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22), Ca Na Negreta, en aplicación del artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE y en coherencia con lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico interno en el artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales y el artículo 40.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, pasaría por el intento de adaptación del puesto de trabajo o, en su caso, la movilidad funcional de la persona afectada, como paso previo a la extinción por la vía del artículo 49.1 e) del ET, con mayor motivo hay que valorar negativamente que, indirectamente, dicha persona se vea coaccionada a renunciar a un puesto de trabajo compatible con su situación al que ya ha sido adscrita (y al que, incluso, puede tener derecho como segunda actividad prevista legal, reglamentaria o convencionalmente) y que viene desarrollando con normalidad, como condición para que se inicien los efectos económicos o la percepción efectiva de la pensión de IPT que tiene reconocida por otras funciones (art. 198.1 LGSS) para las que se encuentra incapacitada y distintas de las que actualmente desarrolla.

En este sentido, es consabido, como –no solo en el ámbito de la normativa europea comentada– en el contexto político y social del mundo moderno de las democracias occidentales es un objetivo prioritario la integración de las minorías y, especialmente, de las personas con diversidad funcional. Esto ha motivado incluso la reciente modificación del artículo 49 de la CE que encomienda a los poderes públicos (incluido el judicial) garantizar la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Si una determinada actividad se puede llegar a entender compatible con el estado de la persona incapacitada, los poderes públicos –y las Administraciones públicas en particular– habrían de facilitar su desarrollo compatible con las prestaciones de Seguridad Social correspondientes, en el bien entendido que la actividad laboral favorece la integración social de las personas. Precisamente, si la preocupación es presupuestaria, en caso de actividades que dan lugar a la inclusión en el sistema de la Seguridad Social, al menos, se seguirán ingresando cotizaciones por dichos trabajos.

Adicionalmente, cabe referirse al papel de las Administraciones públicas no solo como sujetos de derecho público en el ejercicio de potestades públicas-administrativas, sino también a la actitud que debería guiar su actuación cuando asumen la condición de empleadores. Un paradigmático ejemplo de ello viene constituido por la STS de 16 de septiembre de 2020 (rec. 1000/2017) –objeto de un magnífico comentario doctrinal (Rivas Vallejo, 2020)– que entendió que debe aplicarse la norma de la compatibilidad entre la declaración de incapacidad permanente para la profesión habitual y un nuevo empleo cuando este pueda ser desempeñado a partir de la capacidad residual del trabajador, tanto si el empleo es posterior a tal declaración como si, como en el caso de autos, es anterior, y se había simultaneado

con un proceso patológico que no dio lugar a la declaración de incapacidad permanente sino hasta años después de iniciarse la compatibilidad por cambio de funciones dentro de la misma empresa. Sin que quepa aplicar automáticamente el artículo 49.1 e) del ET en su redacción anterior⁶ para justificar las decisiones extintivas empresariales (que, en este caso, fueron adoptadas por un ayuntamiento) con base en el mero hecho de que se haya dictado una resolución administrativa de incapacidad permanente para la profesión habitual si esta es precisamente otra distinta a la que ha motivado la contratación o, en este caso, la asignación de funciones distintas como consecuencia de movilidad funcional⁷.

Este tipo de cuestiones ha provocado, recientemente, el impulso de un proceso de reforma del texto de los artículos 49.1 del ET –separando, en una nueva letra n), la incapacidad de la muerte de la persona trabajadora, que queda en la letra e)– y 174. 5 de la LGSS, cuyas nuevas redacciones son ahora más sensibles a estas situaciones, contemplándose expresamente, a nivel legal, que será preciso valorar, previamente a las extinciones de los contratos de trabajo en cuestión, si es posible o no acometer los ajustes razonables que en cada caso correspondan. De este modo, tras la reforma legal, se elimina la automaticidad de la extinción del contrato de las personas que acceden a la situación de IPT, absoluta o gran incapacidad y se condiciona la decisión empresarial a la voluntad de la persona trabajadora y a la posibilidad de adaptar el puesto de trabajo o a la existencia de un puesto de trabajo vacante y disponible acorde con su perfil profesional y compatible con su nueva situación. En definitiva, la empresa únicamente podrá activar esta causa de despido cuando la adopción de las anteriores medidas suponga una carga excesiva.

En conclusión, si el camino marcado por la jurisprudencia del TJUE –y la dirección a la que apuntan los cambios constitucionales y legales comentados– implica facilitar, en la medida de lo posible, que las personas declaradas incapacitadas puedan mantener su empleo en funciones compatibles con su estado, no resulta comprensible el empeño de la Adminis-

⁶ Hay que prestar atención, además, a que el artículo 49.1 e) del ET en su redacción anterior se refiere como causa extintiva del contrato de trabajo a la gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, pero excepcionando lo dispuesto en el artículo 48.2 de la misma norma. Es decir, que procedería suspender el contrato de trabajo y no extinguirlo, cuando en la propia resolución administrativa se contemple la probabilidad de revisión del grado reconocido en un plazo no superior a dos años.

En cualquier caso, en definitiva, lo que resulta claro es que la configuración legal de la causa extintiva por IPT para la profesión habitual no impone la extinción al empresario, sino que simplemente la permite (Selma Penalva, 2016, p. 53).

⁷ Sin que quepa obviar, por último, la incidencia que sobre estas situaciones extintivas podría tener lo prevenido en el artículo 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, pudiendo originar, en su caso, bajo determinadas circunstancias, incluso la nulidad de la extinción por discriminación (arts. 53.4 y 55.5 ET), al establecer que: «[...] Nadie podrá ser discriminado por razón de [...] discapacidad [...], enfermedad o condición de salud [...]». En este mismo sentido, cabe citar la STS de 3 de mayo de 2016 (rec. 3348/2014), en aplicación de la Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, Ring y Werge a las que se refiere Rivas Vallejo (2020, p. 6).

tración de la Seguridad Social, apoyado por el TS, por sostener criterios e interpretaciones forzadas de las normas que condicionan al cese en tales trabajos compatibles el inicio de la percepción de la prestación por IPT a que tienen derecho por tener reconocida la incapacidad para realizar aquellas otras funciones distintas que constituían su profesión habitual.

Referencias bibliográficas

- Areta Martínez, M. (2019). El concepto de «profesión habitual» en orden a declarar la incapacidad permanente de un bombero que pasa a segunda actividad. *Revista de jurisprudencia laboral*, 8, 1-14. https://doi.org/10.55104/RJL_00098
- Fabregat Monfort, G. (2005). La profesión habitual como determinante de la incapacidad permanente. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5, 1049-1072.
- Gala Durán, C. (2013). La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la Ley 27/2011. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 122, 79-123.
- Goerlich Peset, J. M. (1996). La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo. *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 61, 53-68.
- Poquet Catalá, R. (2015). La actual doctrina en la conceptualización de la profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3, 55-73.
- Rivas Vallejo, P. (2020). El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato de incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo. *Revista de jurisprudencia laboral*, 10, 1-10. https://doi.org/10.55104/RJL_00195
- Selma Penalva, A. (2016). Cuestiones prácticas en torno a la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual. *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, 7, 51-74.
- Valle Muñoz, F. A. (2016). La discutible valoración restrictiva de la incapacidad permanente total en el trabajo autónomo. *IUSLabor*, 2, 1-18. <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/312035>

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé. Doctor en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Universitat de València. Su labor investigadora se concentró, inicialmente, en las materias jurídico-laborales relacionadas con la descentralización productiva y la sucesión de contratas y, más recientemente, se ha dedicado también al estudio de temas relacionados con el derecho de huelga. Es autor de varias obras sobre estos y otros temas de Derecho laboral y, asimismo, ha sido galardonado en diversas ocasiones (2.º premio en la edición de 2010, accésit en 2011 y finalista en las ediciones de 2017, 2020 y 2025) en la modalidad Derecho del Trabajo y Seguridad Social del prestigioso Premio Estudios Financieros. <https://orcid.org/0000-0001-6936-9525>

Despido objetivo por ineptitud y ajustes razonables

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 1284/2025, de 22 de diciembre**

Juan Gorelli Hernández

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Huelva (España)

Juan.gorelli@dam.uhu.es | <https://orcid.org/0000-0003-4452-3068>

Extracto

La sentencia comentada establece que el despido objetivo por ineptitud sobrevenida no puede apoyarse de forma automática en la declaración de no aptitud emitida por el servicio de prevención, pues esta debe concretar las limitaciones de la persona trabajadora y su incidencia sobre el puesto. Además, cuando la ineptitud deriva de secuelas físicas o psíquicas, la empresa ha de acreditar que ha realizado previamente los ajustes razonables o que ha intentado una recolocación compatible. El autor valora favorablemente esta orientación, alineada con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque reprocha al Tribunal Supremo no haber profundizado en el fundamento normativo de esa exigencia ni en la posible nulidad del despido cuando la omisión de tales ajustes entrañe una conducta discriminatoria.

Palabras clave: despido objetivo; ineptitud sobrevenida; ajustes razonables; discapacidad; servicio de prevención; recolocación; discriminación.

Recibido: 31-03-2026 / Aceptado: 01-04-2026 / Publicado: 07-05-2026

Cómo citar: Gorelli Hernández, J. (2026). Despido objetivo por ineptitud y ajustes razonables. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1284/2025, de 22 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 141-149. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25107>

Dismissal on Objective Grounds for Lack of Aptitude and Reasonable Accommodation

Commentary on Supreme Court Ruling 1284/2025 of 22 December

Juan Gorelli Hernández

Professor of Labour and Social Security Law.

University of Huelva (Spain)

Juan.gorelli@dam.uhu.es | <https://orcid.org/0000-0003-4452-3068>

Abstract

The ruling under review holds that dismissal on objective grounds for supervening unsuitability cannot be based automatically on a declaration of unfitness issued by the occupational health service, since that declaration must specify the employee's limitations and their impact on the position held. Furthermore, where the unsuitability stems from physical or mental impairments, the employer must prove that it previously implemented reasonable accommodation measures or attempted to reassign the employee to a compatible position. The author views this approach favourably, as it is consistent with the case law of the Court of Justice of the European Union, while criticising the Supreme Court for not having examined more closely either the legal basis of that requirement or the possible nullity of the dismissal where the failure to adopt such accommodations amounts to discriminatory conduct.

Keywords: dismissal on objective grounds; supervening unsuitability; reasonable accommodation; disability; occupational health service; reassignment; discrimination.

Received: 31-03-2026 / Accepted: 01-04-2026 / Published: 07-05-2026

Citation: Gorelli Hernández, J. (2026). Dismissal on Objective Grounds for Lack of Aptitude and Reasonable Accommodation. Commentary on Supreme Court Ruling 1284/2025 of 22 December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 141-149. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25107>

1. Marco regulador

Analizamos en este trabajo la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1284/2025, de 22 de diciembre, que resuelve sobre la obligación empresarial de realizar ajustes razonables en caso de despidos objetivos por ineptitud, cuestión sobre la que ya se habían pronunciado (favorablemente) diferentes tribunales superiores de justicia. El Tribunal Supremo (TS) reitera esta solución, teniendo especial incidencia en dicha respuesta lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, *Ca Na Negreta*, que dio lugar a la reforma de la extinción por incapacidad permanente.

El marco regulador del despido objetivo por ineptitud sobrevenida se encuentra en el artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET). Con carácter general, en el despido objetivo conviven dos mecanismos extintivos. De un lado, causas basadas en hechos imputables a la persona trabajadora, pero no a su voluntad (es decir, no son incumplimientos contractuales): la ineptitud o la falta de adaptación a las modificaciones técnicas. Son causas que se justifican, pues mantener el puesto de trabajo en estos casos resulta excesivamente oneroso para la persona empresaria; de ahí que el legislador permita la extinción del contrato de trabajo. De otro lado, encontramos las causas de despido objetivo por motivos exclusivamente empresariales: causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. Son las mismas causas del despido colectivo, diferenciándose tan solo por el número de afectados.

Centrándonos en el despido por ineptitud de la persona trabajadora, el artículo 52 a) del ET señala que el contrato de trabajo podrá extinguirse por ineptitud de la persona trabajadora, conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa; si bien la ineptitud existente con anterioridad a la finalización de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicha finalización. La ineptitud consiste en la falta de aptitud para desarrollar la prestación de trabajo comprometida; es una falta de capacidad o habilidad. Ahora bien, la ineptitud ha de ser relevante y no anecdótica, debiendo ser permanente y no meramente circunstancial.

La ineptitud puede deberse a causas diferentes: por la pérdida de capacidad física (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Galicia de 22 de noviembre de 2011, rec. 3671/2011) o psíquica del trabajador (STS de 22 de febrero de 2018, rec. 160/2016) lo cual, a su vez puede estar vinculado con secuelas de enfermedades o accidentes (STSJ de Valencia de 22 de marzo de 2017, rec. 3822/2016; STSJ de Cataluña de 13 marzo de 2014, rec. 373/2014), o con la edad. Puede manifestarse a raíz de un reconocimiento médico (STSJ de Aragón de 20 de marzo de 2023, rec. 113/2023; STSJ del País Vasco de 8 de febrero

de 2011, [rec. 38/2011](#)), o bien en la no superación de pruebas físicas o psíquicas a las que deba ser sometida la persona trabajadora (por ejemplo, bomberos, [STSJ de Castilla y León de 29 de noviembre de 2012, rec. 719/2012](#)). La ineptitud también puede tener un carácter técnico, cuando se carezca de facultades técnicas para el desarrollo del trabajo (STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2001, [rec. 7434/2010](#)) ; por la carencia de titulación exigida (por ejemplo, cuando un cambio normativo exige un determinado título para el desarrollo de una actividad profesional, como en el caso del título de maestro o maestra de educación infantil, [STSJ de Madrid de 3 marzo de 2014, rec. 1780/2013](#)); por la pérdida de la autorización administrativa que le permite desarrollar un determinado trabajo (por la retirada del carné de conducir, [STS de 30 de marzo de 2017, rec. 2155/2015](#); [STSJ de Asturias de 14 de junio de 2022, rec. 927/2022](#); [STSJ de Baleares de 6 de julio de 2021, rec. 188/2021](#); por contar con antecedentes penales que impiden el desarrollo de la actividad como vigilante de seguridad, [STS de 2 de noviembre de 2022, rec. 2513/2021](#); [STSJ de Andalucía de 5 de marzo de 2015, rec. 818/2013](#); o por la no expedición de la acreditación aeroportuaria que permite el acceso a ciertas zonas del aeropuerto donde el trabajador debe realizar sus funciones, [STSJ de Madrid de 3 de octubre de 2018, rec. 573/2018](#), o [STSJ de Galicia de 17 de abril de 2018, rec. 3784/2017](#)). Otro supuesto sería aquellos casos en los que no se superan las pruebas de aptitud que periódicamente se exigen por las empresas (así la [STSJ de Valencia de 26 de julio de 2013, rec. 1199/2013](#), sobre piloto de aviación que no superó las pruebas de simulador).

Junto con esta regulación, hay que tener en cuenta que la [STS de 22 de diciembre de 2025](#) señala otro elemento normativo que resulta esencial para articular su doctrina: el [artículo 22 de la Ley 31/1995](#), de prevención de riesgos laborales, precepto que establece la obligación de vigilancia de la salud, y a través de la que la empresa puede tener constancia de la pérdida de capacidad o ineptitud cuando esta deriva de motivos físicos o psíquicos. Para cumplir esta obligación, son esenciales los servicios de prevención, que tendrán un papel esencial para declarar a la persona trabajadora como apta o no apta para el desarrollo de la obligación laboral.

Junto a los preceptos esenciales sobre despido objetivo y obligación de vigilancia de la salud, la [STS de 22 de diciembre de 2025](#) tiene muy en cuenta las conclusiones a las que llega la [STJUE de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, Ca Na Negreta](#), sobre la extinción por incapacidad permanente, que ha dado lugar a la reforma del [artículo 49.1 n\) del ET](#).

2. Síntesis del supuesto de hecho

Estamos ante una trabajadora que presta servicios, desde finales del pasado siglo, como vendedora de productos de jardinería para una gran empresa de bricolaje, construcción, jardinería y decoración. El 3 de agosto de 2022 se le notifica el despido por ineptitud sobreenvenida, como consecuencia del informe del servicio de prevención de la empresa, que

considera que la trabajadora no es apta para el desempeño del puesto de trabajo, y que no es posible su incorporación a otro puesto de trabajo de su grupo profesional, pues las dolencias que sufre son incompatibles con la realización del trabajo, poniendo incluso en peligro su integridad física dada su ineptitud sobrevenida.

La trabajadora sufrió diversas bajas médicas desde 2017, relacionadas tanto con patologías de carácter lumbar, síndrome ansioso, o una patología articular en la rodilla derecha. Si bien inicialmente los reconocimientos médicos de empresa la consideran apta con limitaciones, un nuevo reconocimiento de 27 de julio de 2022 estima que la trabajadora no es apta para el desempeño de su puesto de trabajo como vendedora, pues existen importantes limitaciones para realizar un trabajo cuyas funciones implican cargar peso y material voluminoso, subir y bajar escaleras y realizar frecuentes flexiones de rodillas y columna al tener que posicionarse en cucullas y hacer esfuerzos físicos con movimiento de palés o montaje de estructuras, actividades que requerían la continua bipedestación.

La trabajadora demandó frente al despido, declarándose improcedente en la instancia. La empresa recurrió en suplicación ante el TSJ de Madrid, que fue desestimado; presentando el recurso de casación para la unificación de la doctrina ante el TS. La cuestión de fondo ha sido determinar si la empresa cumplió de manera adecuada con su obligación de aplicar los «ajustes razonables» o la recolocación en un puesto de trabajo compatible para la situación de la persona trabajadora. Recordemos que estos ajustes razonables se regulan en el artículo 2 de la [Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad](#), pero también en el artículo 5 de la [Directiva 2000/78](#); estableciéndose con carácter general en nuestro ordenamiento en los artículos 2 m), 40.2 y 66.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013.

3. Doctrina dictada en casación

En cuanto al análisis de la doctrina establecida por la [sentencia comentada](#), se parte de reconocer la amplitud de situaciones que pueden dar lugar al despido objetivo, remitiéndose a lo ya afirmado por la [STS de 23 de febrero de 2022 \(rec. 3259/2020\)](#), que señala cómo el despido por ineptitud conocida o sobrevenida tras la contratación incluye diferentes supuestos de falta de habilidad para el desempeño de la actividad laboral que resulta en impericia o incompetencia y se traduce en bajo rendimiento o productividad de carácter permanente y no relacionado con una actitud dolosa de la persona trabajadora. Ello incluye la disminución de las condiciones físicas o psíquicas, falta de condiciones legales para el desarrollo del trabajo u otro requisito específico como pérdida de autorización o título habilitante. A partir de ahí, la [STS de 22 de diciembre de 2025](#) se basa fundamentalmente en responder a dos cuestiones de carácter esencial: en primer lugar, cuál es el papel de los servicios de prevención desde la perspectiva del despido objetivo por ineptitud y, en segundo lugar, qué tiene sobre esta modalidad extintiva la necesidad de realizar los ajustes razonables.

En cuanto a lo primero, la función de los servicios de prevención, se reitera lo ya afirmado por la [STS de 23 de febrero de 2022](#), antes mencionada: una de sus funciones esenciales es la vigilancia de la salud, de manera que pueden poner de manifiesto ante la empresa que, ante una afección física o psíquica, una persona trabajadora ha perdido su aptitud, lo que puede suponer un peligro para su integridad física o su salud. Por tanto, el servicio de prevención advierte a la persona empresaria de la necesidad de que actúe para evitar cualquier tipo de daño derivado del trabajo que pueda sufrir la persona trabajadora. Su función es informativa; ahora bien, ¿puede justificar el informe del servicio de prevención el despido objetivo?

La respuesta de la [sentencia que comentamos](#) se basa en lo ya afirmado por la [STS de 23 de febrero de 2022](#), que manifiesta con claridad que el informe no constituye «por sí solo un medio de prueba imbatible para acreditar la ineptitud sobrevenida [...] que justifique, sin más pruebas, la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida». No obstante, [la misma sentencia](#) otorga un papel relevante al informe en la toma e decisión de la empresa, siempre y cuando dicho informe «identifique con precisión cuáles son las limitaciones concretas detectadas y su incidencia sobre las funciones desempeñadas por el trabajador» (con anterioridad, puede verse en el mismo sentido la [STSJ del País Vasco de 5 de noviembre de 2019, rec. 1825/2019](#)).

A lo anterior, ha de sumarse el otro argumento esencial de la [sentencia comentada](#): que, una vez detectada la falta de aptitud por causas físicas o psíquicas, va a ser necesario cumplir con los «ajustes razonables». Sobre esta cuestión, la [sentencia comentada](#) trae a colación la conocida [STJUE de 18 de enero de 2024, C-631/22, Ca Na Negreta](#), en la que se planteó una cuestión prejudicial sobre si el ordenamiento español en materia de extinción por incapacidad permanente, al permitir la extinción automática del contrato de trabajo sin que el empresario tuviese que realizar ajustes razonables, era contrario al artículo 5 de la [Directiva 2000/78/CE](#), a tenor del cual, en caso de discapacidad, los empresarios han de adoptar los ajustes razonables. El TJUE consideró que la regulación española (el [art. 49.1 e\) ET](#)) era contraria a la regulación comunitaria, pues el empresario está obligado a adoptar medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta la situación individual de la persona trabajadora. La [sentencia comentada](#) destaca cómo la consecuencia de la STJUE ha sido la modificación del ET en materia de extinción por incapacidad permanente (actual [art. 49.1 n\) ET](#)), incorporando la obligatoriedad de adoptar los ajustes razonables, incluyendo el cambio de puesto de trabajo; por lo que desaparece la extinción automática por incapacidad permanente.

Teniendo en cuenta ambos elementos, la [sentencia comentada](#) señala que ante un informe del servicio de prevención que declara a la persona trabajadora como no apta, es posible la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida; pero siempre que, en primer lugar, el informe del servicio de prevención refleje con precisión las concretas limitaciones de la persona trabajadora y su incidencia sobre las funciones que desarrolla, siendo insuficiente un informe genérico para fundamentar un despido objetivo por ineptitud sobrevenida. Ade-

más, si la falta de aptitud está suficientemente justificada, recae sobre la empresa la carga de probar que ha procedido a aplicar los ajustes razonables sobre el puesto de trabajo o que ha ofrecido otro puesto de trabajo acorde con las circunstancias de la persona trabajadora. De esta manera, quien ejerza la función judicial debe evaluar si ambas cuestiones están suficientemente probadas (tanto la ineptitud como haber realizado los ajustes razonables). Dado que en este caso no quedaron acreditados tales extremos, se desestima el recurso y se confirma la firmeza de la sentencia que estimó el despido como improcedente. Por lo tanto, el despido objetivo por ineptitud solo puede ser procedente cuando se haya probado tanto la falta de aptitud y, además, si estamos ante una ineptitud provocada por secuelas físicas o psíquicas, cuando se demuestre haber realizado los ajustes razonables (*vid.* la STS de 22 de febrero de 2018, *rec.* 160/2016; o las SSTSJ de Cataluña de 28 de junio de 2024, *rec.* 1957/2024, y Aragón de 20 de marzo de 2023, *rec.* 113/2023).

4. Valoración crítica

De entrada, debo mostrar mi acuerdo con la doctrina establecida por la [sentencia comentada](#). Ahora bien, a partir de ahí, la principal crítica que puede realizarse a esta sentencia es su simplicidad, pues el TS podría haber aprovechado para aplicar cierta pedagogía sobre estos supuestos de despido objetivo. Por ejemplo, teniendo en cuenta que discapacidad e ineptitud sobrevenida no son conceptos idénticos, entiendo que el TS debería haber especificado en qué supuestos de ineptitud sobrevenida puede tener el empresario la obligación de realizar ajustes razonables.

En el supuesto de hecho estamos ante una trabajadora que presenta diferentes secuelas físicas provocadas por diversas patologías, las cuales no generan derecho a una prestación de incapacidad permanente, por lo que no es factible la extinción por incapacidad permanente. Ahora bien, la concreta situación de la trabajadora era perfectamente reconducible a una situación de discapacidad. Basta acudir a la doctrina del TJUE sobre la equiparación entre discapacidad y enfermedad: si bien inicialmente la [STJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05 \(Chacón Navas\)](#), rechaza la equiparación entre enfermedad y discapacidad; las posteriores aceptan dicha equiparación, tal como señalan las SSTJUE de [11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y 337/11 \(HK Danmark\)](#) y [1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15 \(Mohamed Daoudi\)](#). Por lo tanto, a la luz de los hechos probados, resulta evidente que la trabajadora tenía la consideración de discapacitada; por lo que existía la obligación empresarial de realizar los ajustes razonables, so pena de considerar que el despido es discriminatorio por incumplimiento de dicha obligación. Nada de esto se plantea en la [sentencia comentada](#), cuando es, a mi juicio, la vía más cómoda para resolver esta cuestión, recurriendo para ello a la propia jurisprudencia comunitaria, pues la ya señalada [STJUE de 18 de enero de 2024](#), aun cuando se refiere a un supuesto de extinción por incapacidad permanente, trae a colación como doctrina previa la afirmada por la [STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto C-845/20 \(HR Rail\)](#), que versaba sobre el despido de un

trabajador de mantenimiento ferroviario, declarado no apto para el trabajo al haber sufrido una insuficiencia cardíaca que exigió la colocación de marcapasos; lo que hacía inviable (por la sensibilidad de dicho dispositivo a los campos electromagnéticos) seguir ocupando su puesto de trabajo. En todo caso, también es cierto que esta es una cuestión que compete a las personas demandantes y no a los órganos judiciales.

Habría sido interesante plantear si toda ineptitud física genera el derecho a los ajustes razonables. Por ejemplo, si la ineptitud deriva de la mucha edad de la persona trabajadora, que genera un desgaste físico que imposibilita desarrollar el trabajo sin que haya una enfermedad latente (es extraño, pues con la edad aparecen patologías, lo que nos conduciría al ámbito de la discapacidad por enfermedad), ¿hay que aplicar ajustes razonables antes de un despido objetivo por ineptitud? En todo caso, es evidente que debemos diferenciar entre las causas de despido objetivo por ineptitud sobrevenida; pues en aquellos casos en los que estemos ante una ineptitud provocada por una enfermedad o accidente, la empresa tendrá que demostrar no solo la falta de aptitud de la persona trabajadora para el desarrollo de la prestación de trabajo, sino también que ha cumplido su obligación en materia de ajustes razonables (o que no son posibles, suponen una carga excesiva, o que no es factible el cambio de puesto de trabajo). Sin embargo, esta obligación no tiene ninguna relevancia en el resto de supuestos de despido objetivo por ineptitud.

Tampoco razona la [sentencia comentada](#) sobre cuál es la norma que fundamentaría la exigencia de aplicar los ajustes razonables cuando estamos ante un despido objetivo. Desde luego, contamos con la [Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad](#), cuyo artículo 2 establece el concepto de ajustes razonables y que considera que la negativa a realizar tales ajustes constituye una discriminación. También su artículo 27.1 i) que establece la obligación de los Estados de «[v]elar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo». Por otra parte, el artículo 5 de la [Directiva 2000/78](#) establece la obligación empresarial de realizar tales ajustes razonables; es decir, la adopción de medidas adecuadas, en función de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidad el acceso y permanencia en el empleo; siempre que no se considere una carga excesiva para la empresa, para lo cual se tendrá en cuenta si dicha carga se palía suficientemente mediante ayudas públicas. En cuanto a la regulación nacional, la norma básica es el [Real Decreto Legislativo 1/2013](#), que regula el concepto de ajustes razonables ([art. 2 m](#)), o la concepción de tales ajustes como medida antidiscriminatoria ([art. 66](#)).

Desde mi punto de vista, estos preceptos son suficientes para que la jurisprudencia extienda al despido objetivo por ineptitud basados en secuelas físicas o psíquicas la obligación empresarial de realizar previamente los ajustes razonables. Ahora bien, ¿resulta de aplicación a tales despidos objetivos lo previsto para la extinción por incapacidad permanente ([art. 49.1 n\) del ET](#) y concordantes)? Por ejemplo, no parece que suponga problema alguno extender la delimitación de qué se entiende por ajuste razonable, o lo que se considera carga excesiva, pues el [artículo 49](#) se basa en los preceptos señalados en el párrafo anterior y no

tendrían sentido dos tratamientos diferenciados para determinar qué es un ajuste razonable. No obstante, más dudas presenta si ha de seguirse el mismo procedimiento regulado por dicho precepto: ¿ha de concederse un plazo de 10 días a la persona trabajadora para que decida si acepta el cambio de puesto de trabajo que la empresa considera adecuado? Por otra parte, si entendemos que ha de aplicarse dicho plazo para que la persona trabajadora decida si acepta el nuevo puesto de trabajo, ¿seguimos ante un despido objetivo o ante una extinción por voluntad de la persona trabajadora?

De otro lado, ¿dispone la empresa del plazo de tres meses para realizar los ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo?, o, en caso de no ser posibles, ¿dispondrá de esos mismos tres meses para despedir? Caso de entender que es aplicable, teniendo en cuenta que ese plazo se computa en el [artículo 49.1 n\) del ET](#) a partir de la calificación de incapacidad permanente, ¿cuándo comenzaría a computarse en caso de despido objetivo? Además, si resulta de aplicación dicho plazo, ¿también debemos considerar que durante el mismo el contrato está suspendido ex [artículo 48.2 del ET](#)?

También debemos señalar el problema de la calificación del despido. La [sentencia comentada](#) ha confirmado la calificación de improcedencia solicitada por la demandante. Es evidente que en caso de desestimación del recurso de la empresa no cabía alteración en la calificación. Ahora bien, se echa en falta una mínima reflexión, una advertencia, de que la no aplicación de los ajustes razonables debe ser sancionado con la nulidad, y no con la improcedencia; pues tal como acabamos de indicar *supra*, ya el artículo 2 de la [Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad](#) advierte que se incluye en el concepto de discriminación por discapacidad, la denegación de los ajustes razonables. En la regulación nacional, expresamente el [artículo 6.1 a\) de la Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación, establece que «[s]e considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad». Estamos, por tanto, ante una actuación empresarial discriminatoria y, en nuestro ordenamiento, un despido discriminatorio se sanciona con la nulidad ([art. 53.4 del ET](#)), debiendo procederse a la readmisión y abono de los salarios de tramitación. De hecho, podemos encontrar diferentes sentencias de los tribunales superiores de justicia que han considerado cómo en casos de ineptitud sobrevenida, se declara la nulidad del despido por no probar la empresa que se han efectuado las medidas de adaptación (*vid.*, por ejemplo, las SSTSJ de [Canarias de 25 de enero de 2024, rec. 1312/2023](#), y [Galicia de 14 de mayo de 2020, rec. 146/2020](#)). A la misma conclusión se llega cuando estamos ante un despido objetivo por ineptitud basado en una enfermedad, pues el [artículo 2 de la Ley 15/2022](#) considera tales actuaciones como discriminatorias (*vid.* las SSTSJ de [Cataluña de 3 de junio de 2024, rec. 819/2024](#); [Canarias de 25 de enero de 2024, rec. 1312/2023](#), ya mencionada; [Murcia de 22 de noviembre de 2022, rec. 428/2022](#); [País Vasco de 19 de octubre de 2021, rec. 1662/2021](#); [Canarias de 2 de diciembre de 2021, rec. 1097/2021](#) y [de 20 de mayo de 2019, rec. 156/2019](#); [País Vasco de 26 de septiembre de 2017, rec. 1734/2017](#)).

La subrogación empresarial en el contrato de trabajo: entre la garantía y el riesgo de utilización elusiva

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 1090/2025, de 18 de noviembre**

Luis Antonio Fernández Villazón

Profesor titular (acreditado como catedrático) de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Universidad de Oviedo (España)

villazon@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0002-7105-3009>

Extracto

El presente comentario analiza la Sentencia del Tribunal Supremo 1090/2025, de 18 de noviembre, relativa a los límites de la subrogación empresarial. Aunque no introduce novedades doctrinales, la resolución resulta de especial interés al reafirmar la distinción entre subrogación legal, convencional y contractual, y al rechazar interpretaciones que identifican la mera continuidad de la relación laboral con la existencia de una transmisión de empresa conforme al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Asimismo, el análisis de la resolución permite reflexionar sobre los fines actuales del derecho del trabajo y su relación con el derecho civil.

Palabras clave: subrogación empresarial; consentimiento de la persona trabajadora; despido; subrogación contractual; artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores; cesión de contratos.

Recibido: 07-04-2026 / Aceptado: 07-04-2026 / Publicado: 07-05-2026

Cómo citar: Fernández Villazón, L. A. (2026). La subrogación empresarial en el contrato de trabajo: entre la garantía y el riesgo de utilización elusiva. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1090/2025, de 18 de noviembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 150-157. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25119>

Transfer of Undertakings in Employment Contracts: Between Protection and the Risk of Evasive Use

Commentary on Supreme Court Ruling 1090/2025 of 18 November

Luis Antonio Fernández Villazón

Lecturer in Labour and Social Security Law (accredited as professor).

University of Oviedo (Spain)

villazon@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0002-7105-3009>

Abstract

This paper examines Supreme Court Judgment 1090/2025 of 18 November concerning the limits of transfer of undertakings in employment relationships. Although it does not introduce new doctrinal developments, the ruling is of particular interest as it reaffirms the distinction between statutory, collectively agreed and contractual transfers, and rejects interpretations that equate the mere continuity of employment with the existence of a transfer of undertakings under Article 44 of the Spanish Workers' Statute. It also provides an opportunity to reflect on the current purposes of labour law and its relationship with civil law.

Keywords: transfer of undertakings; employee consent; dismissal; contractual transfer; article 44 Workers' Statute; assignment of contracts.

Received: 07-04-2026 / Accepted: 07-04-2026 / Published: 07-05-2026

Citation: Fernández Villazón, L. A. (2026). Transfer of Undertakings in Employment Contracts: Between Protection and the Risk of Evasive Use. Commentary on Supreme Court Ruling 1090/2025 of 18 November. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 150-157. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25119>

1. Efectos de la subrogación contractual. Una jurisprudencia ya asentada

La subrogación de una nueva persona empleadora en la posición de la anterior en el marco del contrato de trabajo es, probablemente, una de las cuestiones más clásicas y asentadas dentro del derecho del trabajo. Sobre este punto, los tribunales llevan tiempo efectuando una triple distinción entre subrogación legal, subrogación convencional y subrogación contractual o pactada. La primera es aquella que cumple los requisitos del [artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) y, por consiguiente, a la que se le aplican los efectos previstos en dicho precepto; principalmente, el mantenimiento de las relaciones laborales y de las condiciones de trabajo preexistentes. La subrogación convencional es la prevista en el convenio colectivo, que tiene la facultad de extender tales efectos a situaciones de sucesión de empresas no incluidos en el [artículo 44](#).

Finalmente, la subrogación contractual es aquella que no encaja en ninguno de los dos supuestos anteriores y que, normalmente, responde a un contrato o pacto privado entre las dos entidades implicadas. Esta subrogación no lleva aparejada de forma automática la continuidad de las relaciones de trabajo. Por el contrario, tal consecuencia exige, no solo el acuerdo de los empleadores, sino también el de personas trabajadoras afectadas. La doctrina jurisprudencial sobre este aspecto surge hace ya bastantes años en casos de sucesión de concesiones en el sector aéreo. Supuestos en los que no se daban las condiciones de una transmisión de actividad propiamente dicha, ni existía una obligación convencionalmente pactada de subrogación, pero en los que se incluía esa obligación en los pliegos de la concesión. Es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS](#)) de [29 de febrero de 2000 \(rec. 4949/1998\)](#), sobre adjudicación del servicio de asistencia en tierra a pasajeros por Aena a la empresa Ineuropa Handling Madrid, después de haber sido desempeñado por Iberia LAE. Este caso tendría varias «réplicas» jurisprudenciales, entre las que se encuentra la [Sentencia de 30 de abril de 2002 \(rec. 4240/2000\)](#), que es la aportada como contraste en este recurso de unificación de doctrina.

Que la doctrina sobre el tema que nos ocupa se encuentre muy consolidada, no significa que no haya experimentado cierta evolución. Especialmente relevante ha sido la influencia de la [Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo](#), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, y su interpretación por parte del Tribunal de Justicia. En concreto, la [Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2007 \(asunto C-458/05, Jouini\)](#) señaló que la existencia de la transmisión de una entidad económica organizada de forma estable que requiere la directiva no exige necesariamente «incluir elementos significativos

de activo material o inmaterial». En determinados sectores, en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, tal condición podría cumplirse con la cesión de «un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común». Esta resolución obligó a matizar las interpretaciones previas de nuestro Tribunal Supremo (TS), que había considerado que la simple cesión de plantillas no podía implicar una transmisión de empresa.

La interpretación flexibilizadora del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no implica en absoluto un cambio de paradigma. Se sigue exigiendo para hablar de transmisión de empresa la cesión de una entidad autónoma organizada. Lo único que se señala es que, en algunos sectores de actividad como el de las empresas de trabajo temporal, esa entidad puede venir dada por un conjunto organizado de trabajadores y trabajadoras. Pero el propio tribunal advierte de que, para llegar a esa conclusión, es necesario comprobar

si los elementos de explotación traspasados por el cedente constituían en su empresa un conjunto operacional autosuficiente para permitir prestar servicios característicos de la actividad económica de la empresa sin requerir el uso de otros elementos de explotación importantes o de otras partes de esta.

Con todo, una lectura inapropiada de la decisión podría llevar a interpretaciones erróneas, conforme a las cuales la simple cesión de trabajadores y la continuidad en la actividad determinarían la existencia de una subrogación. Veremos en las próximas líneas que algo de esto se aprecia en el supuesto resuelto por la sentencia comentada.

2. El supuesto de hecho: una subrogación aparente

En el caso que nos ocupa no nos encontramos ante una sucesión de contratas o concesiones. Tampoco ante una compraventa o transmisión de actividad o unidad de negocio. Celia, Roque y Sebastián prestaban servicios para la empresa Westalju, SA, en el Bingo Espada, sito en Alcorcón (Madrid). La empresa inicia un expediente de regulación de empleo (ERE) que afecta a toda la plantilla y termina con acuerdo. En la lista de trabajadores afectados por este ERE se incluyen las tres personas mencionadas. Sin embargo, tras unas conversaciones verbales con la empresa Binet Canarias, SA, sobre la posibilidad de que esta subrogase a dichos trabajadores, Westalju decide no comunicarles el despido, darles de baja en la Seguridad Social bajo el epígrafe «otras causas» y ofrecerles a la firma un finiquito sin indemnización. A los trabajadores, que se niegan a firmar el finiquito, no se les entrega comunicación alguna sobre la posible subrogación.

Transcurrido un solo día sin trabajo, Binet Canarias formaliza con Celia, Roque y Sebastián un contrato de trabajo para prestar servicios en el Bingo Copacabana, sito en Móstoles (Madrid). El contrato es inicialmente temporal, aunque se transforma en indefinido unos doce

días después de su firma. Además, en las primeras nóminas satisfechas la antigüedad que se hace constar es la adquirida con Binet Canarias, sin reconocer la que se tenía acumulada con Westalju. Presentada demanda por despido por parte de las personas trabajadoras, se les entrega finalmente, en la fecha del juicio, el documento de subrogación, procediendo posteriormente Binet a modificar las nóminas pagadas para incluir la antigüedad acumulada con Westalju. En ningún momento las empresas implicadas suscriben contrato alguno de transmisión de actividad o de cesión de elementos patrimoniales o materiales.

El Juzgado de lo Social n.º 3 de Móstoles advierte claramente que no concurren en este caso los requisitos del [artículo 44 del ET](#). No se dan formalmente (no hay acuerdo alguno de cesión firmado por las empresas, ni se comunica la subrogación a los afectados). Pero tampoco los hay materialmente, pues falta la cesión de una unidad productiva autónoma que está en el núcleo del supuesto de hecho del precepto. Siendo esto así, lo único que podría reconocerse es la existencia de una subrogación contractual. Pero esta, como sabemos, requiere del consentimiento por parte de los afectados. Existe un allanamiento, realizado en juicio, de la empresa Binet sobre la antigüedad reconocida, pero este allanamiento no debe admitirse, desde el momento en que podría suponer perjuicio de terceros (en este caso, de los propios demandantes). Al no existir subrogación, el pronunciamiento declara que Westalju incurrió en despido improcedente, condena a esta empresa al pago de las indemnizaciones correspondientes y absuelve a la nueva empleadora.

Los hechos muestran claramente que un mecanismo de garantía de los derechos de las personas trabajadoras, como es el previsto en el [artículo 44](#), se ha utilizado incorrectamente, de forma que permite en la práctica eludir el pago de la indemnización por despido a la que aquellas tenían derecho. No obstante, preciso es destacar que el juzgado descarta la existencia de fraude. Así pues, parece que nos encontramos ante un supuesto de interpretación incorrecta o deficiente de la legalidad por parte de las empleadoras.

Impugnada en suplicación la sentencia del juzgado, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid la revoca y declara la existencia de subrogación. Los argumentos del tribunal son realmente muy parcos. No es que el Supremo los haya resumido en su resolución. La sentencia autonómica puede consultarse completa en el CENDOJ: Sentencia del TSJ de Madrid de 17 de octubre de 2022 (rec. 694/2022). El principal argumento es que «del propio *factum* de la sentencia se desprende sin esfuerzo la inexistencia de despido en cuanto la relación laboral de los actores continúa vigente al haberse producido un fenómeno de subrogación en la titularidad empresarial».

La aparente evidencia la extrae el tribunal del hecho de que los demandantes se incorporaron a la nueva empresa tras un solo día de interrupción de los servicios «periodo irrelevante, por su entidad, para cuestionar la continuidad relacional y la unidad del vínculo» y que las dudas sobre el mantenimiento de las condiciones de trabajo previas se disuelven con el allanamiento de la nueva empresa sobre la antigüedad en el juicio. Es decir, basta con que se produzca continuidad en la actividad y en las condiciones de trabajo para que

se entienda que hay subrogación. La necesidad de que se produzca una transmisión de una unidad productiva autónoma, tal y como exige el [artículo 44 del ET](#), desaparece simplemente del argumentario. Se trata de una evidente desviación de la interpretación ortodoxa de este precepto, que era, precisamente, la que defendía el juzgado cuya resolución se revoca.

3. El fallo del Supremo: una reafirmación de la posición clásica

La resolución del TS es un buen ejemplo de la labor realizada por este organismo a través del mecanismo del recurso para la unificación de doctrina. A través de la comparación con la sentencia de contraste, la ya citada [STS de 30 de abril de 2002](#) confirma la existencia de contradicción y fija cuál ha de ser la doctrina unificada. Con ello reivindica la jurisprudencia consolidada y cierra la puerta al cambio exegético planteado por el tribunal madrileño. Para ello reproduce los pasajes más relevantes de las numerosas decisiones previas que han abordado la materia.

Se señala, así, que:

Casos como el ahora examinado no producen la transmisión de efectos patrimoniales ni de la organización ni de una unidad productiva autónoma como requeriría el art. 44 ET para poder hablar de una sucesión legal, ni tampoco se produjo dentro del esquema normativo de un Convenio Colectivo que previera aquella subrogación. Se produjo, pues, una subrogación sobre un Acuerdo privado que no vinculaba al trabajador afectado salvo que hubiera prestado su consentimiento a dicha subrogación como requiere el art. 1205 CC.

El Código Civil señala en este precepto que la sustitución del nuevo deudor en lugar del primitivo no puede hacerse sin el consentimiento del acreedor. De este modo, se insiste en la necesidad de diferenciar la subrogación legal y convencional de la puramente contractual:

[...] mientras la sucesión normativa tiene carácter imperativo para empresario y trabajador, la cesión contractual requiere para su validez el consentimiento del trabajador, como piden el art. 1205 del Código Civil y disposiciones concordantes, sin que ese consentimiento pueda ser sustituido por los representantes legales o sindicales que intervinieran en el Acuerdo celebrado con ambas empresas interesadas.

Cabe, eso sí, que el consentimiento sea tácito. No obstante, el Supremo rechaza que pueda deducirse su existencia en este caso. Para el tribunal, que se impugnara la decisión empresarial transcurridos tan solo cinco días desde que se tuvo conocimiento de ella, impide deducir la existencia de conformidad con la medida. Añadiríamos nosotros a esta otras dos consideraciones. Por una parte, los trabajadores se negaron a firmar el finiquito

sin indemnización que se les ofreció, dato que tampoco muestra conformidad en absoluto. Por otro lado, aceptaron trabajar para Binet Canarias un día después de finalizar sus servicios en Westalju, pero entonces no se les entregó documento alguno de subrogación, ni se les garantizó el mantenimiento de sus condiciones anteriores. De hecho, el primer contrato que se les hace es temporal. Binet no transforma en indefinido este contrato hasta doce días después, y habrá que esperar al juicio para que entregue la documentación relativa a la subrogación y se elaboren nuevas nóminas reconociendo la antigüedad en Westalju. Son todos estos elementos que, efectivamente, impiden deducir la existencia de un consentimiento tácito. Difícilmente se puede consentir una transformación que se produce de forma muy poco transparente, en fases sucesivas y con evidente improvisación.

Como consecuencia de todo lo dicho, el Supremo revoca la sentencia del TSJ, confirma la del Juzgado de lo Social y declara la inexistencia de subrogación empresarial, por lo que Westalju ha incurrido en despido improcedente, mientras que Binet queda absuelta.

4. Sobre la frecuentemente ignorada dimensión garantista del derecho civil y las «costuras» del ordenamiento laboral

En resumidas cuentas, la relevancia de la resolución comentada no está en su carácter innovador, ni en la aportación de nuevas perspectivas exegéticas. Por el contrario, su valor se encuentra precisamente en lo contrario: la reivindicación de una doctrina jurisprudencial ya firmemente asentada y la corrección taxativa que impone al intento del TSJ de Madrid de abrir una vía interpretativa bien diferente. Dicho en otras palabras: la resolución hace lo que se espera de un recurso de unificación: unificar doctrina.

El caso planteado tiene interés, además, porque suscita algunas reflexiones sobre el derecho del trabajo moderno. La primera de ellas es que no deja de ser llamativo que, en una materia tan característica del ordenamiento laboral, en la que se ha alcanzado un elevado nivel de desarrollo, haya que acudir, sin embargo, al derecho civil para encontrar una solución. La subrogación empresarial es una de las instituciones clave de la rama social del derecho y establece garantías muy relevantes para los derechos de las personas trabajadoras. Sin embargo, no parece que la ley haya prestado suficiente atención a los efectos de las subrogaciones que, como la presente, no cumplen los requisitos previstos en la norma.

Por otro lado, la sentencia del TSJ de Madrid es ejemplo de una tendencia muy acusada en el derecho del trabajo moderno: la de facilitar en lo posible las decisiones empresariales, siempre que se garanticen unos derechos básicos de las personas trabajadoras (en este caso, la continuidad de la relación laboral en las mismas condiciones que se tenían). Se trata de la tradicional tensión entre dos principios básicos de las normas laborales: el fin compensador y el fin de rendimiento de la fuerza de trabajo. En los últimos años son numerosos los textos normativos, políticos e incluso jurisprudenciales donde se apunta a un

mayor peso del segundo sobre el primero, lo que puede llevar en ocasiones a situaciones en las que el viejo ordenamiento civil acabe siendo más garantista que el propio ordenamiento laboral. Eso es exactamente lo que hubiera pasado de haber confirmado el Supremo la sentencia autonómica. En nuestra opinión, un resultado así debería hacernos reflexionar seriamente sobre si estamos efectuando una adecuada ponderación de las dos tendencias ínsitas en la normativa laboral.

Por otro lado, el asunto planteado suscita también otra idea. El Juzgado de lo Social, que es quien tiene la inmediación con las pruebas, descartó tajantemente la existencia de fraude en la conducta de las empresas implicadas. Pero es difícil no preguntarse qué hubiera pasado en el caso de confirmarse la existencia de ese ánimo fraudulento. Mucho nos tememos que, ante la falta de previsiones específicas, la solución hubiera sido necesariamente la misma. La condena por despido improcedente a Westalju y la absolución de Binet. ¿Tiene sentido que un comportamiento fraudulento tenga las mismas consecuencias para una empresa claramente infractora que para otra que simplemente ha incurrido en un error? ¿Sería razonable la absolución de quien ha sido colaborador necesario en el fraude? Cabría la posibilidad de calificar el hecho como cesión ilegal de trabajadores, pero no está claro que se den las condiciones del [artículo 43 del ET](#), ni tampoco que las consecuencias en él previstas sean las más adecuadas para abordar la situación.

Tal vez, en un momento en el que se discute sobre la adecuación de la regulación española sobre indemnizaciones por despido improcedente, este fuera uno de los supuestos donde parecería razonable que la autoridad judicial pudiera establecer una indemnización adicional por existencia de fraude o mala fe empresarial. Después de todo, resulta muy difícil sostener que ese ánimo fraudulento ya se encuentra contemplado en la indemnización tasada legalmente.

Nota: Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación NEGOCIA2: «Negociación colectiva y diálogo social para una ordenación sostenible del trabajo» (ref.: PID2022-137853NB-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE.

El complemento al mínimo de la prestación de invalidez y las personas trabajadoras migrantes: ¿dos varas de medir ante un mismo derecho?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero de 2026 (asunto C-633/24)**

Catalina Smintinica

Profesora ayudante doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Castilla-La Mancha (España)

Catalina.Smintinica@uclm.es | <https://orcid.org/0000-0003-3855-823X>

Extracto

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero de 2026, dictada en el asunto C-633/24 (Sovisso) por la Sala Sexta, resuelve una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo italiano relativa al complemento al mínimo de la prestación de invalidez en el sistema de Seguridad Social italiano. La normativa cuestionada imponía a las personas trabajadoras que habían ejercido su derecho a la libre circulación –concretamente, que habían cotizado en Suiza y en Italia– un periodo de cotización de diez años en Italia para acceder a dicho complemento, mientras que las personas trabajadoras que habían cotizado exclusivamente en Italia solo necesitaban acreditar cinco años de cotización, tres de ellos en los últimos cinco años. El Tribunal de Justicia declara que el artículo 58 del Reglamento (CE) n.º 883/2004, en relación con sus artículos 4 y 6, se opone a esta normativa discriminatoria, al vulnerar los principios de igualdad de trato y totalización de periodos que son pilares del sistema europeo de coordinación de Seguridad Social. En consecuencia, considera incompatible con el derecho de la Unión una normativa nacional que, aun siendo formalmente neutra, perjudica de manera desproporcionada a las personas trabajadoras migrantes.

Palabras clave: coordinación de sistemas de Seguridad Social; complemento al mínimo; prestación de invalidez; igualdad de trato; totalización de periodos; personas trabajadoras migrantes; discriminación indirecta.

Recibido: 06-04-2026 / Aceptado: 07-04-2026 / Publicado: 07-05-2026

Cómo citar: Smintinica, C. (2026). El complemento al mínimo de la prestación de invalidez y las personas trabajadoras migrantes: ¿dos varas de medir ante un mismo derecho? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero de 2026 (asunto C-633/24). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 158-165. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25117>

Minimum Supplement to Invalidity Benefits and Migrant Workers: Two Different Standards Applied to the Same Right?

Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 22 January 2026 (Case C-633/24)

Catalina Smintinica

Lecturer in Labour and Social Security Law.

University of Castilla-La Mancha (Spain)

Catalina.Smintinica@uclm.es | <https://orcid.org/0000-0003-3855-823X>

Abstract

The Ruling of the Court of Justice of the European Union of 22 January 2026, delivered in Case C-633/24 (Sovisso) by the Sixth Chamber, addresses a request for a preliminary ruling referred by the Italian Supreme Court of Cassation concerning the minimum supplement to invalidity benefits within the Italian Social Security system. The contested legislation required workers who had exercised their right to free movement –specifically, those who had paid contributions in Switzerland and in Italy– to complete a contribution period of ten years in Italy in order to qualify for that supplement, whereas workers who had contributed exclusively in Italy were required to demonstrate only five years of contributions, three of which within the preceding five years. The Court of Justice held that Article 58 of Regulation (EC) No 883/2004, read in conjunction with Articles 4 and 6 thereof, precludes such discriminatory legislation, as it infringes the principles of equal treatment and aggregation of periods, which constitute fundamental pillars of the European system for the coordination of Social Security. Accordingly, it concluded that national legislation of this kind is incompatible with EU law in so far as, despite its formal neutrality, it places migrant workers at a particular disadvantage.

Keywords: coordination of Social Security systems; minimum supplement; invalidity benefit; equal treatment; aggregation of periods; migrant workers; indirect discrimination.

Received: 06-04-2026 / Accepted: 07-04-2026 / Published: 07-05-2026

Citation: Smintinica, C. (2026). Minimum Supplement to Invalidity Benefits and Migrant Workers: Two Different Standards Applied to the Same Right? Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 22 January 2026 (Case C-633/24). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 158-165. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25117>

1. Marco normativo aplicable

En su [Sentencia de 22 de enero de 2026, asunto Sovisso](#), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) delimita, en primer término, el marco normativo internacional y europeo sobre el que se proyecta el análisis. En el ámbito del derecho internacional, el tribunal recuerda que el Acuerdo sobre la libre circulación de personas celebrado entre la Unión Europea y sus Estados miembros, de una parte, y la Confederación de Suiza, de otra, firmado el 21 de junio de 1999 y modificado en marzo de 2012 ([ALCP](#)), prevé en su artículo 8 y en el anexo II la aplicación del [Reglamento n.º 883/2004](#) a las situaciones que involucran a un Estado miembro de la Unión y Suiza. Ello determina que, a los efectos del citado reglamento, la Confederación Suiza deba ser asimilada a un Estado miembro.

En el marco europeo, el sistema de coordinación de los distintos regímenes de Seguridad Social queda articulado sobre el [Reglamento n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004](#), sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Este texto normativo no unifica los sistemas nacionales de Seguridad Social –que permanecen en la esfera de competencia de cada Estado miembro–, sino que establece reglas de coordinación orientadas a garantizar que el ejercicio de la libre circulación de las personas trabajadoras (art. 45 [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) –TFUE–) no acarree consecuencias perjudiciales en materia de protección social. La base habilitante de este sistema de coordinación se halla en el artículo 48 del [TFUE](#).

Dentro del [Reglamento n.º 883/2004](#), cuatro disposiciones conforman el eje jurídico de la resolución. El artículo 4 consagra el principio de igualdad de trato, en virtud del cual las personas a quienes sea de aplicación el citado reglamento tendrán los mismos derechos y obligaciones que las personas nacionales de cada Estado miembro en cuya legislación queden comprendidas, prohibiendo no solo las discriminaciones directas por razón de nacionalidad, sino también las discriminaciones indirectas que, fundadas en criterios formalmente neutros, produzcan en la práctica efectos equivalentes sobre las personas trabajadoras migrantes. El artículo 6 establece el principio de totalización de periodos, que obliga a la institución competente de un Estado miembro a computar, en la medida necesaria, los periodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro como si se hubieran cotizado bajo su propia legislación.

El artículo 52 del [reglamento](#) regula el pago de las prestaciones mediante el denominado método prorata, que determina la cuantía de la prestación de cada Estado en proporción a los periodos cotizados en su territorio. Por su parte, el artículo 58, decisivo en este asunto, contempla la «asignación de un complemento»: cuando la suma de todas las prestaciones percibidas por la persona beneficiaria procedentes de los distintos Estados donde ha

cotizado sea inferior al importe mínimo fijado por la legislación del Estado miembro de residencia para un periodo de seguro equivalente al total de los periodos considerados para la liquidación, dicho Estado de residencia deberá abonar a esta un complemento igual a la diferencia. Este mecanismo materializa el principio de suficiencia de las prestaciones y actúa como garantía de mínimos en el contexto europeo.

En el ámbito del derecho nacional italiano concurren tres disposiciones cuya tensión da origen al conflicto. El artículo 8, apartado 2, de la Ley n.º 153/1969, de 30 de abril, establece que la persona trabajadora que solicita la totalización de cotizaciones acumuladas en el extranjero debe acreditar diez años de cotización en Italia para tener derecho al complemento al mínimo de la prestación de invalidez. En contraste, el artículo 4, apartado 1, de la Ley n.º 222/1984, de 16 de junio, exige únicamente cinco años de cotización en Italia, tres de los cuales, en los últimos cinco años, para las personas aseguradas cuyas cotizaciones se han acumulado exclusivamente en el sistema italiano. Finalmente, el artículo 1, apartado 16, de la Ley n.º 335/1995, de 16 de agosto, excluye el complemento al mínimo para las prestaciones de invalidez calculadas íntegramente con arreglo al sistema «contributivo puro», aplicable a quienes iniciaron su carrera de cotización en Italia con posterioridad al 31 de diciembre de 1995.

2. Referencia al supuesto de hecho

El litigio principal tiene su origen en la vida laboral de un ciudadano residente en Italia que desarrolló su actividad profesional en dos ámbitos territoriales distintos. Durante el periodo comprendido entre 1991 y 1994, cotizó al sistema de Seguridad Social de la Confederación Suiza. Con posterioridad, desde el 1 de abril de 2002 hasta el 31 de marzo de 2012, cotizó en Italia por un total de 260 semanas, equivalentes a cinco años. A estos periodos se añadieron las cotizaciones por periodos de desempleo reconocidas en Italia en los años 2012 y 2013. El interesado presentó varias solicitudes ante el Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) con el fin de obtener una prestación por invalidez prorrateada por las cotizaciones sociales abonadas en Italia, así como un complemento de dicha prestación, destinado a garantizar la percepción del mínimo legal previsto por el derecho italiano. El INPS denegó ambas solicitudes fundando su decisión, de un lado, en que la totalidad de los periodos cotizados en Italia se habían generado después del 31 de diciembre de 1995, por lo que resultaba de aplicación el sistema «contributivo puro» del artículo 1.16 de la Ley n.º 335/1995, de 16 de agosto, que excluye expresamente el complemento al mínimo, y, de otro lado, en que el solicitante no acreditaba los diez años de cotización en Italia exigidos por el artículo 8.2 de la Ley n.º 153/1969, de 30 de abril, para los supuestos de totalización a nivel europeo u internacional. El Tribunal de Turín y, en apelación, el Tribunal de Apelación de Turín confirmaron la posición del INPS, concluyendo que la situación del interesado quedaba encuadrada en el artículo 8.2 de la Ley n.º 153/1969, de 30 de abril, y que el demandante no cumplía el requisito de diez años de cotización solicita-

do en Italia. El interesado interpuso recurso de casación contra la sentencia *ad quem* ante el Tribunal Supremo italiano. El recurrente insistió, ante el Tribunal Supremo italiano, en la incompatibilidad de la normativa italiana con el derecho de la Unión. El Tribunal Supremo italiano, apreciando que la exigencia de un periodo contributivo distinto según que el titular del derecho haya o no ejercido su derecho a la libre circulación –diez años para los migrantes, cinco para los sedentarios– podía constituir una discriminación indirecta contraria al [Reglamento n.º 883/2004](#), decidió suspender el procedimiento y plantear ante el TJUE, la siguiente cuestión prejudicial:

¿Se opone el Derecho [de la Unión], en particular lo dispuesto en el artículo 58 del Reglamento [(CE)] N.º 883/2004, a una normativa nacional que, en caso de solicitud de totalización de las cotizaciones abonadas en diversos Estados miembros de la Unión, supedita el abono del complemento de la prestación [...] de invalidez para alcanzar el mínimo legal al requisito de haber cotizado diez anualidades en Italia, de conformidad con el artículo 8, apartado 2, de la Ley n.º 153/69, cuando, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1 y 4 de la Ley n.º 222/84, a quien ha abonado la cotización íntegramente en Italia se le concede el complemento de la prestación para alcanzar el mínimo legal con solo cinco anualidades de cotización (tres en los últimos cinco años)?

Cabe destacar que, durante la tramitación del procedimiento ante el TJUE, el INPS alegó la inadmisibilidad de la cuestión al entender que el ordenamiento italiano ya permitía el reconocimiento del complemento al mínimo sin exigir el requisito adicional de diez años, en virtud del artículo 3 del Decreto n.º 577/1992. Sin embargo, el órgano remitente rechazó expresamente esa lectura del derecho nacional e insistió en que el litigio principal mantenía su objeto, aclarando que la interpretación propuesta por el INPS ante el TJUE no correspondía a la posición sostenida hasta ese momento ni a la jurisprudencia consolidada del propio Tribunal Supremo italiano.

3. La resolución judicial del TJUE

La Sala Sexta del TJUE examina, en primer lugar, la admisibilidad de la cuestión prejudicial. Aplicando el criterio consolidado de que las cuestiones prejudiciales gozan de una presunción de pertinencia y que solo procede su inadmisión cuando resulte de manera manifiesta que carecen de relación con el objeto del litigio o que el problema sea hipotético. En el presente asunto, el tribunal declara la admisibilidad de la cuestión, habida cuenta de que el órgano remitente había aclarado la subsistencia del litigio y rechazado expresamente la interpretación alternativa del derecho italiano propuesta por el INPS ante el propio TJUE.

En cuanto al fondo, el TJUE examina si la diferencia de trato cuestionada constituye una discriminación contraria al artículo 4 del [Reglamento n.º 883/2004](#). El TJUE reitera que este precepto prohíbe no solo las discriminaciones directas fundadas en la nacionalidad de las

personas beneficiarias, sino también las discriminaciones indirectas derivadas de criterios aparentemente neutros que conduzcan en la práctica al mismo resultado perjudicial para las personas trabajadoras migrantes (Sentencia del TJUE –STJUE– de 5 de diciembre de 2019, [Bocero Torrico y Bode, asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18](#), apdos. 40 y 41). En el presente asunto, la exigencia de diez años de cotización en Italia para las personas trabajadoras que se acogen a la totalización internacional, frente a los cinco años requeridos para quienes han cotizado únicamente en Italia, es una condición que, aunque formalmente neutra, afecta de manera esencial y predominante a las personas trabajadoras migrantes, que son precisamente quienes, por haber ejercido su derecho a la libre circulación, acumulan periodos contributivos en varios países y, por tanto, no pueden alcanzar en el Estado de residencia el mismo nivel de cotización que las personas trabajadoras sedentarias.

El tribunal aplica asimismo el principio de totalización de periodos consagrado en el artículo 6 del [reglamento](#), que obliga a la institución competente italiana a computar los periodos de cotización realizados en Suiza como si se hubieran cumplido bajo su propia legislación, también a efectos de verificar el requisito de acceso al complemento al mínimo previsto en el artículo 58. El TJUE concluye que la normativa italiana vulnera dicho principio al impedir la suma de los periodos cotizados en Suiza con los cotizados en Italia, lo que priva al interesado de la posibilidad de alcanzar el umbral de diez años exigido exclusivamente a las personas trabajadoras con carreras contributivas transnacionales. Tal exigencia resulta, además, incoherente, en la medida en que un criterio equivalente no se impone a las personas trabajadoras que han desarrollado toda su carrera en Italia, a quienes se exige un periodo significativamente inferior.

La respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial es la siguiente: el artículo 58 del [Reglamento n.º 883/2004](#), en relación con sus artículos 4 y 6, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual el pago de un complemento destinado a garantizar la percepción del importe mínimo de una prestación de invalidez está subordinado, para las personas aseguradas que han acumulado cotizaciones en otros Estados miembros, a un periodo contributivo de diez años en ese Estado miembro, mientras que, para quienes han acumulado cotizaciones exclusivamente en dicho Estado miembro, el mismo complemento se condiciona únicamente a un periodo contributivo de cinco años, tres de los cuales deben corresponder a los últimos cinco años.

En cuanto a los efectos de esta declaración de incompatibilidad, el tribunal aplica la doctrina consolidada relativa a las consecuencias de la discriminación contraria al derecho de la Unión: mientras el legislador nacional no adopte las medidas necesarias para restablecer la igualdad de trato, los órganos jurisdiccionales y administrativos nacionales deben aplicar íntegramente el régimen jurídico establecido para el grupo favorecido –esto es, el de las personas trabajadoras que han cotizado exclusivamente en Italia, con el requisito de cinco años– también a los y las miembros del grupo perjudicado. Este régimen más favorable constituye el único punto de referencia válido en ausencia de la correcta aplicación del derecho europeo ([STJUE de 14 de marzo de 2019, Vester, asunto C-134/18](#), apdos. 46-48).

4. Valoración crítica

El objeto de la [STJUE de 22 de enero de 2026](#) se circunscribe a determinar si el artículo 58 del [Reglamento \(CE\) n.º 883/2004](#), en conexión con los artículos 4 y 6 del mismo texto, se opone a la normativa italiana que somete el reconocimiento y el pago del complemento al mínimo de la prestación de invalidez a condiciones contributivas sustancialmente distintas según que la persona titular del derecho haya o no ejercido su derecho a la libre circulación. El fallo del TJUE constituye una aportación relevante al acervo jurisprudencial sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y la protección de las personas trabajadoras migrantes en el acceso a prestaciones de invalidez y a los complementos a mínimos. No obstante, no introduce novedades sustanciales en el derecho de la Unión, ya que se inscribe en una línea jurisprudencial consolidada que afirma la aplicación de los principios de igualdad de trato y totalización de periodos, como ya se había reconocido en asuntos anteriores. Su valor reside, sin embargo, en tres aspectos que merecen ser destacados desde la perspectiva del derecho de la Seguridad Social.

En primer lugar, el TJUE confirma que el principio de totalización del artículo 6 del [reglamento](#) no se limita al cálculo de la cuantía de las prestaciones, sino que también se proyecta sobre el acceso y reconocimiento del derecho, adquiriendo una importancia particular en relación con los complementos a mínimos del artículo 58. Aunque esta extensión no resulta completamente novedosa, [la presente sentencia](#) la refuerza de manera expresa y la configura como una auténtica «totalización de acceso», cuya incidencia práctica es especialmente significativa para las personas trabajadoras migrantes en sistemas que condicionan dichos complementos a requisitos de cotización territorial.

En segundo lugar, la [sentencia](#) también consolida la equiparación de Suiza a un Estado miembro a efectos de la aplicación del [Reglamento n.º 883/2004](#), en virtud del [ALCP](#). Esta asimilación tiene consecuencias notables para quienes desarrollaron su actividad profesional en ese país durante décadas pasadas y, en el caso español, cobra una relevancia añadida por la intensidad de los flujos migratorios históricos y la existencia de instrumentos bilaterales de coordinación. Ello obliga a las instituciones nacionales a revisar sus criterios para asegurar su plena conformidad con esta interpretación jurisprudencial.

En tercer lugar, el TJUE refuerza el papel del artículo 58 como garantía del principio de suficiencia de las prestaciones, impidiendo que quede desvirtuado mediante la imposición de condiciones nacionales que, en la práctica, excluyan a las personas trabajadoras migrantes. De este modo, se impone una interpretación conjunta de los artículos 4, 6 y 58 del [reglamento](#) que asegura la efectividad de los derechos reconocidos por el derecho de la Unión. Además, el TJUE profundiza en la noción de discriminación indirecta en el ámbito de la Seguridad Social, al evidenciar que requisitos aparentemente neutros –como la exigencia de determinados periodos de cotización en el Estado de residencia– pueden generar efectos desproporcionadamente perjudiciales para quienes han ejercido la libre circulación. La fragmentación de las carreras contributivas sitúa a estas personas trabajadoras en desven-

taja frente a quienes han desarrollado toda su vida laboral en un único país, lo que obliga a valorar no solo la formulación formal de las normas, sino también sus efectos materiales.

Desde la perspectiva del derecho interno, la [sentencia](#) despliega efectos directos sobre el ordenamiento jurídico italiano, al obligar a las instituciones gestoras y a los órganos jurisdiccionales a inaplicar cualquier interpretación de la normativa nacional que imponga a las personas trabajadoras migrantes condiciones más gravosas que a las personas trabajadoras sedentarias. En tanto no se produzca una reforma legislativa que adecue plenamente el ordenamiento interno al derecho de la Unión, las autoridades nacionales deben aplicar directamente el régimen más favorable, garantizando así la plena efectividad de los principios de igualdad de trato y totalización de periodos. En este sentido, las personas trabajadoras que se encuentren en situaciones análogas pueden invocar directamente la primacía y el efecto directo del derecho de la Unión para obtener el reconocimiento del complemento en condiciones de igualdad.

Finalmente, hay que destacar que la [STJUE](#) pone de relieve una tensión estructural en el diseño de los sistemas de Seguridad Social nacionales: la coexistencia de reglas generales de acceso a las prestaciones de invalidez (cinco años en Italia) con reglas especiales aplicables en caso de totalización internacional (diez años) no es sino el reflejo de una lógica de protección financiera del sistema nacional ante la posibilidad de tener que abonar un complemento al mínimo a trabajadoras y trabajadores con escasa vinculación contributiva al territorio nacional. El TJUE rechaza que esta consideración financiera pueda prevalecer sobre los imperativos del [Reglamento n.º 883/2004](#) y del derecho primario de la Unión, aunque ello genere un mayor coste para el Estado de residencia sin posibilidad de repercutirlo a los demás Estados donde la persona trabajadora ha cotizado.

Esta última consideración apunta a un límite que la [sentencia](#) no aborda: la ausencia de un mecanismo de compensación financiera entre Estados miembros en el contexto del artículo 58 del [reglamento](#). Cuando la persona trabajadora ha cotizado en varios países y el Estado de residencia ha de abonar íntegramente el complemento hasta el mínimo garantizado, la carga económica recae exclusivamente sobre ese Estado con independencia de dónde se ha generado la mayor parte de la carrera de seguro. Esta asimetría, que la [sentencia del asunto Sovisso](#) no está llamada a resolver por la propia naturaleza del procedimiento prejudicial, constituye un desafío de política legislativa para la eventual reforma del [Reglamento n.º 883/2004](#), sobre la que los Estados miembros y las instituciones de la Unión deberán pronunciarse en el futuro.

En definitiva, la [STJUE de 22 de enero de 2026 en el asunto Sovisso](#) reafirma que los principios de igualdad de trato y totalización de periodos son mandatos incondicionales que no admiten ser neutralizados por normas nacionales que dupliquen los requisitos contributivos exigidos a las personas trabajadoras migrantes respecto de las sedentarias. La respuesta que proporciona al interrogante planteado en su título «¿dos varas de medir ante un mismo derecho?» es terminante: el derecho de la Unión tolera una única vara de medir, la más favorable, y esta debe aplicarse con independencia de que la persona trabajadora haya ejercido o no su derecho a la libre circulación.

La extinción del contrato por incumplimiento grave de la empresa. Vulneración del derecho a la propia imagen y a la protección de datos personales por el uso del registro biométrico de jornada

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 144/2026, de 15 de enero**

Arturo Montesdeoca Suárez

*Profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (Las Palmas de Gran Canaria-España)
arturo.montesdeoca@ulpgc.es | <https://orcid.org/0000-0002-1519-4923>*

Extracto

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia 144/2026 confirma la extinción indemnizada del contrato de trabajo a instancia de la persona trabajadora ex artículo 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, al apreciar un doble incumplimiento grave y culpable de las empresas codemandadas. Por un lado, de los retrasos reiterados y prolongados en el abono de los salarios y, por otro, de la implantación y mantenimiento durante casi dos años de un sistema de registro de jornada biométrico basado en reconocimiento facial.

El TSJ considera acreditado que la empresa subrogada incumplió de forma sistemática el acuerdo alcanzado con la representación legal de las personas trabajadoras relativo al pago puntual de los salarios, acumulando retrasos significativos durante más de un año. Esta conducta, por su reiteración, duración y entidad, alcanza la gravedad suficiente para justificar la resolución contractual.

Así mismo, el TSJ otorga especial relevancia a la utilización del sistema biométrico de fichaje, al concluir que dicho sistema supone una injerencia injustificada en derechos fundamentales, al no resultar necesario ni proporcional, existiendo medios alternativos menos invasivos para el control horario. En este punto, la sala aprecia una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen, en conexión con el derecho a la protección de datos personales, descartando, sin embargo, la lesión autónoma del derecho a la intimidad personal.

Palabras clave: extinción indemnizada del contrato; artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores; registro de jornada; reconocimiento facial; datos biométricos; derecho a la propia imagen; protección de datos personales; incumplimiento grave empresarial; derechos fundamentales.

Recibido: 10-02-2026 / Aceptado: 09-03-2026 / Publicado: 07-05-2026

Cómo citar: Montesdeoca Suárez, A. (2026). La extinción del contrato por incumplimiento grave de la empresa. Vulneración del derecho a la propia imagen y a la protección de datos personales por el uso del registro biométrico de jornada. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 144/2026, de 15 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 166-172. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25029>

Rescission of the employment contract due to the employer's serious breach: infringement of the right to one's own image and to the protection of personal data arising from the use of biometric working time recording systems

Commentary on Ruling of the High Court of Justice of Galicia,
144/2026, of January 15

Arturo Montesdeoca Suárez

Lecturer in Labour Law and Social Security Law.

University of Las Palmas de Gran Canaria (Las Palmas de Gran Canaria, Spain)

arturo.montesdeoca@ulpgc.es | <https://orcid.org/0000-0002-1519-4923>

Abstract

Judgment No. 144/2026 of the High Court of Justice of Galicia upholds the employee's entitlement to the indemnified rescission of the employment contract pursuant to Article 50(1) (c) of the Spanish Workers' Statute, on the grounds of a dual serious and culpable breach attributable to the co-defendant companies. Such breach consisted, first, in repeated and prolonged delays in the payment of wages, and second, in the implementation and maintenance for nearly two years of a biometric working time recording system based on facial recognition. The Court finds it established that the successor employer systematically failed to comply with the agreement reached with the employees' legal representatives concerning the timely payment of wages, accumulating significant delays over a period exceeding one year. This conduct, having regard to its repetition, duration and severity, meets the threshold of seriousness required to justify the judicial rescission of the employment contract at the employee's request.

Furthermore, the Court attaches particular relevance to the use of the biometric time-recording system, concluding that it constitutes an unjustified interference with fundamental rights, as it is neither necessary nor proportionate, given the existence of less intrusive alternative means for monitoring working time. In this respect, the Court finds an infringement of the fundamental right to one's own image, in conjunction with the right to the protection of personal data, while nevertheless ruling out an autonomous violation of the right to personal privacy.

Keywords: indemnified rescission of the employment contract; Article 50 Workers' Statute; working time recording; facial recognition; biometric data; right to one's own image; personal data protection; serious employer breach; fundamental rights.

Received: 10-02-2026 / Accepted: 09-03-2026 / Published: 07-05-2026

Citation: Montesdeoca Suárez, A. (2026). Rescission of the employment contract due to the employer's serious breach: infringement of the right to one's own image and to the protection of personal data arising from the use of biometric working time recording systems. Commentary on Ruling of the High Court of Justice of Galicia, 144/2026, of January 15. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 166-172. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25029>

1. El «difícil» equilibrio entre los derechos fundamentales y el cumplimiento de obligaciones legales por la empresa durante la vigencia del contrato de trabajo

El 12 de marzo de 2019 se publicó en el BOE el [Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo](#), de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. En su exposición de motivos se justifica la introducción del registro de jornada para la totalidad de personas trabajadoras ex [artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), en una interesante aportación sobre la consideración de la limitación de la jornada de trabajo como una de las reivindicaciones históricas y de raíz del origen de la disciplina del derecho del trabajo.

A este respecto, se deja de manifiesto las consecuencias que derivan de esta extralimitación de la jornada diaria de trabajo señalando que

[...] incide de manera sustancial en la precarización del mercado de trabajo, al afectar a dos elementos esenciales de la relación laboral, el tiempo de trabajo, con relevante influencia en la vida personal de la persona trabajadora al dificultar la conciliación familiar, y el salario. Y también incide en las cotizaciones de Seguridad Social, mermadas al no cotizarse por el salario que correspondería a la jornada realizada.

No desaprovechó la oportunidad para destacar, quizás, una de las posibles causas de la extralimitación de la jornada: la flexibilidad. Así, bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico laboral permite una adaptación de la jornada de trabajo en concordancia con las necesidades productivas y del mercado. No obstante, se subraya que la flexibilidad

no se puede confundir con el incumplimiento de las normas sobre jornada máxima y horas extraordinarias. Al contrario, la flexibilidad horaria justifica el esfuerzo en el cumplimiento de estas normas, muy particularmente, aquellas sobre cumplimiento de límites de jornada y de registro de jornada diaria.

Desde entonces, surge la obligación para las empresas de dotar de un sistema de registro de jornada que compute «el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora».

Esta implementación del registro de jornada como obligación legal impuesta a la empresa ha sido llevada a cabo por diferentes fórmulas. Dado que la reforma no introdujo ningún tipo de requisito ni priorización del medio elegido, las empresas han venido utilizando

diferentes alternativas para su efectivo cumplimiento como pueden ser hojas de cálculo en Excel, tarjetas identificativas personales, códigos QR, *softwares* y/o aplicaciones, así como la geolocalización del dispositivo.

Sin embargo, la controversia que más protagonismo ha adquirido es la utilización de los datos biométricos (dactilares o faciales) como método de identificación personal para el registro de jornada. De hecho, la problemática gira en torno a la aplicabilidad de los robustos requisitos que el [Reglamento general de protección de datos personales](#) (RGPD) impone a las empresas ex artículo 6.1 del [RGPD](#) para utilizar los datos biométricos, calificados como categoría especial de datos personales ex artículo 9 del [RGPD](#), para dar cumplimiento a esta obligación legal. La justificación de la elección de este tipo de métodos de registro de jornada es el respaldo obtenido a los criterios de fiabilidad y no alteración ante posibles suplantaciones de identidad o falseamiento de los datos introducidos.

La utilización de la tecnología biométrica en el ámbito laboral genera ciertas dudas, en este caso, sobre la innecesaridad del medio elegido para ello, ya que existen otros alternativos menos incisivos en derechos fundamentales de las personas trabajadoras como la intimidad, la propia imagen o la protección de datos personales para cumplir con dicha obligación legal impuesta a las empresas. Un conflicto prolongado y aún vivo que ha generado incertidumbre en la operatividad de las empresas por las desavenencias suscitadas entre la jurisdicción social y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en cuanto a la interpretación de la normativa laboral en conjunto con el marco de protección de datos personales.

Por tales razones, se ha considerado de interés el análisis de la [STSJ de Galicia 144/2026](#), en el que se analiza la extinción del vínculo por incumplimiento contractual grave de la empresa ex [artículo 50.1 c\) del ET](#). En este caso, como se abordará a continuación, por un doble incumplimiento contractual grave, el retraso reiterado en el pago de salarios y la vulneración del derecho fundamental a la propia imagen ex [artículo 18.1 de la Constitución española](#) (CE) y a la protección de datos personales ex [artículo 18.4 de la CE](#).

2. Aproximación a los hechos probados y a la fundamentación jurídica del caso

La [STSJ](#) resuelve el recurso de suplicación planteado por las empresas codemandadas que obtuvo sentencia desestimatoria en la instancia reconociéndole a la persona trabajadora la rescisión del contrato ex [artículo 50.1 c\) del ET](#). En concreto, el objeto del litigio pretende justificar la gravedad del doble incumplimiento empresarial: el retraso en el abono de los salarios durante dos años, así como el fichaje a través de reconocimiento facial, siendo de interés para este comentario esta última discrepancia.

En cuanto a la primera discrepancia, es decir, el retraso en el abono de salarios, el TSJ constata que en el hecho probado tercero de la sentencia de instancia se corrobora que la empresa tenía un acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras para efectuar el abono de los salarios antes del día 5 de cada mes, y para tratar de conseguir incluso que fuera el día 1. Sin embargo, de conformidad con el hecho probado cuarto, párrafo segundo, la persona trabajadora sufrió reiterados retrasos en el abono de su salario más allá de los 5 días pactados, en concreto: 5 días, 7 días, 8 días, 23 días, 17 días, 18 días, 19 días, 29 días, 14 días, 9 días, 12 días, 9 días, 9 días y 10 días. A este respecto, el TSJ determina y justifica un incumplimiento grave y significativo, tanto por su duración durante más de un año como por la entidad del retraso en muchos casos, muy superior a 10 días.

Por otro lado, la segunda discrepancia está referida a la vulneración de los derechos fundamentales de la persona trabajadora por la instalación de un sistema de registro de jornada biométrico por reconocimiento facial. La gravedad se justifica en este caso por la prolongación de la situación, ya que la instalación tuvo lugar el 09-03-2023, posteriormente se recibió queja por parte de la representación legal de las personas trabajadoras en reunión de 30-01-2024 solicitando la supresión del sistema de registro, que estuvo activo hasta el 20-02-2025. Por lo que se constata una persistencia en el tiempo en la vulneración de los derechos fundamentales de la persona trabajadora.

Un punto de gran interés es que el TSJ se desmarca de la sentencia de instancia al reconocer que sí existió una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen, pero no del derecho fundamental a la intimidad. El argumento principal –acorde con la doctrina constitucional– para justificar esta conclusión es que la injerencia ha sido causada en el derecho a la propia imagen de la persona trabajadora por el uso de datos biométricos faciales. En concreto, porque «el rostro no es en principio un ámbito reservado frente al conocimiento de otras personas, en este caso de la empleadora».

Por otro lado, el TSJ se detiene en señalar que en primera instancia no se hizo referencia alguna al derecho fundamental a la protección de datos personales a pesar de utilizar el marco jurídico aplicable a la protección de dicho derecho. De hecho, en la fundamentación jurídica puede comprobarse un esfuerzo en poner de relieve las exigencias que la norma, ex artículos 6.1 y 9.2 del [RGPD](#), prevé para un tratamiento de datos biométricos como es el caso del sistema de reconocimiento facial. Este detenimiento en la argumentación jurídica es sumamente positivo ya que de forma pedagógica se insiste en la relación del incumplimiento del núcleo interno de los parámetros legales que conforman el derecho fundamental a la protección de datos personales con su consecuente vulneración.

Por tanto, el TSJ concluye que no existe necesidad de emplear este tipo de datos personales al existir otros medios para el registro de la jornada sin injerencia en derechos fundamentales, ejemplificando, la tarjeta de la propia empresa. Sin embargo, a su juicio ha existido una vulneración conjunta del derecho fundamental a la propia imagen en relación con el derecho a la protección de datos personales por los motivos expuestos.

3. Conclusión: los derechos fundamentales a la propia imagen y a la protección de datos personales como muro de contención frente a los sistemas de registro de jornada basados en tecnología biométrica

Como se ha podido comprobar, la extinción de la relación laboral ha sido justificada por un grave incumplimiento de la entidad empleadora, en concreto, del derecho fundamental a la propia imagen ex [artículo 18.1 de la CE](#), descartando la vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal. La gravedad de tal incumplimiento se ha medido por la implantación prolongada del sistema biométrico de registro de jornada, desde el 09-03-2023 hasta el 20-02-2025, pese a haber recibido queja de la representación legal de las personas trabajadoras en reunión de 30-01-2024 para efectuar la retirada de este sistema. Un factor, el temporal, que exterioriza la voluntad incumplidora ya que no estamos ante un incumplimiento puntual, aislado o fácilmente corregible, sino ante una situación de lesión reiterada y diaria del derecho fundamental a la propia imagen y a la protección de datos personales. Por cada fichaje se efectúa una renovación de la injerencia en los derechos fundamentales en cuestión, lo que convierte la vulneración en estructural y no meramente ocasional ([De Nieves Nieto, 2024](#)).

Esta línea judicial de reconocimiento de la vulneración de derechos fundamentales asociados al uso de datos biométricos de las personas trabajadoras en el trascurso de la relación laboral puede encontrar apoyo en otra respuesta ofrecida por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Alicante 190/2023, de 15 de septiembre. Este procedimiento se inició previamente por la persona trabajadora mediante la interposición de una reclamación administrativa ante la AEPD que finalizó con un expediente sancionador de 12.000 euros y con requerimiento

[...] para que en el plazo de diez días limite temporal o definitivamente el tratamiento del sistema de reconocimiento facial con objeto de control laboral, en tanto no disponga de una evaluación de impacto de protección de datos de tratamiento válida, que tenga en cuenta los riesgos para los derechos y libertades de los empleados y las medidas y garantías adecuadas para su tratamiento, o incluso si se realizara, precisara efectuar la previsión de consulta.

A diferencia del caso aquí examinado, en este proceso no se solicitó la extinción ex [artículo 50.1 c\) del ET](#) por incumplimiento grave del empresario, sino que se articuló la demanda por el procedimiento de vulneración de derechos fundamentales ex [artículo 177 y ss. de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#). Así, al constatare por el Juzgado de lo Social un incumplimiento grave del empresario «contrario al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores» ex [artículo 8.11 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#), sí se reconoció la vulneración conjunta del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de la persona trabajadora.

La victoria de la persona trabajadora fructifica en la extinción indemnizada del vínculo contractual al reconocerse judicialmente un incumplimiento grave y culpable de la empresa

como es la vulneración de derechos fundamentales. Una respuesta positiva que adquiere una transcendencia e interés significativo a futuro si se toma en consideración la [propuesta de Real Decreto por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de registro de jornada](#) (RDRJ)¹. Esta garantía de protección de los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos personales se recoge expresamente en el artículo 2.3 del [RDRJ](#) previendo que el sistema de registro se adecuará «en los términos previstos en la normativa aplicable en materia de protección de datos, de acuerdo con los principios de minimización, idoneidad, necesidad y proporcionalidad». Por tanto, de aprobarse esta propuesta normativa se incorporaría al marco jurídico laboral una previsión específica, por primera vez, en materia de protección de datos personales como obligación indiscutible de la empresa. Sin perjuicio de que las personas trabajadoras puedan tramitar de forma independiente las acciones derivadas de su contrato de trabajo y aquellas cuya finalidad sea instar un cumplimiento y respeto a su derecho fundamental a la protección de datos personales ya que no impide que «la empresa no pueda ser declarada responsable de un posible incumplimiento de la legislación de protección de datos con las posibles consecuencias administrativas o civiles, o de otra naturaleza, que ello pueda conllevar», como se ha podido comprobar en otros procesos ([STS 692/2022, de 22 de julio de 2022, rec. 701/2021](#)).

No obstante, se introducen otra serie de obligaciones empresariales que también podrían estar relacionadas con esta acción resolutoria como pueden ser las discrepancias con los asientos del registro de jornada, sobre todo cuando se alteran por la parte empresarial (STSJ de Murcia 929/2019, de 30 de abril), que siempre tendrá la última palabra y pese a que debe respetar que los asientos se lleven a cabo sin condicionamiento o presión ex artículo 4 b) y 4 c) del [RDRJ](#). Mayores dudas sobre la gravedad genera la falta de copia de los asientos y modificaciones junto con el recibo de salario y la falta de formación e información a las personas trabajadoras sobre este protocolo o su inexistencia (STSJ de Aragón 497/2025, de 25 de julio). También, otra obligación como la negociación del protocolo de registro de jornada e información a la plantilla, ya que como ha señalado la STSJ de Cataluña 6128/2013, de 1 de octubre, la acción resolutoria del contrato «está reservada a aquellos casos en que la defensa de los intereses del trabajador no puede realizarse razonablemente por otras vías o acciones como la reclamación del cumplimiento de las obligaciones correspondientes».

En definitiva, habrá que seguir expectantes si se opta por esta estrategia procesal en la práctica y sigue recibiendo aceptación por el orden social en función tanto de la casuística como de la gravedad de cada caso.

Nota: Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación: «Inteligencia artificial y garantía de la privacidad de las personas trabajadoras: políticas empresariales y ejercicio de los derechos digitales laborales» (AIPRIVACYLAB). Referencia: PID2024-157896OB-I00. Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (España). Programa Estatal para la Investigación y el Desarrollo Experimental del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2024-2027. Investigador principal: José Eduardo López Ahumada.

¹ *Vid.* un riguroso y crítico comentario sobre esta propuesta de real decreto en [Lahera Forteza \(2026\)](#). Por otro lado, [Dictamen del Consejo de Estado N.º 188/2026](#), relativo a este proyecto de real decreto.

Subsidio de desempleo y convivencia *more uxorio*: la obligación de alimentos no es una renta computable de la unidad familiar antes de las reformas de 2023-2024

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 1192/2025](#), de 3 de diciembre

Oleksandr Pryimenko

Investigador de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Alicante (España)

oleksandr.pryimenko@ua.es | <https://orcid.org/0000-0001-7917-9856>

Extracto

La Sentencia del Tribunal Supremo 1192/2025, de 3 de diciembre, aborda la cuestión del cómputo de los ingresos de la pareja de hecho a efectos del reconocimiento del subsidio de desempleo con responsabilidades familiares, en la redacción del artículo 275.3 de la Ley General de la Seguridad Social anterior a la reforma introducida por el Real Decreto-ley 7/2023. La especificidad del caso reside en que la sentencia rechaza la construcción argumental del Servicio Público de Empleo Estatal que pretendía imputar a la hija una parte de los ingresos del progenitor a través de la obligación de alimentos. El Tribunal Supremo concluye que no deben tomarse en consideración las rentas del conviviente *more uxorio*, ni siquiera en la parte correspondiente a la obligación legal de alimentos respecto de las hijas e hijos comunes, ya que la ley contiene una enumeración legal cerrada y exhaustiva de personas pertenecientes a la unidad familiar y excluye a las uniones de hecho. La resolución, además de estimar la demanda y reconocer el derecho de la actora a percibir la prestación, cumple una ejemplar función unificadora, reafirmando el principio de legalidad, seguridad jurídica y el respeto a la literalidad de la norma.

Palabras clave: subsidio de desempleo; pareja de hecho; unidad familiar; obligación de alimentos; renta computable; responsabilidades familiares; convivencia *more uxorio*.

Recibido: 28-03-2026 / Aceptado: 30-03-2026 / Publicado: 07-05-2026

Cómo citar: Pryimenko, O. (2026). Subsidio de desempleo y convivencia *more uxorio*: la obligación de alimentos no es una renta computable de la unidad familiar antes de las reformas de 2023-2024. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1192/2025, de 3 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 492, 173-182. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25099>

Unemployment allowance and cohabitation *more uxorio*: the maintenance obligation is not considered a countable income of the family unit before the 2023-2024 reforms

Commentary on Supreme Court Ruling 1192/2025, of 3 December

Oleksandr Pryimenko

Researcher in Labour and Social Security Law.

University of Alicante (Spain)

oleksandr.pryimenko@ua.es | <https://orcid.org/0000-0001-7917-9856>

Abstract

The Supreme Court Ruling 1192/2025, of December 3, addresses the issue of calculating the common-law couple's income for the purposes of recognizing unemployment allowance for family responsibilities, according to the article 275.3 of the General Social Security Law prior to the reform introduced by Royal Decree-Law 7/2023. The specific nature of the case lies in the fact that the decision rejects the argumentative construction of the State Public Employment Service that intended to attribute a portion of the parent's income to the daughter through the maintenance obligation. The Supreme Court establishes that the income of a cohabiting de facto partner must not be taken into consideration, not even in the part corresponding to the legal obligation to provide maintenance for joint children, as the law contains an exhaustive and definitive list of persons belonging to the family unit and excludes de facto unions. The judgement, in addition to upholding the claim and recognizing the plaintiff's right to receive the benefit, serves an exemplary unifying function, reaffirming the principle of legality, legal certainty and respect for the literality of the rule.

Keywords: unemployment allowance; common-law partner; family unit; maintenance obligation; countable income; family responsibilities; cohabitation *more uxorio*.

Received: 28-03-2026 / Accepted: 30-03-2026 / Published: 07-05-2026

Citation: Pryimenko, O. (2026). Unemployment allowance and cohabitation *more uxorio*: the maintenance obligation is not considered a countable income of the family unit before the 2023-2024 reforms. Commentary on Supreme Court Ruling 1192/2025, of 3 December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 173-182. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25099>

1. Marco normativo

El marco jurídico aplicable en relación con el asunto sobre el que versa la [sentencia objeto de comentario](#) viene determinado por la regulación del subsidio de desempleo para personas con responsabilidades familiares, concretamente en lo relativo al cómputo de los alimentos en las rentas de la unidad familiar. La complejidad del caso deriva de determinar el alcance de los ingresos de un progenitor que convive *more uxorio* con la solicitante, pero sin constituir un matrimonio. El Tribunal Supremo (TS), en su función unificadora, se enfrenta a un problema interpretativo, poniendo en conexión los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.

La norma central sobre la que pivota el litigio es el [artículo 275.3 de la Ley General de la Seguridad Social](#) (LGSS), en la redacción vigente en el momento en que se produjo la controversia objeto del procedimiento. Dicho precepto establece los requisitos para el acceso al subsidio de desempleo por responsabilidades familiares y, en lo que aquí interesa, delimita la unidad familiar a los efectos del cómputo de rentas. En este artículo se dispone lo siguiente:

A efectos de lo previsto en el artículo anterior, se entenderá por responsabilidades familiares tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

Esta definición resulta determinante tanto para reconocer el derecho al subsidio en su modalidad por cargas familiares como para prorrogarlo, y su interpretación ha sido objeto de un debate jurisprudencial en lo relativo a si los ingresos de la pareja de hecho de la persona solicitante deben o no incorporarse al cómputo de rentas de la unidad familiar.

Tras la modificación por el [Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre](#), el [artículo 275.3 de la LGSS](#) incluye expresamente a la pareja de hecho dentro del concepto de unidad familiar a los efectos del cómputo de rentas. Sin embargo, esta reforma entró en vigor con posterioridad a los hechos del litigio. Cabe señalar que el [Real Decreto-Ley 7/2023, de 19 de diciembre](#), fue derogado por [Resolución de 10 de enero de 2024](#), que publica el Acuerdo del Congreso de los Diputados; si bien la [redacción actualmente vigente](#), resultado de la reforma introducida mediante el [Real Decreto-Ley 2/2024, de 21 de mayo](#), confirma que la pareja de hecho forma parte del concepto de unidad familiar.

Resulta igualmente pertinente la obligación alimenticia de carácter civil, que recae sobre ambos progenitores respecto de las hijas e hijos comunes. La consideración de la normativa civil resulta imprescindible para entender el debate en toda su extensión.

Desde la perspectiva constitucional, los preceptos de la Constitución española (CE) enmarcan el conjunto de la cuestión debatida. El [artículo 9 de la CE](#) consagra el principio de legalidad y la seguridad jurídica; el [artículo 14 de la CE](#) establece la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, y el [artículo 39 de la CE](#), por su parte, impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.

En definitiva, la sala estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y reconoce el derecho de la actora a percibir el subsidio de desempleo y la condena al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) al abono de la cantidad de 4.168,80 euros, cifra no discutida por las partes y que se corresponde con las prestaciones indebidamente denegadas.

2. Supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento

Los hechos que dan origen al procedimiento responden a una situación bastante frecuente. Hay una persona desempleada que convive con su pareja en una unión estable *more uxorio*, sin que medie entre ambos vínculo matrimonial ni inscripción registral como pareja de hecho, y que tiene con dicho varón una hija en común menor de edad. Esta configuración familiar dificulta la determinación de los requisitos legalmente exigidos para acceder y mantener el subsidio de desempleo con cargas familiares.

La actora solicitó el reconocimiento del derecho al subsidio de desempleo el 3 de noviembre de 2021, siendo reconocido por el SEPE mediante Resolución de 8 de noviembre de 2021 para el periodo comprendido entre el 26 de octubre de 2021 y el 25 de abril de 2022, con una prestación diaria de 15,06 euros y reconociéndole una hija a cargo. El subsidio fue prorrogado en dos ocasiones sucesivas con idéntica cuantía diaria. Durante todo este tiempo, el SEPE reconoció la existencia de una hija a cargo de la solicitante, lo que constituía el presupuesto esencial para el mantenimiento de la prestación asistencial. La convivencia de la trabajadora con el padre biológico de la menor y con la propia hija en el mismo domicilio era un hecho acreditado y no discutido a lo largo del procedimiento.

El conflicto se desató cuando el SEPE, el 3 de mayo de 2023, dictó una resolución, denegando la siguiente prórroga semestral del subsidio y, simultáneamente, suspendió la percepción de la prestación con carácter retroactivo desde el 1 de noviembre de 2022, reclamando a la beneficiaria la devolución de la cantidad de 2.766,42 euros. La tesis subyacente, utilizada por el SEPE, era que la obligación legal de alimentos transforma una fracción de los ingresos del progenitor no casado en ingreso que debían imputarse a la persona menor de edad que se tiene en cuenta como carga familiar. Por lo tanto, esto provocaba

que la madre dejara de tener cargas familiares y que la unidad familiar excediera el umbral del 75 % del salario mínimo interprofesional. Frente a esta resolución se formuló reclamación previa que fue desestimada y la actora abonó la cantidad declarada indebida e interpuso demanda ante la jurisdicción social.

El Juzgado de lo Social n.º 10 de Bilbao avaló la posición del SEPE en Sentencia de 28 de noviembre de 2023. La trabajadora recurrió en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco, que confirmó íntegramente el pronunciamiento de instancia mediante Sentencia 1059/2024, de 30 de abril. El tribunal de suplicación centró su análisis en la propia inexistencia de responsabilidades familiares de la solicitante. El TSJ del País Vasco argumentó que, dado que la hija común convivía con ambos progenitores y el padre disponía de ingresos estables superiores al umbral legal, resultaba evidente que él debía atender las necesidades de su hija, lo que excluía el requisito de que la actora tuviera cargas familiares.

Se formuló un voto particular, cuya magistrada disidente, con cita de la doctrina que también utilizará el TS en la [resolución comentada](#), desestimó que la mitad de los ingresos del conviviente *more uxorio* son para atender los cuidados de la hija en común y, por tanto, sostenía que dichos ingresos no se debían tener en cuenta en el cómputo.

Con posterioridad, la trabajadora formalizó el recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste la Sentencia del TS ([STS](#)) [378/2022, de 27 de abril](#). La sentencia de contraste había reconocido el derecho de la demandante al subsidio de desempleo para personas con responsabilidades familiares en situación de convivencia con su pareja de hecho, y teniendo esta pareja de hecho ingresos. Sin embargo, la discusión en la sentencia recurrida no se había formulado exactamente de la misma manera. El debate precisamente fue sobre la obligación de alimentos del progenitor conviviente de proveer al sostenimiento de su hija menor y, en consecuencia, integración o exclusión de una parte sustancial de sus ingresos de la renta de la unidad familiar para cumplir con el requisito de carencia de rentas suficientes.

Por lo tanto, se plantean dos interrogantes distintos, pero próximos entre sí: 1) si todos los ingresos o una parte de ellos de la otra pareja de hecho deben ser computados; 2) si la obligación de alimentos forma parte de los ingresos para el cómputo del límite legal. El TS en la [Sentencia 1192/2025](#) determinó que ambas cuestiones están muy vinculadas entre sí, cuestión que constituye uno de los núcleos argumentativos centrales.

3. Cuestiones clave determinantes de la resolución

La [resolución comentada](#) aborda dos planos de análisis claramente diferenciados, aunque relacionados entre sí. El primero de ellos es de carácter estrictamente procesal y consiste en determinar si concurre el presupuesto de contradicción exigido por el [artículo 219](#)

de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS) como condición necesaria para entrar a conocer del fondo del asunto. El segundo es de naturaleza sustantiva: si los ingresos del conviviente *more uxorio* deben ser incorporados en la fracción que corresponde a la obligación legal de alimentos respecto de la hija común al cómputo de rentas de la unidad familiar a los efectos del subsidio de desempleo por cargas familiares.

El TSJ del País Vasco consideró que la hija de la actora no podía ser considerada como una carga familiar real, dado que su padre, con quien convivía la actora, percibía ingresos estables y suficientes y estaba legalmente obligado a atender las necesidades de la hija en virtud de la obligación de alimentos que el ordenamiento civil le impone. En consecuencia, según este razonamiento, no era la situación económica de la pareja de hecho lo que determinaba la denegación de la prestación, sino la inexistencia de cargas familiares efectivas a cargo de la solicitante, al entenderse que la hija disponía de una fuente de sustento garantizada por su propio padre.

El juicio de contradicción presentaba en este caso una dificultad particular, porque analizaba si los ingresos de la pareja de hecho deben computarse como renta de la unidad familiar. De este modo, el debate se desplazó desde la cuestión de si los ingresos del conviviente forman parte de la unidad familiar hasta la cuestión de si la existencia de la obligación de alimentos priva a la hija de su condición de carga familiar. Esta diferencia de planteamiento respecto de la sentencia de contraste fue precisamente el argumento empleado por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal para negar la existencia de contradicción. Es decir, que la sentencia de contraste había resuelto una controversia distinta, referida al cómputo directo de los ingresos de la pareja de hecho como miembro de la unidad familiar, y no a la consecuencia jurídica de la obligación de alimentos sobre la condición de carga familiar de la hija.

Sin embargo, el TS rechazó esta conclusión razonando que las dos cuestiones presentan una intersección tan profunda que resulta imposible tratarlas separadamente. Evaluar los ingresos del progenitor como renta imputable a la hija en virtud de la obligación de alimentos no es, en el fondo, una vía jurídica diferente a la de computar los ingresos de la pareja de hecho como miembro de la unidad familiar. Ambas operaciones conducen al mismo resultado práctico: el derecho al subsidio de la actora depende de las percepciones del conviviente.

Por lo tanto, la sala afirmó la existencia de contradicción y entró a conocer el asunto según la línea ya seguida en la [STS 829/2025, de 24 de septiembre](#), haciendo referencia, en particular, a la [STS de 24 de febrero de 2000 \(rec. 2117/1999\)](#), sobre la imposibilidad de utilizar la analogía cuando se perjudica en el análisis del [artículo 1.3 e\) del Estatuto de los Trabajadores](#). Se planteó que la situación de convivencia de hecho difiere de la situación del cónyuge y reconoció el derecho a la prestación de desempleo.

En tal sentido el primer elemento de la doctrina que la sala ha venido elaborando de forma progresiva a lo largo de los últimos años es la importancia de la interpretación literal

del [artículo 275.3 de la LGSS](#) que enumera de manera exhaustiva las personas cuya situación de dependencia respecto de la persona solicitante genera responsabilidades familiares a efectos del subsidio. De este modo, lo más relevante es que el legislador no incluyó a la pareja de hecho en la relación de sujetos previstos en la norma y los órganos judiciales no pueden corregir mediante una interpretación extensiva que desborde los límites del tenor normativo. La ausencia de toda mención a las uniones de hecho no puede ser considerada como una laguna que deba ser integrada analógicamente. Aunque en otras normas del ordenamiento jurídico se ha considerado necesario equiparar las parejas de hecho a los cónyuges, aquí la omisión legal es la expresión de la voluntad legislativa de limitar el concepto de unidad familiar a las relaciones derivadas exclusivamente del matrimonio.

Desde esta óptica, extender el cómputo de rentas de las personas que el [artículo 275.3 de la LGSS](#) no menciona expresamente supone una interpretación extensiva, contraria al carácter cerrado de los requisitos de acceso a las prestaciones en el sistema de la Seguridad Social. De donde se infiere que las rentas de la persona conviviente no pueden ser tomadas en cuenta para determinar el umbral económico y, en consecuencia, para la estimación o desestimación del subsidio de desempleo.

La literalidad de la norma se refuerza mediante una interpretación teleológica. El subsidio de desempleo por responsabilidades familiares es una prestación de naturaleza asistencial, no contributiva, que persigue proteger una situación de necesidad económicamente acreditada. La finalidad de la norma no es establecer un sistema de protección familiar en sentido estricto, sino garantizar asistencia económica a la persona trabajadora desempleada que, habiendo agotado la prestación contributiva, carece de recursos suficientes para atender sus propias necesidades y las de quienes están a su cargo. La protección se otorga al sujeto desempleado individualmente considerado, y la familia se toma en consideración como elemento de contexto que permite valorar la situación económica real de la persona solicitante, no como un sujeto colectivo titular del derecho. De lo contrario, una prestación individual se transforma en una prestación de naturaleza familiar no prevista legalmente. Estos criterios, sustentados por la ausencia de modificación del precepto durante décadas, validan la conclusión de que los ingresos del conviviente debían quedar excluidos del cómputo.

La cuestión más delicada que plantea el litigio es, sin duda, la relativa a si la obligación civil de alimentos del progenitor conviviente puede servir de vía alternativa para llegar al mismo resultado al que conduciría la incorporación directa de sus rentas al cómputo de la unidad familiar. Este es, precisamente, el aspecto más novedoso que intentaba alcanzar la misma conclusión a través de una construcción argumental diferente. La sala rechaza este planteamiento con un argumento claro: afirmar que la hija tiene rentas porque su padre está legalmente obligado a prestarle alimentos produce, en la práctica, exactamente el mismo resultado que computar directamente los ingresos del conviviente. En ambos casos, el derecho al subsidio de la trabajadora acaba dependiendo de la situación económica de su pareja.

El hecho de que la obligación de alimentos sea una figura del derecho civil con autonomía propia no altera esta conclusión. Lo determinante no es la calificación jurídica del instrumento empleado, sino el efecto que produce. Y ese efecto es precisamente el que la jurisprudencia consolidada había descartado, pues la norma entonces vigente no permitía tomar en consideración los ingresos de la pareja de hecho a estos efectos. Admitir lo contrario habría supuesto introducir por vía interpretativa una restricción que el legislador no había establecido y que perjudicaría precisamente a quienes han optado por una forma de organización familiar que el legislador trató de manera diferenciada respecto del matrimonio.

Sobre esta base, la sala aplica al caso la doctrina que venía manteniendo de forma reiterada, con arreglo a la cual, en el periodo temporal al que se refiere la reclamación objeto del procedimiento, los ingresos de la pareja de hecho del sujeto solicitante del subsidio no podían ser tomados en cuenta ni en su integridad ni en la fracción que pudiera corresponder a la obligación de alimentos respecto de los hijos comunes.

Al mismo tiempo, el TS reconoce que esta doctrina ha perdido ya gran parte de su relevancia práctica hacia el futuro, dado que la reforma legislativa de 2023, con posterior derogación, y la nueva redacción a través del [artículo 2.5 del Real Decreto-Ley 2/2024, de 21 de mayo](#), han incorporado expresamente a la pareja de hecho en el concepto de unidad familiar del [artículo 275.3 de la LGSS](#). No obstante, la sala subraya con toda razón que las situaciones anteriores a dicha reforma deben ser resueltas conforme al ordenamiento entonces vigente, sin que la nueva regulación pueda proyectarse retroactivamente sobre hechos ya consumados. La estimación del recurso y el reconocimiento del derecho de la actora a percibir la cantidad reclamada constituyen la consecuencia natural e ineludible de la aplicación coherente de los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales reconocidos en la CE.

4. Valoración crítica

En términos generales, la resolución es técnicamente correcta y jurídicamente coherente con la doctrina precedente para la delimitación del concepto de unidad familiar a efectos del cómputo de rentas, si bien presenta algunos aspectos que invitan a una reflexión más profunda sobre las tensiones subyacentes al problema de fondo y sobre las implicaciones sistemáticas de la solución adoptada.

Lo primero que debe destacarse, en una valoración positiva, es el escrupuloso respeto al principio de legalidad y la interpretación efectuada sin «activismo artificial». Reconociendo la coexistencia de diversos enfoques doctrinales, prevalece el principio siguiente: no le corresponde al órgano judicial decidir qué debería decir la norma, sino aplicar la norma tal

como está escrita. La [sentencia comentada](#) representa un triunfo del formalismo preventivo que protege la certeza del derecho y garantiza la ejecución de la seguridad jurídica.

Uno de los aspectos más relevantes de la [sentencia](#) es la forma en que la sala aborda el juicio de contradicción. Como se ha explicado, la sentencia recurrida no había computado directamente los ingresos de la pareja de hecho, sino que había negado la existencia de cargas familiares reales apoyándose en la obligación civil de alimentos del progenitor conviviente. La sala detecta con precisión que este cambio de enfoque no es más que una reformulación del mismo argumento denegatorio de fondo. Esta decisión es acertada porque impide que una modificación en la presentación jurídica del razonamiento sirva para blindar una solución contraria a la jurisprudencia establecida. Sin embargo, no siempre resulta fácil distinguir entre una reformulación elusiva de un mismo problema y una cuestión distinta. Por ello, una flexibilidad excesiva en el juicio de contradicción podría terminar abriendo el recurso unificador a casos que realmente no lo merecen según el [artículo 219 de la LRJS](#).

El rechazo del argumento basado en la obligación civil de alimentos es correcto en su resultado, sin entrar a analizar con suficiente detalle por qué la obligación de alimentos no puede equivaler a una renta computable en el patrimonio de la menor. Este análisis era necesario y su ausencia constituye la principal insuficiencia argumentativa del pronunciamiento.

La obligación de alimentos se fundamenta en el [artículo 39.3 de la CE](#) y se establece en los artículos [142](#) y [154](#) del Código Civil. Esta no genera por sí sola ningún ingreso real en el patrimonio de quien tiene derecho a recibirlos, genera una renta concreta y verificable cuando se cumple de forma efectiva. Atribuirle una renta hipotética a la persona menor, basándose en la mera existencia de la obligación legal supone una ficción, generando una enorme incertidumbre práctica. Construir sobre esa base un desarrollo más explícito habría dotado al pronunciamiento de una solidez adicional.

Desde una perspectiva de política jurídica, resulta preciso valorar la situación de la normativa anterior a las reformas de 2023 y 2024. Bajo la redacción precedente del [artículo 275.3 de la LGSS](#), los ingresos de las personas casadas se tenían en cuenta para determinar el acceso al subsidio, mientras que quienes convivían *more uxorio* quedaban al margen de ese cómputo. El resultado era que la ausencia de vínculo formal entre las personas que conviven operaba como un factor de ventaja en el acceso a la prestación asistencial.

Ahora las parejas de hecho tienen el mismo tratamiento que ya se aplicaba a los cónyuges. Esta modificación responde a una lógica de equiparación coherente con el principio de igualdad material. La nueva ley no puede interpretarse como un error en la jurisprudencia previa; demuestra, simplemente, que el legislador ha cambiado de opinión. Los tribunales, que no son responsables de una disfunción generada por la ley, no pueden subsanarla por vía interpretativa sin violentar la regulación legal.

No obstante, la doctrina no puede ignorar que la equiparación de la pareja de hecho al matrimonio a efectos del cómputo de renta plantea nuevas cuestiones. En particular, cómo deben considerarse las familias reconstituidas con hijos no comunes.

Por lo tanto, la [sentencia](#) con un profundo respeto al principio de separación de poderes cumple adecuadamente con la función propia del recurso de casación para la unificación de doctrina, y proporciona una solución argumentativamente sólida al caso concreto. Resulta jurídicamente inaceptable que el SEPE pretenda suplir la voluntad del legislador mediante la aplicación analógica de la obligación de alimentos para restringir el acceso a un subsidio para las personas trabajadoras desempleadas con responsabilidades familiares.

Nota: El análisis se ha realizado en el marco del proyecto LASSCoLPLUS. Este proyecto ha recibido financiación a través del proyecto MSCA4Ukraine, financiado por la Unión Europea. Sin embargo, los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea, la Agencia Ejecutiva Europea de Investigación o el Consorcio MSCA4Ukraine. Ni la Unión Europea ni la Agencia Ejecutiva Europea de Investigación, ni el Consorcio MSCA4Ukraine en su conjunto ni ninguna institución miembro individual del Consorcio MSCA4Ukraine pueden ser considerados responsables de ellos.

Note: The analysis has been carried out within the framework of the LASSCoLPLUS project. The project LASSCoLPLUS has received funding through the MSCA4Ukraine project, which is funded by the European Union. Views and opinions expressed are however those of the author(s) only and do not necessarily reflect those of the European Union, the European Research Executive Agency or the MSCA4Ukraine Consortium. Neither the European Union nor the European Research Executive Agency, nor the MSCA4Ukraine Consortium as a whole nor any individual member institutions of the MSCA4Ukraine Consortium can be held responsible for them.

Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social

Mercedes Crespo Giménez

Funcionaria del Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social

Extracto

El presente caso analiza y desarrolla la fundamentación jurídica del supuesto práctico materia del segundo ejercicio en la convocatoria correspondiente al año 2023/2024 –Resolución de 23 de diciembre de 2024 (BOE de 31 de diciembre)–, para el acceso al Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social (acceso libre) celebrado el 21 de junio de 2025. La legislación que se ha tenido en cuenta para su resolución ha sido la publicada y vigente a fecha de 20 de mayo de 2025.

Palabras clave: sistema de Seguridad Social; encuadramiento y cotización; recaudación y procedimiento de apremio; prestaciones familiares; incapacidad permanente; Régimen Especial de Trabajadores Autónomos; gestión administrativa de la Seguridad Social.

Recibido: 25-02-2026 / Aceptado: 09-03-2026 / Publicado: 07-05-2026

Cómo citar: Crespo Giménez, M. (2026). Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 183-195. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25059>

Management of the Social Security Administration

Mercedes Crespo Giménez

Social Security Administration Management Corps Official

Abstract

This case study provides a detailed examination of the legal reasoning underpinning the practical scenario forming the subject of the second examination exercise of the 2023/2024 competitive examination call –Resolution of 23 December 2024 (Official State Gazette of 31 December)– for entry into the Corps of Management of the Social Security Administration through open competition, held on 21 June 2025. The analysis is conducted on the basis of the legislation published and in force as at 20 May 2025.

Keywords: Social Security system; affiliation and contribution schemes; collection procedure and enforcement; family benefits; permanent incapacity; Special Scheme for Self-Employed Workers; Social Security administrative management.

Received: 25-02-2026 / Accepted: 09-03-2026 / Published: 07-05-2026

Citation: Crespo Giménez, M. (2026). Management of the Social Security Administration. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 183-195. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25059>

Enunciado

La mercantil Liduvina, SL, tiene su capital social dividido en participaciones que son propiedad, a partes iguales, entre D.^a Eugenia Domingo del Arco, su esposo D. Mauricio Blanco Clará, el hijo de ambos D. Fermín y la esposa de este último, D.^a Ermelinda.

D.^a Eugenia, D. Mauricio, D. Fermín y D. Víctor Goti componen el consejo de administración. Las gestiones de dirección y gerencia de la empresa las realiza exclusivamente el consejero delegado D. Víctor Goti.

D.^a Eugenia se dirige a una Administración de la Seguridad Social solicitando información sobre si tiene que causar alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos por su cargo como miembro del consejo de administración de la mercantil Liduvina, SL.

Pregunta 1. Señale su posible encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social, justificándolo legalmente.

D. Avito Carrascal prestó servicios para la empresa Liduvina, SL, durante seis días en el mes de abril de 2025, percibiendo un salario diario de 60,05 euros en concepto de sueldo base, 10,00 euros de productividad por día y 5,00 euros como parte proporcional de las pagas extraordinarias por día. De acuerdo con el contrato de D. Avito, está incluido en el grupo de cotización 9 «Oficiales de tercera y Especialistas» y según el artículo 14 de la Orden PJC/178/2025, de 25 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2025 relativo a las bases y tipos de cotización en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, las bases mínimas para el grupo de cotización 9 son 1.381,20 euros (mensual) o 60,05 euros (diaria) y las bases máximas están fijadas en 4.909,50 euros (mensual) o 213,46 euros (diaria).

Pregunta 2. Calcule cuál es la base de cotización por la cual debe cotizar la empresa Liduvina, SL, por el trabajador D. Avito por los trabajos realizados durante el mes de abril, teniendo en cuenta que la empresa había optado por una cotización por bases diarias en función de las jornadas realmente trabajadas.

La empresa Liduvina, SL, por un error de su gestor, no solicitó el cálculo de la liquidación de las cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta correspon-

dientes al mes de febrero de 2025 del trabajador D. Antolín Sánchez Paparrigópulos, por lo que la Tesorería General de la Seguridad Social emitió la correspondiente reclamación de deuda que fue notificada el día 25 de abril de 2025.

Pregunta 3. Determine y justifique cuál será la base de cotización utilizada para el cálculo de la reclamación de deuda, teniendo en cuenta que el trabajador D. Antolín estaba incluido en el grupo de cotización 7 y suponiendo que la base mínima de dicho grupo para el año 2025 hubiera sido de 1.250,00 euros y la base máxima de 4.500,00 euros y cuál será el plazo para su pago.

La sociedad Liduvina, SL, además de la deuda correspondiente a las cuotas del mes de febrero de 2025, tenía otras deudas que ya se encuentran apremiadas y suman un importe total de 15.000,00 euros, incluyendo principal, recargos, intereses y costas del procedimiento de apremio. En el procedimiento de apremio, la Unidad de Recaudación Ejecutiva de Puertollano ha procedido al embargo, por importe total de 15.000,00 euros, de una finca rústica que figura a nombre de la sociedad, que tiene anotado un embargo previo por importe total de 6.500,00 euros a favor del Ayuntamiento de Cádiz. La finca ha sido valorada en 4.500,00 euros.

Pregunta 4. Determine y justifique el tipo de licitación de la finca rústica embargada.

La trabajadora de la empresa Liduvina, SL, D.^a Adriana Prieto, de 28 años, fue contratada el 30 de enero de 2020 con un contrato a tiempo parcial (parcialidad del 75 % de la jornada) y una base de cotización por contingencias comunes que, desde febrero de 2023, es de 1.500,00 euros mensuales, trabajando de lunes a viernes. La empresa tiene contratada la cobertura de las contingencias comunes con el INSS y las contingencias profesionales con la Mutua FREMAP. D.^a Adriana Prieto está casada con D. Ricardo Rodríguez, que es trabajador por cuenta ajena en la empresa Promintel con una antigüedad de 5 años.

D.^a Adriana y D. Ricardo han tenido un hijo el sábado 15 de febrero de 2025, que ha permanecido hospitalizado tras el parto, recibiendo el alta el 20 de mayo de 2025.

Pregunta 5. Indique la fecha de inicio y fecha de fin de la prestación por nacimiento y cuidado del menor de D.^a Adriana, teniendo en cuenta que va a disfrutar la prestación de manera continuada. Explique la forma de calcular la base reguladora de la prestación por nacimiento y cuidado del menor, aclarando los meses que se deben tomar en consideración y proceda al cálculo.

Pregunta 6. Cuando el menor alcance los 9 meses de edad, ¿a qué prestación para el cuidado del lactante podría acceder D. Ricardo y cuál sería su duración máxima? Señale la fecha exacta de finalización de la prestación. Indique en qué forma se verá afectada la jornada de trabajo de D. Ricardo y D.^a Adriana para que D. Ricardo pueda acceder a esta prestación y en qué sentido se verá afectado el salario de D.^a Adriana.

D. Juan Luis Raymon está soltero y nació el 30 de marzo de 1966. El 31 de enero de 2015 fue contratado por la empresa Liduvina, SL, como mozo de almacén. El domingo 2 de junio de 2024 sufrió un accidente muy grave de coche cuando se desplazaba desde el hotel donde se alojaba durante sus vacaciones a un centro deportivo, donde iba a jugar al pádel con unos amigos y familiares.

Tras el accidente y una larga hospitalización, durante la cual se mantuvo en situación de incapacidad temporal, se constata el carácter invalidante y permanente de las lesiones, presumiblemente invariables, de D. Juan Luis, que le impiden continuar ejerciendo la profesión habitual, por lo que, con fecha 31 de enero de 2025, se le reconoce una pensión de incapacidad permanente en grado de total para la profesión habitual.

D. Juan Luis está valorando iniciar una actividad por cuenta propia como autónomo que sea compatible con su situación y estado físico actual, pero no dispone de recursos suficientes para acometer la inversión inicial.

Pregunta 7. Indique razonadamente si D. Juan Luis reúne los requisitos para optar a sustituir la pensión de incapacidad permanente total reconocida por una indemnización a tanto alzado y, suponiendo que los cumpliera, en qué plazo debería formular la solicitud y a qué número de mensualidades de la pensión equivaldría la cuantía a percibir.

Pregunta 8. Determine y razone jurídicamente si pudiera corresponderle en los ejercicios 2025 y 2026 alguna cuantía mínima en el supuesto de que el cálculo de la pensión inicial mensual fuese de 500,00 euros, si D. Juan Luis continuara soltero y careciera de cualquier otro ingreso o renta de cualquier naturaleza aparte de la pensión en ese periodo, aplicando la normativa actual.

Solución

Pregunta 1. Señale su posible encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social, justificándolo legalmente.

En relación con el encuadramiento de D.^a Eugenia, el artículo 305.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015 (TRLGSS), establece que quedarán encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) aquellos trabajadores que realicen una actividad económica de forma personal, habitual y directa por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona.

Asimismo, en el caso de las sociedades capitalistas, el artículo 305.2 b) del TRLGSS dispone que quedarán expresamente encuadrados en el RETA aquellos trabajadores que ejerciendo funciones de dirección y gerencia que impliquen el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, posean además el control efectivo de la sociedad.

A tal efecto, se presumirá, salvo prueba en contrario, que posee el control de la sociedad cuando, al menos el 50 % del capital social se halle distribuido entre socios con los que se conviva y exista una relación bien conyugal, bien de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado. Así pues, en el caso de D.^a Eugenia, la suma de sus participaciones y las de su cónyuge, con quien convive, alcanza dicho porcentaje del capital social.

En lo que respecta a las funciones que desempeña D.^a Eugenia, a pesar de que forma parte del consejo de administración, del enunciado se desprende que las funciones de dirección y gerencia las realiza exclusivamente el consejero delegado, D. Víctor Goti, por lo que D.^a Eugenia no ejerce funciones ejecutivas, y su condición de consejera, por sí sola, no determina la inclusión obligatoria en el RETA.

En consecuencia, D.^a Eugenia solo debería quedar encuadrada en el RETA como autónoma societaria si, además del control societario indirecto a través de su unidad familiar, realizara una actividad laboral de forma personal, habitual y directa para la sociedad.

Pregunta 2. Calcule cuál es la base de cotización por la cual debe cotizar la empresa Liduvina, SL, por el trabajador D. Avito por los trabajos realizados durante el mes de abril, teniendo en cuenta que la empresa había optado por una cotización por bases diarias en función de las jornadas realmente trabajadas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 147.1 del TRLGSS, y en el artículo 14 de la Orden PJC/178/2025, de 25 de febrero, la base de cotización para todas las contingencias estará constituida por la totalidad de retribuciones que perciba el trabajador.

En este caso, partimos de que la empresa ha optado por una cotización formada por bases diarias, calculada en función de las jornadas realmente trabajadas. Por ello, para determinar la base de cotización deben multiplicarse los días efectivos de trabajo por cada uno de los conceptos retributivos. El resultado total deberá situarse dentro de los límites mínimos y máximos de cotización establecidos para el grupo de cotización 9.

Así, la base de cotización se obtiene del siguiente modo:

Concepto retributivo	Cálculo	Importe (€)
Salario base	6 días × 60,05 €	360,30
Plus de productividad	6 días × 10,00 €	60,00
Parte proporcional pagas extras	6 días × 5,00 €	30,00
Total base de cotización		450,30

Verificamos a continuación que dicha cuantía se encuentra comprendida entre la base mínima del grupo (60,05 € × 6 días = 360,30 €) y la base máxima (213,46 € × 6 días = 1.280,76 €). Efectivamente, el importe calculado, 450,30 euros, se sitúa dentro de esos márgenes.

En consecuencia, la empresa cotizará por una base de cotización de 450,30 euros para todas las contingencias, incluido el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI). Para ello deberá comunicar las jornadas reales dentro de los seis primeros días del mes siguiente al de su devengo –esto es, del mes de mayo– y siempre con carácter previo a la solicitud del borrador de la liquidación de cuotas correspondiente al mes de abril.

Pregunta 3. Determine y justifique cuál será la base de cotización utilizada para el cálculo de la reclamación de deuda, teniendo en cuenta que el trabajador D. Antolín estaba incluido en el grupo de cotización 7 y suponiendo que la base mínima de dicho grupo para el año 2025 hubiera sido de 1.250,00 euros y la base máxima de 4.500,00 euros y cuál será el plazo para su pago.

Según lo establecido en el artículo 35 del TRLGSS, cuando el sujeto responsable del ingreso de las cuotas no cumpla con lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 29 del TRLGSS en materia de obligaciones respecto a la comunicación de datos para el cálculo

y liquidación de cuotas, además de aplicarse los recargos e intereses que correspondan y que se indican en los artículos 30 y 31 del TRLGSS, respectivamente, las bases de cotización de los trabajadores que no se han comunicado –en este caso, únicamente D. Antolín– se determinarán aplicando el promedio de las bases de cotización correspondientes al grupo de cotización del trabajador afectado.

En consecuencia, para el grupo de cotización 7, la base aplicable resultará del promedio entre la base mínima y la base máxima del citado grupo: $(1.250 + 4.500)/2 = 2.875,00$ euros.

Por tanto, la base de cotización de D. Antolín utilizada para el cálculo de la reclamación de deuda será de 2.875,00 euros.

En cuanto al plazo para efectuar el ingreso de dicha reclamación de deuda, conforme a lo establecido en el artículo 33 del TRLGSS, debido a que la notificación se realizó con fecha de 25 de abril, el ingreso deberá realizarse desde la fecha de notificación hasta el día 20 de mayo, o el día hábil inmediato posterior en caso de que dicho día fuese inhábil.

Pregunta 4. Determine y justifique el tipo de licitación de la finca rústica embargada.

En lo que respecta al procedimiento de enajenación de los bienes embargados, se estará a lo que se establece en los artículos 110 y siguientes del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (RGRSS). En concreto, las normas relativas a la fijación del tipo para la enajenación se encuentran en el artículo 111 de la mencionada norma.

Como regla general, los bienes embargados deben ser valorados a precio de mercado. No obstante, para la determinación del tipo de licitación es necesario comprobar la existencia de cargas o gravámenes anteriores a la notificación de la providencia de embargo, así como considerar su importe.

En el supuesto analizado, existe un embargo previo acordado por el Ayuntamiento por importe de 6.500 euros ($E = 6.500$), mientras que el valor del bien fijado es de 4.500 euros ($V = 4.500$). Es decir, la carga preferente supera el valor del bien.

El artículo 111.3 del RGRSS dispone que:

Cuando las cargas o gravámenes preferentes absorban o excedan del valor fijado al bien, se atenderá al importe de la deuda apremiada. Si el importe adeudado no supera el valor fijado al bien, servirá como tipo para la enajenación el importe de la deuda; en caso contrario, servirá de tipo de enajenación el valor del bien. En ambos casos quedarán subsistentes las cargas y gravámenes preferentes, sin aplicar a su extinción el precio del remate.

En aplicación de esta previsión, y dado que la carga excede el valor del bien, procede analizar la cuantía de la deuda apremiada que asciende a 15.000 euros ($D = 15.000$). Como dicha deuda también supera el valor del bien embargado (4.500 €), resulta aplicable la segunda parte del precepto.

Por todo ello, y conforme a lo previsto en el artículo 111 del RGRSS, el tipo de licitación de la finca embargada será el valor del bien, esto es, 4.500 euros.

Pregunta 5. Indique la fecha de inicio y fecha de fin de la prestación por nacimiento y cuidado del menor de D.^a Adriana, teniendo en cuenta que va a disfrutar la prestación de manera continuada. Explique la forma de calcular la base reguladora de la prestación por nacimiento y cuidado del menor, aclarando los meses que se deben tomar en consideración y proceda al cálculo.

A D.^a Adriana le corresponde el derecho a disfrutar del permiso por nacimiento regulado en el artículo 48.4 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (TRET), con una duración inicial de 16 semanas, así como el derecho a percibir la prestación económica por nacimiento y cuidado del menor, prevista en los artículos 177 y siguientes del TRLGSS, al acreditar los requisitos establecidos en el artículo 178 TRLGSS.

De acuerdo con dicho precepto, y dado que D.^a Adriana tiene 28 años, los requisitos exigidos son los siguientes:

1. Estar afiliada y en alta o en situación asimilada al alta en algún régimen de la Seguridad Social.
2. Acreditar un periodo mínimo de cotización de 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al nacimiento, o, alternativamente, 180 días cotizados a lo largo de toda la vida laboral.

Consta que D.^a Adriana mantiene una relación laboral desde el 30 de enero de 2020, con cotización continuada y una base de 1.500 euros mensuales desde febrero de 2023, por lo que acredita sobradamente el periodo mínimo exigido, cumpliendo así todos los requisitos legales para causar derecho a la prestación.

En lo que respecta a la duración de la prestación por nacimiento y cuidado del menor, se iniciará el mismo día del nacimiento, momento del hecho causante, esto es, el 15 de febrero de 2025, y tendrá en principio una duración inicial de 16 semanas.

No obstante, al haber permanecido el recién nacido hospitalizado tras el parto, la duración del permiso deberá ampliarse en tantos días como dure dicha hospitalización, con el

límite máximo de 13 semanas adicionales. La hospitalización se extiende desde el 15 de febrero de 2025 hasta el 20 de mayo de 2025, excediendo ligeramente el límite ampliable, por lo que la ampliación máxima aplicable será de 13 semanas. En consecuencia, la duración total del permiso será de: 16 semanas iniciales + 13 semanas de ampliación = 29 semanas.

Por todo ello, la fecha de inicio será el 15 de febrero de 2025 y la fecha de fin será el 6 de septiembre de 2025.

En cuanto a la determinación de la base reguladora de la prestación, al estar contratada bajo la modalidad de contrato a tiempo parcial, se calculará atendiendo a lo establecido en el artículo 248 del TRLGSS:

La base reguladora diaria de la prestación por nacimiento y cuidado de menor será el resultado de dividir entre trescientos sesenta y cinco la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa en los doce meses naturales inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

Dado que el hecho causante se produjo el 15 de febrero de 2025, las bases de cotización que se deben considerar serán las correspondientes a los doce meses naturales inmediatamente anteriores al mes previo, esto es, desde el 1 de enero de 2024 hasta el 31 de diciembre de 2024.

Durante dicho periodo, D.^a Adriana ha cotizado 1.500,00 euros mensuales, por lo que la base reguladora diaria se determina de la siguiente forma:

$$BR = 1.500,00 \times 12 \text{ meses} / 365 \text{ días} = 49,32 \text{ euros por día}$$

Así, la cuantía de la prestación por nacimiento y cuidado del menor es del 100 % de la BR diaria, descontando las cotizaciones correspondientes.

Pregunta 6. Cuando el menor alcance los 9 meses de edad, ¿a qué prestación para el cuidado del lactante podría acceder D. Ricardo y cuál sería su duración máxima? Señale la fecha exacta de finalización de la prestación. Indique en qué forma se verá afectada la jornada de trabajo de D. Ricardo y D.^a Adriana para que D. Ricardo pueda acceder a esta prestación y en qué sentido se verá afectado el salario de D.^a Adriana.

En relación con la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, regulada en los artículos 183 a 185 del TRLGSS, debe señalarse que dicha prestación tiene por objeto compensar la pérdida de ingresos derivada de la reducción de jornada de media hora diaria prevista en el artículo 37.4 del TRET.

Esta reducción puede ejercerse para el cuidado del lactante desde que cumpla 9 meses hasta los 12 meses de edad. En el presente supuesto, el hijo de D. Ricardo y D.^a Adriana cumple 9 meses el 15 de noviembre de 2025, por lo que el periodo de disfrute de la reducción amparable por la prestación se extenderá desde el 15 de noviembre de 2025 hasta el 14 de febrero de 2026.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 183.2 del TRLGSS, cuando ambos progenitores trabajen, podrán ejercer el derecho previsto en el artículo 37.4 del TRET siempre que ambos reduzcan su jornada en la misma medida y bajo las mismas condiciones, es decir, con idéntica duración y régimen de reducción. No obstante, la norma establece expresamente que únicamente uno de los progenitores podrá ser beneficiario de la prestación económica.

En consecuencia, si el solicitante de la prestación fuese D. Ricardo, será él quien perciba la correspondiente prestación económica durante el periodo legalmente previsto. Por su parte, D.^a Adriana, aun reduciendo igualmente su jornada en la misma proporción, no percibirá compensación económica, soportando la disminución proporcional de retribuciones derivada de la reducción de jornada.

Pregunta 7. Indique razonadamente si D. Juan Luis reúne los requisitos para optar a sustituir la pensión de incapacidad permanente total reconocida por una indemnización a tanto alzado y, suponiendo que los cumpliera, en qué plazo debería formular la solicitud y a qué número de mensualidades de la pensión equivaldría la cuantía a percibir.

A D. Juan Luis se le ha reconocido una pensión de incapacidad permanente total (IPT) para su profesión habitual, conforme a lo dispuesto en los artículos 193 y siguientes del TRLGSS, con fecha de efectos de 31 de enero de 2025, momento en el cual el interesado tenía 58 años de edad.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 196 del TRLGSS, el beneficiario de una IPT podrá solicitar que la pensión reconocida sea sustituida por una indemnización a tanto alzado, siempre que concurren los requisitos legalmente establecidos. En el caso de D. Juan Luis, se cumplen todos ellos:

- Ser menor de 60 años en la fecha del reconocimiento de la incapacidad, requisito que cumple al tener 58 años el 31 de enero de 2025.
- Solicitar la sustitución dentro del plazo de 3 años desde la fecha de reconocimiento de la pensión.
- Que la incapacidad reconocida tenga carácter de previsiblemente definitiva, condición que concurre en el supuesto.

- Acreditar la realización de una actividad o, alternativamente, que la cuantía percibida se destinará a crear un puesto de trabajo, supuesto contemplado en la norma y que se cumple al pretender el interesado constituirse como trabajador autónomo.

En consecuencia, dado que la pensión ha sido reconocida el 31 de enero de 2025, D. Juan Luis podrá presentar la solicitud hasta el día anterior al cumplimiento de los 60 años, esto es, hasta el 29 de marzo de 2026.

La cuantía de la indemnización dependerá de la edad del beneficiario en el momento en que presente la solicitud, pudiendo corresponderle:

- 24 mensualidades de la pensión reconocida si realiza la solicitud con 58 años.
- 12 mensualidades de la pensión reconocida si la presenta con 59 años.

Pregunta 8. Determine y razone jurídicamente si pudiera corresponderle en los ejercicios 2025 y 2026 alguna cuantía mínima en el supuesto de que el cálculo de la pensión inicial mensual fuese de 500,00 euros, si D. Juan Luis continuara soltero y careciera de cualquier otro ingreso o renta de cualquier naturaleza aparte de la pensión en ese periodo, aplicando la normativa actual.

El artículo 59 del TRLGSS reconoce la posibilidad de reconocer complemento por mínimos si no se perciben rendimientos computables que no excedan de la cuantía que anualmente se establezca.

En el caso que nos ocupa, a D. Juan Luis, se le ha reconocido la pensión de IPT con fecha 31 de enero de 2025, teniendo en ese momento 58 años de edad. En el caso de que el interesado no solicitase la sustitución de la pensión por una indemnización a tanto alzado, y asimismo no desarrollase actividad laboral por cuenta ajena ni propia, procedería valorar si pudiera acceder al complemento por mínimos.

Al entrar en esta valoración, debemos tener en cuenta dos cuestiones. En primer lugar, durante los ejercicios 2025 y 2026 el interesado tiene 58 y 59 años respectivamente. Y, en segundo lugar, la incapacidad reconocida deriva de un accidente no laboral. A este respecto, es preciso señalar que, en materia de pensiones mínimas, únicamente pueden ser complementadas las pensiones de IPT de menores de 60 años cuando su causa sea una enfermedad común. Por tanto, al derivar la incapacidad de un accidente no laboral y ser el pensionista menor de 60 años, durante los ejercicios 2025 y 2026, no procede el reconocimiento del complemento por mínimos.

Ahora bien, a partir de que el interesado cumpla los 60 años, deberá valorarse nuevamente su situación económica. Si no percibiera ingresos o rentas –ya sean procedentes del capital mobiliario o inmobiliario, actividades económicas, arrendamientos u otros conceptos– o, en su caso, si estos no superasen los límites de ingresos establecidos anualmente en la ley de presupuestos generales del Estado o en la norma correspondiente, sí podría reconocérsele un complemento por mínimos.

En tal caso, la cuantía del complemento tendría como límite la pensión mínima correspondiente a pensionistas de IPT para mayores de 60 años. En el supuesto de que D. Juan Luis continuase soltero, el importe máximo del complemento vendría limitado, además, por la cuantía anual de la pensión no contributiva dividida entre catorce pagas, que opera como tope máximo del complemento por mínimos en ausencia de cónyuge a cargo.

Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social

Laura Sánchez García (autora de contacto)

Alvar Fernández García

Funcionarios en prácticas del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social (España)

Extracto

En el presente caso práctico se reproduce el enunciado y se procede a la resolución del supuesto que se planteó como tercer ejercicio en la convocatoria de la oposición para el ingreso en el Cuerpo Superior Técnico de la Administración de la Seguridad Social, efectuada por Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de 29 de noviembre de 2024 (BOE de 5 de diciembre). En el mismo se lleva a cabo un análisis de las cuestiones derivadas del planteamiento, incorporando la fundamentación jurídica de las respuestas a tales cuestiones, siguiendo la legislación vigente en la fecha de la realización del examen, que tuvo lugar el 10 de septiembre de 2025.

Palabras clave: Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social; caso práctico; jubilación; acta de infracción; acta de liquidación; aplazamiento de cuotas; Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

Recibido: 25-02-2026 / Aceptado: 11-03-2026 / Publicado: 07-05-2026

Cómo citar: Sánchez García, L. y Fernández García, A. (2026). Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 196-213. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25055>

Higher Corps of Technicians of Social Security Administration

Laura Sánchez García (contributing author)

Alvar Fernández García

*Trainee civil servants in the Senior Technical Corps
of the Social Security Administration (Spain)*

Abstract

This article reproduces the wording of the examination problem and provides a structured legal analysis of the case that was set as the third exercise in the competitive examination for entry into the Senior Technical Corps of the Social Security Administration, convened by Resolution of the Undersecretariat of the Ministry of Inclusion, Social Security and Migration of 29 November 2024 (Official State Gazette of 5 December 2024). The study examines the legal issues arising from the case and develops the legal reasoning supporting the proposed solutions, in accordance with the legislation in force at the time the examination was held, on 10 September 2025.

Keywords: Higher Corps of Technicians of the Social Security Administration; case exercise; retirement; infringement report; settlement report; deferral of contributions; special scheme for self-employed workers.

Received: 25-02-2026 / Accepted: 11-03-2026 / Published: 07-05-2026

Citation: Sánchez García, L. y Fernández García, A. (2026). Higher Corps of Technicians of Social Security Administration. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 196-213. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25055>

Enunciado

Pilar L. L., trabajadora de la empresa Mantenimientos Operativos, SA, con contrato indefinido y jornada a tiempo parcial (30 horas a la semana) muestra deseos de jubilarse lo antes posible.

Pilar nació el 9 de julio de 1962 (en la actualidad tiene 63 años) y en su vida laboral a fecha de 9 de julio de 2025 acredita 11.164 días (30,58 años) de cotización en dicha empresa.

A la empresa se le ha autorizado en septiembre de 2025 un expediente de regulación de empleo por causas económicas, que afecta al departamento de ventas y facturación, al que pertenece Pilar. El despido colectivo de parte de los trabajadores se iniciaría en el mes de diciembre, concretamente el día 10, con la consiguiente extinción de los contratos de trabajo.

En visita girada a esa misma empresa el 2 de febrero de 2024, el inspector de Trabajo y Seguridad Social actuante constata los siguientes hechos:

1. Que Fulgencio F. F. trabaja en la empresa Mantenimientos Operativos, SA, desde el 1 de junio del 2020, con un contrato a tiempo parcial de 5 horas a la semana. Fue incluido en el grupo 5 de cotización, siendo la base de cotización mensual entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2023, de 280 euros.
2. Que la empresa comunica a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) que el trabajador Fulgencio F. F. pasa a desempeñar su jornada a tiempo completo desde el 1 de abril de 2023, con una base de cotización mensual de 2.031 euros.
3. Que Fulgencio F. F., a partir del 14 de junio del 2023 y hasta el 3 de octubre del 2023, fue perceptor de la prestación de nacimiento y cuidado del menor ya que tuvo un hijo.
4. Que una vez finalizado el descanso por nacimiento y cuidado del menor (el 3 de octubre de 2023), la empresa comunica a la TGSS la reducción de jornada de Fulgencio F. F. a partir del 4 de octubre, volviendo a la jornada a tiempo parcial de 5 horas a la semana, con base de cotización de 280 euros mensuales.

Tras recabar diversos testimonios y pruebas documentales, el inspector llega al convencimiento de que el incremento de salario y jornada laboral, desde el 1 de abril del 2023, se realizó en connivencia de empresa y trabajador, sin que quede justificado documentalmente que la causa del incremento de haberes y de jornada respondiera a una necesidad em-

presarial que implicase cubrir unas funciones con un aumento de la jornada. El incremento de la jornada con el consiguiente incremento de salario y base de cotización se produce precisamente en los meses anteriores al hecho causante de la prestación de nacimiento y cuidado del menor.

El inspector actuante, a la vista de los hechos descritos, levanta un acta de infracción a la empresa Mantenimientos Operativos, SA, ya que el incremento de jornada, salario y base de cotización se realizó con la finalidad de que el trabajador Fulgencio percibiera la prestación de nacimiento y cuidado del menor en cuantía superior a la que le correspondía. La infracción está tipificada y calificada como muy grave y le impone una sanción a la empresa de 7.501 euros.

Por otro lado, el mismo inspector comprueba que el día de la visita hay dos personas trabajando y sin dar de alta, por lo que procede únicamente a comunicar tal circunstancia a la TGSS, a los efectos oportunos. Al recibir la comunicación, la dirección provincial practica las altas retrotrayendo sus efectos al día de inicio de la prestación de servicios por parte de los trabajadores.

La empresa Mantenimientos Operativos, SA, presenta varios meses en descubierto total (sin ingreso, por tanto, de la cuota obrera), ascendiendo la deuda a un total de 250.000 euros. Una vez recibidas las providencias de apremio oportunas, la empresa decide regularizar la deuda, aunque no puede pagarla de una vez. Tras solicitar aplazamiento, este le es concedido, sin constitución de garantías, por la jefa de la Unidad de Recaudación Ejecutiva, por la totalidad de la deuda, con un plazo de amortización de 72 meses.

Finalmente, el administrador único de la empresa, Francisco A. A., quien está de alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos desde el año 2010, tenía en diciembre de 2022 una base de cotización de 1.600 euros. A partir de enero de 2023 siguió cotizando por dicha base. Iniciado en septiembre de 2024 el proceso de regularización de cuotas ingresadas en 2023, los rendimientos netos mensuales en 2023, calculados a partir de la información facilitada por la Agencia Tributaria, eran de 1.400 euros.

Preguntas

Conteste de forma concisa y directa las siguientes preguntas, razonando jurídicamente las respuestas.

1. A la vista de los datos expuestos en el caso:

- a) Determine cuál sería la edad ordinaria de jubilación de D.^a Pilar, si continuara trabajando en la empresa. Indique la edad y la fecha del hecho causante.

- b) ¿Podría acceder a una jubilación parcial antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación si la empresa contratara a un relevista? Razone jurídicamente la respuesta.
2. Como la empresa ha incluido a Pilar en el despido colectivo por causas económicas, con extinción de los contratos el 10 de diciembre de 2025, ¿podría Pilar acceder a una jubilación anticipada involuntaria? En caso afirmativo, determine la fecha del hecho causante de la prestación y el resto de los requisitos.
 3. Con respecto a la prestación percibida por Fulgencio F. F., ¿considera que el inspector de trabajo debería de realizar alguna otra actuación? Especifique cuál o cuáles, y el procedimiento a seguir por parte de la Inspección de Trabajo.
 4. Competencia y procedimiento a seguir por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en relación con el acta de infracción levantada a la empresa Mantenimientos Operativos, SA, y a la prestación percibida por Fulgencio F. F. Recursos que pueden ejercitar los infractores. Procedimiento de recaudación aplicable.
 5. ¿Debería el inspector de Trabajo haber realizado alguna otra actuación al constatar que había dos trabajadores sin dar de alta? ¿Cuáles?
 6. ¿Es correcta la actuación de la dirección provincial, tras recibir la comunicación del inspector de Trabajo, respecto a los trabajadores sin dar de alta?
 7. ¿Es correcta, a su juicio, la concesión del aplazamiento?
 8. ¿Qué actuaciones podría realizar Francisco ante la TGSS, en relación con el proceso de regularización de sus cuotas?

Solución

1. A la vista de los datos expuestos en el caso:

- a) Determine cuál sería la edad ordinaria de jubilación de D.^a Pilar, si continuara trabajando en la empresa. Indique la edad y la fecha del hecho causante.

• Edad ordinaria de jubilación

De acuerdo con el artículo 205 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 8/2025 (LGSS), junto con la disposición transitoria

séptima del mismo cuerpo normativo, en 2025 podrán acceder a la pensión de jubilación de forma ordinaria quienes tengan cumplidos 65 años de edad y acrediten 38 años y 3 meses de cotización o 66 años y 8 meses quienes acrediten un periodo de cotización inferior. Es por ello por lo que D.^a Pilar no puede acceder a la jubilación por vía ordinaria en el año 2025, dada la edad que acredita en dicho ejercicio.

Siguiendo con lo previsto en la mencionada disposición transitoria séptima, a partir de 2027 la edad ordinaria de jubilación quedará fijada en 65 años para quien acredite 38 años y 6 meses o más de cotización, o 67 años de edad para quien acredite menos.

Teniendo en cuenta que Pilar acredita 30 años y 7 meses cotizados, incluso si continúa trabajando en la empresa, no alcanzaría los 38 años y 6 meses de cotización necesarios para que su edad ordinaria sea la de 65 años.

Por todo ello, la edad ordinaria de jubilación de D.^a Pilar será la de 67 años, al no acreditar el periodo de cotización exigido para jubilarse a los 65 años, conforme al régimen definitivo aplicable desde 2027.

• Hecho causante

En cuanto al hecho causante, habrá que estar a lo dispuesto en el Real Decreto (RD) 453/2022, de 14 de junio, por el que se regula la determinación del hecho causante y los efectos económicos de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y de la prestación económica de ingreso mínimo vital, y se modifican diversos reglamentos del sistema de la Seguridad Social que regulan distintos ámbitos de la gestión. El artículo 3 de la citada norma indica que la pensión contributiva de jubilación se entiende causada en la fecha indicada por la persona interesada al formalizar la solicitud, siempre que en la misma reúna los requisitos necesarios. Además, la fecha debe estar comprendida dentro de los 3 meses anteriores o posteriores al día de presentación de la solicitud, o coincidir con este.

El 9 de julio de 2029 D.^a Pilar cumplirá los 67 años, momento en que cumple los requisitos necesarios para jubilarse ordinariamente. La fecha del hecho causante será la que indique en su solicitud, siempre que sea igual o posterior al 9 de julio de 2029.

b) ¿Podría acceder a una jubilación parcial antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación si la empresa contratara a un relevista? Razone jurídicamente la respuesta.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 215.2 de la LGSS, el acceso a la jubilación parcial antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación queda expresamente reservado a los trabajadores a tiempo completo, siempre que se celebre simultáneamente un contrato de

relevo, en los términos del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores (ET), y cumpla con el resto de requisitos enumerados en el citado artículo.

De modo que los trabajadores a tiempo parcial quedan excluidos de esta modalidad por voluntad expresa del legislador. Así, la jubilación parcial de los trabajadores a tiempo parcial solo sería posible una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación y nunca de forma anticipada. A estos efectos, cabe indicar que tampoco será equiparable a un trabajador a tiempo completo quien haya suscrito convenio especial a tiempo parcial o perciba desempleo parcial.

Por último, la condición de trabajador a tiempo completo ha de quedar acreditada en el momento de producirse el hecho causante y no durante los 6 años de antigüedad en la empresa que exige la normativa.

En todo caso, el contrato de D.^a Pilar en el momento del hecho causante es a tiempo parcial, por lo que no podrá acceder a la jubilación parcial hasta que cumpla la edad ordinaria de jubilación.

2. Como la empresa ha incluido a Pilar en el despido colectivo por causas económicas, con extinción de los contratos el 10 de diciembre de 2025, ¿podría Pilar acceder a una jubilación anticipada involuntaria? En caso afirmativo, determine la fecha del hecho causante de la prestación y el resto de los requisitos.

• Acceso a la prestación

En primer lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 205 y en la disposición transitoria séptima de la LGSS, en el año 2025 podrán acceder a la pensión de jubilación en su modalidad ordinaria quienes hayan cumplido 65 años de edad y acrediten un periodo mínimo de cotización de 38 años y 3 meses. En caso de no alcanzar dicho umbral de cotización, la edad ordinaria de jubilación se sitúa en 66 años y 8 meses.

En el momento del despido, producido el 10 de diciembre de 2025, D.^a Pilar cuenta con 63 años y 5 meses de edad y acredita 31 años de cotización efectiva. En consecuencia, no reúne los requisitos exigidos para acceder a la jubilación ordinaria.

Procede, por tanto, analizar la eventual posibilidad de acceso a la jubilación anticipada. A este respecto, el artículo 207 de la LGSS regula la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, estableciendo, entre otros requisitos, la necesidad de acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 33 años. Dado que doña Pilar solo acredita 31 años de cotización en el momento del despido, tampoco puede acceder a la jubilación anticipada por la vía prevista en dicho precepto.

Por todo ello, el 10 de diciembre de 2025 D.^a Pilar solicitará la prestación contributiva por desempleo. Conforme al artículo 266 de la LGSS, para causar derecho a dicha prestación es necesario cumplir los siguientes requisitos:

- a) Estar afiliado y en situación de alta en el sistema de la Seguridad Social.
- b) Tener cubierto un periodo mínimo de cotización de 360 días dentro de los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo.
- c) Encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada mediante la suscripción del correspondiente acuerdo de actividad. De acuerdo con el artículo 267.1 de la LGSS, el despido colectivo constituye una de las causas que dan lugar a la situación legal de desempleo.
- d) No haber alcanzado la edad ordinaria de jubilación.
- e) Estar inscrito como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo Estatal.

Del análisis de los requisitos expuestos se desprende que D.^a Pilar cumple todos ellos, por lo que podrá acceder a la prestación contributiva por desempleo. Teniendo en cuenta que su periodo de ocupación cotizada en los 6 años anteriores supera los 2.160 días, tendrá derecho a la duración máxima de la prestación, esto es, 720 días (2 años), conforme a lo previsto en el artículo 269 de la LGSS.

Una vez agotada la prestación por desempleo, el 10 de diciembre de 2027, doña Pilar contará con 65 años y 5 meses de edad y acreditará 33 años de cotización efectiva. En ese momento, tampoco podrá acceder a la jubilación ordinaria, puesto que, conforme a la disposición transitoria séptima de la LGSS, la edad ordinaria de jubilación en 2027 se fija en 65 años para quienes acrediten al menos 38 años y 6 meses de cotización, o en 67 años para quienes no alcancen dicho periodo. Dado que D.^a Pilar no habrá cumplido aún los 67 años, no podrá jubilarse por la vía ordinaria.

No obstante, sí podrá acceder a la jubilación anticipada involuntaria, al cumplir los requisitos establecidos en el artículo 207 de la LGSS, a saber:

- a) Tener cumplida una edad inferior en un máximo de 4 años a la edad ordinaria de jubilación que resulte aplicable conforme al artículo 205.1 a) de la LGSS. Dado que su edad ordinaria de jubilación es de 67 años, el acceso a la jubilación anticipada con 65 años y 5 meses supone un anticipo de 1 año y 7 meses, por lo que cumple este requisito.
- b) Encontrarse inscrita como demandante de empleo durante un periodo de, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubila-

ción. Al haber permanecido en situación de desempleo y percibiendo la correspondiente prestación durante los 2 años anteriores, este requisito se entiende cumplido.

- c) Acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 33 años, requisito que también se cumple.
- d) Que el cese en el trabajo se haya producido por alguna de las causas legalmente previstas, entre las que se encuentra el despido colectivo en los términos del artículo 51 del ET, circunstancia concurrente en el supuesto analizado.

En consecuencia, D.^a Pilar podrá acceder a la pensión de jubilación anticipada el 10 de diciembre de 2027. En este supuesto, al anticipar el acceso a la pensión 19 meses (1 año y 7 meses) y considerando el periodo de cotización acreditado, el importe de la pensión se reduciría en un 9,78 %.

• Hecho causante

En relación con el hecho causante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1 del RD 453/2022, la pensión de jubilación en su modalidad contributiva se entenderá causada en la fecha que, a tal efecto, indique la persona interesada al formular la correspondiente solicitud, siempre que en dicha fecha se reúnan la totalidad de los requisitos legalmente exigidos para el acceso a la prestación.

La fecha del hecho causante deberá estar comprendida dentro de los 3 meses anteriores o posteriores al día de presentación de la solicitud, o bien coincidir con este.

En consecuencia, el hecho causante de la pensión de jubilación de D.^a Pilar será la fecha que esta señale en su solicitud, siempre que dicha fecha sea posterior al 10 de diciembre de 2027, momento en el que concurren todos los requisitos necesarios para el acceso a la jubilación anticipada.

3. Con respecto a la prestación percibida por Fulgencio F. F., ¿considera que el inspector de Trabajo debería de realizar alguna otra actuación? Especifique cuál o cuáles, y el procedimiento a seguir por parte de la Inspección de Trabajo.

En lo referente a la prestación de Fulgencio, el inspector de trabajo deberá levantar acta de infracción, al corresponder una sanción por infracción muy grave, como se observa en este supuesto, al tratarse del tipo previsto en el artículo 26 del texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto legislativo 4/2000, de 5 de agosto (LISOS). Ello se debe al incremento injustificado de la base de

cotización y al posterior regreso a la jornada a tiempo parcial, con una base de cotización inferior, una vez finalizado el descanso por nacimiento y cuidado del menor. Se trata, por tanto, de un supuesto en el que se aprecia una actuación fraudulenta dirigida a la obtención de prestaciones indebidas o superiores a las que legalmente corresponden.

Cabe mencionar que las actuaciones previas al procedimiento sancionador se regulan en el capítulo II del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por RD 928/1998, de 14 de mayo (RGPSL). En este marco se desarrolla la actividad inspectora, cuyas actuaciones no podrán prolongarse más de 9 meses, salvo que la dilación sea imputable al sujeto inspeccionado, ni interrumpirse por un periodo superior a 5 meses.

Conforme al artículo 13 del citado reglamento, el procedimiento sancionador se iniciará siempre de oficio mediante acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). El contenido y los requisitos del acta se recogen en el artículo 14 del mismo texto normativo.

La ITSS levantará acta de infracción con propuesta de extinción de las prestaciones y la remitirá a la entidad gestora, en este caso el INSS, para que proceda a la suspensión cautelar, con notificación al interesado. Dicha suspensión se mantendrá hasta la resolución y elevación a definitiva del acta.

Las actas de infracción tienen la naturaleza de documentos públicos y los hechos constatados por los funcionarios de la ITSS gozan de presunción de certeza.

En estos procedimientos sancionadores derivados de acta de infracción, cuando se trate de un beneficiario de prestaciones, el órgano gestor será informado de la iniciación del procedimiento sancionador, con la finalidad de que pueda adoptar, como medida provisional, la suspensión cautelar de la prestación. Aunque en el supuesto que tratamos no es posible la suspensión ya que la percepción de la prestación de nacimiento y cuidado del menor ha finalizado.

El acta deberá notificarse al sujeto responsable en el plazo de diez 10 hábiles, contados desde la finalización de la actuación inspectora, concediéndole un plazo de 15 días hábiles para formular alegaciones, acompañadas de las pruebas que estime pertinentes, ante el órgano instructor.

En caso de que se formulen alegaciones, el órgano instructor podrá recabar un informe ampliatorio del inspector actuante, que deberá emitirse en el plazo de 15 días. Este informe será preceptivo cuando en las alegaciones se invoquen hechos o circunstancias distintas de las recogidas en el acta.

Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo para su presentación, se procederá a la apertura del periodo de prueba.

La competencia para la elevación a definitiva del acta corresponderá a la Jefatura de la Unidad Especializada de la Seguridad Social de la ITSS, que remitirá el expediente al órgano competente de la entidad gestora junto con la propuesta de resolución.

El órgano encargado de resolver, en este caso el INSS, dictará resolución en el plazo de 10 días desde la finalización de la tramitación del expediente, pudiendo confirmar, modificar o dejar sin efectos el acta de inspección.

4. Competencia y procedimiento a seguir por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en relación con el acta de infracción levantada a la empresa Mantenimientos Operativos, SA, y a la prestación percibida por Fulgencio F. F. Recursos que pueden ejercitar los infractores. Procedimiento de recaudación aplicable.

En cuanto al acta de infracción levantada a la empresa Mantenimientos Operativos, SA, el aumento de jornada, salario y base de cotización que afecta a la prestación posteriormente percibida constituye una infracción muy grave de la LISOS, tipificada en su artículo 23.1, letra e), que establece como tal el «incremento indebido de la base de cotización del trabajador de forma que provoque un aumento en las prestaciones que procedan». La resolución de dicha infracción corresponderá, a propuesta de la ITSS, a la dirección provincial del INSS.

En cuanto a la cuantía de la sanción, se impone una multa de 7.501 euros, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1.2.º del RGPSL. La competencia para sancionar las infracciones en el orden social hasta los 31.000 euros corresponde a la autoridad competente a nivel provincial.

El procedimiento sancionador se rige por lo establecido en los artículos 13 y siguientes del RGPSL. De acuerdo con su artículo 20, en el plazo de 10 días desde la finalización de la tramitación del expediente y una vez practicadas las diligencias previas necesarias, se dictará resolución motivada, pudiendo confirmarse, modificarse o dejarse sin efecto la propuesta de sanción.

En el acta de infracción deberá constar la información prevista en el artículo 14 del RGPSL, incluyendo nombre y apellidos o razón social, número de identificación, hechos constatados, infracción cometida, trabajadores afectados, propuesta de sanción, órgano competente para resolver, funcionario actuante y fecha de emisión.

Existe la posibilidad de una reducción del 40 % de la sanción en los casos en que esta tenga carácter exclusivamente pecuniario, siempre que el sujeto responsable realice el pago con carácter previo a la resolución y renuncie a cualquier acción o recurso posterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 14.6 del citado reglamento.

Debe tenerse en cuenta que el plazo máximo para resolver los expedientes sancionados en el orden social es de 6 meses, computados desde la fecha del acta hasta la notificación de la resolución. El transcurso de dicho plazo determina la caducidad del expediente. No se computarán las interrupciones por causas imputables a los interesados, ni el tiempo transcurrido desde la notificación en la que se facilite la documentación necesaria para efectuar el pago, en los supuestos de solicitud de pago previo a la resolución, hasta el último día del plazo concedido para dicho ingreso.

Conforme al artículo 21 del RGPSL, las resoluciones deberán indicar los recursos que procedan contra ellas, el órgano ante el que deben interponerse y los plazos correspondientes.

De acuerdo con el artículo 23 del mismo reglamento, la empresa Mantenimientos Operativos, SA, podrá interponer recurso de alzada, en el plazo de un mes, ante el órgano superior competente por razón de la materia. La resolución de dicho recurso agotará la vía administrativa, siendo el plazo máximo para dictarla de 3 meses, transcurrido el cual podrá entenderse desestimado a efectos de interponer demanda ante la jurisdicción competente.

En este caso, corresponde al orden jurisdiccional social conocer de las impugnaciones en materia de infracciones de la Seguridad Social no coordinadas con actas de liquidación, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS).

Las resoluciones sancionadoras firmes en vía administrativa serán inmediatamente ejecutivas, correspondiendo su ejecución a la entidad gestora competente, en este caso el INSS.

La recaudación de las sanciones se llevará a cabo conforme al artículo 74.2 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el RD 1415/2004, de 11 de junio (RGRSS). En virtud de dicho precepto, el INSS comunicará la sanción a la TGSS, que instará el pago mediante la correspondiente reclamación de deuda, a los solos efectos recaudatorios y sin posibilidad de revisión de la sanción impuesta.

El plazo de ingreso en periodo voluntario será de 30 días desde el día siguiente al de la notificación de la resolución sancionadora. En caso de que la sanción sea recurrida en vía administrativa, la resolución del recurso podrá conceder, en su caso, un nuevo plazo de 15 días para el ingreso.

La TGSS comunicará al órgano competente para sancionar la efectividad del pago en el plazo de 10 días hábiles. En caso de impago dentro del plazo establecido, se iniciará la recaudación en vía ejecutiva conforme a los procedimientos previstos en el RGRSS.

En lo relativo a la prestación por nacimiento y cuidado de menor percibida por Fulgencio, el órgano competente para resolver es el INSS, que dictará resolución en el plazo de 10 días desde la finalización de la tramitación del expediente.

En este supuesto, dado el incremento de la cuantía de la prestación como consecuencia de los hechos fraudulentos anteriormente descritos, concurre una infracción muy grave por parte de Fulgencio, tipificada en el artículo 26.1 de la LISOS, consistente en el incremento injustificado de la base de cotización. Dicha infracción conlleva la extinción del derecho a la prestación por nacimiento y cuidado del menor, así como la obligación de reintegrar íntegramente las cantidades indebidamente percibidas.

El incremento injustificado de las bases de cotización, en connivencia con el empresario durante el periodo de cálculo de la base reguladora de la prestación, se corresponde con esta infracción administrativa muy grave del trabajador, tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 19 de octubre de 2002. Asimismo, la STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de septiembre de 2007 establece que la base reguladora del subsidio debe calcularse sin tener en cuenta dicho incremento injustificado.

Igualmente, en un supuesto posterior, como el resuelto por la STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de octubre de 2015, ante un incremento injustificado de las bases de cotización derivado de la formalización de un contrato a tiempo completo poco antes del parto, se sancionó a la trabajadora con la extinción del derecho a las prestaciones de maternidad y la obligación de reintegrarlas en su totalidad.

En consecuencia, la resolución del INSS acordará la extinción del derecho a la prestación por nacimiento y cuidado del menor y la obligación de reintegrar íntegramente las cantidades percibidas.

El interesado, Fulgencio, podría presentar reclamación administrativa previa ante la entidad gestora, en los términos del artículo 71 de la LRJS, ante la entidad gestora competente, en este caso la dirección provincial del INSS correspondiente. Deberá presentarse en el plazo de 30 días, de acuerdo con el apartado segundo de dicho artículo, y deberá ser contestada por la entidad gestora en el plazo de 45 días, o en caso contrario se entenderá denegada por silencio administrativo de acuerdo con el apartado quinto de este artículo. En caso de denegación, la demanda ante el orden jurisdiccional social deberá presentarse en el plazo de 30 días.

Las resoluciones de los procedimientos sancionadores serán ejecutivas una vez adquieran firmeza, no pudiendo ejecutarse con anterioridad.

Finalizado el procedimiento administrativo sancionador mediante resolución firme con imposición de sanción por infracción muy grave, la entidad gestora reclamará los importes indebidamente percibidos conforme a la normativa aplicable, en este caso el RGRSS. Su artículo 80 regula el procedimiento para el reintegro de prestaciones indebidas, aplicable cuando no sea posible utilizar el procedimiento de reintegro por descuento previsto en el RD 148/1996, de 5 de febrero, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas.

La TGSS será la competente para la recaudación de dichas cantidades, previa resolución firme en vía administrativa. A tal efecto, expedirá la correspondiente reclamación de deuda, fijando el plazo de ingreso, que comenzará con la notificación y finalizará el último día hábil del mes siguiente.

El sujeto obligado podrá solicitar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 80 del RGRSS, el fraccionamiento del pago de la deuda, con un importe mínimo de 100 euros mensuales y un plazo máximo de 5 años. En caso de incumplimiento de los plazos establecidos, se iniciará automáticamente la vía ejecutiva mediante la emisión de la correspondiente providencia de apremio, conforme a lo dispuesto en el mencionado artículo 80.

5. ¿Debería el inspector de Trabajo haber realizado alguna otra actuación al constatar que había dos trabajadores sin dar de alta? ¿Cuáles?

Al constatar que, en la empresa, había dos trabajadores sin dar de alta el inspector debería haber realizado actas simultáneas de infracción y liquidación de cuotas ya que se formulan por los mismos hechos, con base en los artículos 34.4 de la LGSS, 53.3 de la LISOS y 34 del RGPSL.

Todo ello debido a que constituye una infracción grave del artículo 22.2 de la LISOS por falta de alta de cada trabajador afectado. Y, a su vez, corresponde acta de liquidación por falta de alta, supuesto que viene regulado tanto en el artículo 34.1 a) de la LGSS como en el 65.1 a) del RGRSS.

Los requisitos de estas son los exigidos en el RGPSL. El acta de infracción podrá remitiarse en cuanto a relato de hechos y demás circunstancias fácticas al contenido del acta de liquidación y sus anexos, haciéndolo constar expresamente.

Ambas se han de practicar en la misma fecha y notificarse simultáneamente.

El procedimiento conjunto aplicable es el establecido para las actas de liquidación. La resolución que se dictará por la dirección provincial de la TGSS para ambas actas es conjunta. Contra las resoluciones unificadas cabe recurso de alzada. Las resoluciones se comunican al funcionario de la ITSS que haya realizado el acta y a los interesados.

Dentro de estas actas simultáneas encontramos la particularidad de que si el sujeto infractor manifiesta su conformidad con la liquidación practicada e ingresa su importe en el plazo que va hasta el último día del mes siguiente al de su notificación, de conformidad con el artículo 34.4 de la LGSS, o antes del vencimiento del plazo para formular alegaciones, las sanciones de infracción por los mismos hechos se reducen automáticamente al 50 % de su importe si la cuantía de liquidación supera la de sanción propuesta inicialmente. En ese caso, debe ingresar su importe antes del último día del mes siguiente al de la notificación de las actas.

Es competencia de la dirección provincial de la TGSS correspondiente la elevación a definitiva de las actas de liquidación de cuotas conjuntas con actas de infracción a propuesta de la ITSS.

Contra las resoluciones cabe recurso de alzada contra el órgano superior jerárquico del que las dictó. Los importes que figuren en la resolución, sean o no objeto de recurso, deben hacerse efectivos en la TGSS, hasta el último día del mes siguiente, iniciándose si no de forma automática el procedimiento de apremio del artículo 38 de la LGSS, salvo que se garantice con aval bancario o se consigne su importe ante la TGSS en el plazo de 10 días.

Contra las resoluciones de los recursos de alzada en este supuesto al tratarse de acta simultánea de infracción con acta de liquidación, la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa tal y como se recoge en la Ley 29/1998, de 29 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en sus artículos 1, 8, 9 y 14, y en la LRJS, artículo 3 f), que excluye la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social.

6. ¿Es correcta la actuación de la dirección provincial, tras recibir la comunicación del inspector de Trabajo, respecto a los trabajadores sin dar de alta?

La actuación de la dirección provincial de la TGSS respecto a los trabajadores sin dar de alta, practicando las altas y retrotrayendo sus efectos al día de inicio de la prestación de servicios no es correcta.

Aunque es competencia de la dirección provincial correspondiente de la TGSS, de conformidad con el artículo 29 del Reglamento sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el RD 84/1996, de 26 de enero (RIA), atendiendo al artículo 35.1.2º del mismo reglamento, las altas realizadas de oficio por las direcciones provinciales de la TGSS retrotraen los efectos a la fecha en que los hechos que lo motiven hayan sido conocidos, y en el caso de que deriven de una actuación de la ITSS, los efectos del alta se retrotraerán a la fecha en que se haya llevado a cabo la actuación inspectora.

Por lo tanto, el alta debió retrotraer sus efectos al momento de llevarse a cabo la actuación inspectora y no desde el inicio de la prestación de servicio como realiza la dirección provincial de la TGSS.

Todo ello sin perjuicio de que como continúa el artículo 35 del RIA, en su apartado 1.3.º, la obligación de cotizar nacerá en todo caso desde el inicio de la prestación de servicios salvo que por aplicación de la prescripción no fueran exigibles las correspondientes cuotas.

7. ¿Es correcta, a su juicio, la concesión del aplazamiento?

La normativa reguladora del aplazamiento de deudas con la Seguridad Social se contiene, con carácter general, en el artículo 23 de la LGSS y, de manera específica, en los artículos 31 a 36 del RGRSS.

Partiendo de este marco normativo, el artículo 31 del reglamento atribuye a la TGSS la facultad de conceder aplazamientos para el pago de deudas con la Seguridad Social, a solicitud del sujeto responsable, cuando su situación económico-financiera le impida efectuar el ingreso de sus débitos en los plazos reglamentariamente establecidos. No obstante, dicho precepto fija un límite temporal expreso, al disponer que la duración total del aplazamiento no podrá exceder de 5 años. En consecuencia, la concesión de un aplazamiento con un plazo de amortización de 72 meses excede del máximo legalmente permitido.

El propio artículo 31 contempla la posibilidad excepcional de autorizar un plazo superior, pero únicamente cuando concurren causas de carácter extraordinario debidamente acreditadas, exigiendo, además, un procedimiento específico: la elevación de una propuesta favorable al director general de la TGSS, que dictará la resolución correspondiente. De ello se desprende que, en ningún caso, la concesión de un aplazamiento por un periodo superior a 5 años puede ser acordada directamente por la jefa de la Unidad de Recaudación Ejecutiva, lo que determina en todo caso la incorrección jurídica de la resolución.

Por otro lado, el artículo 32 del reglamento excluye expresamente del ámbito del aplazamiento la aportación de los trabajadores por cuenta ajena correspondiente a las cuotas aplazadas, estableciendo la obligación de ingresar dichas cantidades en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución de concesión. En consecuencia, la inclusión de la denominada cuota obrera dentro del aplazamiento concedido vulnera lo previsto en el citado artículo.

En relación con la constitución de garantías, el artículo 33 del reglamento dispone que no será necesaria la constitución de garantías cuando el total de la deuda aplazable sea igual o inferior a 150.000 euros, o cuando, siendo inferior a 250.000 euros, se acuerde el ingreso de al menos un tercio de la deuda dentro de los 10 días siguientes a la notificación

de la concesión y el abono del resto en un plazo máximo de 2 años. En el supuesto examinado, la exención de garantías solo habría sido conforme a derecho de haberse cumplido estrictamente estas condiciones, lo que no consta que haya ocurrido.

Finalmente, en cuanto al órgano competente para conceder el aplazamiento, habrá que estar a lo previsto por la Resolución de 16 de julio de 2004, de la TGSS (en la redacción dada por la Resolución de 6 de abril de 2020), que determina los órganos competentes para la concesión de aplazamientos en función de la cuantía de la deuda.

Cuando el importe de la deuda aplazable se sitúa entre 150.001 y 300.000 euros, la competencia corresponde a los subdirectores provinciales de Procedimientos Especiales o, en su caso, a los subdirectores provinciales de Recaudación Ejecutiva o de Gestión Recaudatoria, según determine el director provincial de la TGSS. En consecuencia, la jefa de la Unidad de Recaudación Ejecutiva carecía de competencia para conceder el aplazamiento analizado, lo que refuerza la conclusión de su disconformidad con el ordenamiento jurídico.

En conclusión, las numerosas irregularidades expuestas afectan a los elementos esenciales del aplazamiento, lo que permite sostener la nulidad de pleno derecho del acto, conforme al artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

8. ¿Qué actuaciones podría realizar Francisco ante la TGSS, en relación con el proceso de regularización de sus cuotas?

La cotización de las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas incluidas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos se rige, tras la reforma operada por los Reales Decretos-Leyes 13/2022, de 26 de julio, y 14/2022, de 1 de agosto, por lo dispuesto en el artículo 308 de la LGSS. Dicho precepto configura un sistema de cotización vinculado a los rendimientos económicos efectivamente obtenidos, articulando un mecanismo de regularización posterior que permite ajustar las bases y cuotas provisionales a la realidad económica del ejercicio.

En este sentido, el apartado c) del artículo 308 de la LGSS establece que la regularización de la cotización, a efectos de determinar las bases de cotización y las cuotas mensuales definitivas correspondientes a cada año natural, se efectuará en función de los rendimientos anuales una vez obtenidos y comunicados telemáticamente por la Administración tributaria competente a la TGSS, a partir del ejercicio siguiente y respecto de cada persona trabajadora autónoma.

A este respecto, la regla cuarta del citado apartado c) indica que, cuando la cotización provisional efectuada haya resultado superior a la cuota correspondiente a la base máxima del tramo en el que queden encuadrados los rendimientos computables del trabajador

autónomo, la TGSS deberá proceder a la devolución de oficio de la diferencia entre ambas cotizaciones. Dicha devolución se realizará sin devengo de intereses y, en todo caso, antes del 30 de abril del ejercicio siguiente a aquel en que la Administración tributaria haya comunicado los rendimientos computables a la TGSS.

En consecuencia, en el supuesto analizado, Francisco no está obligado a instar actuación administrativa alguna, puesto que la correspondiente devolución del exceso de cuotas ingresadas se configura como una actuación de oficio por parte de la TGSS, que deberá materializarse dentro del plazo legalmente establecido.

Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social

Silvia Domínguez Durán (autora de contacto)

Lucía López Vilches

Funcionarias en prácticas del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social (España)

Extracto

En este trabajo, será objeto de análisis el caso práctico planteado como tercer ejercicio en las pruebas de acceso para el ingreso en el Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social, respecto a la convocatoria publicada en Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, del 29 de noviembre del 2024 (BOE de 5 de diciembre de 2024). Se resolverá el supuesto de hecho número 1, desarrollando las cuestiones que el caso plantea, de acuerdo con la normativa vigente en la fecha de realización del ejercicio, esto es, el día 10 de septiembre del 2025.

Palabras clave: Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social; caso práctico; incapacidad temporal; accidente *in itinere*; incapacidad permanente.

Recibido: 25-02-2026 / Aceptado: 10-03-2026 / Publicado: 07-05-2026

Cómo citar: Domínguez Durán, S. y López Vilches, L. (2026). Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 214-234. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25057>

Higher Corps of Technicians of Social Security Administration

Silvia Domínguez Durán (contributing author)

Lucía López Vilches

*Trainee civil servants in the Senior Technical Corps
of the Social Security Administration (Spain)*

Abstract

The objective of this paper will be to analyze the case exercise presented as the third part of the entrance examinations for the Higher Corps of Technicians of the Social Security Administration, in regards to the selection process published in the Resolution of the Undersecretariat of the Ministry of Inclusion, Social Security and Migration of November 29th, 2024 (BOE December 5th, 2024). This paper will address the first case study proposed in the exam, answering every question in accordance with current legislation, namely as of September 10th of 2025, date on which the examination was held.

Keywords: Higher Corps of Technicians of the Social Security Administration; case exercise; temporary disability; commuting accident; permanent disability.

Received: 25-02-2026 / Accepted: 10-03-2026 / Published: 07-05-2026

Citation: Domínguez Durán, S. y López Vilches, L. (2026). Higher Corps of Technicians of Social Security Administration. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 214-234. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25057>

Enunciado

Erika G. G., nacida el 1 de mayo de 1968, trabaja en el hipermercado Los Buenos Alimentos, SL, desde el 2 de enero de 2000 desempeñando el puesto de cajera-reponedora. El hipermercado tiene contratada la cobertura de las contingencias comunes y profesionales con una mutua de accidentes de trabajo. Erika, desde el inicio de su actividad laboral en el hipermercado tenía un contrato indefinido y a jornada completa. La retribución que percibe tiene carácter mensual y está incluida en el grupo de cotización 7. En cuanto a la CNAE-2009, aplicable durante el año 2023 a las cotizaciones por AT y EP efectuadas durante ese ejercicio, le corresponde el Código 47. Además, y con el fin de mejorar su economía familiar, ya que es madre de un hijo, estaba dada de alta en el Sistema Especial de Empleados de Hogar con la empleadora Gertrudis Pérez Pérez, desde el 1 de junio del 2013, dedicándose a esta actividad dos tardes en semana (10 horas semanales). En el Sistema Especial de Empleadas de Hogar las contingencias profesionales y comunes están concertadas con el INSS. D.^a Gertrudis solo tiene contratada a Erika.

En enero de 2023 las retribuciones a percibir por la trabajadora en el hipermercado ascendieron a 1.500 euros de sueldo, 150 euros de antigüedad, 55 euros de plus de transporte y 140 euros de productividad por tareas específicas. Además, percibió una asignación de 75 euros por gastos de locomoción en transporte público, perfectamente documentados, desde su localidad de residencia a otra distinta, para prestar servicios en un centro de trabajo radicado en ella por necesidades de la empresa, y una gratificación por resultados en el ejercicio 2022, de 3.000 euros. Según contrato de trabajo, Erika tenía derecho a la percepción anual de dos pagas extraordinarias de sueldo y antigüedad.

En cuanto a la prestación de servicios en el ámbito doméstico, la retribución pactada con el empleador tenía carácter mensual, con derecho a dos pagas extraordinarias anuales, y ascendía en enero de 2023 (y resto de meses sucesivos) a 480 euros.

El 24 de febrero de 2023, a las 8:00 de la mañana, cuando se dirigía a su puesto de trabajo en el hipermercado, fue arrollada por un vehículo en un paso de peatones, recibiendo un gran golpe que le hizo caer al suelo, golpeándose cabeza, brazo, abdomen y pierna izquierda. El servicio municipal de asistencia y rescate acudió a auxiliarla para proceder de inmediato a su ingreso en un hospital. Se expide parte de baja de incapacidad temporal de la trabajadora Erika G. G. con fecha 24 febrero 2023.

Erika permanece de baja por incapacidad temporal y tras varias intervenciones quirúrgicas, el Equipo de Valoración de Incapacidades reunido en sesión el 18 de agosto del 2024, a la vista de los antecedentes del expediente administrativo de Erika así como el informe

médico de síntesis en el que constan las limitaciones orgánicas y funcionales de la trabajadora («limitada para elevados requerimientos físicos, deambulación y bipedestación mantenidos»), emite el correspondiente informe-propuesta al director provincial, proponiendo la calificación de la trabajadora Erika G. G. como incapacitada permanente, en grado de total para la profesión habitual, como cajera-reponedora del hipermercado.

El 19 de agosto del 2024 se emite resolución del director provincial del INSS reconociendo una incapacidad permanente en grado de total para su trabajo habitual como cajera-reponedora de hipermercados (por la misma contingencia de la que procede la incapacidad temporal).

Preguntas

1. ¿Estamos ante un caso de pluriempleo o pluriactividad? Determine la contingencia causante de la incapacidad temporal.
2. Determine las notificaciones a realizar por la empresa Los Buenos Alimentos, SL, en relación con el proceso de incapacidad temporal, así mismo determine la entidad que expide el parte de baja por incapacidad temporal [y que] realiza el seguimiento del proceso. Determine la fecha del hecho causante de la prestación, los efectos económicos y la responsabilidad en el pago de la misma.
3. ¿Se extendería la baja por incapacidad temporal en el Sistema Especial para Empleados de Hogar? De ser positiva la respuesta, ¿se mantendría la misma contingencia? ¿Qué entidad expediría el parte de baja? Determine el régimen jurídico de la prestación pronunciándose sobre la fecha del hecho causante, la fecha de efectos económicos de la prestación, y la entidad responsable del pago de la misma.
4. El 19 de agosto del 2024 se emite resolución del director provincial reconociendo una incapacidad permanente total para su profesión habitual como cajera reponedora. Determine la contingencia determinante de la incapacidad permanente total, la entidad responsable del pago de la misma, así como las actuaciones a realizar por la mutua en relación con el pago de la prestación de incapacidad permanente.
5. ¿Podría Erika solicitar al hipermercado la adaptación de su puesto de trabajo a su nueva situación?
6. Calcule las cuotas de Seguridad Social y de recaudación conjunta devengadas en julio de 2024 (plazo reglamentario de ingreso agosto de 2024) por Los Buenos Alimentos, SL, en relación con Erika, con desglose de las cuotas correspondientes a empresa y trabajador.

7. Calcule las cuotas de Seguridad Social y de recaudación conjunta devengadas en julio de 2024 (plazo reglamentario de ingreso: agosto de 2024) por D.^a Gertrudis en relación con Erika, con desglose de las cuotas correspondientes a empleadora y trabajadora.
8. Si D.^a Gertrudis decidiese contratar a otra persona para sustituir a D.^a Erika, ¿tendría derecho a alguna bonificación o reducción en las cuotas de Seguridad Social?

Solución

1. ¿Estamos ante un caso de pluriempleo o pluriactividad? Determine la contingencia causante de la incapacidad temporal.

En orden a la resolución de la primera cuestión planteada, resulta necesario abordar, en primer término, si nos encontramos ante un supuesto de pluriempleo o de pluriactividad. A continuación, una vez delimitado dicho encuadramiento, procederá el examen de la contingencia determinante de la prestación de incapacidad temporal.

a) Determinación de si se trata de una situación de pluriempleo o pluriactividad

En primer lugar, habremos de definir cada uno de dichos conceptos, a fin de determinar cuál de ellos resulta de aplicación al supuesto de hecho en cuestión. Para ello, debemos partir de la redacción del artículo 7.4 del Reglamento general de inscripción, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (RIA), que define el pluriempleo como el ejercicio de dos o más actividades simultáneas, a cuenta de distinta persona, con encuadramiento en el mismo régimen de la Seguridad Social; el mismo precepto define la situación de pluriactividad como aquella en la que se ejercen dos o más actividades, que dan lugar al encuadramiento en diferentes regímenes del sistema.

Procederemos a continuación a analizar cada actividad, a fin de comprobar si se encuadran en el mismo o diferente régimen de la Seguridad Social:

1.º Prestación de servicios en el hipermercado Los Buenos Alimentos, SL.

La actividad desempeñada en el hipermercado por parte de la trabajadora se encuadra en el Régimen General de la Seguridad Social, al cumplir íntegramente las condiciones dispuestas en el artículo 136.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social,

aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS), esto es, se trata de una actividad realizada por cuenta ajena –de conformidad con el art. 7 LGSS–, que no da lugar al encuadramiento en distinto régimen del sistema.

Dicha prestación de servicios cumple, por tanto, lo dispuesto por el artículo 7.1 a) de la LGSS, que indica la inclusión en el sistema de quienes realicen una actividad por cuenta ajena, en los términos del artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET), a saber: en condiciones de ajenidad, dependencia, voluntariedad y onerosidad o retribución.

Dado que Erika realiza una actividad para el hipermercado, bajo su organización y dirección, a cambio de una retribución, entendemos que se trata de una actividad por cuenta ajena incluida en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social.

2.º Prestación de servicios como empleada del hogar.

La actividad desempeñada por cuenta de D.^a Gertrudis se encuadra asimismo en el Régimen General, de conformidad con el artículo 136.2 a) de la LGSS, que determina expresamente la inclusión en dicho régimen de aquellas personas incluidas en el campo de aplicación del Sistema Especial de Empleados del Hogar (SEEH).

En particular, la trabajadora se halla encuadrada en el SEEH del Régimen General al ajustarse a las condiciones impuestas por el artículo 250.1 de la LGSS, que remite al artículo 2.1 b) del ET, así como al artículo 1 del Real Decreto (RD) 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

De acuerdo con los preceptos mencionados, deberá cumplir las mismas condiciones de trabajo por cuenta ajena que se han mencionado en el supuesto del hipermercado (servicio retribuido, por cuenta ajena, bajo organización y dirección de otro), si bien en este caso al servicio del titular del hogar familiar, y siendo su objeto la realización de tareas domésticas.

En conclusión, dado que las dos actividades determinan el encuadramiento de la trabajadora en el mismo régimen –el Régimen General–, se tratará de un supuesto de pluriempleo. Este encuadramiento implica la obligatoriedad de observar las exigencias impuestas por el artículo 41.2 del RIA.

b) Determinación de la contingencia causante de la incapacidad temporal

La contingencia causante de la incapacidad temporal (IT), objeto del análisis, es el accidente de tráfico sufrido por la causante, que resulta arrollada por un vehículo en un paso de peatones cuando se dirigía a su puesto de trabajo en el hipermercado. En consecuencia, debe determinarse si dicho accidente reviste naturaleza común o si, por el contrario, constituye una contingencia profesional.

El accidente sufrido por Erika tendrá el carácter de accidente de trabajo si concurren los requisitos establecidos en el artículo 156.1 de la LGSS; en caso contrario, tendrá la consideración de accidente no laboral (contingencia común).

Según dicho precepto, se entiende por accidente de trabajo aquel que cause a la persona trabajadora una lesión corporal, con ocasión o por consecuencia del trabajo ejercido por cuenta ajena (sin perjuicio de su extensión a otros sujetos protegidos). En particular, en su apartado 2 letra a) incluye expresamente como accidente producido por causa del trabajo, aquel que tenga lugar al ir o volver del lugar de trabajo –doctrinal y jurisprudencialmente denominado accidente de trabajo *in itinere*–.

En el supuesto expuesto, se cumplen las premisas básicas enunciadas por el artículo 156.1 de la LGSS, esto es: se produce una lesión corporal –el golpe sufrido por Erika le afecta a la cabeza, brazo, abdomen y pierna izquierda– que requiere hospitalización posterior. Para determinar si dicha lesión corporal se produce «con ocasión o por consecuencia» del trabajo, debemos analizar si se cumplen los elementos definitorios del accidente *in itinere*.

Los requisitos del accidente *in itinere* no cuentan con regulación normativa expresa, sino que han sido perfilados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que exige la concurrencia de cuatro elementos básicos, que mantienen el nexo causal entre el accidente y el trabajo, a saber: los elementos geográfico, teleológico, cronológico y de idoneidad del medio de transporte. Estos requisitos han de ser probados, no aplicándose a este supuesto la presunción de naturaleza profesional del accidente sufrido en tiempo y lugar de trabajo (art. 156.3 LGSS).

En el supuesto planteado, podemos presumir que todos ellos se verifican:

- El teleológico, porque el fin principal y directo del trayecto en el que se produjo el accidente era dirigirse al lugar de trabajo.
- El geográfico, al no constar interrupciones o desvíos injustificados que alteren el trayecto habitual ni rompan el nexo causal.
- El cronológico, pues no se aprecia exceso temporal en relación con la hora de entrada al trabajo.
- El de idoneidad del medio, ya que no se menciona que la trabajadora utilizara un medio distinto del habitual, ni tampoco uno prohibido o no autorizado por la empresa.

Asimismo, no tiene lugar ninguna causa por la que corresponda imputar la responsabilidad del accidente a la trabajadora (excluyente de la relación causal, ex art. 156.4 LGSS), ya que no se menciona en el supuesto que esta hubiera actuado con dolo o imprudencia

temeraria –hecho que acontecería, por ejemplo, si hubiera incumplido las normas de tráfico–. En todo caso, no impide la calificación como laboral, entre otros, la concurrencia de culpabilidad civil o criminal de un tercero (art. 156.5 b) LGSS).

En conclusión, se tratará de contingencia profesional –en particular, un accidente *in itinere*– al cumplirse los requisitos exigidos para apreciar su conexión con el trabajo.

Finalmente, debe recordarse que la determinación inicial del carácter profesional de la contingencia corresponde a las mutuas colaboradoras, sin perjuicio de la revisión o calificación posterior por la entidad gestora competente (art. 82.2 LGSS).

2. Determine las notificaciones a realizar por la empresa Los Buenos Alimentos, SL, en relación con el proceso de incapacidad temporal, así mismo determine la entidad que expide el parte de baja por incapacidad temporal [y que] realiza el seguimiento del proceso. Determine la fecha del hecho causante de la prestación, los efectos económicos y la responsabilidad en el pago de la misma.

Respecto a las notificaciones que ha de realizar la empresa Los Buenos Alimentos, SL, en relación con el proceso de IT sufrido por la trabajadora, procede señalar lo siguiente:

- 1) En primer lugar, la empresa deberá notificar el correspondiente parte de accidente de trabajo, dado que el mismo, conforme con el artículo 3 de la Orden Ministerial de 16 de diciembre de 1987, ha originado la ausencia de la trabajadora de su puesto de trabajo, de al menos un día (excluido el propio del accidente), previa baja médica.

Dicho parte, que deberá ajustarse al modelo oficial referido en la Orden TAS/2926/2002, de 19 de noviembre, habrá de transmitirse por medios electrónicos a través del sistema de Declaración Electrónica de Accidentes de Trabajo (Delt@) por parte de la empresa a la mutua colaboradora con la que, en este caso, tiene concertada la protección frente a las contingencias profesionales, en el plazo máximo de los 5 días siguientes a la baja médica o a la fecha en que se produjo el accidente (en el presente supuesto, coincidentes ambas en el 24 de febrero de 2023).

- 2) Asimismo, una vez Erika reciba el alta médica en el proceso de IT (alta con propuesta de incapacidad permanente, sin perjuicio de la prolongación de efectos de la IT), deberá incluirse en la relación de altas a que se refiere la mencionada Orden TAS/2926/2002, que la empresa debe cumplimentar mensualmente, relacionando los trabajadores para los que se hubieran recibido los correspondientes partes médicos de alta.

Dicho documento será, a su vez, remitido mensualmente por la mutua colaboradora a la Subdirección General de Estadística y Análisis Sociolaboral del Ministerio de Trabajo y Economía Social, antes del día 10 del mes siguiente al que se refieran los datos.

- 3) Finalmente, conforme al artículo 7 del RD 625/2014, de 18 de julio, la empresa tiene la obligación de transmitir al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a través del sistema de Remisión Electrónica de Datos (RED), con carácter inmediato, en el plazo máximo de 3 días hábiles contados a partir de la recepción de la comunicación de la baja médica, los datos a que se refiere el artículo 11 de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio.

Cabe mencionar que el incumplimiento de las obligaciones en materia de notificación por parte de la empresa supone una infracción sujeta a sanción que podrá ser calificada como leve o grave, en función de la gravedad del accidente (arts. 11 y 12 texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto).

En relación con la entidad encargada de expedir el parte de baja y de realizar el seguimiento del proceso de incapacidad temporal, cabe distinguir:

- Durante los primeros 365 días de duración de la IT (esto es, hasta el 24 de febrero de 2024), la competencia de control de esta corresponde, en este caso, al servicio médico de la mutua colaboradora con la que tiene concertada la cobertura de las contingencias profesionales la empresa a la que se dirigía la trabajadora al producirse el accidente (la mutua de Los Buenos Alimentos, SL), a quien corresponde, por tanto, expedir el parte médico de baja (art. 2.1 RD 625/2014).

El control médico del proceso se realizará por parte de la mutua, tanto a través de los partes de baja y confirmación de baja a que se refiere el artículo 6 del RD mencionado, en función de la duración prevista del proceso, como mediante la convocatoria de reconocimientos médicos periódicos, determinando la incomparecencia de la persona trabajadora a los mismos la extinción de la prestación (arts. 174.1 LGSS y 9 RD 625/2014).

- Agotado el plazo de duración de los 365 días, será el INSS el único competente, a través de su inspección médica, para emitir parte de alta por curación o mejoría, con o sin propuesta de incapacidad permanente, o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por la entidad gestora; o bien, la baja médica por igual o similar patología dentro de los primeros 180 días siguientes a la fecha de efectos de la anterior alta médica.

Todo ello, sin perjuicio de las facultades de vigilancia y control del estado de salud de la trabajadora, que asisten al empresario en el ejercicio del poder de dirección empresarial (art. 20.4 ET).

Por último, se procede al análisis de las restantes cuestiones:

- La fecha del hecho causante de la prestación se entiende producida el mismo día en que tiene lugar la contingencia protegida –el accidente de trabajo–, esto es, el 24 de febrero de 2023.
- En relación con la fecha de efectos económicos, de acuerdo con el artículo 173.1 de la LGSS y tratándose de una contingencia profesional, el subsidio se abonará a partir del día siguiente al de la baja en el trabajo (a partir del 25 de febrero de 2023), estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja.
- Finalmente, en cuanto a la responsabilidad en el pago de la prestación, es preciso mencionar que, conforme al Criterio de Gestión del INSS 3/2023, de 9 de febrero, que recoge los informes de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de 4 de noviembre de 2022 y de 8 de febrero de 2023, tratándose de una situación de pluriempleo, si en una empresa se produce un accidente de trabajo, la misma consideración (como contingencia profesional) se dará del accidente en la otra empresa. En definitiva, la IT se entenderá producida por una causa profesional en las dos empresas (en este caso, en el hipermercado y en el SEEH), correspondiendo, como se ha mencionado, a la mutua con la que tiene concertada la protección de las contingencias profesionales la empresa en la que ocurrió el accidente –o a la que se dirigía la persona trabajadora al producirse el mismo– controlar el proceso de IT.

Por tanto, la responsabilidad corresponderá, de un lado, a la mutua con la que el hipermercado tiene concertada la protección frente a las contingencias profesionales, sin perjuicio de que el acto material del pago se efectúe por la empresa en régimen de pago delegado (arts. 82 y 102.2 LGSS); de otro lado, corresponderá a la entidad gestora con la que D.^a Gertrudis tiene concertada tal protección, como titular del hogar familiar, sin que, en este último caso, resulte aplicable la colaboración en la gestión a que se refiere el artículo 102 de la LGSS. Todo ello, siempre que la empresa hubiese cumplido con sus obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización, pues, de lo contrario, la responsabilidad se trasladaría a la empresa (art. 167.2 LGSS), sin perjuicio del principio de automaticidad y anticipo en virtud del artículo 167.3 de la LGSS. El régimen de traslación de responsabilidad anterior no resulta aplicable, no obstante, en el SEEH (art. 251 c) LGSS).

3. ¿Se extendería la baja por incapacidad temporal en el Sistema Especial para Empleados de Hogar? De ser positiva la respuesta, ¿se mantendría la misma contingencia? ¿Qué entidad expediría el parte de baja? Determine

el régimen jurídico de la prestación pronunciándose sobre la fecha del hecho causante, la fecha de efectos económicos de la prestación, y la entidad responsable del pago de la misma.

La baja por IT se extenderá al SEEH en la medida en que, aún tratándose de una situación de pluriempleo en el Régimen General, las lesiones constitutivas de la misma incapacitan a la trabajadora para realizar ambas actividades (Erika se mantiene ingresada en el hospital y, posteriormente y de conformidad con el informe médico de síntesis, presenta limitaciones orgánicas y funcionales incompatibles con ambos trabajos). Respecto al carácter de la contingencia como común o profesional en dicho sistema especial, como se ha mencionado, del Criterio de Gestión 3/2023 (en relación con el Criterio de Gestión 22/2022) se desprende que el accidente sufrido tendrá la consideración de profesional en ambos empleos. No obstante, será la mutua con la que Los Buenos Alimentos, SL, tiene concertada la cobertura frente a las contingencias profesionales la encargada de controlar el proceso de IT y, por tanto, expedir el parte de baja.

Con base en lo anterior, a continuación se procede al análisis del régimen jurídico de la prestación que se abonará a la trabajadora en proporción a su respectiva base de cotización:

- La fecha del hecho causante se entiende producida en aquella en que tuvo lugar el accidente, esto es, el 24 de febrero de 2023.
- El derecho al subsidio nacerá a partir del día siguiente a la baja en el trabajo (esto es, a partir del 25 de febrero de 2023), estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja, que computará como trabajo efectivo a efectos de prestaciones, de acuerdo con los artículos 173.1 y 251 de la LGSS.
- Finalmente, la responsabilidad del pago de la prestación recaerá sobre la entidad gestora con la que la empleadora y titular del hogar familiar, D.^a Gertrudis, tiene concertada la protección de la trabajadora a su servicio frente a las contingencias profesionales, a tenor de lo dispuesto, entre otros, en el artículo 15.2 del RIA.
- En este sistema especial, el subsidio se abonará por la entidad gestora en régimen de pago directo, sin que resulte de aplicación la colaboración obligatoria o pago delegado por parte de D.^a Gertrudis (art. 251 b) LGSS).

4. El 19 de agosto del 2024 se emite resolución del director provincial reconociendo una incapacidad permanente total para su profesión habitual como cajera reponedora. Determine la contingencia determinante

de la incapacidad permanente total, la entidad responsable del pago de la misma, así como las actuaciones a realizar por la mutua en relación con el pago de la prestación de incapacidad permanente.

En efecto, el 19 de agosto de 2024 el director provincial del INSS emite resolución en favor de Erika, reconociendo una incapacidad permanente total para su profesión habitual como cajera-reponedora, con derecho a la correspondiente prestación económica. Cabe indicar que el INSS es el único órgano competente para tal reconocimiento (art. 200.1 LGSS), previa declaración de la situación y comprobación del cumplimiento de los requisitos consignados en los artículos 193.1, 194 y 195 de la LGSS. En este sentido, la entidad gestora, previa valoración de la situación y dolencias padecidas por la trabajadora, a la luz del informe médico de síntesis expedido por el Equipo de Valoración de Incapacidades, estima que aquella inhabilita a la trabajadora para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual como cajera-reponedora, pudiendo, no obstante, dedicarse a otra distinta (disp. trans. vigésima sexta LGSS) —esto es, la propia como empleada del hogar, al limitarse la declaración a una única profesión—.

Pues bien, en la medida en que se trata de una incapacidad permanente derivada de una situación de IT, en los términos del artículo 193.2 de la LGSS, la contingencia causante de la misma tendrá la naturaleza propia de la IT de la que deriva, es decir que tendrá naturaleza profesional.

De otro lado, la entidad responsable del pago de la prestación será la mutua colaboradora con la que el hipermercado Los Buenos Alimentos, SL, tiene concertada la cobertura de las contingencias profesionales (arts. 80.2 a) y 82.1 LGSS). De nuevo, siempre que la empresa hubiese cumplido las obligaciones del artículo 165.1 de la LGSS.

No obstante lo anterior, la pensión se abonará a la beneficiaria a través del INSS, para lo cual la mutua responsable deberá constituir en la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), hasta el límite de su respectiva responsabilidad, el valor actual del capital-coste de la pensión (art. 260.1 LGSS y Orden TAS/4054/2005). En efecto, de conformidad con el artículo 69.1 del RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RGRSS), la TGSS recaudará de la mutua colaboradora los siguientes conceptos:

- El valor actual del capital-coste de la pensión de la que haya sido declarada responsable.
- Los intereses de capitalización.

A tal efecto, el INSS remitirá a la TGSS la resolución que declare la responsabilidad de la mutua, con indicación expresa del momento en que se hubiera realizado su notificación,

junto con todos los datos necesarios para que, por parte de aquella, se pueda calcular el importe del capital que se deba ingresar para la constitución de la pensión y fijar los intereses de capitalización (art. 69.3 RGRSS).

Además, debe considerarse que, en aplicación del artículo 260.2 de la LGSS, las mutuas cuentan con un reaseguro obligatorio ante la TGSS que cubre el 30 % de la responsabilidad que asumen respecto de las pensiones derivadas de contingencias profesionales. En consecuencia, el importe del capital-coste que la mutua debe ingresar en dicho servicio común por la pensión de incapacidad permanente –en su grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual– quedará limitado al 70 % del capital-coste resultante.

Una vez determinado el capital-coste correspondiente, este será notificado a la mutua a efectos de su ingreso. El plazo reglamentario para efectuar dicho ingreso comenzará el día siguiente a la notificación de la reclamación de deuda emitida por la TGSS y finalizará el último día hábil del mes posterior a dicha notificación (art. 70.1 RGRSS).

5. ¿Podría Erika solicitar al hipermercado la adaptación de su puesto de trabajo a su nueva situación?

Para determinar si Erika podría solicitar al hipermercado la adaptación de su puesto de trabajo a su nueva situación, debemos partir de tres premisas fundamentales:

- a) En primer lugar, y como se ha adelantado, la pensión de incapacidad permanente total no resulta incompatible con el desempeño laboral de Erika pues, de conformidad con la disposición transitoria vigésima sexta en relación con el artículo 194 de la LGSS, tal incapacidad inhabilita a la trabajadora para realizar todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual como cajera-reponedora, sin impedirle realizar otra distinta. La prestación de servicios por parte de Erika con posterioridad a la resolución del INSS determinará la potestad de la entidad gestora para instar la revisión de la situación de incapacidad, con independencia de que haya transcurrido o no el plazo de revisión recogido en dicha resolución (art. 200.2 *in fine* LGSS).
- b) En segundo lugar, el 1 de mayo de 2025 entró en vigor la Ley 2/2025, de 29 de abril, por la que se modifica, entre otras disposiciones, el apartado n) del artículo 49.1 del ET, en orden a su adaptación a la doctrina comunitaria y a la normativa internacional en materia de protección de las personas con discapacidad. A la luz de la nueva redacción, cuando se produce una declaración de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran incapacidad, únicamente cabe la extinción del contrato de trabajo, en tres supuestos:

- (i) En caso de que los ajustes razonables para adaptar el puesto de trabajo a la nueva situación de la persona trabajadora resulten una carga excesiva para el empresario.
 - (ii) Cuando no exista puesto de trabajo vacante disponible y compatible con la nueva situación.
 - (iii) O, en su caso, cuando el trabajador rechace dicho puesto en el plazo de 10 días naturales desde la notificación de la resolución de incapacidad permanente.
- c) Por último, el mencionado texto legal no se encontraba en vigor en la fecha en que el director provincial del INSS emite resolución reconociendo su incapacidad permanente total para la profesión habitual de cajera-reponedora (19 de agosto de 2024).

Como corolario, en principio, Erika no podrá exigir a la empresa tal adaptación, y su declaración de incapacidad permanente total podrá suponer una causa de extinción del contrato de trabajo, a tenor de la redacción del artículo 49 del ET anterior a la entrada en vigor de dicha ley. Eventualmente, podrá constituir una causa de suspensión del contrato de trabajo, si, a juicio del órgano calificador, la situación de incapacidad de la trabajadora fuera susceptible de mejoría que permitiera su reincorporación al puesto de trabajo, siempre que tal mejora se produjese en el plazo máximo de dos años desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente (art. 48.2 ET).

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que, en la fecha de emisión de la resolución (19 de agosto de 2024), ya era aplicable la doctrina comunitaria derivada de la STJUE de 18 de enero de 2024. En consecuencia, de producirse una eventual extinción del contrato de trabajo tras la declaración de incapacidad permanente total, Erika podría interponer demanda ante la jurisdicción social, invocando la vulneración del derecho de la Unión y la jurisprudencia interna que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2025, ya venía declarando la nulidad de tales extinciones por devenir discriminatorias.

6. Calcule las cuotas de Seguridad Social y de recaudación conjunta devengadas en julio de 2024 (plazo reglamentario de ingreso agosto de 2024) por Los Buenos Alimentos, SL, en relación con Erika, con desglose de las cuotas correspondientes a empresa y trabajador.

Para analizar la cotización, en primer lugar, debemos mencionar la situación especial de pluriempleo en que se halla la trabajadora en el mes de julio de 2024, pues ello afectará a la forma de cálculo de las cuotas de Seguridad Social y de recaudación conjunta.

Esta especialidad se encuentra regulada en la Orden PJC/51/2024, de cotización para el ejercicio 2024, que en su artículo 10 indica que se aplicará la regulación general de cotización, calculándose la base correspondiente a cada actividad por separado. Posteriormente se comprobará si, sumando las bases de cotización, el resultado excede del tope máximo o si es inferior al tope mínimo. De ser así, se aplicaría dicho tope máximo o mínimo, distribuyéndose entre las empresas en proporción a la remuneración abonada al trabajador en cada una.

Mencionar respecto a dicha comprobación que la cuantía del tope mínimo puede variar según la categoría profesional de la persona trabajadora respecto a las contingencias comunes, mientras que no se hace tal distinción tratándose de las contingencias profesionales.

Tal y como se expondrá posteriormente, la suma de las bases de cotización correspondientes a la actividad en el hipermercado y a la propia como empleada del hogar, ni supera ni es inferior a los topes de cotización, por lo que no será necesario realizar la anterior operación, procediendo simplemente al cálculo independiente de la cotización para cada actividad.

En cuanto respecta a la cotización por la actividad desempeñada en el hipermercado, el proceso de cálculo se halla previsto en el artículo 6 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por RD 2064/1995, de 22 de diciembre (RGCL). Dicho precepto indica que, en primer lugar, deberá determinarse la respectiva base de cotización (por contingencias comunes y profesionales); a continuación, deberá comprobarse que dicha base no exceda el tope máximo ni sea inferior al mínimo. Sobre ese resultado se aplicarán los tipos de cotización correspondientes, y finalmente las reducciones o bonificaciones que, en su caso, correspondan.

A. Cuota por contingencias comunes

1.º Determinación de la base de cotización.

Dado que la trabajadora se halla en situación de IT, se produce una especialidad en el cálculo de la base de cotización. Partiendo de la premisa de que el artículo 144.4 de la LGSS reconoce la conservación de la obligación de cotizar; el artículo 68 del RGCL, junto con el artículo 6 de la Orden de cotización, establecen las reglas especiales de cálculo: se deberá utilizar como base de cotización la del mes anterior al de inicio de la situación de IT —es decir, la de enero del 2023—, pues la incapacidad comienza en febrero de ese año. Sobre esa base, se aplican las reglas generales del artículo 147 de la LGSS, así como el artículo 23 del RGCL, que determina las reglas de valoración.

De conformidad con el artículo 147.1 de la LGSS, la base, para todas las contingencias, se conforma por la remuneración total, en dinero o en especie, que con carácter mensual

perciba o tenga derecho a percibir la persona trabajadora, en caso de ser esta superior. Si la percepción fuese superior a la mensual, se prorratea entre los 12 meses del año.

Por tanto, incluiríamos en dicha base los siguientes conceptos retributivos:

- El salario percibido en dinero y con carácter mensual = 1.500 euros.
- El complemento por antigüedad: mensual, en dinero = 150 euros.
- El plus de transporte: mensual, en dinero = 55 euros.
- El complemento de productividad: mensual, en dinero = 140 euros.
- La gratificación por resultados: anual, de 3.000 euros, que deberá prorratearse mensualmente: 3.000 euros, entre 12 mensualidades = 250 euros al mes.
- Prorrateo de pagas extraordinarias. La trabajadora tiene derecho a 2 pagas extras equivalentes a salario y plus de antigüedad. Por tanto, deberán sumarse ambos conceptos, multiplicarse por los 2 meses en que se perciben y prorratear el resultado entre los 12 meses del año:

1.500 euros de sueldo + 150 euros de antigüedad = 1.650 euros, que percibidos por 2 meses es igual a 3.300 euros al año.

El prorrateo de 3.300 euros entre 12 meses = 275 euros al mes.

Debemos excluir de la base de cotización los gastos de locomoción –cuantía mensual 75 €– puesto que cumple las condiciones que para dicha exclusión exige el artículo 147.2 de la LGSS: el desplazamiento se produce fuera del centro habitual de trabajo, se emplea un medio de transporte público y se justifica debidamente el gasto mediante factura o documento análogo.

Por tanto, la base de cotización será la suma de todos los conceptos incluidos arriba mencionados:

$$1.500 + 150 + 55 + 140 + 250 + 275 = 2.370 \text{ euros al mes}$$

2.º Comprobación de topes (previstos en la Orden de cotización arts. 2 y 3).

Como se ha mencionado previamente, al tratarse de una situación de pluriempleo, los topes de cotización son conjuntos para las dos actividades que realiza la trabajadora en el Régimen General, correspondiendo las siguientes cuantías para el ejercicio 2024:

- Tope máximo = 4.720,50 euros al mes.
- Tope mínimo correspondiente al grupo 7 de cotización = 1.323 euros al mes.

En conclusión, la suma de las bases de cotización por la actividad en el hipermercado (2.370 €/mes) y por la actividad como empleada del hogar (532 €/mes, tal y como se calcula en la cuestión siguiente) dará como resultado 2.902 euros al mes. Dicha cuantía se encuentra comprendida entre los mencionados topes, por lo que se empleará, para cada actividad, su base de cotización respectiva.

3.º Aplicación de tipos sobre la anterior base (previstos en la Orden de cotización art. 4).

Respecto a contingencias comunes, se corresponde con el 28,3 %, desglosándose a continuación entre empresario y trabajador:

- A cargo del empresario: 23,6 %.
- A cargo del trabajador: 4,7 %.

4.º Aplicación de las reducciones o bonificaciones, si estuvieran previstas para este supuesto, dando lugar a la cuota definitiva.

B. Cuota por contingencias profesionales

1.º Base de cotización. Tal y como se menciona en el artículo 147.1 de la LGSS, la base es la misma para todas las contingencias, con la salvedad de que en las contingencias profesionales también se habrían incluido en el cómputo las retribuciones correspondientes a las horas extraordinarias. Como en este supuesto no se han realizado horas extra (no se menciona expresamente en el caso), la base será igual a la ya calculada para las contingencias comunes, es decir: 2.370 euros.

2.º Comprobación de topes (Orden de cotización arts. 2 y 3). Se realizaría la misma comprobación que en la cuota por contingencias comunes, con la diferencia de que el tope mínimo es único, no diferenciado por la categoría profesional (art. 19 LGSS):

- Tope máximo = 4.720,50 euros.
- Tope mínimo = 1.323 euros.

Tras realizar la misma operación que en el caso de contingencias comunes, en que se sumaron las bases de las distintas actividades debido a la situación de pluriempleo, concluimos que su base se encuentra dentro de los topes establecidos.

3.º Tipos (Orden de cotización art. 4). A efectos de determinar la cuota por contingencias profesionales, resultan de aplicación los tipos de la tarifa de primas, aprobada por la

disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2007, siendo en este caso a cargo exclusivo de la empresa.

El tipo correspondiente al Código 47 del CNAE será: 1,65 % –del cual corresponde por IT el 0,95 % y por invalidez, muerte y supervivencia (IMS) el 0,7 %–.

C. Conceptos de recaudación conjunta

1.º Base: conforme señala el artículo 19.4 de la LGSS, la base de cotización por desempleo, Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) y formación profesional, será la misma que por contingencias profesionales, esto es, 2.370 euros.

2.º Tipos (Orden de cotización art. 31):

- Desempleo: se aplica el tipo general para contratos de carácter indefinido = 7,05 %; correspondiendo al empresario el 5,5 % y al trabajador, el 1,55 %.
- FOGASA = 0,2 %, siendo a cargo exclusivo del empresario.
- Formación profesional = 0,7 %; siendo el 0,6 % a cargo de la empresa y el 0,1 % a cargo del trabajador.

D. Mecanismo de equidad intergeneracional (MEI)

Se trata de una cotización finalista, aplicable siempre que se cotice por jubilación, como es el caso (art. 127 bis LGSS).

Cálculo (Orden de cotización art. 4 y disp. trans. cuadragésima tercera LGSS):

1.º Base: la correspondiente a las contingencias comunes (2.370 €).

2.º Tipo (en 2024) = 0,7 %; siendo a cargo de la empresa el 0,58 %, y a cargo del trabajador el 0,12 %.

Otras cotizaciones adicionales:

- a) Cotización adicional de solidaridad (art. 19 bis LGSS): entra en vigor en el ejercicio 2025, por lo que no se aplica a este supuesto. Y, en todo caso, dado que se prevé solo para el supuesto de que las retribuciones hubieran superado la base máxima, tampoco habría sido exigible.
- b) Cotización por horas extraordinarias (Orden de cotización art. 5): en este supuesto de hecho no será exigible, al no mencionar que estas se hayan realizado.

7. Calcule las cuotas de Seguridad Social y de recaudación conjunta devengadas en julio de 2024 (plazo reglamentario de ingreso agosto de 2024) por D.^a Gertrudis en relación con Erika, con desglose de las cuotas correspondientes a empleadora y trabajadora.

En el cálculo de la cotización por la actividad de la trabajadora como empleada del hogar, deberemos tener en cuenta las siguientes particularidades: 1) que la trabajadora se halla en situación de pluriempleo; 2) que se encuadra en el SEEH, y 3) que, en dicha fecha, se encuentra en situación de IT.

- Situación de pluriempleo. Tiene el efecto ya desarrollado en la cuestión previa, es decir: que se habrían sumado las bases de cotización de las dos actividades y en el caso de superar o ser inferior a los topes de cotización, se habrían repartido estos, para cada actividad, en proporción a su respectiva retribución. Como la suma se halla dentro de ambos límites, no será necesaria esa operación y se calcularía la base en cada actividad de manera independiente.
- SEEH. Se regulan sus especialidades de cotización en el artículo 15 de la Orden de cotización, indicando que se determinará la base de cotización conforme a la escala señalada en la ley de presupuestos generales del Estado vigente. Dicha escala divide las retribuciones percibidas en diferentes tramos, correspondiendo por cada tramo una base de cotización. Sobre dicha base, serán de aplicación los tipos de cotización propios del Régimen General, así como las bonificaciones (en su caso) correspondientes.
- IT. Dado que la situación de IT se extiende también a la actividad como empleada del hogar, afectará asimismo a la cotización en este sistema especial. El cálculo no difiere respecto al previsto en el Régimen General (art. 144.4 LGSS, art. 68 RGCL y art. 6 Orden de cotización, ya mencionados previamente), es decir, la base de cotización se corresponde con la del mes anterior al de inicio de la IT (enero del 2023, y por tanto se utilizará la escala de tramos vigente a esa fecha).

Conforme a lo anterior, se procede al cálculo de las cuotas:

1.º Determinación de la base de cotización (disp. trans. decimosexta LGSS). Tanto por contingencias comunes como profesionales, la base se determinará conforme a la escala prevista en la ley de presupuestos generales del Estado. En este caso, tenemos en cuenta la escala vigente en 2023.

En primer lugar, se sumarían los conceptos cotizables obtenidos el mes anterior al inicio de la situación de IT (enero del 2023):

Sueldo = 480 euros mensuales.

Pagas extra = el resultado de sumar 2 pagas extraordinarias ($480 \text{ €} \times 2 = 960$) y prorratearlas entre 12 mensualidades ($960/12 = 80 \text{ €/mes}$).

Total (será la suma de ambos conceptos): $480 + 80 = 560$ euros al mes.

Una vez calculados los ingresos, se elegirá la base que se corresponda con el tramo en que tales ingresos se hallen enmarcados.

Pues bien, conforme a la escala vigente (del 2023), sería aplicable el tramo 3.º (ingresos desde 451,01 hasta 613 €/mes), por el que corresponderá la base de 532 euros.

Finalmente, y debido a que se trata de un contrato a tiempo parcial, de 10 horas semanales, con retribución pactada mensual, será de aplicación el artículo 15.2 b) de la Orden de cotización, que dispone que la base no podrá ser inferior a la que habría correspondido al salario mínimo interprofesional (SMI), calculado en proporción a la jornada pactada.

Dicho SMI (por hora), para empleados del hogar se reconoce en el RD 99/2023, y se corresponde con 8,45 euros por hora. Dado que Erika trabajaba 10 horas por semana, debemos multiplicar dichos 8,45 euros por 10 horas, por 4 semanas, siendo el resultado de 338 euros al mes.

Por 338 euros habría correspondido la base aplicable al tramo 2.º (386 €), y, por tanto, se cumpliría la condición de que la base de cotización (532 €) no fuera inferior a la equivalente por SMI en proporción a la jornada.

2.º Tipos aplicables sobre la base de cotización (Orden de cotización art. 15):

- a) Por contingencias comunes: 28,3 %, correspondiendo al empleador el 23,6 %, y al trabajador el 4,7 %.
- b) Por contingencias profesionales: se aplica el tipo previsto en la tarifa de primas (CNAE: Código 97), a cargo exclusivo del empleador. Es decir, el 1,5 % (del que corresponde por IT el 0,8 % y por IMS el 0,7 %).
- c) Por conceptos de recaudación conjunta:
 - Desempleo, para contratos de duración indefinida = 7,05 %, siendo a cargo del empleador el 5,5 % y a cargo del trabajador el 1,55 %.
 - FOGASA = 0,2 %, a cargo exclusivo del empleador.
- d) Por el MEI: se aplica el 0,7 %, siendo a cargo del empleador el 0,58 %, y a cargo del trabajador el restante 0,12 %.

3.º Bonificaciones y reducciones aplicables (Orden de cotización art. 15):

Se tiene derecho a una reducción del 20 % sobre la cotización por contingencias comunes, o como alternativa: la bonificación del 45 % o del 30 % en la aportación empresarial por contingencias comunes, dependiendo de si se cumplen los requisitos de renta o patrimonio de la unidad familiar o de convivencia del empleador.

También será de aplicación una bonificación del 80 % sobre la cotización empresarial por desempleo y FOGASA.

No obstante, no será de aplicación la reducción del 75 % en la aportación empresarial por contingencias comunes, prevista para situaciones de IT cuando el empleado tuviera 62 años, puesto que Erika, a julio del 2024, tendría 56 años.

8. Si D.^a Gertrudis decidiese contratar a otra persona para sustituir a D.^a Erika, ¿tendría derecho a alguna bonificación o reducción en las cuotas de Seguridad Social?

En los supuestos de sustitución del empleado del hogar, solo se prevén las siguientes bonificaciones (previstas en el Real Decreto-ley 1/2023, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas):

- Bonificación del 100 % de la cuota empresarial por contingencias comunes, en casos de sustitución de trabajadora que hubiese sido víctima de violencia de género o violencia sexual (conforme Leyes orgánicas 1/2004 y 10/2022); lo cual no será aplicable a este supuesto al no tener la trabajadora dicha condición.
- Bonificación del 100 % de la cuota empresarial total, por contratar en interinidad a personas desempleadas, para sustituir a la persona trabajadora que suspende su contrato por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, o por nacimiento y cuidado de menores o por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante. Esta bonificación tampoco resulta aplicable, al no motivarse la suspensión del contrato en ninguna de esas causas.