

FRANCISCO CARMONA POZAS
Cra. MEDINA, km 1
11510 PUERTO REAL
CÁDIZ



Cádiz, 22 de marzo de 2016

EXCMO. SR. D. JOSÉ BLAS FERNÁNDEZ

Apreciado José Blas,

Te adjunto el trabajo realizado sobre la "profesión habitual" y el "grupo profesional".

Las partes más útiles (aún interesante en su totalidad) son el "preámbulo" (orientativo) y el "análisis crítico". El resto es un estudio de la legislación laboral y de seguridad social así como de la jurisprudencia, como antecedentes necesarios para la conclusión alcanzada.

Apunto algunos temas que considero particularmente delicados o conflictivos, en su caso, solubles vía convenio colectivo o de lege ferenda.

Confío tengas tiempo y paciencia para leerlo. Y, ya me dirás.

Lo dedico a todo nuestro colectivo profesional.

Como siempre, cuenta con mi agradecimiento. Cordialmente,

A handwritten signature in blue ink, appearing to be "J. Blas", located below the text "Cordialmente,".

PROFESION HABITUAL VERSUS GRUPO PROFESIONAL

F. CARMONA POZAS

Magistrado Emérito TSJA, Sala Social Sevilla (J).

Marzo 2016

SUMARIO

- I. Preámbulo
- II. Consideración previa
- III. Profesión habitual: Antecedentes y evolución
 - a. Derecho del Trabajo
 - b. Seguridad Social
 - c. Doctrina jurisprudencial
- IV. Análisis crítico
 - a. Laboral
 - b. Seguridad Social
- V. Conclusiones

I. PREÁMBULO

La profesión habitual, concepto de arraigado valor histórico, como consecuencia de las modernas tecnologías y nuevos sistemas de organización del trabajo, progresivamente va perdiendo su significación tradicional. Subsisten, así nominadas, algunas profesiones tradicionales y las generadas por titulaciones académicas, en clara expansión éstas, bajo la fórmula de especialidades profesionales o especialistas.

El propio legislador ha impulsado sucesivas modificaciones del sistema de clasificación profesional que han dado al traste asimismo con la noción de “profesión habitual”, ocasionando serias dificultades organizativas en el marco de la relaciones laborales, causantes, presumiblemente, de cierta conflictividad, considerando el tenor y alcance del art. 22.4 del E.T., con una proyección sumamente compleja en la esfera de la seguridad social. En ésta dinámica, la reforma operada por la ley 3/2012 de 6 de julio, institucionalizaría el “grupo profesional” como único referente en el sistema de clasificación profesional, concebido potencialmente para integrar, en el contexto de la prestación laboral objeto del contrato, diversos contenidos.

El tema, importante en el terrero de las relaciones laborales por su versatilidad funcional, produce un efecto reflejo en la esfera de la seguridad social, con particular incidencia en el proceso de calificación de la incapacidad permanente. La posibilidad de integrar en el objeto del contrato diferentes tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades, respetados siempre los límites y contenido del grupo

profesional, como conjunto de aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, podría ocasionar una extrema dificultad -y consecuencias imprevisibles- a la hora de practicar, en su caso, aquella valoración de la capacidad laboral resultante, teniendo en cuenta las tareas varias o responsabilidades asignadas y asumidas contractualmente.

Zanjar esta cuestión, fundamental en muchos órdenes, exige un perentorio desarrollo reglamentario –inexcusablemente aplazado- del apartado 3 del art. 137 de la LGSS, según redacción modificada por la ley 24/1997 de 15 de julio, que oriente y clarifique la nueva ordenación de las relaciones laborales y su proyección en la esfera de la seguridad social en el campo de la invalidez, como se advertía, reparando en su trascendencia y graves consecuencias.

Su análisis conforma el presente estudio.

II. CONSIDERACION PREVIA

Los conceptos de profesión habitual y de incapacidad permanente, doctrinal y jurisprudencialmente siempre han constituido un campo sugerente de consideración y análisis, irresoluto en numerosos aspectos, pese a la relevancia de sus respectivos contenidos y manifiesto contrapunto temático. La incorporación del “grupo profesional” -prácticamente en sustitución de aquella- en el marco de las relaciones laborales y su derivada proyección en la esfera de la Seguridad Social, a priori agrava la precedente situación y plantea un cúmulo de interrogantes de espino e intrincado tratamiento y dudosas soluciones. Curiosamente, y como obiter dicta, en materia cotizatoria los grupos de cotización (para fijar las bases) se determinan a través de “categorías profesionales”, en un total de once, número que presuntamente agrupa los diferentes tipos profesionales. La futura articulación laboral del “grupo profesional” forzará modificar aquella nomenclatura y sus múltiples efectos

La complejidad del tema exige plantear, aún de forma sumaria, su génesis y evolución, desde los siguientes planos de consideración: laboral, de seguridad social y doctrina jurisprudencial. Análisis crítico y conclusiones.

III. PROFESIÓN HABITUAL: ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

a) Derecho del Trabajo

Sin especial referencia temática a la “profesión” en el Código de Trabajo de 1926, salvo las especialidades referidas al contrato de embarco, el texto emplearía la expresión “obrero” para identificar a todo sujeto trabajador. Contemplaría la figura del trabajador profesional el denominado Estatuto de Formación Profesional de 1928, atendiendo aspectos de la formación y perfeccionamiento laboral de cada trabajador, distinguiendo entre obreros, artesanos, industriales (auxiliares) y categorías superiores (ingeniería, indica). La ley de Contrato de Trabajo de enero de 1931, art. 6, nomina a

diferentes grupos de trabajadores adscritos a determinadas actividades u ocupaciones, destacando “los obreros y operarios especializados o no en oficios, profesiones manuales o mecánicas, y los que ejerzan trabajos triviales ordinarios”. La ley de octubre de 1942 sobre Reglamentaciones de Trabajo, obligaría a determinadas empresas a redactar un reglamento de régimen interior propio, configurando la clasificación del personal conforme a los arts. 15 y 16, luego desarrollado por el decreto de 12 de enero de 1961 (y normas vinculadas); se empleaban términos como “categorías profesionales o puesto de trabajo” a efectos retributivos o sistemas específicos de “clasificación profesional”. La ley de Contrato de Trabajo de 1944, en art. 6º, bajo la consideración de trabajadores por cuenta ajena, refiere una amplia serie de actividades y oficios, aun sin una clara identificación del concepto profesional, generalizando esta vaga idea al concluir: “...y en general todos los trabajadores que desarrollen actividades en situación de dependencia con respecto a las personas que las ordenan o encargan, pagando por ellas o por sus resultados una retribución”. La orden de 29 de diciembre de 1945 sobre clasificación profesional, contempla básicamente la consideración de acceder a una categoría superior por razón de la actividad prestada; su posterior actualización (orden de 8 de mayo de 1957) no comportaría innovación alguna en lo que ahora interesa. Sin embargo, la ley de bases de 19 de diciembre de 1951, sobre las condiciones de trabajo de la marina mercante, en sustitución del contrato de embargo regulado en aquella otra ley de 1944 (arts. 84 a 113), distinguió, en materia de clasificación del personal, hasta cuatro grupos profesionales (oficiales, titulados con título superior, maestranza y tripulantes subalternos), disponiendo, para ulterior regulación, la fijación de las características propias de cada grupo. La ley 21/1962 de 21 de julio, desarrollada por el decreto 2412/1962, en su art. 22 reiteraba la función del reglamento de régimen interior como ordenador de numerosos aspectos de la relación laboral, entre otros la clasificación del personal. La ley 16/1976 de relaciones laborales, tampoco supuso una aportación significativa en orden al concepto de la profesión, sin perjuicio de puntuales citas a la formación profesional. La ley de convenios colectivos de abril 1958 y su reglamento de aplicación (julio de 1958) apuntaba a una regulación autónoma genérica de los sistemas de clasificación profesional y demás aspectos concurrentes y derivados.

Durante un largo periodo de tiempo serían las ordenanzas laborales y las reglamentaciones de trabajo los instrumentos ordenadores de la clasificación de las ocupaciones laborales de forma sectorializada, inclusive con expresa remisión de los convenios colectivos a esta especial normativa. El rigor y detalle de su ordenación marcaría pautas definitivas en la determinación de la profesión habitual.

La ley 8/1980 de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores remite el régimen de la clasificación profesional a su negociación entre empresario y trabajador, conforme a los convenios colectivos de aplicación y, en su defecto, a las normas reglamentarias laborales (art. 16.4). Sobre la movilidad funcional, el art. 39. respetando los derechos económicos y profesionales del trabajador, “no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y la pertenencia al grupo profesional, señalando que se entiende por

“grupo profesional” el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación. A tal efecto, la disposición transitoria segunda, establecía la definición del grupo profesional del art. 39 con remisión “a lo dispuesto en las ordenanzas, mientras no se pacte sobre la materia a través de los convenios colectivos”.

El texto refundido de la ley 11/1994 de 19 de mayo del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por real decreto legislativo 1/1995 de 24 de marzo, en el apartado cuarto del numeral 3 de la exposición de motivos, orientaba sobre las modificaciones introducidas en la materia advirtiendo la conveniencia de aplicar una “Una definición más flexible, ya desde el ingreso al trabajo, del contenido de la prestación laboral pactada, superando los rígidos esquemas de la clasificación subjetiva de los trabajadores, y una mayor facilidad para adaptar dicha prestación a la variación de las necesidades, son los objetivos de las modificaciones introducidas en los artículos 16, 22 y 39 del Estatuto, siempre en el ámbito de lo que constituyen las aptitudes profesionales del trabajador contratado”. Respecto del sistema de clasificación profesional de los trabajadores, su art. 22 disponía que “se establecerá por medio de categorías o grupos profesionales”; ilustrando que la noción de “grupo profesional” “podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales”. Sin definir la categoría profesional, establece que tal condición es “equivalente a otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desarrollo de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación”. Su numeral 5 fijaba que “Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se establecerá el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, así como su equiparación a la categoría, grupo profesional o nivel retributivo previsto en el convenio colectivo o, en su defecto, de aplicación en la empresa, que se corresponda con dicha prestación. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de dos o más categorías, grupos o niveles, la equiparación se realizara en virtud de las funciones que resulten prevalentes”. Respecto de la movilidad funcional (art. 39), se reproducía el precedente texto, adicionando: “A falta de definición de grupos profesionales, la movilidad funcional podrá efectuarse entre categorías profesionales equivalentes”. La disposición transitoria sexta de la propia ley, con las reservas referidas, coyunturalmente se remitía a lo establecido en las ordenanzas laborales, a salvo de las previsiones convencionales.

La regulación pormenorizada de esta materia encontró un exhaustivo e importante desarrollo en el Acuerdo Interconfederal de cobertura de vacíos de 28 de abril de 1997 (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 13 de mayo de 1997) definiendo y precisando numerosos aspectos prácticos en orden a la concepción del grupo profesional “por interpretación y aplicación de los factores de valoración (conocimientos, experiencia, iniciativa, autonomía, responsabilidad, mando y complicidad) y por las tareas y funciones técnicas más representativas que desarrollen los trabajadores”. El Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva, suscrito en

febrero de 2007, reflejaría las mismas cuestiones, encontrando general aceptación y positiva respuesta en numerosos convenios colectivos.

Conforme al punto IV del preámbulo de la ley 3/2012 de 3 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, entre otras medidas para fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atravesase la empresa, el sistema de clasificación profesional pasaría, en su innovación, a “tener como única referencia el grupo profesional con el objetivo de sortear la rigidez de la noción de categoría profesional y hacer de la movilidad funcional ordinaria un mecanismo de adaptación más viable y eficaz”. El repetido art. 22 (clasificación profesional) reflejaría este objetivo de forma inequívoca y plena, definiendo el grupo profesional en los términos precedentes pero agregando “...y podrá incluir distintas tareas, funciones especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador”. Cateórico el apartado 4 disponía: “.- Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo.».

Consecuentemente y en aplicación del art. 10 de aquella ley, el art. 39 del E.T. (sobre movilidad funcional) operaba los reajustes necesarios en función de las novedades introducidas en materia de clasificación profesional (art. 22).

Ambos preceptos han sido respetados y transcritos literalmente en la reciente reforma del Estatuto de los Trabajadores aprobado por real decreto legislativo 2/2015 de 23 de octubre.

De especial relevancia resulta su tratamiento en los CONVENIOS COLECTIVOS. Los previsibles problemas prácticos derivados del nuevo sistema de clasificación profesional, conforme a los arts. 22 y 39 del E.T., han encontrado, a través de los convenios colectivos, una lógica y ágil respuesta, ordenación que no evitará, pese a todo, la dificultad íntegra y casuística de su aplicabilidad, dado el radical e importante cambio experimentado con el abandono de una figura, clásica y fuertemente arraigada, como era la categoría profesional.

Asumiendo las reglas convencionales, la nueva regulación de la materia en los convenios colectivos examinados articulan o reajustan su nueva clasificación profesional a través de los grupos profesionales, como resulta preceptivo, integrados con una formulación variada de funciones y tareas, no absolutamente definidas siempre, y sin una denominación clara de los diferentes escalones que la componen. La movilidad funcional, en general, aparece poco tratada, reparando predominantemente en la aptitud e idoneidad del trabajador, y el respecto a su dignidad; en su caso, se prestará la debida capacitación profesional para el nuevo puesto de trabajo. Su limitada diversidad se refleja, fundamentalmente, en función de su anterior organización y sistemas de clasificación profesional. En ocasiones, se configuran diferentes niveles

ocupacionales, sin que conste una asignación funcional concreta, solo pautas orientativas y detallada ejecución con responsabilidad, según el grupo. Se acordaría que el contenido funcional de los grupos profesionales tendría una duración de 10 años, a contar desde su publicación en el boe¹. En algunos supuestos, aún de forma diferenciada, se alude el contenido funcional del grupo pero advirtiendo que, igualmente “se desarrollarían las tareas suplementarias y/o auxiliares que integran el proceso completo del cual forman parte”, reiterando que las referencias funcionales de cada grupo profesional son “a modo meramente enunciativo y no limitativo”². Otros, motivados por la variedad de su ámbito funcional y antecedentes organizativos, configuran los grupos profesionales a partir de su “divisiones orgánicas”, refiriendo y precisando los criterios generales de su funcionamiento de forma minuciosa y con expresa referencia a funciones o tareas afines, en ocasiones, señalando ejemplos de integración funcional en determinado grupo profesional. Incluso previendo la adecuación de la vigente clasificación profesional a futuras modificaciones producidas como consecuencia de la evolución tecnológica y la organización del trabajo.³ O se particulariza, junto a otras singularidades, la definición del grupo profesional como la “agrupación de las tareas o funciones de igual perfil profesional y similar contenido”, definiendo, del mismo modo, lo que deba entenderse por “aptitudes profesionales”, “titulaciones” y “contenido general de la prestación”. Se fijan los grupos profesionales y las funciones asignadas a cada uno de ellos, especificando sus respectivas “ocupaciones”. El término “ocupación” actúa como centro operativo de la estructura funcional de la empresa, dotado de un contenido “básico” y opcionalmente otros funciones, inclusive de diferentes grupos profesionales; o, según las necesidades, actividades propias de la polivalencia funcional, precisando además que “la definición de la funciones básicas y de las polifunciones o funciones asociadas es facultad de la Dirección”. Sobre la movilidad funcional, sin perjuicio de remitirse al E.T., invocándose la diligencia debida en la prestación laboral, refiere la realización de otras actividades varias, “aunque no se expliciten detalladamente en el esquema funcional o puesto de trabajo” sin que las mismas tengan la consideración de “movilidad funcional”⁴. O los grupos profesionales se identifican, en parte sustancial, con el contenido de la propia prestación laboral general (técnicos, mando intermedio, técnico ayudante, administrativo...), integrados por “puestos o áreas de trabajo” como unidad organizativa básica, fijándose las debidas funciones y responsabilidades al trabajador conforme al grupo de pertenencia; se advierte que si las funciones asignadas no ocuparen plenamente su jornada laboral, realizaran los trabajos que se le asignen de acuerdo con las funciones, experiencia y clasificación profesional⁵. En ocasiones se identifican los grupos profesionales con “espacios organizativos” siguiendo criterios empresariales, integrados por varios “puestos profesionales”, definidos éstos como conjunto de funciones, actividades, tareas y/o responsabilidades encomendadas a un

¹ Convenio colectivo estatal de Grandes almacenes (boe 8/4/2013)

² Convenio colectivo estatal de Estaciones de servicio, (boe 18 septiembre de 2013).

³ XVIII Convenio colectivo general de la Industria química, (boe 18 agosto 2015)

⁴ IV Convenio colectivo de Iberdrola Grupo, boe de 25 septiembre de 2015

⁵ Convenio colectivo de Repsol lubricantes y especialidades S.A.,(boe 9 noviembre 2015)

trabajador. Las funciones que se asignan responden a un estándar genérico indistintamente fijados, contando en todo caso que “y aún cuando no se haga constar explícitamente, deberán ser puntualmente observados los reglamentos, métodos e instrucciones específicas de determinadas funciones, cuyo cumplimiento está impuesto por la naturaleza de la actividad que se presta. Se refieren los diferentes puestos profesionales de forma muy detallada, minuciosa y extensa⁶.

b) Seguridad Social

Desde la antigua ley de accidentes de trabajo de 1900, subyace la idea de “profesión o clase de trabajo habitualmente ejecutado” (arts. 1 y 4), con expresa referencia la “profesión habitual” y ligada a la incapacidad, según el art. 11 del Reglamento de incapacidades (real decreto de 8 de julio de 1903), luego reiterado, con mayor precisión, en la ley de accidentes de trabajo de 10 de enero de 1922 y en el real decreto de 29 de diciembre de 1922 de su desarrollo reglamentario (arts. 85 a 91), en todo caso, asociada directa y exclusivamente a situaciones invalidantes. El Decreto de 18 de abril de 1947 (Seguro de vejez e invalidez, SOVI), en su art. 7 refería, en un contexto más integrador, entre otros factores “la profesión ejercida”, sin otras precisiones. El reglamento general del Mutualismo Laboral, aprobado por orden de 10 de septiembre de 1954, en su art. 65, solo protegía la situación invalidante para “toda clase de trabajo”, excluidas las contingencias profesionales. Posteriormente, por orden de 20 de octubre de 1956 se regularía la “invalidez profesional” ante una situación de incapacidad total y permanente, exclusivamente para mayores de 50 años.

La ley de accidentes de trabajo de 1956 refiere la idea de “profesión habitual”, arte u oficio del accidentado en relación con supuestos de incapacidad permanente, predominando un listado de patologías o pérdidas orgánicas o funcionales para identificar aquella situación (art. 37 y 38). Curiosamente – y con sentido paradójico, habría que señalar, considerando la relevancia de la profesión habitual- el art. 39 dispondría: “En el supuesto de que el accidente se sufra en trabajo distinto al que sea habitual para el trabajador, de tomará, para calificar la incapacidad, la profesión que estuviere realizando cuando ocurrió el siniestro”. Es evidente que la capacidad laboral se asocia al trabajo realizado, no a la profesión, siempre silenciada.

En todo caso, en toda esta materia parece subyacer y regir aquellas declaraciones invalidantes la idea de “oficio” y “operario” en el sentido más tradicional de una profesión, ligado siempre a tareas clásicas ejercidas con más habilidad manual, experiencia y destreza que aportación intelectual, sin descartar el factor de la diligencia, voluntad y pericia.

El decreto 907/1966 de 21 de abril, que aprobaría el texto articulado I de la ley 193/1963 de bases de la seguridad social, liga directamente la “profesión habitual” a los diferentes grados de invalidez permanente (art. 135.1), pero además refiere lo que deba

⁶ El I Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España SAU, Telefónica Móviles de España SAU, Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones SAU, (boe de 21 enero 2016)

entenderse por profesión habitual distinguiendo, como factor causante, el accidente sea o no de trabajo, por un lado, y la enfermedad común o profesional por otro; en aquellos supuestos sería la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo; en los supuestos de enfermedad, “aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el periodo de tiempo, anterior a la invalidez, que reglamentariamente se determine” (art. 135.2). La orden de 15 de abril de 1969, en su art. 11.2, fijaría a estos efectos la desarrollada durante un periodo de doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria.

El citado art. 135.4 ofrece, como concepto de IP total para la profesión habitual, la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o las fundamentales tareas de dicha profesión, aunque pueda dedicarse a otra distinta. Con el decreto 2065/1974 de 30 de mayo por el que aprueba el texto refundido de la ley general de la seguridad social, manteniendo el mismo concepto, en cambio sustituye la conjunción concesiva “aunque” por el adverbio “siempre”, variación que confiere al concepto un alcance diferente. La aprobación del nuevo texto refundido de La ley general de la Seguridad Social por el real decreto legislativo 1/1994 de 29 de junio, el tenor del art. 135 se reproduciría en el art. 137.

Nada relevante sobre esta cuestión arrojaría la calificación de Incapacidad Permanente Parcial, pero llamativa su consideración, identificada con la pérdida de ganancia en dicha profesión, al menos del 66%; ofreciendo la misma norma una mejor valoración, cuando se trata de contingencias profesionales, al prescindir del porcentaje menoscabante, pero “siempre que ocasione al trabajador una disminución sensible en su rendimiento normal para la profesión habitual”. La ley 24/1972 de 21 de junio de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del régimen general de la seguridad Social (artículo once) ofrece una noción única de incapacidad permanente parcial, definida por la disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal de dicha profesión, subsistiendo, como nota común, “sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma”.

La ley 24/1997 de 15 de julio de consolidación y racionalización del sistema de seguridad social –además sustituir el término de incapacidad permanente por invalidez permanente–, introdujo en el sistema de calificación, una reforma, a priori profunda, en la valoración de la capacidad laboral del trabajador, manteniendo los mismos grados precedentes, (art. 8.uno)⁷, pero incorporando una disposición transitoria quinta bis que

⁷ Conforme a la reforma introducida, el art. 137 de la LGSS rezaba del siguiente tenor: Grados de incapacidad.1.- La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades, que se aprueba reglamentariamente, en los siguientes grados :a) incapacidad permanente parcial, b) incapacidad permanente total, c) incapacidad permanente absoluta y d) gran invalidez. 2.- La calificación de incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca. A los efectos de la determinación del grado de 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. 3 La lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y al determinación de los distintos grado de incapacidad, así como el régimen de

aplazaba su entrada en vigor hasta el desarrollo reglamentario de su numeral 3, núcleo esencial de la modificación referido al listado de enfermedades, su valoración, incidencia laboral y otros aspectos conexos; entretanto permanecería vigente el art. 137 de la LGSS. No obstante, el art. 8 punto cinco de aquella ley, así mismo dispuso que todas las referencias contenidas en el real decreto legislativo 1/1994 de 20 de junio y en las norma de su desarrollo, a la expresión “profesión habitual” aplicada a la incapacidad permanente, se entenderán realizadas a la expresión “profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada”; es decir, desaparecería la adjetivación “habitual” de la profesión y se reiteraba la presencia del “grupo profesional”. Esta innovación, presuntamente debido a la directa aplicación de la norma anteriormente vigente en la materia (art. 137 LGSS), pasaría inadvertida o escasamente empleada y matizada, pero evidente su aplicación como luego reiteraba, en el mismo ámbito de protección social, el art. 3 apartado dos de la ley 27/2011 de 1 de agosto sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la seguridad social, modificando el primer párrafo del apartado 1 del art. 141 del texto refundido de la ley general de la seguridad social aprobado por real decreto legislativo 1/1994 de 20 de junio⁸.

El real decreto legislativo 8/2015 de 30 de octubre por el que aprueba el texto refundido de la ley general de la seguridad social, en su art. 194 reproduce literalmente el mismo contenido del art. 8.1 de la ley 24/1997 pero, igualmente, una nueva disposición transitoria (la vigésimo sexta) disponía su aplazamiento en tanto no se desarrolle reglamentariamente el numeral 3 de aquel artículo (sobre listados de enfermedades invalidantes, valoración y demás extremos conexos). Sin embargo, esta norma transitoria no remite expresamente al anterior art. 137, paradójica e incomprensiblemente, le confiere nueva redacción, en la que incorpora, a cada tipo o grado de incapacidad, la calificación común “para la profesión habitual” y, además elude toda referencia, en el proceso de calificación, a la fórmula anterior de “profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada”.

c) Doctrina jurisprudencial

La jurisprudencia de los últimos decenios ofrece un panorama no absolutamente homogéneo, aun profundizando temáticamente en torno a la idea de profesión habitual y puntualmente sobre la realidad novedosa del grupo profesional; sin embargo, su evolución no resulta uniforme, adoleciendo, en general, de una visión integradora más allá de su estricto efecto en la esfera de la seguridad social. La calificación judicial de la capacidad de trabajo, orientada exclusivamente desde el plano de la seguridad social, se

incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social”.

⁸ El precepto queda redactado : “1.- En caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada, 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”.

aparta de su origen natural definido por la aportación laboral del sujeto interesado al sistema productivo, generando posibles disfunciones, ya que aquella aparece más fluida y flexible en el contenido de la relación laboral que la rigidez de la calificación invalidante, perjudicando el tránsito de “ida y vuelta” que pueda comportar el proceso de incapacidad permanente en la relación laboral.

Un análisis puntual del tema, siempre interesante y complejo, revela diferentes consideraciones al respecto, pero todas reveladoras de que el término profesión habitual ha entrado en crisis, pese a las dificultades prácticas que ocasiona la aplicabilidad de la idea de grupo profesional y sus impredecibles consecuencias en otros ámbitos de la normación laboral.

La sentencia del TS de 17 de enero de 1989 viene en sostener que la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor específica que pueda realizar el trabajador en un tiempo determinado, afirmando que aquella se corresponde con las tareas que está cualificado para desempeñar, y aquellas otras que, respetando los requisitos exigidos, permita la movilidad funcional conforme al art. 39 del E.T. El razonamiento, objetivamente válido en un contexto aproximado a grupo profesional, cede en el supuesto enjuiciado, puesto que ejerciendo el actor el oficio de “fundidor metalúrgico”, integrado en el grupo de obreros de la Ordenanza Siderometalúrgica de 25 de agosto de 1970⁹, que por sus secuelas viene impedido para desarrollar el puesto de trabajo que ocupaba; e indicando, de forma genérica (e interesante observación), que inclusive “la movilidad funcional dentro de su categoría profesional, podría venir impedida por sus residuales”. Reconociendo al trabajador el grado de incapacidad permanente total, concluía la sentencia con una afirmación imprecisa o precipitada, dado el contexto de su consideración. Sostenía: “Es decir, como en el supuesto de los aprendices, no solo se ha tener en cuenta la labor desempeñada en su puesto, sino aquella a que puede ser trasladado en movilidad funcional”.

Partiendo de una reflexión positiva de la movilidad funcional, la sentencia de 15 de enero de 1996, aborda y resuelve un tema derivado atinente a la percepción de un determinado complemento económico vinculado al desarrollo de cierta función que desaparecería como consecuencia de la movilidad funcional decidida por el empleador. Argumenta que “...no solo se produce (la movilidad) dentro del grupo profesional y de un conjunto de categorías equivalentes, sino que también opera sin alteración del marco de atribuciones de la categoría profesional, ni del puesto de trabajo, pues lo único que varía es una actividad accesoria en el desarrollo de éste”. El efecto derivado que sostiene la sentencia refuerza el mecanismo de la movilidad funcional y por ende la existencia de una pluralidad de funciones que permitiría su aplicabilidad.

⁹ Entendemos la inexistencia de convenio colectivo ad hoc, por cuanto que supletoriamente se aplica, directamente o por remisión, aquella Ordenanza, conforme a la disposición transitoria segunda del E.T. 1980; en otro caso, habría que deducir que no está bien configurado el “grupo profesional” de referencia, según el art. 39 de aquella norma.

En el mismo sentido y con razonamientos más extensos basados en la vigencia de la ley 11/1994 de 19 de mayo, la sentencia de 16 de enero de 1997 sostenía que esta regulación del tema flexibilizaría el contenido de la prestación laboral pactada, siempre en el ámbito de las aptitudes profesionales del trabajador contratado. De tal forma, argumentaba que "...dichos preceptos (arts. 16, 22 y 34 sic) del E.T.) han flexibilizado toda la materia de la clasificación profesional, abandonando el rígido sistema que suponía encasillar a los trabajadores en categorías profesionales independientes e incomunicadas para dar paso a un mejor aprovechamiento de los recursos humanos de la empresa, desplazando el núcleo de la clasificación profesional desde la categoría al grupo profesional, admitiéndose la polivalencia funcional y la movilidad funcional entre categorías equivalentes". Supone esta sentencia la consolidación de una idea plural de la actividad laboral concertada.

Un elemento más en este conflictivo tema suscita la sentencia de 5 de mayo de 1997, referido a la identificación del "puesto de trabajo" o, mejor, el papel que puede desempeñar éste en el marco de las facultades organizativas del empleador y su consideración jurídica. Con independencia de su compleja ubicación legal y técnica terminológica, el supuesto judicial refiere la creación empresarial ex novo de determinados "puestos de trabajo" que, según esta sentencia, ni supone la instauración de una nueva categoría profesional, ni conculca el art. 22 del E.T. La cuestión resulta particularmente relevante por cuanto que, si no afecta o incide en posibles aspectos del grupo profesional (o categorías) o eventuales variantes, su aplicación, en su caso, puede marcar una pauta orientadora y de reflexión en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, como supuesto límite o fronterizo.

Analiza la sentencia de 12 de febrero de 2003 la figura del puesto de trabajo en íntima conexión con la profesión habitual, realidades perfectamente discernibles por cuanto que la profesión habitual permite el desarrollo de empleos o puestos distintos, pero, matiza, "propios del mismo grupo profesional en el sentido que lo define el art. 22.2 del E.T.". El supuesto examinado trata de un conductor de camión (camionero), que después de sufrir varios accidentes y otras vicisitudes marginales, le revocan los permisos administrativos de conducción de vehículos de la clase C y D. Ante el cuadro lesivo que presentaba solicita de la administración de la seguridad social declaración invalidante que es denegada, decisión confirmada inclusive por la Sala del TSJ competente, argumentando, en síntesis, que la sola imposibilidad de continuar aquella concreta actividad no constituía la nulidad laboral plena que predica el art. 137 de la LGSS para los supuestos de incapacidad permanente total para su profesión habitual. La sentencia del T.S. reconoce al actor el grado de incapacidad permanente total subrayando los elementos diferenciales de la profesión de "camionero" con otras afines propias de la conducción en general, abordando, de forma puntual y precisa, no ciertamente frecuente, la cuestión de las diferentes tareas y su cualificación, potencialmente integradas en aquella profesión, razonando "que está incapacitado para realizar las tareas fundamentales de su profesión habitual el camionero que, además de requerir una mayor número de conocimientos teóricos y prácticos a la hora de realizar el

correspondiente examen de conducción, conlleva un superior esfuerzo físico y psíquico, así como la realización de horarios más prolongados o desplazamientos más distantes que los exigibles en las otras profesiones citadas. Hasta el punto de que, aunque a efectos dialécticos se considerara la conducción como una sola profesión, resulta evidente que la privación de los permisos de clase superior por razón de enfermedad o secuelas de accidente, supone para un profesional cualificado para conducir vehículos de gran tonelaje y dedicado habitualmente a ello, la imposibilidad de llevar a cabo las tareas más importantes o fundamentales de dicha profesión, restando solo capacidad para trabajos que, desde ese prisma profesional, habrían de calificarse de menores o residuales”.

Con expresa cita del art. 137 de la LGSS, la sentencia de 28 de febrero de 2005, viene en diferenciar los conceptos de profesión habitual y grupo profesional, formulando observaciones novedosas categóricas. Sentado que el actor tiene la profesión de operario de fábrica, parte la sentencia de la noción legal de incapacidad permanente total y su vinculación con la profesión habitual, para sostener que “El grupo profesional se halla en el art. 22.2 del E.T. y no ha tenido acceso a las normas de seguridad social”. El trabajador interesado en este caso, estaba encuadrado en el grupo profesional 3 del convenio de industrias químicas como operario de fábrica, grupo que integraría actividades tan diversas como albañilería, electricidad, carpintería., archivo, registro, cálculo, facturación, operadora de télex, conductores o grabación de máquinas de recogida de datos, o mecanografía. Ante estas circunstancias, la sentencia razonaba que “estimar el concepto de profesión habitual equivalente a grupo profesional, a los efectos de declaración de incapacidad permanente, conduciría al absurdo de denegar la prestación a quien no ha quedado para una tarea propia de su profesión”. Concluía “En definitiva, en tanto no se lleve a cabo el desarrollo reglamentario del precepto de la ley, debe subsistir el concepto de la primitiva versión y profesión habitual deberá ser aquella a la que el trabajador hubiera venido desempeñando”. Declaraba el TS al actor afecto de incapacidad permanente total para aquella genérica e indefinida profesión, confirmando la sentencia de instancia. No obstante consta en los hechos probados que el actor se incorporó a su puesto de trabajo en mayo de 2003. Marca esta sentencia un punto de inflexión complejo referido, en síntesis, a la significación del art. 39 del E.T. al incluir también el grupo profesional como ámbito posible de proyección laboral y sus efectos en la esfera de la seguridad social, ya que la derivación a una situación invalidante entraría en colisión con las posibilidades laborales concertadas, reglamentariamente establecidas o convencionalmente fijadas, lo que exigiría una calificación diferente, salvo una defectuosa conformación del grupo profesional.

Contrasta, en parte con la anterior sentencia, la de 23 de febrero de 2006. El asunto a enjuiciar trata de un trabajador (policía local) que, tras sufrir un accidente y sobrevenir secuelas potencialmente invalidantes, se incorporaría ”a sus funciones al servicio del Ayuntamiento siendo adscrito al Depósito Municipal de vehículos en el que desempeñaba funciones de segunda actividad que no requieren ningún esfuerzo físico” (literal). Plantearía el actor en su demanda su derecho a la condición de incapacitado

permanente total o, subsidiariamente, parcial, subrayando, como factor de influencia a estos efectos, que había accedido a una “segunda actividad” en la Corporación municipal empleadora. Su petición se rechazaría en vía administrativa, acudiendo, inclusive, el interesado al TS formulando recurso de casación unificador de doctrina. La Sala, después de fijar el alcance del concepto profesión habitual, con una visión especialmente extensa, conforme a la vigente legalidad, concretaba: “...., el precepto (art. 137.3 LGSS) se refiere a la profesión habitual del trabajador antes del accidente y esta Sala ha venido entendiendo de forma reiterada que la referencia a dicha profesión anterior se hace a todas las funciones propias de dicha profesión, o como dijo la STS 17-1-1989, “la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle”, lo que significa que - como ha reiterado esta Sala en SSTS 12-2-2003 (Rec.- 861/02) o 27-4-2005 (Rec.- 998/04) contemplando supuestos semejantes al que ahora nos ocupa - no solo hay que tener en cuenta a la hora de resolver sobre una demanda de invalidez cuáles eran las funciones o trabajos concretos que el trabajador afectado pudiera estar desarrollando antes o las que pueda estar realizando después del accidente sino todas las que integran objetivamente su “profesión”, las cuales vienen delimitadas en ocasiones por las de su propia categoría profesional o en otras las de su grupo profesional, según los casos y el alcance que en cada caso tenga el “ius variandi” empresarial de conformidad con la normativa laboral aplicable”.

Pero esta sentencia profundiza más en el contenido potencial de la profesión habitual en orden a una eventual declaración de incapacidad permanente, considerando el acceso del actor a una segunda actividad integrable presuntamente en aquella categoría profesional (policía local), resultando especialmente significativa y orientadora . De forma concluyente y devolviendo los autos al TSJ competente, para que se pronuncie acerca de los pedimentos contenidos en el recurso del actor tomando en consideración la doctrina mantenida en esta sentencia. señalaba: “el actor era Policía Local y que dicha categoría profesional integraba tanto las funciones de lo que se conoce como primera actividad “con sus tareas propias, tales como patrulla, mantenimiento del orden público, con lo que ello implica de persecución y detención de delincuentes, labores de regulación de tráfico, etc.”, como las de segunda actividad consistentes en la realización de tareas administrativas. Por lo tanto, a la hora de determinar la merma que pudiera aquejar al interesado en estos autos, ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran aquella “profesión habitual” y no solo a las de la segunda actividad a las que se ha referido la sentencia recurrida, que por ello debe estimarse disconforme con la buena interpretación que procede hacer del art. 137 LGSS que se trata de aplicar”.

Esta sentencia reitera del mismo modo, aunque de forma menos categórica que la señalada de 28 de febrero de 2005, que el concepto de “grupo” contemplado en el art. 22.2 del E.T. “no ha tenido acceso a las normas de seguridad social”. Sin embargo, interesa recordar, como se indicaría, que el art. 8 de la ley 24/1997 de 15 de julio de

consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, entre otras importantes reformas y novedades, modificó el texto del art. 137 de la LGSS en orden a la calificación de la incapacidad permanente; pero conforme a la nueva disposición transitoria quinta bis dos, introducida por aquella ley en el texto refundido, se aplazaba su entrada en vigor hasta el reglamentario desarrollo, aplicándose entretanto las normas precedentes. Debe repararse igualmente que el apartado cinco, párrafo segundo, de aquella disposición transitoria quinta bis, además de sustituir la expresión invalidez permanente por “incapacidad permanente”, disponía: “De igual modo, y sin perjuicio de su aplicación en los términos previstos en la disposición transitoria quinta bis, en la redacción dada por el apartado dos del presente artículo, las referencias contenidas en el texto refundido de la ley general de la Seguridad Social, aprobado por real decreto legislativo 1/1994 de 20 de junio, y en las normas de desarrollo, a la expresión “profesión habitual” aplicada a la incapacidad permanente, se entenderán realizadas a la expresión “profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada”, innovación reforzada luego por el art. 3 apartado dos de la ley 27/2011 de 1 de agosto, como se advirtió en el sucinto análisis legislativo.

Los argumentos y conclusiones sostenidos en la sentencia de 23 de febrero de 2006, reconducidos a los diversos contenidos funcionales de la profesión habitual, abren un nuevo espacio de análisis en atención a la denominada “segunda actividad” generada en el marco de la profesión habitual. Tales razonamientos y conclusiones se reiterarían después en la sentencia de 10 de junio de 2008 y, acaso con una fundamentación más extensa y sólida, en la sentencia de 25 de marzo de 2009, conociendo, en esencia ambas, de idéntico supuesto consistente en un trabajador con lesiones presuntamente invalidantes que no habían obtenido la calificación del grado invalidante interesado por los actores, sin embargo habían accedido a prestar servicios laborales en una “segunda actividad” formalmente prevista por la empleadora (Corporación municipal). Se debatía, en sede judicial, la delimitación del ámbito y contenido de la denominada “profesión habitual” (policía local), para determinar si la segunda actividad podría formar parte del conjunto de actividades integradoras de la profesión habitual y su entidad. Todas fueron casadas, anulándose los pronunciamientos de instancia, con devolución de los autos a la Sala de procedencia para que, respetando lo que en las sentencias del T.S. se establecía en orden a los criterios generales de calificación, se resolvieren los recursos planteados de los actores. Se anularon, como las precedentes sentencias del mismo tenor, básicamente, por cuanto que la merma del rendimiento que pudiera aquejar a los interesados, ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran aquella profesión habitual y no solo los componentes de la segunda actividad, como resolvieron las Salas de suplicación.

Interesa destacar de aquella última sentencia, la referencia al sistema de calificación de la capacidad laboral y el órgano competente en nuestra Seguridad Social, con la oportuna cita de la normativa aplicable, afirmando que su calificación en este ámbito prescinde de las incidencias o efectos que aquellas dolencias puedan merecer a otros órganos, con la posibilidad de acceso a otros empleos compatibles. Y,

matizaría”... con independencia de que el pase a la segunda actividad, pueda ser un dato a tener en cuenta a efectos de ponderar la situación del solicitante, lo cierto es que la calificación es un acto que se realiza por los órganos competentes, valorando, de una parte, las lesiones del trabajador y, de otra, el marco funcional de su profesión, lo que lleva necesariamente a dar un especial relieve a la proyección funcional de las lesiones en la capacidad de trabajo, pero sin que de ello se derive ningún tipo de determinación de las decisiones de calificación por las incidencias de la relación de empleo”. Citando el art. 137.2 de la LGSS y refiriendo aquellas sentencia precedentes, razonaba:” En estas sentencias se establece que hay que tener en cuenta a efectos de la calificación de la incapacidad permanente todas las funciones que integran objetivamente la “profesión” y que en el caso de los policías locales 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 al solicitante ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran la “profesión habitual”.

Marcan estas sentencias una línea de investigación especialmente interesante en orden a profundizar en los posibles contenidos “laborales” susceptibles de configurar y delimitar el tradicional concepto de profesión habitual, como vía material de acceso a la idea de grupo profesional. Las posteriores sentencias de 10 de octubre de 2011 y 24 de julio de 2012, en supuestos asimismo idénticos (ambos actores ejercían funciones de bombero), el T.S. estimó la subsistencia de una situación de incapacidad permanente total del trabajador para su profesión habitual, contando con el reconocimiento autónomo del ejercicio de la llamada “segunda actividad”, desarrollando tareas, al parecer, propias e integradas en el marco genérico de la “profesión habitual”; en suplicación solo se les reconocería la situación de incapacidad permanente parcial, como inicialmente resolviere el INSS, en proceso de revisión. Resumen estas sentencias como doctrina unificadora, pese a la decisión adoptada, los diferentes puntos referenciales sobre la profesión habitual y aspectos conexos contenidos en las sentencias –aquí comentadas– de 28 de febrero de 2005, de 23 de febrero de 2006 y de 25 de marzo de 2009, con expresa reproducción de 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 pueda realizarse dentro de la movilidad funcional”. Sosteniendo, de forma concluyente, que “A estos efectos de la calificación de la incapacidad permanente han de tenerse en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la “profesión”.

La reciente sentencia del TS de 26 de julio de 2015, pese a su actualidad, parece volver a fórmulas y concepciones más restrictivas del término profesión habitual, en parte sustancial debido al tema enjuiciado. En síntesis ilustra sobre la inviabilidad de que, existente una declaración de incapacidad permanente parcial para una determinada profesión, ante la aparición de nuevas secuelas pueda declararse una segunda incapacidad del mismo grado, subsistiendo la misma profesión, salvo que su

consideración conjunta conduzcan a un grado más severo de incapacidad. Cita como antecedente doctrinal las sentencias de 21 de febrero de 1984 y la de 1 de febrero de 1989. Se trae a colación aquella sentencia considerando la tipificación del grupo profesional en la actividad concertada de un trabajador, produciéndose alguna de aquellas situaciones en función de una sola de las tareas convenidas o deducibles conforme a las reglas de la movilidad funcional; con la complejidad que al tema reportaría el acuerdo de una polivalencia funcional o la ejecución de tareas de diferentes grupos profesionales.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO

a) Aspectos laborales

El contenido de la “profesión habitual” se desenvuelve en un entorno difuso de difícil delimitación, circunstancia que obstaculiza la concepción de un concepto formal, unitario y definitivo, excepción hecha de su configuración vía convenio colectivo; en su caso, contrato de trabajo. Sin embargo el término se consolida y utiliza –aún impreciso o silenciado su contenido- en la esfera de la seguridad social, con especial protagonismo y relevancia en materia de declaración de incapacidad permanente.

El contrato de trabajo suscribible determina la prestación de una actividad concreta con presunto encaje en la norma convencional o libremente, según pacto entre partes, frecuentemente sin una clara identificación profesional, aún especificada la actividad y el puesto de trabajo. Aproximarse a tal concepto, aún presumiendo su compleja equívocidad, requiere hoy partir del sistema de clasificación profesional.

En sus lineamientos básicos la clasificación profesional debe estar precedida de un previo proceso de calificación o valoración formativa del trabajador, extremo éste que determinará una particular capacitación o nivel insertable en la estructura organizativa de la empresa. El carácter sinalagmático del contrato, ante las nuevas fórmulas contractuales, llevará aparejado una revisión o reajuste proporcional en su vertiente conmutativa, para restablecer y compensar el grado de onerosidad sobrevenida.

Diferentes textos normativos regularon el proceso de clasificación como acuerdo entre empresario y trabajador, ajustándose a la norma convencional o reglamentación correspondiente, conforme al Estatuto de los Trabajadores de 1980 (art. 16.4). Su evolución tendería a consolidar la figura unitaria del “grupo profesional”, primero con la reforma del E.T. de 1995 y, definitivamente, con las modificaciones introducidas por la ley 3/2012, normas respetadas en el nuevo texto refundido del E.T., aprobado por RDL 2/2015 de 23 de octubre.

El “grupo profesional” asignable al trabajador se convendrá entre éste y el empresario, e igualmente, por acuerdo de ambos, se “establecerá el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo”, según los términos legalmente previstos (art. 22.4, realización de todas las funciones del grupo profesional asignado o

solamente alguna de ellas; en su caso, la polivalencia funcional o el desarrollo de funciones propias de más de un grupo). La formalidad exigida y su contenido contractual resultan fundamentales y determinantes de su evolución. El nuevo texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, respetaría aquel texto en su integridad¹⁰.

En este contexto, el “grupo profesional” y el “contenido de la prestación laboral”, per se o en relación con la movilidad funcional en sus diferentes variantes, concitan un cúmulo de interrogantes cuyo centro de interés, a priori y de forma sustancial, radica en el “periodo de prueba”. Prescindiendo de su condición opcional, el art. 14 del E.T. resulta particularmente escueto, pero determinante, por cuanto que, suscrito, obliga a las partes (empresario y trabajador) a realizar las experiencias que constituyan el “objeto de la prueba”. Ante la posible diversidad y extensión temática del contrato –aspecto interesado y lógico, si se quiere utilizar y cumplir el objetivo principal de la reforma- el periodo de prueba resultará especialmente minucioso y completo, por las consecuencias que, en otro caso, puedan plantearse, al hilo, básicamente, de la movilidad ocupacional interna, respetándose la dignidad del trabajador y conforme a las titulaciones debidas; siempre en el marco del grupo profesional, salvo que se hubiere pactado un régimen laboral de polivalencia funcional directo o diferido.

Pero esta novedosa fórmula contractual, -que necesariamente ahora deberá formalizarse por escrito-, prescindiendo de los puntuales problemas de su concierto y desarrollo, pueden ocasionar diferentes efectos reflejos. Una atenta lectura del Estatuto de los Trabajadores, pone de manifiesto, en líneas generales, cómo quedan afectados numerosos pasajes jurídicos, ante la frecuencia con que el texto legal emplea el término “puesto de trabajo” para fijar derechos y deberes, promoción, modificaciones... y toda la implicación que comportaría el art. 8 del texto citado. Los contratos formativos, a tiempo parcial y fijos-discontinuos, como los contratos de obra o servicio e interinidad, pueden quedar afectados igualmente o dificultar su articulación posterior en un grupo profesional, sentado que, en todo caso, “el trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido” (art. 20.1 E.T.), y que el salario se devenga “por la prestación profesional de los servicios laborales” (art. 26.1 del E.T.). La “reserva del puesto de trabajo” en los supuestos de asistencia a cursos de perfeccionamiento, a efectos de entrada y salida del trabajo (cómputo de la actividad productiva), en materia de excedencia voluntaria o del despido improcedente optando por la readmisión (pese a que la Ley de la Jurisdicción Social, 36/2011 de 10 de octubre, refiere en su art. 104 los requisitos de la demanda por despido señalando la “categoría profesional” del

¹⁰ Toda esta materia queda algo contaminada por la ley orgánica 5/2002 de 19 de junio de Cualificaciones y formación profesional, en particular su art. 8 y las normas de su desarrollo (principalmente, dada su abundancia, real decreto 34/2003 de 18 de enero que regula los certificados de profesionalidad, luego modificado por norma del mismo rango de 10 de diciembre, nº. 1675/2010 y, posteriormente por nuevo real decreto 189/2013 de 15 de marzo. Y obligado referir, igualmente, el real decreto 1224/2009 de 17 de julio sobre reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral. Y otras normas de análoga significación.

demandante), resultan extremos asimismo sensibles ante aquel cambio, sin olvidar posibles implicaciones en el campo de la intermediación laboral.

No obstante las referencias generalizadas que se anotan, dos cuestiones merecen especial reflexión, reparando en el nuevo concierto contractual y posibles efectos colaterales del mismo, a priori, sumamente complejos e interesantes. De un lado, considerar aquella situación en el campo de la prevención de riesgos laborales; de otro, su nueva dimensión en el terreno de la previsión social complementaria. La rigurosa y metódica ordenación que en materia de prevención de riesgos laborales establece la ley 31/1995 de 8 de noviembre, necesariamente deberá planear sobre la proyección de la prestación laboral comprometida, garantizando el empleador una protección eficaz frente a los riesgos laborales, arbitrando las medidas, mecanismos y medios de protección pertinentes y facilitando al trabajador la formación teórica y práctica suficiente, junto a las demás técnicas y aseguramientos que aquella norma minuciosamente contempla, teniendo en cuenta, de forma especial, la sensibilidad formal de la culpa “in vigilando”. La vertiente de la complementariedad de las prestaciones de seguridad social, de coste empresarial, debido al nuevo contenido de la prestación laboral, presumiblemente obligará a una revisión de los conciertos establecidos, actualizando riesgos y responsabilidades, materia ésta delicada ante la versatilidad de los contratos suscritos y su legítima evolución en el contexto del grupo profesional.

b) Seguridad Social

La jurisprudencia ofrece un panorama exhaustivo sobre los conceptos predominantes en la materia, en especial sobre el puesto de trabajo, la profesión habitual, categoría y grupo profesional, pero de una forma rigurosamente casuística y con frecuentes remisiones parciales a sentencias que, en su integridad y naturaleza, respondían a supuestos diferentes, destacando que, la sola contingencia causante de la incapacidad, modifica la “profesión habitual” y su determinación viene, además, profundamente influida por el propio concepto legal de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, planteamiento *uti singuli* certero pero que puede perjudicar o distorsionar la idea general de la indefinida “profesión habitual” y, con mayor motivación, la intención que animó al legislador a innovar la figura del “grupo profesional” como especial centro de interés, sede actual de la clasificación profesional, con particular desarrollo en el derecho convencional.

La Seguridad Social en ningún momento pretendió fijar una definición de lo debería entenderse por “profesión habitual” en los términos de “fijar con claridad, exactitud y precisión la significación de una palabra o la naturaleza de una persona o cosa” (RAE), materia competencial que, por su naturaleza, debe recaer en el campo de la prestación laboral, con independencia de su posterior proyección en la esfera de la seguridad social, en sus justos términos. El texto articulado I de la ley de bases de 1963, - disposiciones vigentes en la actualidad- , para los supuestos derivados de accidente (sea o no de trabajo), refiere como profesión habitual “la desempeñada normalmente

por el trabajador al tiempo de sufrirlo; para los casos de enfermedad (común o profesional), “aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el periodo de tiempo, anterior a la invalidez, que reglamentariamente de determine” (doce meses, fijaría la norma de su desarrollo). Esta imprecisa e injustificada dicotomía podría clarificarse a través de la noción legal de incapacidades permanente parcial y permanente total regulada en la propia norma (art. 135), pero, antes al contrario, viene a complicar sobre manera el propio concepto, así como el proceso de calificación.

Conforme a la norma citada (en redacción actualizada), según se anotó, se entenderá por incapacidad permanente parcial para la “profesión habitual”, “la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33% de su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma”. Por incapacidad permanente total para la profesión habitual se entenderá “la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”.

Parte la norma –inconcebiblemente- de un pleno conocimiento e identificación del contenido de la “profesión habitual”, distinguiendo, además, presunta o tácitamente, entre tareas fundamentales y tareas ordinarias o comunes, para luego asociarlo también, en supuestos de IP. Parcial, con el “rendimiento”. Absolutamente excepcional resulta, tanto en vía administrativa como en sede judicial por derivación, contar, y que queden debidamente reflejados, los posibles contenidos laborales de una actividad profesionalizada concreta, dotada ésta de cierta uniformidad técnica, operativa o funcional, connotado, al mismo tiempo, una descripción valorativa y puntual de los diferentes matices o aspectos materiales que la integren. Sobre el rendimiento, sin que el mismo conste pactado o previsto convencionalmente, -salvedad que permitiría su evaluación- difícilmente podrá apreciarse su reporte y cuantificación, salvo que el trabajo fuese convenido a destajo o sistema medido análogo, acaso así dimensionable.

Sin reparar ahora en la nominación legal de la clasificación profesional establecida en la empresa y formulaciones varias existentes, conforme al convenio colectivo de aplicación (o contrato, en su caso), sostenemos que, con estos antecedentes legales, el proceso calificadorio de la capacidad laboral, tras un accidente o enfermedad sobreviniendo secuelas, resulta extremadamente complejo y difícil, sin considerar el presupuesto – cuestión preliminar base- de las lesiones derivadas y objetivas, su previo tratamiento, entidad físico-funcional de las mismas y su eventual conexión con las múltiples y teóricas manipulaciones, ejercicios, actitudes, capacidad energética, y esfuerzos reales examinadas con visión ergonómica respecto de la actividad contratada, apreciando el grado pormenorizado de su incidencia; en su caso, en función de algún puesto de trabajo o tareas concretas.

Conforme a la referencia legal, fijar el grado de incapacidad permanente parcial requiere combinar porcentaje de disminución del rendimiento normal, (sin afectar a las tareas fundamentales, que debe continuar el afectado con capacidad para realizarlas), y que no alcance aquella limitación el grado de IP total. La medición de ambos factores,

extraño ya – y siempre, habría que añadir- aquel porcentaje e indefinida la cualificación de las posibles y varias tareas, o su posible fragmentación y contenidos, derivadas del concierto contractual, son exigencias que demandan un replanteamiento urgente de la cuestión, básicamente por razones de equidad y necesaria seguridad jurídica; revisión que, en general, acusa todo el proceso de calificación.

El mismo comentario crítico cabría formular respecto de la incapacidad permanente total. Liga su conformación a una inhabilitación para realizar todas o las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que el trabajador afectado pueda dedicarse a otra distinta. El desconocimiento del contenido íntegro y detallado de la actividad laboral concertada, su posible compartimentación funcional, contenidos, valoración o referencias de funciones concretas, su calificación y cualificación, y otros aspectos conexos deducibles, son ausencias que, además de las precedentes observaciones, dificultan seriamente fijar éste grado de incapacidad permanente, hasta el punto de hacerlo imposible o defectuoso, salvo evidentes excepciones por su objetividad.

V. CONCLUSIONES

La actual y novedosa regulación laboral de la materia a través de los arts. 22 en relación con el 39, ambos del Estatuto de los Trabajadores, pone de relieve la amplitud y diversificación de las tareas y “responsabilidades” (singular novedad contractualizable) susceptibles de identificar en el contenido de la “prestación laboral objeto del contrato de trabajo”, siempre en el marco del grupo profesional; asistida aquella, entendemos, de un periodo de prueba clave en su configuración, control y desarrollo. Es evidente que esta extensa regulación legal podrá estar mediatizada vía convenio colectivo, como el propio art. 22 prevé, pero en todo caso, subsiste un margen de conflictividad difícilmente eludible, por sus múltiples efectos colaterales.

Si la calificación invalidante se apuntó compleja y difícil en aquel panorama legislativo anterior a la ley 3/2012, su actual regulación, no solo acentúa los mismos problemas, sino que genera otros nuevos que fuerzan a considerar, con mayor responsabilidad, el propio proceso calificador. A través de la jurisprudencia se han puesto de manifiesto alguno de ellos, otros son deducibles, como efecto reflejo de aquella calificación. La argumentación de tal aserto deriva simplemente de un factor multiplicador, en función de las diversas “tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades” en la actualidad asignables al trabajador en el desempeño de su cometido contractual.

Pero el proceso de calificación de la capacidad laboral en estos supuestos, antes de examinar y valorar sus consecuencias, deberá considerar el efecto que puedan producir las limitaciones de que se trate, constreñidas o circunscritas al ámbito integrador y decisivo del “grupo profesional”, como un todo “profesional” unitario; de otro modo, si se produce alguna grave disfunción o inviabilidad material, habría que

colegir que el “grupo” implicado ha sido defectuosamente concebido o estructurado, incumpliendo las prescripciones del art. 22.2 del E.T. (agrupar unitariamente aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación); otra interpretación resulta difícil y apartada de los objetivos que presidió la reforma operada en la materia, como se apuntó, máxime teniendo en cuenta que la asignación del “grupo profesional” al trabajador fue consensuado con el empleador, como las tareas u obligaciones comprometidas. De producirse aquel desajuste – presuntamente asignación de funciones distintas a las pactadas-, sería preciso el acuerdo previo de las partes, mediando el oportuno proceso formativo y de adaptación, deducimos por analogía con las previsiones del art. 4.2, b) del E.T. ; o atenerse a las reglas previstas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo o a las establecidas, en su caso, en la negociación colectiva, conforme al art. 39.4 del E.T.; Su fracaso podría amparar la resolución contractual a instancia del trabajador ex art. 50.1, a) de la repetida norma estatutaria. Las situaciones derivadas de la polivalencia funcional o la ejecución de tareas de diferentes grupos profesionales, complicará aún más el proceso de calificación, si bien deberá pormenorizarse su concierto y resultará clave el desarrollo del periodo de prueba.

Despejado y clarificado “ad nauseam” este enclave contractual, sobrevenida una situación tributaria de eventual calificación invalidante, surge la interrogante de su examen y valoración en el contexto globalizado “del contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo” conforme al grupo profesional asignado; o, si procede exclusivamente, practicar aquella valoración frente a alguna de las actividades concertadas, opción que entendemos admisible, solo en principio y en términos dialécticos, ya que tal planteamiento pugnaría con una invalidez permanente derivada de contingencia común o accidente no laboral, o un posible accidente “in itinere”.

La respuesta resulta de suma trascendencia y acaso, compleja en su exposición y acierto. Se evidencia primordial en este contexto, fijar el concepto unitario de “grupo profesional”, siguiendo las pautas legales de su configuración y, correlativamente, redimensionar el alcance del proceso de calificación, introduciendo los reajustes pertinentes para alcanzar una valoración acorde con la nueva realidad ocupacional, caracterizada por un principio integrador de afinidad material y amplio perfil profesional. Como mera hipótesis se entiende que solamente cabría una calificación de incapacidad permanente total -la absoluta excluye todo debate- cuando las secuelas originasen un impedimento serio para el desarrollo de las tareas (todas o fundamentales) concertadas del “grupo profesional” de referencia, deduciendo que, objetivamente, estaríamos en presencia de un grado invalidante de más amplio contenido y efectos y, solo en tal caso, procedería la extinción contractual ex art. 49.1, e) del Estatuto de los Trabajadores. Un supuesto de incapacidad permanente parcial difícilmente podría declararse considerando su actual ordenación legal y las numerosas y plurales formas de

participar en la ejecución totalizada de la prestación laboral convenida, pese a las secuelas¹¹.

La alternativa de entender aquella situación como tributaria del grado de incapacidad permanente total para una “concreta actividad” del conjunto pactado en el marco del “grupo profesional”, por mor de la legislación de seguridad social y la pendencia del desarrollo reglamentario del art. 8.1 de la ley 24/1997 de 15 de julio, además de la disfunción que produciría en aquel contexto “laboral”, desencadenaría un proceso o cadena impredecible de potenciales situaciones invalidantes en la misma persona, sin encaje debido en las previsiones del art. 141.1 de la LGSS, real decreto legislativo 1/1994 de 20 de junio, redacción conforme al art. 3, dos de la ley 27/2011 de 1 de agosto, que refieren la incapacidad permanente total asociada también al grupo profesional y su calificación atendiendo a las funciones realizadas. El aplazamiento “sine die” de aquel desarrollo reglamentario, ha ocasionado que el actual texto refundido de la LGSS, aprobado por real decreto legislativo 8/2015 de 30 de octubre, en su art. 194 mantenga el mismo texto del art. 137 de la LGSS de 1994, y, sin embargo no haya respetado, en justa correspondencia, el tenor del anterior art. 141, confirmando al vigente y correlativo art. 198 un texto que solo encajaría con la anunciada reforma.

El desarrollo reglamentario de la norma citada, reparando en el contexto del “grupo profesional”, debería ser inminente, si bien que reflexionando en profundidad sobre las múltiples y graves consecuencias extraíbles de toda calificación invalidante en este terreno, siempre en el marco contributivo de la Seguridad Social.

Cádiz, marzo de 2016.

A mis compañeros del Excmo. Colegio
Oficial de Graduados Sociales de Cádiz y
lente, expertos laboristas.
Con sincero afecto, el autor.
M. M. M.

¹¹ La especial sensibilidad del tema y su innegable dificultad siempre y agravada en la actualidad, requeriría una reflexión específica más profunda y justa que valore y dimensione una equitativa compensación y restitución del daño en estos supuestos, observación que únicamente se refiere *obiter dicta*, puesto que esta sutil y relevante cuestión escapa del análisis practicado, cuyo objetivo base consiste en desvelar posibles problemas laborales y de seguridad social derivados de las reformas legales operadas. No obstante y con la misma reserva, aprovechando la coyuntura de una próxima ley de indemnizaciones por accidente de trabajo, teniendo en cuenta que las situaciones de incapacidad permanente parcial no rompen el nexo contractual, se podría estudiar si tales situaciones, presuntamente calificables de tal grado, así como las lesiones indemnizables por baremo, podrían globalizarse y quedar al margen de la acción protectora de la Seguridad Social, como lesiones compensadas e indemnizadas mediante contrato de seguro, sin especificar contingencia causante ad hoc; y sin perjuicio de la responsabilidad civil que, en su caso, procediere.