

SALVADOR DEL REY GUANTER

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pompeu Fabra*

Extracto:

TRANSCURRIDO un año tras la firma de los Acuerdos de 1997, son ya diversos los estudios aparecidos sobre los distintos acuerdos que realizan un análisis general de los mismos y que ponen de manifiesto su significado y trascendencia.

No creemos, pues, que este estudio deba centrarse en realizar una nueva descripción general de los contenidos del Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva (AINC) y del Acuerdo de Cobertura de Vacíos (ACV), sino en pasar a una nueva fase de identificar temas específicos sobre los que debemos detenernos en orden a identificar posibles problemas aplicativos y soluciones.

Para ello, hemos identificado algunas cuestiones comunes a ambos acuerdos sobre las que debemos reflexionar, como son la naturaleza jurídica de los Acuerdos, su eficacia y las funciones de sus comisiones paritarias (I).

A continuación, hemos considerado de forma separada el AINC y el ACV para analizar en cada caso un tema esencial. Concretamente, desde la perspectiva del AINC hemos analizado su trascendencia respecto al artículo 84 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores en la ordenación de la estructura negocial (II).

Respecto al ACV, hemos analizado las dudas de legalidad que puede plantear su regulación del régimen disciplinario, concretamente desde la perspectiva del principio *non bis in ídem* (III).

Sumario:

- I. Algunos puntos comunes: naturaleza jurídica, eficacia jurídica del contenido y administración del Acuerdo.
 1. Naturaleza jurídica de los Acuerdos.
 2. De la distinción entre contenido obligacional y contenido normativo en relación a los Acuerdos.
 3. Comisiones paritarias y funciones normativas.

- II. La regulación del AINC sobre la estructura negocial y el artículo 84 del TRET.
 1. La configuración de la relación entre niveles negociales en los artículos 83 y 84 del TRET.
 2. La distribución de materias entre niveles negociales en el AINC.
 3. Eficacia jurídica del AINC en relación a la normativa actual (arts. 83 y 84 del TRET).
 4. El artículo 84 del TRET y la Ley 63/1997.

- III. El ACV: régimen disciplinario y *non bis in ídem*.

I. ALGUNOS PUNTOS COMUNES: NATURALEZA JURÍDICA, EFICACIA JURÍDICA DEL CONTENIDO Y ADMINISTRACIÓN DEL ACUERDO

1. Naturaleza jurídica de los Acuerdos.

Un primer aspecto a destacar es el de la naturaleza jurídica de los acuerdos, tema este abordado expresamente por los mismos, y que plantea aspectos tan interesantes como el de la flexibilidad del Título III del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET) para acoger figuras convencionales con distinta eficacia jurídica.

Así, respecto al AINC se nos va a indicar que «las estipulaciones que forman parte del presente Acuerdo así como de los compromisos contraídos revisten jurídicamente carácter obligacional» -Apartado II-.

En principio, de tal declaración puede pensarse que estamos ante un típico pacto extraestatutario respecto al que la jurisprudencia laboral mayoritaria le sigue ubicando en la normativa contractual civil a efectos de reconocerle exclusiva eficacia obligacional.

No obstante, lo cierto es que en el Acta de firma del Acuerdo, las partes declaran expresamente tanto que «ostentan la representatividad exigida en el Título III del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a efectos de lo dispuesto en el artículo 83.2 de la citada norma legal», como que remiten un ejemplar del texto «en virtud de la naturaleza y eficacia reconocidas al presente Acuerdo, a la Autoridad Laboral a los efectos oportunos, de conformidad con lo prevenido en el artículo 90 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

La cuestión estriba, pues, en determinar si lo indicado en el texto del acuerdo y lo señalado en el acta de la firma es o no contradictorio a efectos de su inclusión en el Título III del TRET.

Al respecto es necesario partir de lo indicado en el artículo 83.2 en relación al artículo 82.3, ambos del TRET.

Evidentemente, partimos de la base de que el AINC es un contrato que, como tal, desarrolla eficacia obligacional respecto a las partes contratantes. La interrogante que puede surgir es si el deseo de las partes de incluir el AINC con esa eficacia en un precepto que, como el artículo 83.3, indica que los acuerdos interprofesionales a los que se refiere «tendrán el tratamiento de esta ley para los convenios colectivos».

Hay que tener en cuenta que, dentro de ese «tratamiento», podría comprenderse también la eficacia determinada en el artículo 82.3, cuando establece que los convenios colectivos tendrán eficacia normativa general.

Con otros términos, dado que el AINC sólo tiene eficacia obligacional, debemos preguntarnos si es posible su inclusión en el Título III del TRET si se establece que, dentro de dicha norma, sólo se comprenden acuerdos y convenios no sólo con eficacia obligacional, sino también, y de forma simultánea, normativa.

A nuestro juicio, la inclusión de acuerdos con sólo eficacia obligacional en el ámbito del Título III es posible, de forma que cuando la norma se refiere al «tratamiento», no tiene por qué incluirse, forzosamente, el que tenga eficacia normativa general.

De hecho, esta flexibilidad hay que observarla en otros temas, tales como el contenido mínimo establecido en el artículo 85.3 del TRET. Así, el AINC, al igual que otros acuerdos anteriores que también han sido incluidos en el Título III, no tienen que contemplar todas y cada una de las cláusulas «obligatorias» indicadas en dicho precepto, como es el caso de la regulación del denominado descuelgue salarial - art. 85.3 c)-. Dicha materia no está ni en el AINC ni tampoco en un acuerdo del que se predica su eficacia normativa general, como es el Acuerdo para la Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC).

Ahora bien, si admitimos que el AINC puede incluirse en el artículo 83.2 del TRET a pesar de tener exclusivamente eficacia obligacional, podríamos preguntarnos cuáles son las consecuencias de su inclusión en la norma estatutaria como contraposición a acuerdos extraestatutarios caracterizados por una eficacia similar.

Probablemente la diferencia más importante estribe en la aplicación del artículo 90 del TRET. En efecto, mientras que en el caso de los acuerdos extraestatutarios la publicación es potestativa de la autoridad laboral, cuando estamos ante un acuerdo estatutario dicho acto es obligatorio, a salvo de los trámites referidos al control de legalidad del mismo.

Por cierto que al tener el acuerdo exclusivamente eficacia obligacional, los «terceros» a efectos del artículo 90.5 son todos aquellos con interés legítimo y que no son estrictamente las partes contratantes, a diferencia de cuando existe eficacia normativa general en el que se excluyen los trabajadores y empresarios afectados por tal eficacia.

Por tanto, hemos de concluir que el Título III del TRET admite la inclusión en el artículo 83.2 de acuerdos con mera eficacia obligacional, de forma que lo indicado en el Acta de firma no entra en contradicción con lo indicado en el texto y debe servir para la correcta interpretación de la volun-

tad de las partes. Lo cual, además, responde a la trascendencia jurídica que la jurisprudencia laboral reconoce a las actas del proceso de negociación, que carecen de eficacia obligacional o normativa, aunque, como en este caso, puede desarrollar una función de ayuda hermenéutica.

Téngase en cuenta que los acuerdos del artículo 83.2 pueden tener, además de eficacia obligacional, eficacia normativa. Lo que ocurre es que, al versar sobre la relación entre los diversos niveles negociales, los sujetos destinatarios de dicha eficacia son las potenciales partes contratantes a esos niveles inferiores -sindicatos, representaciones unitarias, asociaciones empresariales y empresarios en su calidad de interlocutores negociales-, tratándose de lo que hace tiempo calificábamos como una eficacia normativa general de carácter «colectivo».

Respecto al ACV, su artículo 1 también se pronuncia expresamente respecto a su naturaleza jurídica, indicando que estamos ante «un Acuerdo sobre materias concretas» del artículo 83.3 del TRET.

De esta declaración, por sí misma, no podría deducirse si estamos o no ante un acuerdo con eficacia normativa, además de obligacional. No obstante, en base a una interpretación sistemática, no nos cabe la menor duda de que estamos ante un acuerdo con eficacia normativa general, tanto por el contenido de las materias, destinadas a regular las relaciones de trabajo entre trabajadores y empresarios como de la finalidad de «cubrir los vacíos» dejados por normas, como eran las Ordenanzas y Reglamentaciones.

Claro es que el propio artículo 1 del ACV establece una eficacia de lo acordado condicionada tanto temporalmente -hasta el 1 de enero de 1998- como a la prioridad de lo acordado por la autonomía colectiva sectorial, que pueden «en cualquier momento... disponer de la totalidad o de alguno de los contenidos del presente Acuerdo».

Sin embargo, ninguno de estos condicionamientos creemos que sea contradictorio con la caracterización jurídica que las partes hacen del acuerdo y con su eficacia normativa general. Concretamente, aquella disponibilidad de lo acordado frente a la autonomía colectiva de partes contratantes sectoriales no es contradictoria con tal eficacia normativa del ACV, en el sentido de que las propias partes están condicionando dicha aplicación en sí de lo acordado, de forma que, ausente tal condicionamiento y actualizándose la aplicación del ACV, tal eficacia normativa general entra en vigor con total plenitud. Se trata, pues, de una eficacia normativa general «condicionada» en su aplicación, pero no por ello menos eficacia normativa general.

No obstante, habría que introducir una matización respecto a una de las materias contempladas en el ACV a la hora de predicar su eficacia normativa general. Concretamente, el artículo 13 dispone que «mediante la negociación colectiva se adaptará, en su caso, la actual estructura salarial a la prevista en este Acuerdo». Teniendo en cuenta que el ACV va dirigido a sectores sin convenio, si se somete la aplicación de este tema a la aparición de la negociación colectiva es que se está predicando su inaplicación inicial. De esta forma, seguirá vigente la estructura salarial fijada en los sectores a los que se les aplica el ACV, sin que su entrada en vigor implique la inmediata aplicación del Capítulo III. Una vez que las partes legitimadas para ello negocien la estructura salarial, y sólo entonces, tendrá que adaptarse dicha regulación a lo establecido en ese Capítulo.

Por tanto, y a diferencia de lo establecido en general para el ACV en el artículo 1 de vigencia normativa si no actúa la autonomía colectiva, aquí sólo ejercerá esta eficacia una vez que dicha autonomía se plasme en la negociación o acuerdo específico sobre esta materia.

Por cierto, esta variabilidad de eficacia de lo acordado no es nueva, ya que, por no remontarnos a fechas anteriores, el ASEC también «condiciona» aquélla de una forma aún más peculiar.

En efecto, y ya lo hemos indicado en otro estudio del que tomamos los términos, mientras que, según lo dispuesto en su artículo 3.1, al ASEC se le atribuye eficacia normativa general, dicha eficacia se condiciona en su aplicabilidad a la adhesión o ratificación por los interlocutores correspondientes en los distintos sectores y empresas. Ciertamente, esto parece entrar en franca contradicción con su eficacia normativa, a la que cabe calificar, cuanto menos, de «imperfecta». Y ello en el sentido de que el problema que plantea es si lo que tiene eficacia es el ASEC en sí o, por el contrario, lo tienen los acuerdos o convenios por los que se adhieren o ratifican las partes a aquél. Desde luego, no parece posible considerar como eficacia normativa general, al menos en los términos del Título III del TRET, un acuerdo que, si bien se aplica en cuanto contrato a las partes que lo firman, no se aplica inicialmente a nadie en cuanto norma, naciendo en un «vacío» normativo. Sólo cuando se procede por determinados interlocutores a realizar un acto de «autoinclusión», entonces el ASEC se les va a aplicar en cuanto norma y de forma íntegra.

Por el mismo motivo, y más trascendientemente, si se exige ratificación o adhesión es evidente que puede haber sectores o empresas que no lo realicen. Al no serles de aplicación el ASEC, es claro que en vez de tener eficacia normativa general, tendrá una eficacia normativa limitada. Si todos los sectores y empresas lo ratifican o se adhieren, entonces sí podrá alcanzar una eficacia normativa lo más similar a la general. Pero hay que tener en cuenta que, aun así, sería imperfecta. Si nacen nuevas empresas o sectores, se necesitará de nuevo la voluntad expresa de aplicación, por lo que estamos, ya lo hemos dicho, ante una especie de dilema de Sísifo, de una eficacia normativa que, cuando parece que alcanza carácter general, puede estar perdiéndola en cualquier momento con la aparición de nuevos sujetos en principio excluidos de tal Acuerdo.

Como se ve, tanto el AINC como el ACV se unen al ASEC en darnos una diversidad de acuerdos en su naturaleza jurídica y en su eficacia, y, he aquí lo relevante, todos ellos en el ámbito del Título III del TRET, que se ve sometido por la iniciativa de la autonomía colectiva a una flexibilidad aplicativa desconocida hasta ahora.

2. De la distinción entre contenido obligacional y contenido normativo en relación a los Acuerdos.

Este tema de la naturaleza jurídica y de la eficacia de los acuerdos está relacionado con otra cuestión bastante más compleja que es la de la distinción entre contenido obligacional y contenido normativo y su aplicación a ambos acuerdos. Dicha aplicación puede ser un buen banco de pruebas para examinar brevemente la situación actual de este tema.

Ciertamente, la situación es confusa. Como apunta la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997, «es conocido lo incierto y oscilante en la delimitación entre cláusulas normativas y obligacionales, tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia, pues en ambos campos se cruzan las soluciones adoptadas, ya que se opera con planteamientos movedizos y bien flexibles».

Como es sabido, una importante línea jurisprudencial ha basado esta distinción, siguiendo a la doctrina científica más tradicional, en la diferenciación entre contenido colectivo y contenido individual de los convenios, siendo el primero típico del contenido obligacional y el segundo del normativo. Se trata de una equiparación, que tuvo su razón de ser en el contenido típico convencional de hace bastantes décadas, pero que, aplicado a nuestra realidad negocial actual, arroja resultados muy insatisfactorios, especialmente desde la perspectiva de la seguridad jurídica. En efecto, existen cláusulas relacionadas con las relaciones laborales individuales de las que difícilmente pueden predicarse su carácter normativo -por ejemplo, el compromiso de contratar a un número de trabajadores en un plazo determinado-, mientras que existen cláusulas colectivas con carácter claramente normativo -así, un incremento en determinadas facultades de la representación unitaria en un convenio sectorial-.

Hay que tener en cuenta que en nuestro Ordenamiento jurídico esta distinción, lejos de ser puramente dogmática, tiene enorme trascendencia jurídico-positiva, como demuestran los artículos 86.3 y 93 del TRET. Por cierto que, como después veremos, algunas sentencias están adoptando el criterio de que si la cláusula en cuestión continúa tras la denuncia del convenio entonces es normativo, y si no obligacional, haciendo así una consecuencia de lo que en teoría tiene que ser la causa.

Pero, en general, existe una enorme inseguridad en los tribunales laborales sobre esta distinción. Ello se refleja en la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997, la cual apunta el criterio de que «mientras las (cláusulas) normativas se proyectan sobre los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito, las obligacionales vinculan a los firmantes que las suscribieron».

Ciertamente, el criterio que parece acoger la sentencia de los destinatarios de las cláusulas es importante, aunque necesita una elaboración mayor y ciertas matizaciones.

A nuestro juicio, el criterio de diferenciación esencial entre el contenido obligacional y el contenido normativo ha de estribar a su vez en la distinción entre partes contratantes y sujetos (individuales y colectivos) sometidos al acuerdo o convenio.

Para las partes contratantes, la distinción en sí no es relevante, ya que todo lo acordado es obligacional, y están comprometidas a su cumplimiento. Lo que ocurre es que tal cumplimiento variará según el contenido de las cláusulas. Habrá cláusulas de cumplimiento directo por las partes -obligación empresarial de dotar periódicamente a la parte laboral de una determinada información- y otras en las que esencialmente tendrá que desarrollarse el deber de influencia, para que las cumplan los sujetos sometidos al convenio -el pago de una determinada cuantía salarial o la limitación de la jornada-.

Este deber de influencia es claro respecto a los convenios colectivos supraempresariales desde la perspectiva de la asociación empresarial, a la que no le incumbe ni pagar salario ni limitar la jornada de trabajo. En el caso de convenio colectivo de empresa, en este caso la parte empresarial asume un compromiso directo respecto a la ejecución de todo el convenio.

Ahora bien, lo que ocurre es que el destinatario de ese compromiso será diferente según el contenido de las cláusulas, en tanto que habrá algunas que establezcan derechos y obligaciones respecto a la otra parte -las del art. 87 del TRET- y otras que tendrán como destinatarios a los trabajadores.

Es para los sujetos sometidos al convenio cuando la distinción entre contenido obligacional y contenido normativo adquiere toda su importancia. Para ellos, hay cláusulas, las obligacionales, que regulan derechos y obligaciones entre las partes y cuyo cumplimiento, y la exigencia jurisdiccional del mismo, sólo compete a las mismas. Cuando, por el contenido de la cláusula, se está estableciendo un derecho exigible por los sujetos ante la jurisdicción laboral, entonces estamos ante una cláusula normativa.

De esta forma, el criterio esencial es el de la naturaleza jurídica en sí de la cláusula y el de su eficacia, tal como traducida en la exigibilidad de su cumplimiento, ante la jurisdicción laboral. Hay que tener en cuenta que es posible la existencia de cláusulas de contenido complejo, que tengan una vertiente dual, tanto obligacional como normativa.

Si lo anterior lo aplicamos al AINC, es claro que no es posible distinguir entre contenido obligacional y contenido normativo, dado que todo es un conjunto obligacional, sin contenido normativo para sujeto alguno.

A pesar de lo indicado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997, que considera en general que las comisiones paritarias forman parte del contenido normativo del convenio, no es posible considerar como tal a la comisión paritaria prevista en el apartado VII del Acuerdo. No se trata de una «norma» de configuración, ni tan siquiera, lo que sería técnicamente más correcto, de una «cláusula» de configuración, como son claramente las de ámbito personal, territorial, temporal y funcional, que son las que delimitan los ámbitos de aplicación del convenio o acuerdo, así «configurándolo».

La comisión paritaria no puede considerarse, por definición, como formando parte del contenido normativo del convenio colectivo. Más aún, como después veremos, normalmente establecerá exclusivamente obligaciones respecto a las partes, por lo que pertenecerá al contenido obligacional.

Respecto a su pervivencia o no una vez denunciado el convenio, hay que tener en cuenta que la redacción del artículo 86.3 del TRET es confusa. Como se ha indicado reiteradamente, más que perder vigencia las cláusulas obligacionales tras la denuncia del convenio, se ha de entender que es tras el término de la vigencia de un convenio debidamente denunciado. No obstante, lo cierto es que, aun así, tiene poco sentido que desaparezca la comisión paritaria cuando es necesario todavía administrar un convenio que, en su contenido normativo, continúa en vigor. Pero ello no hace de la comisión parita-

ria una cláusula normativa *per se*, sino que pone de manifiesto la inadecuada redacción del artículo 86.3 del TRET en el tema de la vigencia del contenido del convenio colectivo. Lo que ocurre es que esta inadecuación se ve suavizada por la doctrina jurisprudencial que, correctamente en nuestra opinión, considera que esta pérdida de vigencia del contenido obligacional admite pacto en contrario.

En el ACV, sí tiene sentido la distinción entre contenido obligacional y contenido normativo, dada su dualidad de eficacia y la posibilidad de distinguir entre partes y sujetos sometidos al Acuerdo.

Así, por ejemplo, es clara la naturaleza normativa del artículo 11.1 -«Los trabajadores que a la entrada en vigor del presente Acuerdo tengan reconocido el plus de antigüedad lo seguirán percibiendo, manteniendo el régimen y naturaleza de dicho plus, como complemento de carácter personal»- o del artículo 16 -«El pago del salario en efectivo se hará en el lugar de trabajo por períodos mensuales, quincenales o semanales...»-.

El artículo 5 -«Administración del Acuerdo»-, en principio, tiene naturaleza obligacional. Como acabamos de ver, discrepamos de la opinión de que la comisión paritaria es, por definición, parte del contenido normativo. Su exacta delimitación dependerá de sus funciones. Si sólo establece obligaciones entre las partes, será obligacional. Si, por el contrario, establece también derechos respecto a los sujetos -colectivos y/o individuales-, entonces podrá incluirse en el contenido normativo respecto a estas funciones. Este último caso ocurriría cuando se establece el derecho del trabajador de acudir a la comisión paritaria del convenio para solucionar sus reclamaciones antes de acudir a la jurisdicción social.

Distinta es la cuestión de si la comisión paritaria puede tener o no, en cuanto órgano regulador, funciones normativas, tema que se plantea a la luz de lo previsto en la disposición transitoria única y que abordamos a continuación.

3. Comisiones paritarias y funciones normativas.

Como es sabido, hay una reciente línea jurisprudencial, que tiene una de sus manifestaciones más significativas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1996, que considera de una forma estricta las funciones de la comisión paritaria.

Concretamente indica que «entre las atribuciones de la comisión paritaria no figura la modificación de lo pactado en convenio colectivo... (es) cierto que el propio convenio colectivo puede atribuir a la comisión paritaria de aplicación otras facultades relacionadas con lo que la doctrina ha llamado "administración del convenio" ... pero... la determinación de las funciones respectivas de la comisión negociadora del convenio y de la comisión de aplicación del mismo en el marco de la negociación colectiva de eficacia general corresponde en exclusiva al legislador, y excede por tanto de las atribuciones de los sujetos con capacidad convencional representados en la propia comisión negociadora asignar valor normativo a los acuerdos de la comisión de aplicación».

Si ello es así, entonces surge la duda de la validez de la disposición transitoria única del ACV. La duda se centra esencialmente en determinar si esa función que adjudica a la comisión paritaria de «elaborar y aprobar tablas de equivalencia entre las categorías profesionales de cada Ordenanza Laboral ya extinguidas, y los grupos profesionales definidos (en el ACV)» es normativa o estrictamente de administración.

En principio, nos podríamos inclinar por considerar esta función como un acto de ejecución, más que normativo. Se trataría de conectar dos actos normativos de definición de categorías y grupos mediante el establecimiento de una equivalencia. No obstante, como resultado de ello, pueden existir categorías y grupos iniciales que se vean alterados, especialmente mediante una ampliación funcional. En este caso habría un componente normativo para el trabajador, que vería ahora modificadas sus funciones.

Si se da esta vertiente normativa, entonces, según aquella jurisprudencia, no podría ser una función a acometer por la comisión paritaria, debiendo ser la comisión negociadora del propio convenio, que desarrolle funciones normativas permanentes y «a plazos». Se trataría de una función normativa integradora del convenio.

Claro es que puede darse la circunstancia de que la comisión paritaria pueda ser, al mismo tiempo, en base a su composición, la comisión negociadora, que puede actuar, con las mismas personas, en esas dos vertientes, administradora y normativa. El requisito sería que en su composición, funcionamiento y adopción de acuerdos respetaran los requisitos de los artículos 87 a 89 del TRET, los cuales no son obligatorios para la comisión paritaria.

Así, por ejemplo, en la comisión paritaria del ACV se establece que las decisiones de dicho órgano se adoptarán por mayoría absoluta del órgano en sí -art. 5 a)-, mientras que el artículo 89.3 del TRET requiere «el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones».

Creemos que en este tema, y permitiéndonos discrepar de la opinión del Tribunal Supremo en la mencionada Sentencia de 4 de junio de 1996, la cuestión jurídica esencial estriba no tanto en la redacción exacta del artículo 85.2 e), como en la preservación del acceso a la negociación colectiva estatutaria por las partes que en cada momento tengan la legitimación negociadora para ello.

Como se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, el reconocimiento del derecho de sindicatos a participar en funciones normativas de la comisión paritaria se basa precisamente en la necesidad de impedir que las partes que en un momento determinado ostentan los distintos niveles de legitimación para ello -inicial, plena y decisoria- no bloqueen el poder de regulación respecto a aquellas partes que en un momento determinado no quisieron o no pudieron negociar un convenio colectivo estatutario. Mediante el mecanismo de hacer de la comisión paritaria del convenio una continuación de la comisión negociadora inicial y dar al convenio colectivo una extensa duración, podría perpetuarse durante un tiempo excesivo la situación de legitimación negocial existente en un determinado período.

No obstante, si ello se salva, si la comisión paritaria no es limitativa del derecho a negociar de parte legitimada alguna en un sector o empresa específica y en un momento determinado, y si se respetan los requisitos de los artículos 87 a 89 del TRET, no debería haber inconveniente para que la comisión paritaria desarrollara funciones normativas, esencialmente cuando estamos ante convenios de uno o dos años de duración.

De hecho, y como se ha puesto de manifiesto reiteradamente, los convenios colectivos tienen tendencia a atribuir un número creciente de funciones normativas en las comisiones paritarias, sin que creamos que por definición y en todo caso ello pueda ser considerado ilegal, como parece desprenderse de la línea jurisprudencial que hemos reseñado.

II. LA REGULACIÓN DEL AINC SOBRE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL Y EL ARTÍCULO 84 DEL TRET

1. La configuración de la relación entre niveles negociales en los artículos 83 y 84 del TRET.

A efectos de comparación con lo establecido en el AINC, vamos a recordar brevemente el (complejo) diseño resultante de los actuales artículos 83 y 84 del TRET.

En principio, el artículo 84, párrafo (pfo.) 1 establece una prohibición de concurrencia entre convenios cuyo significado difiere según partamos de un convenio colectivo de ámbito superior respecto a otros de niveles inferiores o, a la inversa, de un convenio de ámbito inferior respecto a otros de ámbito superior.

Así, en base a esa prohibición de concurrencia, pactado un convenio colectivo del Título III del TRET, no es posible, durante su vigencia, realizar *ex novo* convenios colectivos de ámbito inferior, dado que ello «afectaría» a su ámbito de aplicación.

Por el contrario, esta regla no es posible aplicarla cuando estamos ante un convenio colectivo en relación a ámbitos superiores, dado que sería ilógico que, por ejemplo, un convenio colectivo sectorial provincial imposibilitara la posterior conclusión de un convenio colectivo sectorial autonómico o estatal.

En este caso, para determinar el convenio colectivo aplicable hay dos posiciones en nuestra jurisprudencia. O bien considerar que el convenio colectivo superior no puede «invadir» la unidad negocial inferior hasta el término de la vigencia de este convenio. O bien acudir al artículo 3.3 del TRET, cuando establece que los conflictos originados entre normas colectivas «se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables». De esta forma, se debería determinar la aplicabilidad de uno de los convenios en base a su carácter global más favorable.

No obstante, esta preservación del convenio inferior más favorable en su conjunto cede cuando estamos ante materias que, en virtud de lo establecido en el artículo 83.2 o del artículo 84, párrafo 3.º o, especificando este último precepto como veremos, diversos preceptos del Título I del propio TRET, se imponen jerárquicamente a los niveles inferiores desde el mismo momento de su entrada en vigor, de forma que también se aplican a los convenios colectivos de ámbitos inferiores vigentes con anterioridad al posterior jerárquicamente superior. El principio de norma más favorable cede aquí, al de jerarquía, sin perjuicio de la actualización de las cláusulas de vinculación a la totalidad de los convenios colectivos inferiores -que en muchos casos permiten la renegociación total o parcial del convenio por alteración del mismo provocada por norma jerárquicamente superior, legal o convencional-.

Volviendo al artículo 84, esta «incomunicabilidad» entre unidades de negociación se complica enormemente en base a la remisión que realiza el artículo 84 párrafo 1.º al artículo 83.2 del TRET, complejidad que, a su vez, se incrementó en 1994 con lo establecido en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 84. Para mayor claridad expositiva, podemos decir que, respecto al artículo 84 párrafo 1.º, estos tres preceptos integran la regla de las tres excepciones: el artículo 83.2 formula una excepción al párrafo 1.º del artículo 84 (PRIMERA EXCEPCIÓN) mediante el establecimiento de una jerarquía entre convenios que puede interferir con la no concurrencia, excepción que, a su vez, conoce una excepción en el párrafo 2.º del artículo 84 del TRET (SEGUNDA EXCEPCIÓN) por medio de la cual se rompe la jerarquía del propio artículo 83.3, pero excepción segunda que, a su vez, conoce una nueva excepción (TERCERA EXCEPCIÓN) en tanto que, en determinadas materias (las indicadas en el art. 84 pfo. 3.º), se mantiene la jerarquía establecida en el artículo 83.2 del TRET.

En efecto, la primera excepción a la prohibición de concurrencia del artículo 84 párrafo 1.º viene dada por el artículo 83.2 cuando establece la posibilidad de que en niveles superiores negociales se establezcan las reglas de articulación y concurrencia entre convenios colectivos. En virtud de ello, se les da a las partes contratantes en tales niveles superiores un poder normativo de «Jerarquización» legal entre convenios, de forma que los convenios colectivos superiores puedan determinar si puede existir negociación a niveles inferiores y qué materias pueden o no negociarse en los mismos. Además, ya lo hemos indicado, ello permite la posibilidad de que convenios superiores penetren en unidades negociales inferiores vigentes con anterioridad.

Con la reforma de 1994, y con la introducción del párrafo 2.º del artículo 84 del TRET, se establece una excepción a esta posibilidad de jerarquización. En los niveles supraempresariales territorial y sectorialmente inferiores, y con determinadas condiciones de legitimación, es posible que se negocien y se regulen materias con independencia de lo que se establezca a niveles superiores.

No obstante, esta desjerarquización operada por el artículo 84 párrafo 2.º conoce a su vez una excepción en el párrafo 3.º del propio artículo 84, en el sentido de que es parcial. En efecto, existen materias ahí enumeradas (período de prueba, modalidades contractuales,...) respecto a las cuales los niveles negociales inferiores tienen que respetar lo establecido a nivel superior, de forma que, respecto a dichas materias, continúa operando la posibilidad de jerarquización entre convenios establecida en el artículo 83.2 del TRET.

En definitiva, pues, la actual regulación de la estructura negocial se caracteriza por una jerarquización parcial entre convenios colectivos, posibilitadora a su vez de un grado considerable de descentralización negocial, en tanto que, con la excepción de las materias indicadas en el artículo 84 párrafo 3.º, los niveles negociales de ámbitos inferiores al nivel sectorial estatal tienen un grado considerable de autonomía en relación a materias esenciales de las relaciones laborales, tanto colectivas como individuales.

2. La distribución de materias entre niveles negociales en el AINC.

En el apartado 11.º del AINC se indican una serie de reglas sobre la ordenación de niveles negociales en las que el principio general es la necesidad de atribuir una serie de materias al nivel sectorial estatal que o bien no deben ser objeto de tratamiento en niveles inferiores o bien pueden serlo, pero según las pautas establecidas en aquel nivel superior.

De acuerdo con este esquema, el AINC enumera 14 materias que «deberían» ser tratadas a nivel estatal sectorial. Desde el punto de vista del artículo 84 párrafo 3.º algunas de estas materias indicadas en el AINC pueden ser reconducidas a las indicadas en dicho precepto, de forma que el nivel de novedad respecto a su posible «centralización» es relativo.

Sin embargo, otras materias indicadas en el AINC como aconsejables de incluir en el convenio colectivo estatal sectorial no figuran en el artículo 84 párrafo 3.º, novedad que se acrecienta si tenemos en cuenta la importancia de algunas de estas materias.

En principio las materias indicadas en los apartados 2.º («Contratación laboral del sector»), 3.º («Estructura profesional») y 9.º («Régimen disciplinario») del AINC son reconducibles a las materias indicadas en el artículo 84 párrafo 3.º cuando habla de «modalidades de contratación», «grupos profesionales» y, por supuesto, «régimen disciplinario».

En consecuencia, la centralización de tales materias por el AINC sólo representa novedad en el sentido de que ahora se indica expresamente que la centralización «debería» desarrollarse específicamente a nivel sectorial estatal, mientras que el artículo 84 párrafo 3.º no indica explícitamente a qué nivel puede desarrollarse una regulación que excluya su tratamiento a niveles inferiores.

Existe una cuarta materia, la indicada en el apartado 10.º -«Seguridad, salud y prevención laboral»- que también podría ser reconducida al artículo 84. párrafo 3.º, que incluye «seguridad e higiene en el trabajo». Sin embargo, nótese que este último precepto habla de «normas mínimas», mientras que el AINC se refiere a la «adaptación» de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, lo que no necesariamente ha de significar lo mismo, siendo el segundo término más amplio.

Dentro del segundo grupo de materias, aquellas contempladas en el AINC pero no incluidas en el artículo 84. párrafo 3.º, podemos a su vez realizar una distinción.

Por un lado, están aquellas materias cuya referencia en el AINC tiene una trascendencia que podríamos calificar, al menos en términos estrictamente jurídicos, como menor.

Dentro de este apartado podemos incluir los llamamientos a potenciar las comisiones paritarias (apdo. 12.º), a adherirse al Acuerdo Nacional de Formación Continua (apdo. 13.º) o adherirse al ASEC (14.º).

El grado de novedad de lo indicado en el apartado 6.º sobre «movilidad, cambio de condiciones de trabajo y otros» depende del alcance que se le dé a su contenido, bastante difuso y en el que, además, se habla de «convenios colectivos», en general, sin mayores especificaciones. En todo caso, los «instrumentos de información y consulta» y los «procedimientos para resolver las discrepancias» en el ámbito de artículos tales como 40, 41 ó 51 del TRET no están actualmente especificados para su regulación en nivel negocial alguno.

Por otro, el AINC se refiere a materias para su centralización que no sólo suponen una novedad respecto a las indicadas en el artículo 84 párrafo 3.º sino que, además, son de por sí muy importantes y su regulación en el AINC es más taxativa.

Dentro de este grupo podemos agrupar los apartados 4.º, 5.º, 7.º y 8.º.

En el apartado 4.º se contempla la «estructura salarial». De ella se predica en el último párrafo, *a sensu contrario*, que debe reservarse al nivel estatal sectorial el «establecimiento de conceptos o criterios que definen la estructura salarial vigente». Tales conceptos y criterios no están previstos para su centralización en el artículo 84 párrafo 3.º y, además, el artículo 26 del TRET se remite para su regulación, en general, a la negociación colectiva, sin especificar nivel alguno.

En el apartado 5.º se regula el tema de «*jornada*». En dicho apartado se establece la necesidad de reservar para el convenio colectivo estatal la fijación de «la jornada máxima efectiva de trabajo en el cómputo que acuerden las partes y los criterios de distribución en el sector correspondiente».

También se reserva para el nivel de los «convenios colectivos nacionales» tanto la «posible reducción de las horas extraordinarias» como «su compensación por tiempo de descanso».

Ni en el artículo 34 ni en el artículo 35 del TRET, la regulación de tales materias se reserva al nivel sectorial estatal, en tanto que su regulación va referida, en general, a los «convenios colectivos».

En el apartado 7.º se regulan los denominados «derechos sindicales y régimen de información y consulta en las relaciones laborales». En esta materia, respecto a la que el artículo 84 párrafo 3.º mantiene silencio, tanto el TRET como la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985 prevén, en todo caso, su posible ampliación por la negociación colectiva en general, sin especificación de nivel.

En el AINC se indica que, «a la negociación colectiva de ámbito sectorial estatal, le corresponde... un importante papel de adaptación y reordenación de derechos, especialmente en materia de organización del trabajo y cambio de condiciones y contratación laboral».

Este papel de la negociación colectiva sectorial estatal se entiende que ha de servir de marco para el desarrollo por la negociación colectiva sectorial, ahora sin especificar niveles, de las materias indicadas en los catorce apartados que a continuación se indican en el AINC.

Por consiguiente, lo que se prevé es una especie de marco estatal a nivel sectorial en el que se contengan delimitaciones, mínimos y bases respecto a estos derechos colectivos a desarrollar por los convenios de ámbito inferior, lo cual no está previsto en la normativa actual y representa una centralización respecto a lo establecido en los artículos 83 y 84 del TRET ahora vigentes.

Como vemos pues, al menos en relación a estas últimas tres materias, el AINC prevé una centralización en la regulación de determinados aspectos que, a su vez, supone el establecimiento de una jerarquización convencional diferente a la actualmente prevista en el artículo 83.2 en relación al artículo 84 párrafos 2.º y 3.º.

En efecto, hay que tener en cuenta que, como se indica en el apartado 11.º del AINC, lo que se prevé es que «la negociación colectiva de ámbito territorial y de empresa (pueda) desarrollarse... expresamente vinculad(a) al convenio colectivo estatal».

En consecuencia, lo que se prevé con esta jerarquización respecto a las materias indicadas en los anteriores apartados, es aplicar unas reglas de articulación en virtud de las cuales unas materias «serían de directa aplicación, reservadas al ámbito sectorial nacional», otras «requerirían un desarrollo posterior en ámbitos inferiores» y, en fin, «otras podrían ser remitidas a ámbitos inferiores».

En conclusión, el AINC diseña un esquema que era posible, a efectos normativos, con anterioridad a 1994 en virtud del artículo 83.2 del ET y de la remisión que al mismo hacía el artículo 84 del ET, pero que, con la introducción en 1994 del párrafo 2.º del artículo 84 del TRET sólo es actualmente viable respecto a las materias indicadas en el artículo 84 párrafo 3.º -o en otro precepto legal de forma expresa-.

3. Eficacia jurídica del AINC en relación a la normativa actual (arts. 83 y 84 del TRET).

De lo indicado anteriormente se concluye que hay una falta de sintonía entre lo actualmente regulado en los artículos 83 y 84 del TRET y lo establecido en el AINC, tanto por prever la centralización a nivel sectorial estatal de materias como, sobre todo, por establecer respecto a las mismas una vinculación de los niveles sectoriales inferiores más allá de lo previsto en el artículo 84 párrafo 3.º del TRET.

La cuestión que entonces ha de responderse es cómo se ve afectado el AINC por la normativa actualmente en vigor y a la inversa.

Ha de dejarse claro desde un principio que esta discordancia no hace ilegal la regulación contenida en el AINC, sino que sólo limita su eficacia jurídica.

En efecto, la afirmación esencial a realizar es que, mientras que continúe en vigor el artículo 84 párrafos 2.º y 3.º, es de aplicación su normativa por lo que se refiere a las materias susceptibles de centralización y la subordinación o no de niveles inferiores a lo establecido en niveles superiores.

El AINC no modifica por sí mismo lo establecido en el TRET, lo que no podría en todo caso por el principio de legalidad y jerarquía entre fuentes, tal como se establece en el artículo 3.1 del TRET.

Además, la eficacia del AINC es meramente obligacional, según hemos visto que se indica en su apartado II: «las estipulaciones que forman parte del presente Acuerdo así como de los compromisos contraídos revisten jurídicamente carácter obligacional».

Por tanto, y como el propio apartado indica, del AINC se desprende la obligación de las Confederaciones signatarias de actuar e influir para que sus respectivas organizaciones se ajusten a lo ahí pactado.

Ahora bien, respecto a los convenios colectivos firmados por sus organizaciones miembros, su validez o invalidez jurídica, tanto a efectos normativos como a efectos obligacionales, hay que enjuiciarla desde la perspectiva de los actuales artículos 83 y 84 del TRET, y no desde la perspectiva del AINC.

De ello se desprende que, firmado un convenio colectivo sectorial estatal en el que se regulen de una determinada forma materias no contenidas en el artículo 84 párrafo 3.º del TRET y sí indicadas en el AINC -conceptos salariales, por ejemplo-, un eventual convenio colectivo sectorial de ámbito inferior podría establecer válidamente en términos jurídicos una regulación diferenciada respecto a la contenida en el estatal sobre tales materias «extra-artículo 84 párrafo 3.º».

Desde la perspectiva de los ámbitos personal, geográfico, funcional y temporal del convenio colectivo sectorial inferior, su regulación será la aplicable con eficacia normativa a trabajadores y empresarios, de forma que la jurisdicción laboral deberá aplicar dicha regulación, y no la del convenio colectivo sectorial estatal. Todo ello, insistimos, respecto a aquellas materias diferentes a las del artículo 84 párrafo 3.º y que, en virtud del artículo 84 párrafo 2.º están desjerarquizadas, como hemos visto.

Ciertamente, y en virtud de la eficacia obligacional del AINC, la Confederación firmante del AINC a la que pertenezca la organización signataria de un convenio colectivo sectorial infraestatal que sea contradictorio con lo establecido en un convenio colectivo sectorial estatal tendrá a su alcance la aplicación de las medidas disciplinarias estatutariamente previstas.

Pero, como se ve, se trata de una disfuncionalidad que tiene efectos organizacionales internos, pero que no cuestiona la validez y eficacia obligacional y normativa del convenio colectivo sectorial de ámbito inferior.

4. El artículo 84 del TRET y la Ley 63/1997.

Como consecuencia del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo (AIEE) y del Real Decreto-Ley 8/1997, la Ley 63/1997 ha recogido determinadas modificaciones del Estatuto de los Trabajadores que, de una forma indirecta, afectan al artículo 84 del TRET.

En efecto, en determinadas materias relacionadas con los contratos de formación, prácticas y eventuales, ciertos aspectos se reservan en su regulación a convenio colectivo estatal, y, sólo «en su defecto» es posible negociar en otros niveles sectoriales inferiores: determinación de los puestos de trabajo, grupo, nivel y/o categoría profesional que pueden ser ocupados con contratos en prácticas -art. 11.1 a)-, duración de tales contratos -art. 11.1 b), tema este no contenido en el AIEE-, número máximo de contratos de formación -art. 11.2 b)-, fijación de la duración de tales contratos -art. 11.2 c)- y, por último, modificación de la duración máxima de los contratos eventuales -art. 15.1 b)-.

La cuestión que se plantea es si esta jerarquización entre convenios efectuada en el ámbito del Título I del TRET modifica, indirectamente, el artículo 84 de dicha norma.

Probablemente la respuesta sea negativa, inclinándonos más por la opinión de que lo que se ha realizado es una especificación de lo ya dispuesto en el mencionado artículo 84.

En efecto, hay que tener en cuenta que, como hemos indicado, el artículo 84 reserva a los niveles sectoriales superiores -en general- la regulación de las «modalidades de contratación». Bajo dicho título es evidente que pueden incluirse los aspectos indicados de los contratos de formación y prácticas y, en una interpretación amplia, los contratos eventuales.

Si ello es así, lo único que se hace en la reciente reforma estatutaria es especificar algunas materias dentro de la genérica de «modalidades de contratación» que no pueden ser reguladas a niveles inferiores, concretando que estos últimos son los inferiores al nivel sectorial estatal, en principio, y sólo en su defecto, los restantes sectoriales.

De esta forma, no existiría contradicción entre la reforma estatutaria del Título I introducida por la Ley 63/1997 y el artículo 84 del TRET, siendo la clave la consideración de que la primera realiza una especificación del artículo 84, párrafo 3.º en base a una interpretación amplia de la expresión «modalidades de contratación».

Respecto a estas materias hay que indicar que la prohibición de concurrencia unida al principio de jerarquía establecido legalmente entre convenios respecto a las mismas hace que, estando en vigor un convenio colectivo estatal que las regula, los inferiores sólo pueden regularlas si lo permite aquel convenio, y precisamente en el sentido que éste lo permita. Si no se actualiza el artículo 83.2 en tales materias, entonces los convenios sectoriales inferiores no podrán regularlas, excepto en los ámbitos de adaptación a la empresa.

Estando en vigor un convenio colectivo de nivel inferior al estatal que se ocupa de tales materias, y entrando en vigor uno sectorial estatal que regule éstas, entonces, y excepto si se indica lo contrario en el mismo, esta última regulación estatal sectorial se aplicaría a las unidades inferiores, incluso continuando en vigor los convenios sectoriales inferiores en el resto de las materias no alteradas por el superior estatal.

Claro es que, ya lo hemos dicho, nada impide que los inferiores sectoriales prevean en sus cláusulas de vinculación a la totalidad que, produciéndose una alteración parcial del convenio por norma de jerarquía superior -como es este caso-, entonces se deba renegociar todo o parte del convenio afectado.

III. EL ACV: RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y *NON BIS IN ÍDEM*

De los distintos problemas que suscita el ACV, uno de los más relevantes se refiere al régimen disciplinario.

Más concretamente, el tema se centra en determinar la adecuación al principio de legalidad del artículo 25 de la Constitución Española, y más concretamente al principio de *non bis in ídem*, de aquellos tipos en los que lo sancionado es la reincidencia en la comisión de faltas en un espacio temporal determinado.

Así, el artículo 18.2 n), sanciona como falta grave «la reincidencia en la comisión de cinco faltas leves, aunque sea de distinta naturaleza y siempre que hubiere mediado sanción distinta de la amonestación verbal, dentro de un trimestre».

En el mismo sentido, el artículo 18.3 m) considera como falta muy grave «la reincidencia o reiteración en la comisión de faltas graves, considerando como tal aquella situación en la que, con anterioridad al momento de la comisión del hecho, el trabajador hubiese sido sancionado dos o más veces por faltas graves, aun de distinta naturaleza, durante el período de un año».

Aunque ambos apartados tocan la reincidencia, lo cierto es que lo hacen en un sentido en parte diferente.

En el artículo 18.2 n), y en una interpretación literal, lo que se sanciona es «la reincidencia en la comisión de cinco faltas leves», lo que quiere decir que cuando el trabajador haya cometido 10 faltas leves, entonces podrá ser sancionado por falta grave.

Más probablemente la intención de las partes es que, cometida y sancionada la quinta falta leve, puede sancionarse al trabajador, además, con una falta grave, mediando los requisitos establecidos en dicho precepto.

Como se ve, lo que se sanciona como falta grave no es la quinta falta, que puede -y debe, para computar- ser sancionada en cuanto falta leve, sino una nueva falta, autónoma de las demás, consistente en la comisión de las cinco faltas en su conjunto.

Por su parte, el artículo 18.3 m) establece una configuración algo diferente de la reincidencia. Indica que cuando el trabajador ha sido sancionado dos o más veces por una falta grave, entonces la falta grave adicional que cometa -la tercera, la cuarta..., a discreción del empresario- puede ser sancionada como muy grave.

En un sentido estricto, lo que ambos preceptos abordan es lo que en la doctrina tradicional se denomina la «reiteración» o «reincidencia genérica», en tanto que se refiere a faltas que pueden ser de distinta naturaleza, lo cual la diferencia de la reincidencia en sentido estricto, que exige el que se trate de faltas de igual o similar naturaleza.

A esta última tipología de reincidencia se refiere el artículo 22.8.º del Código Penal, cuando considera que hay reincidencia «cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza».

A ella también se refiere el artículo 38 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) de 1988, al indicar que «existe reincidencia cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción...».

La cuestión que el ACV plantea es si es admisible una reincidencia genérica en relación a la potestad disciplinaria del empresario o no, dado que es la que contempla los dos preceptos citados del ACV.

No creemos que deba haber una objeción de principio al respecto, sin que el dato de que dicha reincidencia no coincida con la reincidencia penal y la administrativa laboral sea determinante.

Además de que, como es sabido, la aplicación de los principios de la potestad sancionadora penal y administrativa ha de ser matizada respecto a la potestad disciplinaria empresarial, lo cierto es que puede ser basada la existencia de tal reincidencia en este último ámbito en la misma fundamentación de la reincidencia genérica en sí.

Esto es, si con la reincidencia genérica se castiga una propensión a mantener una conducta infractora, es posible argumentar que en una relación tan peculiar como la laboral, la represión y prevención de esta propensión es especialmente trascendente, pasando a un segundo plano el hecho de que se trate de infracciones de distinta naturaleza.

Con otros términos, lo que el empresario castiga al fundamentar su potestad sancionadora en la reincidencia genérica no es sólo la comisión de una falta, sino, además, el desarrollo por el trabajador de una «conducta infractora» que en sí misma se muestra como negativa para el contrato de trabajo, sean las faltas anteriores de igual o distinta naturaleza.

Así, pues, no vemos dificultad en este aspecto diferencial.

Sin embargo, sí la vemos en relación al tipo sancionado identificado en el artículo 18.2 n). En efecto, lo aquí sancionado no es un «agravante de la responsabilidad», como en el caso del artículo 22.8.º del Código Penal, ni es un criterio de graduación de la sanción administrativa laboral, como en el supuesto del artículo 38 de la LISOS.

Ni tan siquiera se está en el supuesto de que la quinta infracción sea calificada como infracción grave, en vez de leve, en base a la existencia de «multirreincidencia».

Lo que se está estableciendo es que las cinco faltas sean sancionadas individualmente y, además, que se tipifique una infracción autónoma consistente en la comisión de las cinco faltas leves, infracción a sancionar también de forma independiente.

La doctrina judicial ha rechazado esta posibilidad. Así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de julio de 1994, se indica que «en modo alguno sería admisible la tesis de que varias infracciones penales y administrativas ya sancionadas... dieran lugar a una nueva infracción... o, lo que es lo mismo, que la reincidencia fuera contemplada como una infracción en sí misma considerada formada por la suma de varias infracciones ya sancionadas... en caso contrario se produciría una flagrante vulneración del principio *non bis in ídem*, al sancionar doblemente la misma conducta infractora». En otra sentencia de la misma Sala y fecha se indica que «en el caso se utilizan infracciones ya sancionadas para construir una nueva infracción... unas mismas infracciones ya sancionadas han servido a la Administración para tipificar una nueva infracción y, además, agravar la sanción a imponer, lo que exige, necesariamente, su anulación por disconformidad a Derecho».

En el ámbito específicamente laboral, la posibilidad de la reincidencia en cuanto tipo autónomo se rechaza en Sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 10 de noviembre de 1992, en la cual se establece la imposibilidad de sancionar con el despido disciplinario un conjunto de faltas que habían sido previamente sancionadas, individualmente, con una sanción menor, imposibilidad que se establece en base al principio *non bis in ídem*.

A nuestro juicio, esta doctrina ha de considerarse como correcta, y de ahí que deba considerarse que atenta contra el principio *non bis in ídem* y, en consecuencia, contra el principio de proporcionalidad y de legalidad -SSTC 152/1992 y 270/1994, entre otras- la imposición de una sanción autónoma a conductas que ya han sido sancionadas individualmente.

En este sentido, no existiría problema alguno en que la quinta infracción pueda ser sancionada como falta grave, o bien que, a la hora de sancionar esta infracción, se considere la reincidencia como criterio para aplicar la sanción en su máximo grado.

De ahí que el artículo 18.3 m) no plantee un problema como el precepto anteriormente estudiado. En efecto, lo que se indica que se sanciona como infracción muy grave es la «comisión del hecho» -ha de entenderse del hecho constitutivo de la infracción- que se ha visto precedido de dos o más infracciones graves, por lo que la reincidencia cumple su papel genuino de agravante de una infracción no sancionada, elevándola de nivel.

Por último, debemos indicar que creemos de aplicación a la sanción disciplinaria por reincidencia la doctrina general penal y administrativa de que la sanción ha de ser firme para que contabilice a estos efectos -firmeza judicial en el primer caso, firmeza administrativa en el segundo- véanse, por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1990 y de 22 de abril de 1992. En el ámbito de la potestad disciplinaria empresarial, esta firmeza consiste en que o bien la sanción no se ha recurrido ante la jurisdicción social en plazo o bien que, habiendo sido recurrida, la sentencia confirmatoria de la sanción es firme.