**GRADO EN:** Relaciones Laborales
**FACULTAD**: De Derecho.
**UNIVERSIDAD**: De La Laguna.
**CURSO**: 2014/2015.
**CONVOCATORIA:** Junio.

# *"LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL DERECHO LABORAL".*

# *"JURISPRUDENCE AS A SOURCE OF LAW . SPECIAL CONSIDERATION TO LABOR LAW"*

**REALIZADO POR EL ALUMNO:** María Fernanda González Rguez.
**TUTORIZADO POR:** Ignacio Ara Pinilla.
**DEPARTAMENTO**: Filosofía del Derecho.
**ÁREA:** Filosofía del Derecho.

RESUMEN:

A través del presente trabajo, pretendemos analizar la asunción de la jurisprudencia como una fuente del derecho de nuestro ordenamiento jurídico. También intentaremos conocer un poco mejor nuestro ordenamiento, y plantearnos algunas preguntas como: ¿Qué sistema jurídico opera en nuestro país?, ¿Cómo operan este sistema? y ¿Cómo lo percibe la sociedad la aplicación de la jurisprudencia?.

Para poder llevar a cabo nuestro objetivo, vamos a realizar un revisión bibliográfica con la cual asentaremos las bases teóricas de nuestro trabajo. Por otro lado, para la parte más práctica, haremos un estudio de diversos artículos periodísticos y de diferentes sentencias productoras de jurisprudencia. En conclusión haremos un estudio en profundidad todos aquellos recursos que nos sean útiles para desarrollar nuestro trabajo.

SUMARY:

After this recent work, we intend to analyze the assumption of the jurisprudence as a source of the right of our legal management. We will also try to get to know our management better and consider a few questions such as: Which legal system runs our country?, How is this system executed?, How does society perceive the appliance of the jurisprudence?

In order to accomplish our objective, we will perform a bibliographical review with which we will approve the theoretical basis of our work. On the other hand, for the more practical part, we will run a survey of different journalist articles and of different verdicts that produce jurisprudence. In conclusion we will study in depth all the resources that are useful to us to develop our work

PALABRAS CLAVES:

Sistema Jurídico, Fuentes del Derecho, Jurisprudencia, Doctrina Jurisprudencial, Fuente del derecho Laboral y Jerarquía de Fuentes.

KEYS WORDS:

Legal System, Sources of Law, Jurisprudence, Jurisprudential Doctrine, Source of Labour Law, Hierarchy of Source.

## Índice:


- **INTRODUCCIÓN: ..... 3**
- **OBJETIVOS: ..... 4**
- **METODOLOGÍA: ..... 4**
- **DESARROLLO: ..... 5**
  - *SISTEMAS JURÍDICOS EXISTENTES: ..... 5*
    1. *SISTEMAS JURÍDICOS DE COMMON LAW Y CIVIL LAW: ..... 7*
    2. *SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL: ..... 9*
  - *FUENTES DEL DERECHO: ..... 11*
    1. *FUENTES DEL DERECHO: ..... 11*
    4. *FUENTES DEL DERECHO EN ESPAÑA: ..... 16*
  - *FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO: ..... 17*
    1. *LAS FUENTES DEL DERECHO LABORAL EN ESPAÑA: ..... 18*
    2. *JERARQUÍA DE APLICACIÓN: ..... 21*
  - *ESPECIAL ATENCIÓN A LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO: ..... 25*
    1. *SE CONSIDERA LA JURISPRUDENCIA FUENTE DEL DERECHO LABORAL: ..... 26*
    2. *POSICIONAMIENTO: ..... 27*
    3. *EJEMPLOS DE JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO: ..... 33*
- **CONCLUSIÓN: ..... 40**
- **BIBLIOGRAFÍA: ..... 42**
  - **LIBROS: ..... 42**
  - **ARTÍCULOS: ..... 42**
  - **SITIOS WEB: ..... 43**
  - **BLOG: ..... 45**
  - **LEGISLACIÓN: ..... 45**
  - **SENTENCIAS: ..... 46**
- **ANEXOS: ..... 1**

ARTÍCULO PUBLICADO EL DÍA 19 DE DICIEMBRE DE 2014 EN EL PERIÓDICO DIGITAL EL PAÍS, ESCRITO POR MANUEL V. GÓMEZ ..... 1

ARTÍCULO PUBLICADO EL DÍA 26 DE MAYO DE 2015 EN EL PERIÓDICO DIGITAL INFOLIBRE, ESCRITO POR AUTOR DESCONOCIDO ..... 2

STS SOCIAL. DE 22 DE DICIEMBRE DE 2014 RJ 5504. ..... 4

STS SOCIAL. 26 DE NOVIEMBRE DE 2012. RJ 8405. ..... 25

STS. SOCIAL DE 23 DE MARZO DE 2015. RJ 1924. ..... 31

## INTRODUCCIÓN:

En el presente trabajo, vamos a hablar sobre la jurisprudencia y su pertenencia al sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico.

Para poder hablar de la jurisprudencia, antes definiremos algunos términos necesarios y explicaremos diferentes aspectos conceptuales necesarios para conocer la realidad acerca de la jurisprudencia como fuente del derecho, y en especial su consideración como fuente del derecho del trabajo.

He elegido este tema por dos motivos: el primero de ellos es porque en muchas ocasiones la realidad social en la que actuamos nos muestra una visión sobre la jurisprudencia que puede ser falsa o distorsionadora de lo que realmente plantea la ley. El segundo motivo por el cual me ha interesado este tema es por la importancia que tiene la jurisprudencia en el ámbito laboral en el cual se va a desarrollar mi vida profesional. Finalmente creo que este tema es de interés para todo mundo pues en cualquier momento de nuestra vida necesitamos del derecho y es necesario conocer los mecanismos de protección que nos ofrece nuestro ordenamiento jurídico.

La pregunta central sobre la que girará todo el trabajo es: ¿Opera la jurisprudencia como fuente del derecho?, para responder a esta pregunta, pasaremos por diversos puntos que serán necesarios para el desarrollo de nuestro trabajo, para entender mucho mejor cómo actual la jurisprudencia y por qué actúa como lo hace y sobre todo para dar respuesta a nuestra principal pregunta. En resumen, el siguiente trabajo va a versar sobre la operatividad que tiene la jurisprudencia como fuente del derecho, en especial mención al derecho del trabajo.

A continuación en los siguientes apartados explicaremos qué es lo que pretendemos conseguir con este trabajo, cuáles son la hipótesis que nos planteamos y de qué nos vamos a nutrir para buscar solución a nuestra pregunta.

## OBJETIVOS:

El objetivo que se plantea en este trabajo es el de saber si la jurisprudencia es reconocida en nuestro país como una fuente del derecho, y en especial si es considerada como fuente del derecho del trabajo, así, la pregunta que nos debemos plantear es: ¿Es la jurisprudencia una fuente del derecho del trabajo?

Por lo tanto, los objetivos que nos planteamos para el desarrollo de este trabajo son:

1. Conocer los tipos de sistemas jurídicos existentes en el mundo, y en concreto cuál es el sistema que rige en España.
2. Estudiar las fuentes del derecho de nuestro ordenamiento
3. Averiguar si es la jurisprudencia una fuente del derecho, el cual será nuestro principal objetivo.

## METODOLOGÍA:

Como dijimos con anterioridad, son varios objetivos los que nos hemos planteado sin embargo, el objetivo principal de este trabajo es saber si la jurisprudencia es una fuente del derecho del trabajo. Para alcanzar nuestros objetivos, y para entrar en materia que nos permita alcanzar los propósitos que queremos demostrar con este trabajo, nos plantearemos las siguientes hipótesis:

1. Los sistemas jurídicos más influyentes en el mundo son dos el Common Law y el Civil Law.
2. El sistema jurídico que opera en España es el Civil Law.
3. Las fuentes del derecho en nuestro ordenamiento jurídico son varias, donde se menciona si quiera de manera indirecta la jurisprudencia.
4. La jurisprudencia sí es una fuente del derecho laboral.

Para poder desarrollar nuestras hipótesis, tendremos en cuenta tres definiciones claves que se irán desarrollando a lo largo del trabajo, y esos términos son:

- Sistema jurídico.

- Fuentes del derecho.
- Jurisprudencia.

Finalmente, los recursos que vamos a utilizar para demostrar nuestras hipótesis van a ser: por un lado, diversos recursos bibliográficos, tanto de ámbito más general como de ámbito más específico de la materia laboral para que nos de una visión y un conocimiento sobre las tres primeras hipótesis planteadas. También utilizaremos sentencias tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas. Por último, utilizaremos artículos periodísticos que sean de interés para apoyar y argumentar nuestras ideas en relación con nuestra última hipótesis.

## DESARROLLO:

A continuación, pasaremos a desarrollar una serie de puntos que se encargarán de dar sentido a nuestro trabajo y nos hará llegar a la resolución de la pregunta planteada al principio ¿Es la jurisprudencia una fuente del derecho?

### *SISTEMAS JURÍDICOS EXISTENTES:*

En primer lugar, y para comenzar con este apartado, que se encargará de nuestra primera hipótesis, debemos definir tal y como prometimos en el apartado anterior, lo que se entiende por sistema jurídico. En este caso, cogeremos una de las acepciones que plantea el profesor Ara Pinilla, entendiendo que "se utiliza la expresión sistema jurídico para designar a un grupo de ordenamientos jurídicos a los que se reconoce una similitud de caracteres".[1]

Por lo tanto, de esta definición que será la que tomaremos como referencia para el término sistemas jurídicos, podemos extraer que un sistema jurídico, es un conjunto de ordenamientos jurídicos que comparten una serie de rasgos definitorios que los caracterizan.

[1]Ara Pinilla.I. 2005, "*Teoría del Derecho"*, en Madrid, Talleres Ediciones JB, pág.225.

Después de ofrecer una definición de lo que son los sistemas jurídicos, debemos decir que existen varios sistemas, que varían dependiendo de los rasgos definitorios de cada uno además de las fuentes del derecho que lo generan, y por lo tanto una posible clasificación de los distintos sistemas jurídicos es la siguientes:

- Sistema Jurídico de Common Law.
- Sistema Jurídico del Civil Law.
- Sistema Jurídico Consuetudinario.
- Sistema Jurídico Religioso.
- Sistema Jurídico Mixto.

Todos estos sistemas tienen unas fuentes del derecho en ocasiones similares, pero lo que hace que sean distintas y se usen unos sistemas en vez de otros es la importancia que toma una de esas fuentes del derecho alrededor de la cual gira el resto del ordenamiento.

A continuación, pasaremos a explicar un poco de cada sistema jurídico para entenderlos mejor, sin embargo podemos adelantar que hay dos sistemas especialmente importantes, o de presencia más influyente en la gran parte de los países del mundo y son: el Common Law y el Civil Law, a los cuales les dedicaremos el siguiente apartado de este trabajo. Sin embargo, pasaremos a explicar el resto de sistemas a continuación.

En primer lugar, hablaremos del **Sistema Jurídico Consuetudinario**. En este sistema, la principal fuente del derecho es el uso y la costumbre, por lo tanto, sus normas jurídicas se crean a partir de hechos repetidos que se realizan en un territorio y los cuales tienen una fuerza vinculante. Sin embargo sólo se recurre a esta fuente cuando no hay ley existente o aplicable al caso. Por otro lado, para que esa costumbre pueda ser considerada y aplicada al caso, debe ser una acción que se realice de manera repetitiva y generalizada es decir, una acción conocida por todos. Además, todos deben reconocer tal acto como de obligatorio cumplimiento. Es el sistema que rige en Mongolia, y en algunos lugares de China y de África.

En segundo lugar, nos encontramos con el **Sistema Jurídico Religioso**, cuya fuente del derecho principal es una religión. A diferencia de los demás sistemas jurídicos, no es un

juez el que determina la solución al caso sino un ministro religioso, el cual basa la solución en las normas de su religión, como puede ser la Biblia, el Corán, etc. Es el sistema jurídico de países de Oriente Medio y algunos países de África.

En tercer lugar, el **Sistema Jurídico Mixto** es aquel sistema que está compuesto por dos o más sistemas que operan y se complementan entre sí como por ejemplo ocurre en China donde operan el Sistema Consuetudinario junto con el Civil Law, entre otros.

Después de un repaso a los distintos sistemas jurídicos existentes, podemos decir que no se cumple del todo la primera hipótesis planteada, pues existen mas de dos sistemas jurídicos, aunque sí es cierto que los sistemas Common Law y Civil Law, son los dos sistemas de mayor influencia en el mundo.

Finalmente, pasaremos al siguiente epígrafe, donde desarrollaremos los dos sistemas de mayor influencia en el mundo que son el Common Law y el Civil Law.

## *1. SISTEMAS JURÍDICOS DE COMMON LAW Y CIVIL LAW:*

En este aparado, vamos a explicar los dos sistemas jurídicos más influyentes en el mundo, como ya hemos dicho con anterioridad.

El **Sistema Jurídico Common Law** es un sistema que se caracteriza por la prevalencia de la jurisprudencia, siendo ésta la principal fuente del derecho, por lo tanto, presenta una estructura de derecho judicial.

Las características que presenta este sistema, entre otras, son:

- Es un derecho formado por los jueces.
- Sus normas son dirigidas para la resolución del conflicto.
- Las decisiones de los jueces están condicionadas y limitadas por anteriores decisiones.
- Los tribunales inferiores deben seguir las decisiones de los tribunales superiores.

Después de ver los caracteres definitorios de este sistema, podemos decir que las fuentes del derecho de este sistema son:

1º La Jurisprudencia.
2º La Ley.
3º La Costumbre.
4º La Doctrina.

Por lo tanto, el sistema Common Law es un sistema cuya característica principal es la de los precedentes, es decir, el juez está obligado a dictar resolución judicial siguiendo las actuaciones precedentes siendo éstas las limitaciones al caso; así pues, este sistema está basado en el estudio y aplicación de las sentencias judiciales dictadas por el mismo tribunal o alguno superior jerárquicamente, además de ajustarse a la interpretación que las mismas hacen de las leyes. Sin embargo, hay que mencionar que porque se siga la misma idea no es obligatorio dictar lo mismo, pues se estudian las diversas sentencias en las cuales se manifiesten el mismo principio y luego se aplicará una solución desde la óptica del caso planteado.

El Sistema Jurídico de Common Law es de aplicación en países como Reino Unido, Norte América y Australia entre otros.

Sin embargo, el **Sistema Jurídico Civil Law o Sistema Continental** tiene como principal fuente la Ley, en lo que se diferencia del Common Law donde su principal fuente es la jurisprudencia, además las normas están ordenadas bajo un sistema de códigos. Por lo tanto, el Sistemas Continental se basa en la normativa de los poderes legislativos, y la jurisprudencia sólo actúa ante la aclaración e interpretación de la norma.

Las características que presenta este sistema entre otras son:

- Sus normas se crean a partir de los poderes legislativos y ejecutivos.
- Este sistema tiene origen en el Derecho Romano.
- Las normas que se dictan emanan de la importancia de la justicia y la moral, por lo tanto la ley va de la mano de los cambios sociales y morales.

Por lo tanto, después de saber que lo que prima en este sistema son las leyes, podemos decir que las fuentes del derecho en este tipo de sistema son y operan de la siguiente manera:

1º La Ley.
2º La Costumbre.
3º Los Principios Generales del Derecho.
4º La Jurisprudencia.

Finalmente, después de un repaso sobre los dos sistemas más influyentes en el mundo, podemos decir que no se cumple nuestra primera hipótesis, pues existen una variedad de sistemas jurídicos en el mundo que van más allá del Civil Law y el Common Law. Sin embargo, son dos los sistemas jurídicos que más influencia tienen en el mundo, y son el Civil Law y el Common Law.

## 2. *SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL:*

El sistema jurídico que sigue España es el Sistema Civil Law o Sistema Continental. Como hemos dicho con anterioridad, es un sistema en el cual las principal fuente es la Ley y se ordena por códigos. En el caso de España es así pues la legislación española se divide en diferentes sectores dependiendo de la materia a tratar en cada caso, pues hay diferentes legislaciones y códigos para las diferentes materias, así se pueden distinguir , entre otras, las siguientes materias en nuestro ordenamiento jurídico:

- Civil.
- Social.
- Penal.
- Contencioso-Administrativo.

Como consecuencia de las distintas materias, recogidas en los distintos códigos, existen en el poder judicial distintas salas especializadas para cada una de las materias citadas con anterioridad.

Asimismo, otra de las características que tenía este sistema jurídico es que sus fuentes emanan de los poderes legislativos y ejecutivos, de este modo, en España el poder ejecutivo lo ostenta el Gobierno que le corresponde, entre otras, las siguientes funciones:

- Dirigir la política interior y exterior, la administración civil y militar y la defensa del Estado.
- Ejercer la potestad reglamentaria (Decretos y Reales-Decretos).

Por lo que podemos ver, el poder ejecutivo es un poder que puede dictar normas, como son los Decretos. Sin embargo, éstos no cuentan con la fuerza suficiente como para desplazar a las leyes, siendo éstas las máximas exponentes del sistema Civil Law.

En cuanto al poder legislativo, es llevado a cabo por las Cortes Generales que entre algunas de sus funciones se encuentra controlar al Presidente de Gobierno. Las funciones que tiene el poder legislativo son:

- Promulgar leyes.
- Convocar y disolver las Cortes Generales.
- Convocar elecciones y referéndums.

En resumidas cuentas, el poder legislativo, más concretamente las Cortes Generales, es el único capaz de crear leyes y por lo tanto el principal operador como fuente en nuestro país.

Por lo tanto, en España actúa bajo las características del Sistema Civil Law, pues su principal fuente es la Ley. Además, el sistema está organizado de tal modo que existen diferentes códigos legales, dictados por el poder legislativo, cada uno con competencia de una materia distinta, y prueba de ello son las diferentes salas que existen en nuestros juzgados.

Finalmente, de este apartado podemos concluir que en España opera el sistema jurídico continental, y por lo tanto se cumpliría nuestra segunda hipótesis, donde plantábamos que el sistema jurídico por el que se rige España es el Civil Law.

## *FUENTES DEL DERECHO:*

En primer lugar, y antes de entrar a determinar cuáles son las fuentes de producción del derecho que existen en el mundo, debemos dar una definición de lo que son las fuentes del derecho, y la definición que daremos, es la que expone el profesor Ara Pinilla, y dice que son fuentes de producción del derecho " *los acontecimientos a los que se reconoce capacidad para producir derecho*".[2]

Por lo tanto, podemos decir que es fuente del derecho todas aquellas acciones, de determinadas entidades con poder para crear derecho, y esto dependerá en todo caso del sistema jurídico operante en cada país, pues es éste el que determina cuáles son sus fuentes de producción y cuáles no al determinar quiénes son las entidades o personas que tienen el poder para ello.

## *1. FUENTES DEL DERECHO:*

Como hemos comprobado en apartados anteriores, hay una gran variedad de fuentes del derecho, y cada una de ellas con mayor fuerza, o primacía de aplicación dependiendo del sistema jurídico del que estemos hablando. Sin embargo, hay una lista de fuentes existentes que pueden o no aparecer en los distintos sistemas pero que son reconocidas en general como fuentes productoras del derecho.

Antes de describir cuáles son las fuentes existentes en los distintos ordenamientos, debemos decir que existen diferentes clasificaciones en cuanto a las fuentes, distinguiendo tres bloques clasificatorios que son:

### 1. Fuentes Formales y Fuentes Materiales:

Son ***fuentes formales*** los distintos modos en los que se expresan los fenómenos jurídicos, es decir aquellos actos o hechos que tienen fuerza y poder jurídico para crear normas, así por ejemplo, la Ley es una fuente formal, ya que las leyes se dictan por un ente en base a un procedimiento que cuenta con poder dictarlas.

[2] I.Ara Pinilla, op.cit., 2005, pág.225

Por otro lado, ***las fuentes materiales*** son aquellos actos, o realidades sociales que incitan a la creación del derecho, un derecho más ajustado a la realidad. Asimismo, podemos decir que las fuentes materiales son aquellas que se rigen por los actos de la realidad social que los produce.

## 2. Fuentes Escritas y Fuentes no Escritas:

En cuanto las ***fuentes escritas y no escritas***, lo que las diferencian es que unas están materializadas por escrito y las otras no, esto hace que se reconozcan como fuentes escritas la Ley y el Reglamento, considerando por lo tanto a las no escritas a la Costumbre y los Principios Generales del Derecho. Por otro lado, las fuentes escritas son de aplicación directa, mientras que las no escritas son de aplicación indirecta, es decir, ayudan a interpretar a la fuente directa.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que hay sistemas jurídicos, como el Common Law, en el cual una fuente escrita no se encuentra materializada, y por lo tanto esta clasificación en algunos sistemas jurídicos puede variar, todo ello dependiendo de la primacía de sus fuentes o de sus condiciones particulares.

## 3. Fuentes Históricas y Fuentes Vigentes:

***Las fuentes históricas*** son archivos y documentos donde ponen de manifiesto el derecho, pero que actualmente no son vigente, y se consideran como el origen de la creación del derecho actual, como sucede en España con el derecho romano.

Sin embargo, ***las fuentes vigentes*** son aquellas normas que en la actualidad todavía son de aplicación y que han derogado normas anteriores.

Después de ver las distintas clasificaciones que tienen las fuentes del derecho, pasaremos a enumerar y desarrollar en qué consiste cada una de las mismas. Así pues, se pueden distinguir un total de siete fuentes distintas, que tienen diferente importancia y relevancia, dependiendo de cuál es el sistema jurídico operante en ese país.

Las siete fuentes creadoras del derecho son:

### *I. La Ley:*

Está compuesta por todas aquellas normas que son dictadas por el poder legislativo. Podemos distinguir, según expone el profesor Ara Pinilla[3], cuatro tipos legales dentro de esta fuente, y son:

- **La Constitución**: Es el tipo legal de mayor, y el cual tiene primacía sobre los demás tipos legales, pues éstos deben ir en concordancia y subordinación con la Constitución, además, ningún tipo legal inferior puede modificarla, solo una norma del mismo nivel, es decir de rango constitucional, puede modificar a la misma.

- **Las Leyes Orgánicas:** son normas que regulan materia casi constitucionales. Emanan de las Cortes Generales, pues su creación y desarrollo corresponden al poder legislativo, requiriendo una mayoría cualificada para que sean aprobadas.

- **Las Leyes Ordinarias:** son normas cuya creación corresponde al poder legislativo, requieren para su aprobación la mayoría simple del Congreso de los Diputados.

- **Las Disposiciones Administrativas con fuerza de Ley:** Están compuestas por los Decretos-Legislativos, y los Decretos-Leyes. Los Decretos- Legislativos son normas con rango de ley sobre determinadas materias, dictadas por el Gobierno por delegación de las Cortes Generales. Por otro lado, los Decretos-Leyes son normas con fuerza de ley dictas por el Gobierno en virtud de sus propias facultades.

### *II. El Reglamento:*

El reglamento está compuesto por todas aquellas disposiciones jurídicas dictadas por el poder ejecutivo en base a sus facultades potestativas. Presentan un rango inferior al de las leyes y no pueden ser contradictorios a lo dictado por la ley. Se distinguen distintos tipos de reglamentos dependiendo en cada caso la autoridad que los dicte.

[3]Ara Pinilla.I., op.cit., 2005, pág.225

### *III. La Costumbre:*

La costumbre son los actos frecuentes implantados en una comunidad y por lo tanto considerados de obligatorio cumplimiento. Para que una acción o uso sea considerado costumbre y por lo tanto de obligado cumplimiento, deben ser comportamientos uniformes y repetitivos. Se destacan dos elementos de la costumbre: un elemento material, que consistiría en actos repetitivos de manera constante y frecuentes, y un elemento psicológico, que consiste en la convicción de la sociedad de que se trata de una práctica obligatoria. La Costumbre se puede clasificara en tres tipos:

- **Secundum legem:** aparece cuando el legislador traslada la solución a la costumbre, pasando así la costumbre a ser fuente principal.
- **Contra legem:** es la costumbre que va en contra de lo que dicta le ley.
- **Praeter legem**: esta costumbre se aplica cuando no hay legislación de rango superior existente que aplicar al caso, pasando así de ser una fuente secundaría a una fuente principal como en el caso de Secundum legem.

### *IV. Los Principios Generales del Derecho:*

Los Principios Generales del Derecho son los principios básicos en los que está inspirado el ordenamiento jurídico. Los Principios Generales del Derecho se dividen en dos y son:

- **Los Principios Internos**: vienen a sufragar la necesidad de dar un criterio de decisión, siempre que no sea contradictorio a la ley. Es decir, da explicación a la ley cuando ésta no es suficiente.
- **Los Principios Externos**: actúan como guía a la hora de crear derecho.

### *V. La Jurisprudencia:*

La Jurisprudencia es el conjunto de sentencias y doctrina dictada por los diferentes tribunales, y se utiliza para solucionar problemas de carácter jurídicos. La jurisprudencia está compuesta por actos pasados que fueron resueltos, y cuya resolución condicionará a futuras resoluciones de casos similares. Por lo tanto, la jurisprudencia supone una mejor manera de acercarse a la realidad social y de dar la solución más justa a cada caso, pues

hace una aplicación e interpretación de la norma más apegada a la actualidad social y a los cambios que sufre la misma.

### *VI. La Doctrina Científica:*

La Doctrina Científica es el conjunto de estudios que los juristas realizan sobre el derecho, y cuya finalidad es interpretar las normas actuales y destacando las reglas de aplicación o por el contrario criticarlas y en su caso proponer nuevas normas. Como podemos ver, la Doctrina Científica se encarga de estudiar si las normas existentes y de aplicación van en el sentido correcto, o si por el contrario se debería tomar otro camino y otra interpretación de las normas.

### *VII. Las Fuentes Jurídicas del Ámbito Personal Limitado:*

En este ámbito son personas jurídicas o físicas las que se ponen de acuerdo en determinados aspectos creando derechos. No ocurre lo mismo en las otras fuentes que vienen emanadas por entes con poder o fuerza normativa para producir derecho. Entre las fuentes jurídicas de ámbito personal limitado destacamos tres tipos:

- **El contrato**: origina derecho y sus consecuentes obligaciones pues las partes contratantes es una fuente de derecho, sin embargo el ámbito de actuación está reducido a los firmantes.
- **El Convenio Colectivo**: al igual que el contrato vincula a las partes firmantes, sin embargo el ámbito de aplicación es mayor, pues también es norma para los trabajadores representados y en algunos casos dependiendo del ámbito del convenio también vincula los empresarios.
- **La Sentencia Judicial**: ambas partes del proceso judicial, demandante y demandado, quedan vinculadas a la sentencia dictada por el juez siendo ésta creadora de derecho pues su dictamen es de obligado cumplimiento.

## *4. FUENTES DEL DERECHO EN ESPAÑA:*

En España el sistema de fuentes ha ido cambiando y ampliándose a lo largo de los años y de su evolución.

Hasta el año 1973, en los artículos 5 y 6 del Código civil, donde se recogían cuáles eran las fuentes, hacia referencia a la Ley y a la Costumbre sin hacer mención alguna de los Principios Generales del Derecho ni de la Jurisprudencia. Sin embargo, en 1973 se aprueba una Ley de base que se termina de desarrollar en el Texto articulado de 31 de mayo de 1974, donde en su artículo 1 amplía las fuentes admitiendo los Principios Generales del Derecho, siendo éstos de aplicación cuando no existiera ley ni costumbre aplicable al caso.

Por otro lado, este texto articulado de 1974 ya hacía referencia a la jurisprudencia pues en su artículo 1.6 dice:
"***La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina*** *que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo* ***al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho****."*

Ante este artículo, podemos decir que sí se está reconociendo desde 1974 a la Jurisprudencia como fuente del derecho, pues según el art.1.6 de la Ley de Bases, la Jurisprudencia complementará a la Ley, a la Costumbre y a los Principios Generales del Derecho, actuando así de manera subsidiaria y complementaria de las otras fuentes principales.

Por lo tanto, este artículo está dejando una puerta abierta a la Jurisprudencia como fuente del derecho, pues a título personal, para poder complementar a las otras fuentes a través de la interpretación de las mismas, la Jurisprudencia deber ser fuente en si misma y tener un valor normativo. Es más, se está reconociendo su importancia y su capacidad como productora de derecho al ser utilizada con carácter interpretativo de las fuentes principales (La Ley, La Costumbre y Los Principios Generales del Derecho).

En la actualidad, en nuestro Código Civil reconoce como fuentes del derecho, al igual que el Texto de 1974, la Ley, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho, dejando otra vez en un segundo plano y como fuente complementaria a la Jurisprudencia. Sin embargo mi razonamiento vuelve a ser el mismo, hasta qué punto algo puede complementar sin ser algo en sí misma.

Aunque, por otro lado podemos decir que se cumple nuestra tercera hipótesis, pues las fuentes del derecho son tres, y se reconoce a la jurisprudencia como fuente del derecho aunque de una manera indirecta y dejándola en un segundo plano.

No obstante, podemos decir que la Jurisprudencia sí es una fuente más y que no se ha reconocido en la actualidad por el sistema civilista que rige en nuestro país. Sin embargo, para reafirmar nuestra ideas debemos mencionar el art.161.1.a) de la Constitución Española, que dice:

"*Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley.* ***La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta****, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada."*

Por lo tanto, este artículo reconoce que una interpretación de una norma que vaya en contra de la Constitución se verá afectada por la sentencia dictada al respecto. Con lo cual podemos deducir que la jurisprudencia tiene un valor más que complementario, pues en su labor de interpretar las normas en muchos casos las modifica creando así doctrina de posterior aplicación.

Todo este razonamiento nos lleva al mismo punto de partida donde podemos decir que la jurisprudencia es una fuente productora de derecho  al igual que la Ley, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho, sin embargo no está reconocida como tal.

- ***FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO:***

En cuento a las Fuentes del Derecho del Trabajo, podemos decir, por todo lo visto anteriormente, que variarán en función del sistema jurídico por el que se rija cada país.

Por ello podemos aventurarnos a decir que en cuanto a las fuentes del derecho laboral en España serán las mismas que las fuentes generales que reconoce el Código Civil, aunque con algunos matices debido a la peculiaridad que presentan las relaciones laborales.

## *1. LAS FUENTES DEL DERECHO LABORAL EN ESPAÑA:*

Las Fuentes del Derecho Laboral en España se recogen en el artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (de ahora en adelante ET), que dice:

*"1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:*

*a) Por las **disposiciones legales y reglamentarias** del Estado.*

*b) Por los **convenios colectivos**.*

*c) Por **la voluntad de las partes,** manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.*

*d) Por **los usos y costumbres** locales y profesionales."*

Como se puede observar, entra en juego una fuente del derecho que no fue reconocida por el Código Civil y es La Fuente Jurídica Personal Limitada. En este caso, entra a actuar por el reconocimiento del contrato de trabajo y los convenios colectivo.

Esta legitimación se debe a la circunstancia en las que se da una relación de trabajo, pues según la Organización Internacional del Trabajo, se entiende como relación de trabajo:

"*Al **nexo jurídico** entre empleadores y trabajadores. Existe cuando una persona proporciona su trabajo o presta servicios bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración.*"[4]

[4] Organización Internacional del Trabajo, 1996, http://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/labour-law/WCMS_165190/lang--es/index.htm

De esta definición se desprende, que para que haya relación de trabajo deba haber un nexo jurídico y, por lo tanto, es ahí donde entra a actuar el contrato y por lo tanto actúa como productor de derecho y por ello como Fuentes del Derecho del Trabajo.

Por otro lado, también se reconocen los convenios colectivos que viene fundamentado en el artículo 37.1 de la Constitución Española.

Es normal que se reconozca el convenio colectivo como fuente del derecho del trabajo, pues estos acuerdos entre las partes afectadas crean un derecho más fiel y cercano de las necesidades de los trabajadores y de los empresarios en cada momento, pues son una mezcla perfecta entre el Derecho del Estado y el Derecho Social, lo que hace que sea la Fuente del Derecho del Trabajo por antonomasia. Además, es una fuente exclusiva del derecho laboral, pues en ningún otro ordenamiento jurídico se reconoce la negociación colectiva como fuente, pues como vimos anteriormente el Código Civil no lo reconoce.

Debemos mencionar que existen dos tipos de convenios: los convenios Estatutario y los Extraestatutarios. Los **Estatutarios** son aquellos que la ley designa que se produzcan y por lo tanto cuentan con el respaldo del art.37 de la Constitución Española. Sin embargo los pactos **Extraestatutarios** no se ajustan a las reglas y carecen de carácter normativo, por lo tanto son considerados como un acuerdo plural entre la parte trabajadora y la parte empresarial, pasando a tener la misma condición o importancia que el contrato de trabajo como Fuente del Derecho del Trabajo según una sentencia del Tribunal Supremo[5] de 2003.

En cuanto a las fuentes del derecho que presenta el art. 3 del ET, podemos decir que está incompleto pues hace una enumeración simple de las distintas fuentes quedando sin mencionar algunas importantes y que son de gran utilización hoy en día como son: los acuerdos conciliadores y las normas internacionales. Por ello, vamos a mencionar la enumeración de fuentes que propone el abogado Alejandro Aradas García[6], quedando de más amplia y de la siguiente manera las fuentes del derecho del trabajo:

[5] STS de 18 de Febrero de 2003 (RJ 3372)
[6] Alejandro Aradas García, Fuentes del Derecho Laboral, blog cuestiones laborales, 2013, http://www.cuestioneslaborales.es/fuentes-del-derecho-laboral/

1. La Constitución Española
    Contenido laboral
2. Las normas internacionales y supranacionales
    Pactos internacionales
    Organización Internacional del trabajo
    Las Comunidades europeas
    Los reglamentos
    Las directivas
    Las decisiones
    Las recomendaciones y los dictámenes.
    Las declaraciones de intención y las resoluciones.
3. Las leyes nacionales
4. Los reglamentos
5. El poder normativo de las Comunidades Autónomas
6. Los convenios colectivos
7. Acuerdos conciliatorios y laudos arbitrales
8. La costumbre Laboral.
9. La jurisprudencia

Como podemos ver, esta clasificación presenta muchas más fuentes del derecho del trabajo que actúan en nuestro día a día, pero no que no están reconocidas en el ET, como son las normas internacionales, que son cada día más aplicadas por la pertenencia de España a la Unión Europea, o los acuerdos conciliadores y laudos arbitrales, los cuales crean derecho al vincular a dos personas a realizar una acción pactada por ambas partes o impuestas por un tercero pero al que se han sometido de manera voluntaria. Además, considera a la Jurisprudencia como fuente del derecho, lo que hace que esta clasificación sea un poco más real a la aplicación actual de las normas para solucionar los conflictos.

Sin embargo, y a pesar de que ambas clasificaciones son validas y buenas, voy a exponer mi propia clasificación sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo, basada en la mezcla de las dos clasificaciones anteriores, quedando mi interpretación de las Fuentes del Derecho del Trabajo de la siguiente manera:

1. Constitución Española.
2. Disposiciones Legales y Reglamentarias tanto nacionales como supranacionales.
3. Los Convenios Colectivos Estatutarios.
4. Acuerdos entre las partes, que incluyen: el contrato de trabajo, los Convenios Colectivos Extraestatutarios, los Acuerdos de Empresas, los Acuerdos

   Conciliadores y los Laudos Arbitrales, este último aunque la decisión sea tomada por un tercero, son las partes de manera voluntaria las que se someten a este procedimiento.
5. La Costumbre.
6. La Jurisprudencia.

En cuanto a la nueva clasificación propuesta, podemos ver reflejada la estructura del artículo 3 del ET. Sin embargo se han añadido fuentes que son de aplicación hoy en día que no se habían mencionado en la Ley. También se han igualado determinadas fuentes que estaban en niveles distintos por ambas clasificaciones, dando así esta clasificación da una imagen más real de las fuentes actuales de aplicación desde mi punto de vista.

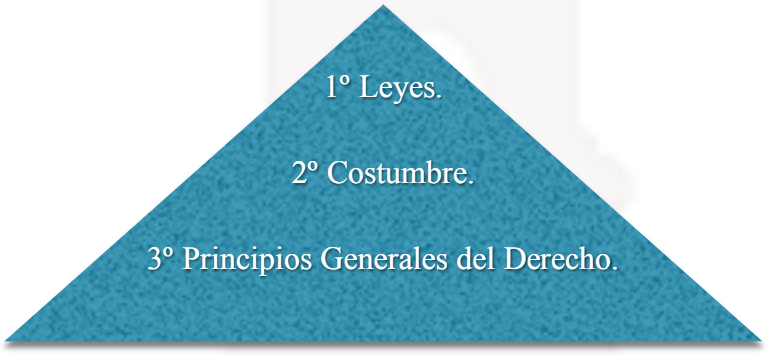
Por último, decir que hay muchas más fuentes laborales de las que reconoce el Código Civil, como es el caso del reconocimiento de la Fuente Jurídica Personal Limitada, además de existir una gran variedad de fuentes que tampoco menciona el Estatuto de los Trabajadores pero que son entendidas como fuente por la sociedad al ser de aplicación habitual a pesar de no ser reconocidas de manera formal.

## *2. JERARQUÍA DE APLICACIÓN:*

La pregunta que nos planteamos en este apartado es: ¿cómo se aplican las fuentes del derecho? Según se desprende de una rápida lectura e interpretación del artículo 1 del Código Civil, las fuentes del derecho son de aplicación de jerárquica. Esto significa, que rige el ***Principio de Jerarquía*** reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución Española. Es decir a la hora de aplicar las fuentes a un caso concreto o para solucionar conflictos entre las distintas normas se aplicarán en primer lugar las fuentes de rango superior y en caso de no haber normativa regular al respecto, se aplicarán las fuente de rango inferior.

La aplicación de las fuentes también se rigen por el ***Principio de Modernidad***, es decir se aplicará la norma más moderna y de última creación y finalmente entra en juego el ***Principio de especialidad***, es decir entre las distintas normas aplicables, se elegirá la que tenga vínculos más estrechos con el objeto de regulación.

Por lo tanto, las fuentes del derecho según el art.1 del Código Civil, y los principios que intervienen se aplicarían de la siguiente manera dando lugar a una pirámide jerárquica:

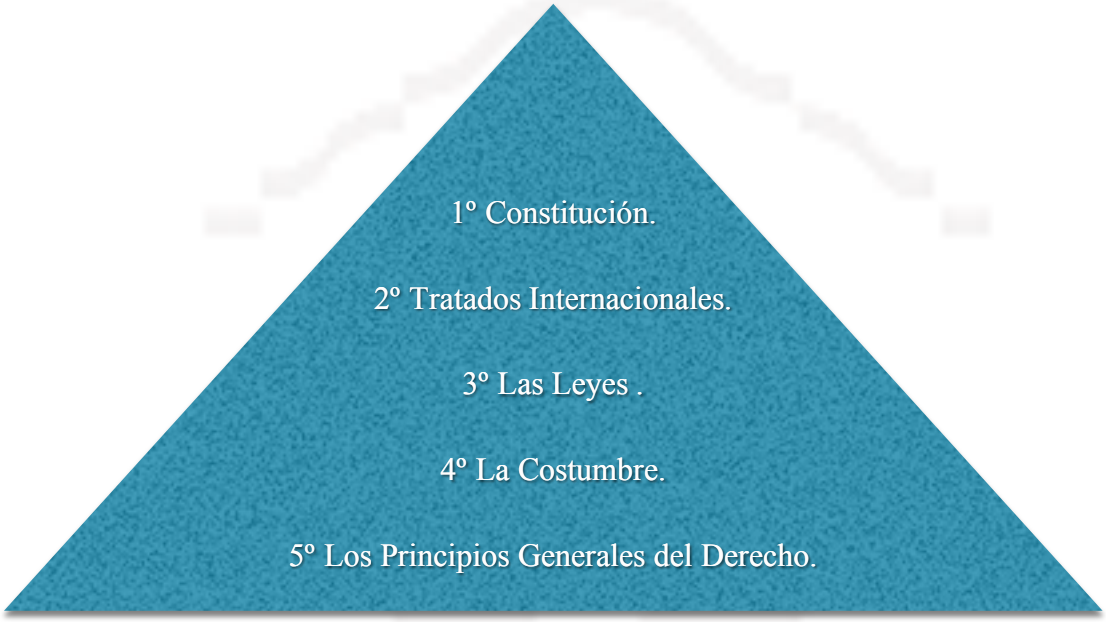



Sin embargo, debemos recordar que la Constitución Española de 1978 introduce cambios en las fuentes del derecho expuestas en el artículo 1 del Código Civil, pues introduce los tratados internaciones, la creación de las Comunidades Autónomas y la propia Constitución como fuentes del derecho.

Por las nuevas añadiduras de la Constitución, la aplicación jerárquica de las fuentes pasa a ser distinta pues ahora la primera fuente de aplicación no es la Ley, es la Constitución, aunque es un producto normativo como el resto de las leyes es declarada la Ley de Leyes pues todo producto normativo creado debe ir en subordinación a la Constitución.

En segundo lugar, se aplicaran los tratados Internacionales y posteriormente las Leyes, incluyendo en este apartado la normativa que pueda surgir de cada Comunidad Autónoma.

En último lugar, se aplicarán la Costumbre y los Principios Generales del Derecho.
Por lo tanto ahora nuestra pirámide jerárquica de fuentes quedaría de la siguiente manera:




En resumen podemos decir que ante la necesidad de resolución de un conflicto, la aplicación de la normativa según nuestro ordenamiento jurídico es la siguiente:

1. Se aplicarán primero las normas de rango superior, y cuando no haya norma aplicable se pasará a la norma de rango inferior.
2. Cuando haya dos normas aplicables al caso se aplicará la más actual y con la que tenga una relación más estrecha al caso.

La pregunta que nos planteamos ahora es: ¿Ocurre lo mismo con las fuentes del Derecho Laboral? En este caso, la aplicación de las fuentes es más compleja pues no sólo rigen los principios anteriormente descrito, también se ven afectadas por otros principios que son:

- ***Principio de Norma Mínima:*** este principio nos dice que se tiene que respetar el mínimo establecido en la Ley pero no hay ningún inconveniente en que ese mínimo sea mejora. Así por ejemplo el mínimo son 30 días de vacaciones por 365 días trabajados, sin embargo nada impide que las vacaciones pactadas con el empresario sean mayores.
- ***Principio de Norma más Favorable:*** en este caso este principio se aplican cuando entran dos normas de igual rango entran conflicto, pues ambas tienen el mismo

supuesto de hecho. En base a este principio, siempre se aplicará la norma más beneficios en su conjunto al trabajador. Este principio está reconocido en el artículo 3.3 del ET.

- ***Principio de Condición más Beneficiosa:*** en base a este principio, se le aplicará al trabajador las condiciones pactadas en el contrato o de manera unilateral por el empresario cuando sean más beneficiosas que una norma de rango superior. Los requisitos para que se de esa condición más beneficiosa son:
  - La condición más beneficiosa nace del contrato o de la decisión unilateral del empresario.
  - La condición más beneficiosa debe incorporase al contrato en virtud de una voluntad empresarial.

- ***Principio de Irrenunciabilidad de Derecho:*** este principio nos dice que no se puede renunciar al derecho laboral, ni antes ni después de adquirirlo a diferencia de los que pasa en el resto del ordenamiento jurídico. Este principio está reconocido en el artículo 3.5 del ET.

- ***Interpretación de las Normas Laborales***: una vez seleccionada la norma que será de aplicación al caso, hay que interpretarla en relación al mismo, es decir darle significado al mismo.

En síntesis, podemos decir que la aplicación de las fuentes del derecho laboral se hará en primer lugar de manera jerárquica atendiendo siempre a que se aplicará la norma que más favorable y en su conjunto convenga más al trabajador. Por consiguiente, la aplicación de las fuentes laborales se hará de manera jerárquica pero con una inversión en la pirámide, pues atendiendo al principio de norma más favorable y condición más beneficiosa, lo primero que aplicaríamos no es la Ley sino la norma favorable y beneficiosa para el trabajador. En consecuencia nuestra pirámide jerárquica quedara de la siguiente manera:

Dicho de otro modo, la aplicación de las fuentes laborales para la resolución de conflictos es igual que la aplicación designada en el Código Civil para las fuentes generales, sin embargo, no debemos olvidar que la aplicación de estas fuentes puede variar en función de la condición más beneficiosa y favorable para el trabajador siendo en algunos casos la primera fuente de aplicación el acuerdo entre las partes quedando de manera subsidiaria la ley aun disponiendo un rango superior.

Sin embargo, una vez más se posiciona a la jurisprudencia ya no sólo como un complemento a las otras fuentes, sino que ni se menciona en el artículo 3 del ET como una fuente, por lo tanto se entiende que el derecho laboral en nuestro país no reconoce a la jurisprudencia como una de sus fuentes. No obstante, podríamos decir que es una de las fuentes más operantes, pues es la que más se ajusta a los principios que debe cumplir el derecho laboral a la hora de resolver un caso puesto que es la solución que más se ajusta a la realidad social existente en cada momento.

- ***ESPECIAL ATENCIÓN A LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO:***

Como hemos venido viendo durante la exposición del trabajo, la jurisprudencia no es una fuente en sí misma sino una fuente complementaria a las demás fuentes. Sin embargo, planteamos la idea de que no puede complementar algo sin ser fuente en si misma, y por

lo tanto hemos considerando a la jurisprudencia como fuente del derecho de nuestro ordenamiento. Pues opera por sí misma aunque sea un apoyo para las otras fuentes.

## *1. SE CONSIDERA LA JURISPRUDENCIA FUENTE DEL DERECHO LABORAL:*

Con respecto al derecho del trabajo pudimos comprobar que en el artículo 3 del ET no se reconoce a la jurisprudencia como fuente pues no se menciona ni siquiera de manera indirecta o como complementaria. Por lo tanto podemos decir que a priori no se cumple nuestra última hipótesis, que plantea la idea de que la jurisprudencia sí es una fuente del derecho laboral. Aun así, nosotros la hemos incluido en nuestro listado de fuentes del derecho del trabajo pues hemos creído necesaria su inclusión, debido a que es una fuente que opera aunque no haya sido reconocida puesto que es la que más se ajusta a la realidad social.

Debemos mencionar que en España se distinguen concretamente dos tipos de fuentes:

- Las **fuentes de producción**, que serían aquellas fuentes que realmente crean derecho. Aquí podríamos señalar a la Ley, la Costumbre y a los principios generales del derecho.
- Las **fuentes de conocimiento**, que son aquellas que se encargan de interpretarla. En este caso serían la Jurisprudencia, más concretamente su doctrina.

Por lo tanto, la idea que se desprende de todo ello es que la jurisprudencia actúa como fuente en la medida en que crea doctrina por su reiterado pronunciamiento en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

Finalmente, la idea que podemos tener en este punto sobre la jurisprudencia como fuente es que no es reconocida como tal, sin embargo opera como creadora de doctrina y complementaria a las otras fuentes que nos hace pensar que sí es una fuente en sí misma.

## 2. *POSICIONAMIENTO:*

Hoy en día, encontramos diversos posicionamientos en cuanto a la consideración de la jurisprudencia como fuente del derecho del trabajo.

En primer lugar, encontramos el posicionamiento del profesor Manuel Carlos Palomeque López[7], que considera que las decisiones adoptadas por los jueces y los tribunales no son normas jurídicas, sino la resolución de conflictos aplicando una norma e interpretándola al caso y aceptando como fuentes la Ley, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho. Sin embargo, el profesor Palomeque reconoce que aunque la jurisprudencia no forma parte de las fuentes del derecho, ésta complementa el ordenamiento jurídico pero desde el punto de vista de la doctrina.

En el caso concreto del Derecho laboral, el profesor Palomeque reconoce que forman doctrina los siguientes dictámenes[8]:

- Las sentencias de casación contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.
- Las sentencias de casación para la unificación de la doctrina.

Todo ello, sin que se considere a la jurisprudencia como una fuente formal. Sin embargo la reconoce como fuente desde el punto de vista que describe el artículo 1.6 del Código Civil, considerando por lo tanto a la jurisprudencia "*como una doctrina científica emanada de las Salas de lo Social de los diecisiete Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*".[9]

Por lo tanto, el profesor Palomeque nos plantea un posicionamiento igualitario al que plantea la ley, pues no reconoce a la jurisprudencia como una fuente sino como una generadora de doctrina científica pasando a ser la jurisprudencia una fuente complementaria al resto de fuentes.

---

[7] Palomeque López Manuel C. y Álvarez de la Rosa M. 2012, *Derecho del Trabajo*, en Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A Editoriales Pág. 174.
[8] Palomeque y Álvarez ,op.cit., 2012, pág. 174-175
[9] Palomeque y Álvarez ,op.cit., 2012, pág. 175.

En segundo lugar, encontramos la posición del jurista Manuel Alonso Olea, el cual mantiene una postura intermedia pues dice que *el poder que tienen los jueces y tribunales es el de solventar conflictos aplicando al caso concreto la norma abstracta por lo tanto su poder está en juzgar y hacer cumplir lo juzgado*[10]. En consecuencia, una sentencia no es una norma y por lo tanto no es fuente del derecho.

Por otro lado, los jueces tienen la capacidad de unificar e interpretar una norma, y en este sentido no se encuentran tampoco vinculados a su propia jurisprudencia, es decir un juez no está obligado a dictar sus futuras resoluciones en función de alguna resolución creadora de doctrina o sentencias pasadas.

Sin embargo, a pesar de que no pueden los tribunales crear norma a través de la jurisprudencia, el jurista Alonso Olea, dice que la capacidad de unificar la interpretación de una norma *crea respecto de los ciudadanos la expectativa estimable y seria a la que sirven los principios constitucionales de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, igualdad y unidad jurisdiccional, de que, si la jurisprudencia existe, los casos futuros serán resueltos con arreglo a ella como regla de aplicación de las leyes*.[11]

No obstante para Alonso Olea, para que la jurisprudencia sea reconocida como fuente debe cumplir unas características[12]:

- *Integra su noción misma la reiteración del sentido de los fallos, que aporta una interpretación unitaria de la ley y sirve de criterio de aplicación para los demás jueces y tribunales*. Es decir puede considerarse fuente cuando la interpretación de la norma es igual en reiterados casos para que se considera doctrina.

- *Vale como jurisprudencia la doctrina*, cuando ésta haya sido fundamental para la resolución de un recurso.

[10] Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, Mª.E. 2009. *Derecho del trabajo*, en Madrid Ed. Cívitas, pág. 995.
[11] Alonso Olea y Casa Baamonde, op.cit., 2009, pág. 996.
[12] Alonso Olea y Casa Baamonde, op.cit., 2009, pág. 998-999.

- *La jurisprudencia se sienta por el Tribunal Supremo, que es el Juez de casación y el órgano jurisdiccional en todos los órdenes salvo en materia de garantías constitucionales*.

En resumidas cuentas, el jurista Alonso Olea propone que la jurisprudencia no puede ser fuente en el sentido de que los jueces que son los que dictan las sentencias no tienen fuerza para que éstas sean normas. Sin embargo, aclara que sí es fuente en el sentido de que da seguridad a los ciudadanos, en cuanto a la seguridad jurídica que da saber cómo se va interpretar una norma en futuros conflictos siempre y cuando la jurisprudencia cumpla las características señaladas con anterioridad.

Por lo tanto para el jurista Alonso Olea la jurisprudencia está en un punto intermedio pues no es reconocida de manera formal pero de cierto modo opera en la sociedad dando al ciudadano seguridad.

En último lugar, nos encontramos el posicionamiento de los catedráticos del Derecho del Trabajo don José Vida Soria, don José Luis Monereo Pérez y don Cristóbal Molina Navarrete. En este caso, ellos exponen *que aunque los jueces no son creadores de la vida jurídico-laboral o profesional, sí son protagonistas de su funcionamiento práctico, así como su propia capacidad de adaptación y renovación, a veces con anticipación a los propios cambios normativos, legales o convencionales*[13]. Es decir, que aunque los jueces no sean creadores de normas por falta de poder normativo, sí son los que ponen en práctica las normas y en mucho casos actualizan su aplicación para que se adapte mejor a la realidad social. No obstante, también hacen mención de que sólo entenderán como fuente a las decisiones reiteradas del Tribunal Supremo .

En el caso del derecho laboral, los catedráticos Vida Soria, Monereo Pérez y Molina Navarrete dicen: *esta idea, que hace de la jurisprudencia en una fuente del derecho más real que pretendida,…, pero en todo caso adquiere un singular sentido, al menos en el plano cuantitativo, para el Derecho del Trabajo buena parte del cual sólo puede*

[13] Vida Soria J., Monereo Pérez J.L., Molina Navarrete C., 2011, *Manual de Derecho del Trabajo*, En Granada, Ed. Comares, pág. 294.

*entenderse con su jurisprudencia.*[14] En consecuencia, mencionan algunas peculiaridades que son:

- Aunque la jurisprudencia sólo la crea el Tribunal Supremo, cabe para la vida diaria la doctrina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia, la denominada "*jurisprudencia menor*"[15].
- Tienen atribuida una eficacia cuasi normativa, pues su alcance es mayor que su aplicación al caso concreto.
- Las sentencias tienen una gran importancia para el conocimiento y la producción del ordenamiento laboral.

Por consiguiente, los catedráticos Vida Soria, Monereo Pérez y Molina Navarrete, plantean la idea de una jurisprudencia integrada en nuestro sistema de fuentes aunque no reconocida como tal. Además, no sólo aceptan la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo, también aceptan la jurisprudencia dictada por Tribunales Superiores de Justicia, pues como bien ellos exponen la jurisprudencia es necesaria para entender el Derecho Laboral.

Con todo esto, podemos ver que hay opiniones muy diversas en cuanto a si es la jurisprudencia una fuente del derecho y por lo tanto el panorama quedaría de la siguiente manera:

POSICIONAMIENTO ANTE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

| AUTOR: | POSICIÓN | PECULIARIDADES |
|---|---|---|
| Manuel Carlos Palomeque López. | **No** reconoce a la Jurisprudencia como una **Fuente del Derecho**. | Este autor considera que la jurisprudencia es un **complemento** y que opera a través de la creación de **doctrina** y por lo tanto no es fuente en sí mismos sino un complemento. |

14 Vida Soria, Monereo Pérez, y Molina Navarrete, op.cit., 2011, pág. 295
15 Vida Soria, Monereo Pérez, y Molina Navarrete, op.cit., 2011, pág. 295

| AUTOR: | POSICIÓN | PECULIARIDADES |
|---|---|---|
| Manuel Alonso Olea y Mª. E. Casa Baamonde. | Posición **neutra** ante la jurisprudencia como Fuente del Derecho. | **No** consideran a la jurisprudencia como una **Fuente** en sentido formal. Sin embargo, consideran que opera en el día a día a vista de los **ciudadanos** pues les da **seguridad judicial.** |
| José Vida Soria.<br>José Luis Monereo Pérez.<br>Cristóbal Molina Navarrete. | **Sí** reconocen la jurisprudencia como una **Fuente del Derecho**. | Consideran que la Jurisprudencia es una Fuente del Derecho pues es necesaria para entender el derecho laboral. Además no sólo **reconocen** la **jurisprudencia** dictada por el Tribunal Supremo, también reconocen las sentencias dictadas por los **Tribunales Superiores de Justicia**. |

***Fuente: elaboración propia.***

En conclusión a todo lo expuesto con anterioridad, podemos decir que es incierto por el momento si se cumple la última hipótesis, pues son diversas las opiniones acerca de la pertenencia de la jurisprudencia a las Fuentes del Derecho. Sin embargo, podemos decir que hay diferentes puntos de vista, todos ellos ciertos pues no hay nada definitivo en la actualidad. No obstante, podemos decir que hay dos corrientes predominantes:

Por un lado una corriente que se ciñe a lo dictaminado por la Ley, en concreto por el artículo 1.6 del Código Civil, y negando la inclusión de la jurisprudencia como fuente del derecho, y en caso de incluirla lo hace en un plano secundario y complementario de otra fuente.

Pero por otro lado, encontramos una corriente que se adapta más a la realidad social y considera que la jurisprudencia sí es una fuente, pues opera en nuestro día a día además de dar seguridad jurídica a los ciudadanos y de dar sentido a la norma tanto al caso concreto como en un sentido general, pues como bien dicen los catedráticos Vida Soria,

Monereo Pérez y Molina Navarrete, la jurisprudencia es necesaria para entender la legislación laboral.

Sin embargo, la pregunta que nos tenemos que hacer es: ¿Qué es lo que realmente sucede en el día a día? y si es la jurisprudencia realmente una fuente de conocimiento o si por el contrario es una fuente de producción.

Mi posicionamiento sobre la jurisprudencia como fuente del derecho es a favor, pues considero que la jurisprudencia es una Fuente del Derecho. Los motivos por los cuales creo que sí forma parte de las Fuentes del Derecho, son:

En primer lugar , porque la jurisprudencia debe ser algo en sí misma para poder completar a otra fuente, tal y como nos dice el artículo 1.6 del Código Civil. Es decir, la jurisprudencia no puede completar a la costumbre o a la ley si no tiene condición de fuente en sí misma porque si no tampoco tendría valor alguno para completar a las otras fuentes.

En segundo lugar, creo que la jurisprudencia es una Fuente del Derecho Laboral, en la medida en que es una manera de mantener actualizada la norma sin necesidad de cambiarla y de pasar por largos proceso durante los cuales los ciudadanos, más concretamente los trabajadores, se podrían ver desprotegidos o afectados de manera negativa por esa falta de actualización de la norma.

En tercer lugar también es Fuente, pues la jurisprudencia siempre va a ir dictada en sentido a la realidad social del momento, es decir siempre va a proteger a la parte más débil y normalmente desprotegida que suele ser el trabajador. Un ejemplo de por qué la jurisprudencia es fuente es la protección que presenta la Sentencia del Tribunal Supremo 22 de Diciembre de 2014, que entiende que el convenio colectivo se seguirá aplicando para los trabajadores en plantilla hasta el momento aunque se haya finalizado el periodo de ultra-actividad.

En cuarto lugar, creo que la jurisprudencia es Fuente del Derecho Laboral, pues aunque los jueces no están vinculados a tomar decisiones en función de dictámenes pasados, sí que hay una garantía social en la cual se ven obligados, pues en casos iguales no se pueden

resolver de manera distinta pues se estaría incurriendo en una desprotección y desigualdad ante la parte demandante, y en este aspecto la jurisprudencia juega un papel importante pues aunque no estén obligados, las sentencias están vinculando a los jueces ante futuros conflictos de las misma características.

En último lugar, entiendo que la jurisprudencia es Fuente del Derecho Laboral, puesto que en muchos casos, la interpretación que da sobre la norma hace que ésta cambie totalmente de sentido, teniendo una gran influencia en los casos venideros que ayudarán a dar una solución más justa y que proteja al trabajador, al fin y al cabo es lo que se busca con la norma proteger a la parte más desfavorecida y en este caso es el trabajador. Por lo tanto considero en este aspecto a la jurisprudencia una Fuente de conocimiento pero vital para crear doctrina que cambie el sentido de las normas creadas para la desprotección de los trabajadores como ha ocurrido con la reforma laboral de 2012.

Concluyendo, podemos decir que a pesar de los distintos posicionamientos existentes sobre la materia, creo que el más ajustado a la realidad actual es considerar a la jurisprudencia como una fuente más del ordenamiento jurídico laboral.

## *3. EJEMPLOS DE JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO:*

Después de todo lo expuesto hasta el momento, podemos decir que hay diferentes visiones acerca de la jurisprudencia como fuente del derecho laboral, y en el resto de ordenamiento jurídico. Sin embargo, hay una diferencia entre la teoría y la realidad, pues aunque la ley no reconozca a la jurisprudencia más que como un complemento a la Ley, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho, y el derecho laboral ni la reconozca, en la realidad suceden cosas muy distintas.

Como dijimos anteriormente podemos hablar dos corrientes ideológicas, una pegada a lo dictado por la ley, y otra que demuestra la realidad del día a día y la utilización de la jurisprudencia ya no sólo como fuente del derecho del trabajo, sino también como clave importante a la hora de resolver un conflicto para que se ajuste lo máximo posible a la

justicia, e intentando conseguir aplicar el principio de norma más favorable para el caso, que también lo da la jurisprudencia a través de su interpretación de las normas.

En primer lugar, podemos respaldar esta idea de que la jurisprudencia es entendida por la sociedad como una fuente del derecho, con un artículo publicado el día 19 de Diciembre de 2014 en el periódico digital El País, escrito por Manuel V. Gómez[16], que habla de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo sobre la aplicación de los derechos colectivos después de haber finalizado el periodo de ultra-actividad. En este caso la sociedad está dando a entender que lo dictado por el Tribunal Supremo lo asumen como norma y que se le va a aplicar en el caso de que se encuentren en una situación igual. Por lo tanto podemos decir que la sociedad sí acepta a la jurisprudencia como fuente.

Otro ejemplo, en el cual se demuestra que la jurisprudencia es reconocida como fuente del derecho del trabajo es el artículo publicado el día 26 de mayo de 2015 en el periódico digital infolibre, escrito por autor desconocido[17], el cual nos habla de la decisión del Tribunal Supremo de eliminar parte del artículo 35.3 del Estatuto por el cual contempla que no se podrá justificar un despido colectivo por causa económica en la administración por déficit presupuestario. Por lo tanto esto es un ejemplo más en el cual podemos decir que la sociedad interpreta y acepta que la jurisprudencia es productora de derecho y por lo tanto una fuente en sí misma pues todo dictamen posterior se ajustará a lo dictado con anterioridad por una jurisprudencia.

En resumen podemos decir que para la sociedad la jurisprudencia es una Fuente del Derecho que hay que respetar y que se aplicará en futuros casos con iguales características. Sin embargo, la pregunta que debemos hacernos ahora es ¿Si para el ordenamiento jurídico la jurisprudencia también actúa como fuente del derecho laboral?

En un principio y como hemos venido viendo hasta el momento, para el ordenamiento jurídico la jurisprudencia no opera como fuente, pues para el artículo 1.6 del Código Civil no es una fuente sino un complemento de las demás fuentes y para el Derecho del Trabajo no es una fuente pues no la menciona como tal en su artículo 3 del ET. No obstante la

[16] Adjuntado el Artículo al Anexo de este trabajo.
[17] Adjuntado el Artículo al Anexo de este trabajo.

realidad que opera hoy en día es bien distinta, pues aunque el Estatuto de los Trabajadores no lo reconozca como fuente la aplicación de la jurisprudencia está al orden del día, ya no sólo se aplican sentencias que van todas dirigidas hacia un mismo sentido, sino que también se aplican sentencias que van en restricción de lo que dice la ley. Por lo tanto la jurisprudencia está operando como fuente aunque no esté reconocida como tal en nuestro ordenamiento jurídico.

Para demostrar nuestra teoría debemos mencionar las siguientes sentencias, cuyo dictamen ha creado jurisprudencia, ya no sólo para beneficiar al trabajador en determinado aspectos, sino también para protegerlo en aquellos aspectos en los que la ley los deja más descubiertos y vulnerables.

En primer lugar, destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (TS en adelante), Sala de lo Social de 22 de Diciembre de 2014[18], en la cual se recurre la sentencia de 20 de Diciembre de 2013 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ en adelante) de las Islas Baleares. La sentencia dictada por el TSJ de las Islas Baleares entendía que cuando se finaliza la ultra-actividad de un convenio las condiciones de éste deben seguir utilizándose pues no hay convenio de ámbito superior, además entiende que hasta que no se negocie un nuevo convenio deben aplicarse las condiciones salariales anteriores, basando su resolución en una sentencia dictada por el TSJ del País Vasco de 26 de Noviembre de 2013. El TS en este sentido, entiende que se respeten las condiciones que los trabajadores venían disfrutando pues son las pactadas en el contrato de trabajo, pues en el contrato de trabajo prima el principio de autonomía de las partes, donde también se incluye la negociación colectiva por su condición especial en el ámbito laboral. Por lo tanto, el derecho del trabajo reconoce como fuente la voluntad de las partes manifestada en el contrato, en el contrato se estima que según convenio, y por lo tanto los derechos adquiridos en el convenio pasan a ser derechos individuales después de finalizar la ultra-actividad del convenio.

Por otro lado, la doctrina que plantea esta sentencia del TS derrumba lo dispuesto en el artículo 86.3 del ET, pues aunque el convenio pierda la vigencia y el periodo de ultra-

[18] Adjuntada STS social. de 22 de Diciembre de 2014 RJ 5504 al Anexo de este trabajo.

actividad, se seguirá a aplicando las condiciones en él pactadas, pues desde el momento que se pactan pasan a ser parte del contrato del trabajo, y por lo tanto no podrán ser eliminadas aunque venza el convenio y finalice su periodo de ultra-actividad. Sin embargo, aclara que los nuevos integrantes a la empresa después de la finalización del periodo de ultra-actividad de un año se quedarán sin esa malla protectora por la cual podrán tener unas condiciones salariales o de otra índole distintas a las del convenio.

La sentencia, también dispone que en caso de que no se cumpliera lo pactado en el convenio y hubiera una modificación del contrato, en este caso concreto en materia salarial, se podría solicitar una extinción del contrato de trabajo por una modificación sustancial del mismo.

Finalmente, nos dice que a partir de ahora la interpretación ante una perdida de vigencia de un convenio, se hará de manera conservacionista, es decir que las condiciones laborales que venían rigiendo con anterioridad a la perdida de vigencia del convenio colectivo deberán mantenerse, pues formarán parte del contrato establecido por las partes.

En resumen, esta sentencia del TS lanza un rayo de luz sobre la protección de los trabajadores ante la inaplicación de los Convenios Colectivos pasado un año de su denuncia, logrando así con esta jurisprudencia proteger a los trabajadores y completar un vacío legal contemplado en la norma.

En segundo lugar, mencionar la sentencia del TS de la Sala de lo Social del 26 de Noviembre de 2012[19], en la cual se solicita por el Ministerio Fiscal si vale como documento público para acreditar una pareja de hecho un testamento. En este caso, no hablamos de materia laboral sino de materia de Seguridad Social. En este supuesto el TS encuentra dos sentencias una a favor de que sí se considere que es la Sentencia TSJ de Asturias de 4 de Abril de 2011 y otra en contra que es la Sentencia TSJ de Madrid de 14 de Junio de 2011.

[19] Adjunto STS Social. 26 de Noviembre de 2012. RJ 8405 al Anexo de este trabajo.

Por un lado, la Sentencia del TSJ de Asturias declara que es suficiente un testamento en el cual se afirma convivencia marital para asumir que hay pareja de hecho. Sin embargo, la Sentencia del TSJ de Madrid opina todo lo contrario, pues la ley exige expresamente el registro de la pareja ante documento público la voluntad de las partes de ser pareja de hecho.

El TS resuelve de la siguiente manera, dice que no es suficiente para reconoces una pareja de hecho la simple voluntad testamentaria de las partes, pues el art.174.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social exige expresamente que la pareja sea inscrita en el registro de empadronamiento como pareja de hecho. Por lo tanto en este sentido no cabe interpretación alguna, más que la que se extrae de manera literal del artículo.

En este caso, la jurisprudencia ha dejado claro que para que se reconozca pareja de hecho sólo es válida la partida del registro de parejas de hecho, tal como establece el art.174.3 del Texto Refundido de la Ley General de le Seguridad Social.

Por último, expongo la Sentencia de la Sala de lo Social nº22 de Barcelona con fecha de 11 de Octubre de 2013. En esta sentencia se desestima el recurso de la empresa URALITA S.A, ante una recarga de prestación por parte de la Seguridad Social causada por un trabajador fallecido por una Enfermedad Profesional no detectada hasta un momento posterior a la prestación del servicio en la empresa MAZZA. El conflicto se encuentra en que la empresa URALITA absorbió a la empresa MAZZA, después de la prestación de servicio de este trabajador y por lo tanto entiende que en base al artículo 127.2 de la Ley General de la Seguridad Social y de la Sentencia TS de 18 de Julio de 2011 no se le puede hacer responsable solidario de la recarga de la prestación por falta de medios preventivos en la empresa pues la enfermedad fue reconocida después de la absorción de la empresa. Ante esta demanda interponen recurso, a lo que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña solo admite de manera parcial cambiando la retroactividad del pago tan sólo a 4 meses antes de la solicitud de la prestación. No obstante se solicitó una sentencia del TS que unificara doctrina pues lo que se estaba aplicando iba en contra de lo dictado por el TS en su sentencia de 18 de Julio de 2011.

El TS se pronuncia sobre el caso en la sentencia de 23 de marzo de 2015[20], y se retrotrae de lo dicho en la anterior sentencia dando la razón al juzgado de lo Social nº 22 de Barcelona y diciendo que el artículo 127.2 de la Ley General de la Seguridad Social dice que el recargo de la prestación tiene aplicación desde el momento que se causa la prestación y no el momento en el que se le concede. Por lo tanto cambia por completo la visión y la jurisprudencia acerca del caso y de la interpretación sobre el recargo de prestación.

Actualmente la interpretación que se debe hacer sobre el artículo 127.2 de la Ley General de la Seguridad Social es que en caso de sucesión de empresa ésta es responsable solidariamente de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión, es decir, se empieza a contar la obligación desde que se causa la prestación y no desde que se reconoce.

En este caso, podemos ver cómo es una Sala de lo Social en Barcelona y no el Tribunal Supremo el que crea doctrina. Pues aunque el TS reafirme la decisión de la Sala de lo Social nº 22 de Barcelona, es ésta la que realmente está creando la jurisprudencia que vinculará a las futuras resoluciones como ha pasado con la resolución del TS.

En resumen, podemos ver cómo estos tres ejemplos de sentencias que crean doctrina nos llevan al punto de poder afirmar lo que veníamos diciendo con anterioridad. Pues por un lado hemos visto como a pesar de que la jurisprudencia no es una fuente reconocida sí que opera como tal en nuestro ordenamiento jurídico pues va creando doctrina a través de la cual se va interpretando artículos y llenando vacíos legales que son necesarios para poder aplicar e interpretar las normas de la manera más justa y correcta posible.

Finalmente, podemos concluir diciendo que existe una realidad acerca de la jurisprudencia distinta de la planteada en la Ley pues la jurisprudencia no es sólo una fuente que complementa a la Ley, a la Costumbre y a los Principios Generales del

Derecho a través de la interpretación y de la creación de doctrina como dice el artículo 1.6 del Código Civil, también opera como fuente en sí misma, pues la jurisprudencia se

[20] Adjunto Sentencia del TS. Social de 23 de Marzo de 2015. RJ 1924. al anexo del trabajo.

menciona y se utiliza como argumento jurídico en las demandas y sentencias distintas por los distintos Tribunales.

TABLA DE SENTENCIAS.

| **SENTENCIA:** | **ÓRGANO:** | **RESUMEN:** | **MATERIA QUE COMPLEMENTA** | **SENTENCIAS ANTERIORES EN LA MISMA DIRECCIÓN:** |
|---|---|---|---|---|
| ***ROJ TS5504.*** DE 22 DE DICIEMBRE DE 2014 | TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL. | Se entenderá que una vez finalizado el periodo de vigencia del convenio, se seguirán aplicando las mismas condiciones, pues están ya forman parte del contrato de trabajo. | Complementa el vacío legal del art.86.3 por el cual no se dice qué pasa cuando el convenio pierde su vigencia.<br><br>La conclusión es que se sigue aplicando a los antiguos trabajadores a los que se les venia aplicando el convenio, sin embargo no se les aplicará a los trabajadores de nuevo ingreso. | Esta sentencia hace referencia a otras dos que van por el mismo razonamiento.<br><br>Primero la sentencia 20 de Diciembre de 2013 del TSJ de las Islas Baleares que da lugar a la sentencia del TS.<br><br>Segundo, la sentencia de 26 de Noviembre de 2013, del TSJ del País Vasco, sentencia en la que se basa la del TSJ de las Islas Baleares.<br><br>También un pronunciamiento de la Audiencia Nacional 23 de julio de 2013. |
| ***ROJ TS8405.*** DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2012. | TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL. | Se entiende que para acreditar la existencia de una pareja de hecho sólo es válida su inscripción en el registro como pareja de hecho en caso de pensión de viudedad. | En este caso, el TS restringe la posible interpretación o aceptación de distintos medios de prueba para acreditar la existencia de pareja de hecho en caso de solicitud de presión de viudedad distinta de la designada en el art.174.3 de la Ley General de la Seguridad Social. | Esta sentencia se apoya en dos sentencias contradictorias para resolver sobre el asunto.<br><br>Por un lado se encuentra la sentencia TSJ de Asturias de 4 de Abril de 2011<br><br>Por otro lado, se encuentra la Sentencia TSJ de Madrid de 14 de Junio de 2011. |

| SENTENCIA: | ÓRGANO: | RESUMEN: | MATERIA QUE COMPLEMENTA | SENTENCIAS ANTERIORES EN LA MISMA DIRECCIÓN: |
|---|---|---|---|---|
| AUTO. 537/12. DE 11 DE OCTUBRE DE 2013 | SALA DE LOS SOCIAL Nº 22 DE BARCELONA | Se niega una demanda contra el INSS por un recargo de prestación por responsabilidad solidaria al haber una sucesión de empresa, pues la prestación fue concedida después de la sucesión; por lo tanto no debería haber responsabilidad solidaria por la nueva empresa. SE apoya en la doctrina de la sentencia del TS de 18 de Julio de 2011 | Esta sentencia complementa la nueva interpretación que da el Tribunal Supremo del artículo 127.2 de la Ley General de la Seguridad Social. | Antes de esta sentencia, la sentencia que daba jurisprudencia sobre el tema era la sentencia del TS de 18 de Julio de 2011.<br><br>Gracias a esta sentencia se dictó una posterior con una nueva interpretación por el TS que es la Sentencia de 23 de marzo de 2015. |

***Fuente: elaboración propia.***

## CONCLUSIÓN:

En conclusión de todo el trabajo podemos sacar en claro las siguientes ideas y son:

En primer lugar, que existen diversos sistemas jurídicos en el mundo; sin embargo hay dos con mayor influencia que son el Common Law y el Civil Law.

También podemos decir que hay diversas fuentes de producción, pero que éstas operarán o no en función del sistema jurídico que se aplica que ese país. Pudimos ver que en España opera el Sistema Jurídico del Civil Law, y que las fuentes que operan están designadas en el artículo 1.6 del código Civil y son la Ley, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho, quedando la jurisprudencia fuera del sistema de fuentes. Es importante mencionar que hasta 1974 no se empieza a hacer mención de la jurisprudencia aunque la trata como una fuente complementaria a las otras fuentes.

Por otro lado, y en cuanto a la jurisprudencia como fuente del derecho laboral, pudimos ver que el Estatuto de los trabajadores no contempla la idea de incluir a la jurisprudencia como fuente del derecho laboral. Sin embargo, comprobamos que son distintas las opiniones acerca del tema existiendo tres opiniones al respeto, las cuales son:

- En contra de la jurisprudencia como fuente del derecho laboral.
- Posición nuestra en cuanto a la jurisprudencia como fuente del derecho laboral.
- A favor de la jurisprudencia como fuente del derecho laboral.

Nosotros nos decantamos por apoyar la tercera opción y asumir a la jurisprudencia como fuente del derecho. No obstante nuestro posicionamiento esta fundado en la realidad social, pues demostramos con artículos periodísticos y con sentencias que tanto para la sociedad como nuestro Sistema jurídico la jurisprudencia es una fuente que "***opera en la sombra***" pues es una fuente aplicada y aceptada por todos pero no es reconocida oficialmente. También nos apoyamos en la idea de que en muchos casos se utiliza jurisprudencia no sólo del Tribunal Supremo para argumentar nuestras demandas o recursos, sino que también utilizamos jurisprudencia de tribunales con un rango jerárquico inferior.

Por último, con la realización del presente trabajo pudimos confirmar nuestras cuatro hipótesis planteadas al principio del trabajo que era:

1. Los Sistemas Jurídicos más influyentes son los del Common Law y el Civil Law.
2. El Sistema jurídico que opera en España es el Civil Law.
3. Las fuentes del derecho en nuestro ordenamiento jurídico son varias, donde se menciona siquiera de manera indirecta la jurisprudencia.
4. La jurisprudencia sí es una fuente de derecho laboral.

Finalmente, viendo que se cumplen todas nuestras hipótesis y logramos responder a nuestra pregunta principal, podemos decir que el objetivo de nuestro trabajo está cumplido y que logramos con ello dar un poco de claridad al tema planteado, pues aunque no es algo determinante para resolver el asunto, sí es importante conocer un poco más de la aplicación de nuestro sistema de fuentes y como se opera en la vida real.

## BIBLIOGRAFÍA:

### Libros:


- Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, Mª.E. 2009. "***Derecho del trabajo***", en Madrid Ed. Cívitas,
- Ara Pinilla.I. 2005, "***Teoría del Derecho***", en Madrid, Talleres Ediciones JB.
- (Cord.)Murcia García.J. et al. 2007, "***El sistema de Fuentes de la Relación Laboral***", en Oviedo, E.d.Ediciones de la Universidad de Oviedo.
- Palomeque López Manuel C. y Álvarez de la Rosa M. 2012, "***Derecho del Trabajo***", en Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A Editoriales.
- Vida Soria J., Monereo Pérez J.L., Molina Navarrete C., 2011, "***Manual de Derecho del Trabajo***", En Granada, Ed. Comares,


### Artículos:


- Autor Desconocido (2015), *"Otro varapalo a la reforma laboral: la insuficiencia presupuestaria no basta para que la administración presente un ERE" InfoLibre.* ***http://www.infolibre.es/noticias/economia/2015/05/26/otro_varapalo_reforma_laboral_insuficiencia_presupuestaria_basta_para_que_administracion_presente_ere_33190_1011.html*** [Consultado el de Junio de 2015]
- Gómez Manuel V. (2014), *"El Supremo mantiene los derechos del Convenio aunque esté caducado" El País.* ***2014http://economia.elpais.com/economia/2014/12/19/actualidad/1418978798_597023.html*** [Consultado el 8 de Junio de 2015]

➢ **Sitios Web:**


- Definición de (2008-2015), ***http://definicion.de*** [Consultado Varios Días]
- El Ergonomista, (2009), ***http://www.elergonomista.com/dt01.html*** [Consulta el 25 de Abril de 2015]
- Enciclopedia Jurídica, ***http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/inicio-enciclopedia-diccionario-juridico.html*** [Consultado el 13 de Mayo de 2015]
- Gallo. J. (2005), Monografías, ***http://www.monografias.com/trabajos22/fuentes-del-derecho/fuentes-del-derecho.shtml*** [Consultado el 1 de Abril de 2015]
- Hertel.C. (2009), Notarius National Organización ***http://www.notariusinternational.uinl.org/DataBase/2009/Notarius_2009_01_02_hertel_es.pdf*** [Consultado el 29 de Abril de 2015]
- Organización Internacional del Trabajo, ***http://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/labour-law/WCMS_165190/lang--es/index.htm*** [Consultado el 13 de Mayo de 2015]
- Portal oficial del Gobierno de España, ***http://administracion.gob.es/pag_Home/espanaAdmon/comoSeOrganizaEstado/Institucionesl_Estado/PoderEjecutivo.html#.VXAcGWD05Aa*** [Consultada el 15 de Abril de 2015]
- Public-Private Partnership IRC (2006). World Bank Organitation, ***http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/ley-regulacion/common-law-derecho-civil*** [Consultado el 28 de Abril de 2015]

- Página Shernandez.tripod ***http://shernandez8.tripod.com/Apuntes/ppiosgralesdcho.htm*** [Consultada el 28 de Marzo de 2015]
- Santaella C. (2011), Monografías, ***http://www.monografias.com/trabajos91/fuentes-delderecho/fuentes-delderecho.shtml*** [Consultado el 1 de Abril de 2015]
- Todo Derecho, ***http://todoelderecho.com/Apuntes/Civil/Apuntes/LACOSTUMBRE.htm*** [Consultado el 3 de Abril de 2015]
- Universidad de Cantabria, Ciencias Sociales y Jurídicas, ***http://ocw.unican.es/ciencias-sociales-y-juridicas/introduccion-al-derecho/materiales/derecho2.pdf*** [Consultado el 5 de Abril de 2015]
- Universidad de Castilla- La Mancha, Introducción al Derecho, ***https://www.uclm.es/profesorado/mcgonzalez/pdf/IntroduccionDerecho/tema1.pdf*** [Consultado el 28 de Marzo de 2015]
- Universidad de Murcia, Ciencias Políticas y de la Administración, ***http://www.um.es/cpaum/files/recursos/1-F4cc9345d11288254557-rec-2-1.pdf*** [Consultado el 26 de Abril de 2015]
- Universidad Politécnica de Cartagena, ***http://ocw.bib.upct.es/pluginfile.php/8415/mod_resource/content/1/LECCION-02.pdf*** [Consultado el 28 de Marzo de 2015]

➢ **Blog:**


- Aradas García A. (2013) "*Cuestiones Laborales*." [Consultado el 10 de Mayo de 2015], Disponible en ***http://www.cuestioneslaborales.es/fuentes-del-derecho-laboral/***

- Anciano Pardo. C. (2014) "Lo que la Ley regula". [Consultado del 26 de Abril de 2015], Disponible en ***http://loquelaleyregula.blogspot.com.es/2014/08/diferencia-entre-ley-organica-y-ley.html***
- Campos Hernández J. (2011) *"Sistema Jurídico Mixto"* [Consultado el 5 de Abril de 2015], Disponible en ***http://jgcamposh.blogspot.com.es/2011/07/sistemas-juridicos-mixtos.html***

- Fernández Pallarés L.(2013) "*Litigio Crítico*", [Consultado el 5 de Mayo de 2015], Disponible en ***http://litigiocritico.blogspot.com.es/2013/08/diferencias-entre-common-law-y-derecho.html***

- Hilda.(2000) "*Las Fuentes del Derecho"*. [Consultado el 15 de Abril de 2015] Disponible en ***http://derecho.laguia2000.com/parte-general/las-fuentes-del-derecho***


➢ **Legislación:**


- España, ***Decreto 1838/1974***, de 31 de mayo, con el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil. BOE, 9 de Julio de 1974, nº 163, p. 14272.

- España, ***Ley 40/2007***, de 4 de Diciembre, de medidas e materia de Seguridad Social. BOE, 5 de Diciembre de 2007, nº 291.

- España, ***Real Decreto Legislativo 1/1995***, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE, 1 de Mayo de 1995.

➢ **Sentencias:**


- España, Tribunal Supremo (Sala de lo Social), Sentencia núm.5504/2014 de 22 de Diciembre.
- España, Tribunal Supremo (Sala de lo Social), Sentencia núm.8405/2012 de 26 de Noviembre
- España , Tribunal Supremo (Sala de lo Social), Sentencia núm.1924/2015 de 23 de Marzo.

# ANEXOS:

## Artículo publicado el día 19 de Diciembre de 2014 en el periódico digital El País, escrito por Manuel V. Gómez



ECONOMÍA

REFORMA LABORAL »

# El Supremo mantiene los derechos del convenio aunque esté caducado

Aunque los pactos decaigan al año de expirar su vigencia por no haber acuerdo, los derechos colectivos laborales pactados pasan a ser individuales

MANUEL V. GÓMEZ | Madrid | 19 DIC 2014 - 09:46 CET 25

Archivado en: Tribunal Supremo Convenios colectivos Ley Reforma Laboral Negociación colectiva Reformas laborales Legislación española Tribunales Poder judicial Relaciones laborales Política laboral Legislación Justicia Trabajo

Manifestación de trabajadores del sector cerámico en Castellón. / Á. SÁNCHEZ

El Tribunal Supremo ha dado un duro golpe a uno de los pilares de la reforma laboral: el fin de la prórroga indefinida de los convenios y su limitación a un año. El pleno de la Sala de lo Social del alto tribunal, por ocho votos frente a seis, falló el 17 de diciembre que los derechos recogidos en los convenios para los trabajadores que están en plantilla siguen vigentes a pesar de que estos pactos hayan caducado y se haya agotado el año de prórroga sin acuerdo.

La reforma laboral de 2012 acabó con la ultraactividad, un concepto jurídico que dictaba que los convenios colectivos se prorrogaban automáticamente de forma indefinida hasta que empresarios y trabajadores no pactaban uno nuevo. La limitó a un solo año y señalaba que si finalizaba este plazo sin acuerdo el nuevo marco sería el convenio sectorial si lo había y si no, el Estatuto de los Trabajadores.

Ahora, el Supremo, apoyándose en el caso de ATESE, una empresa balear, enmienda este punto. Sentencia que aunque los convenios decaigan al año de expirar su vigencia por no haber acuerdo, los derechos colectivos se mantienen porque, en realidad, forman parte de los contratos individuales de los trabajadores desde el momento que se inició la relación laboral. Es decir, la sentencia afecta a los trabajadores que ya están en plantilla en el momento de la muerte del convenio. Nada dice de los contratados después.

"Las condiciones pactadas en el contrato de trabajo desde el momento mismo de su constitución, sea directamente o por remisión a lo establecido en el convenio colectivo de aplicación, tienen naturaleza jurídica contractual y por ello siguen siendo exigibles entre empresa y trabajador por el contrato de trabajo que les vincula", explica la nota emitida por el alto tribunal sobre la sentencia, de la que es ponente la magistrada Rosa María Virolés Piñol, y que, probablemente, contará al menos con un voto particular.

El fallo viene a confirmar el que dictó el Tribunal Superior de Justicia de Baleares hace un año. En él se echó abajo la decisión de ATESE de reducir el sueldo de sus trabajadores desde el 7 de julio de 2013. La empresa adujo que el convenio y su prórroga correspondiente habían caducado el 8 de junio

Artículo publicado el día 26 de mayo de 2015 en el periódico digital infolibre, escrito por autor desconocido



Accede a todos los contenidos de infoLibre durante 15 días por 1 € . | *El periodismo tiene un valor*

REFORMA LABORAL

# Otro varapalo a la reforma laboral: la insuficiencia presupuestaria no basta para que la administración presente un ERE

- **El TS falla que el déficit presupuestario no basta para que las administraciones públicas ejecuten despidos colectivos**
- **La insuficiencia debe ser "sobrevenida y persistente", dos adjetivos que 'desaparecieron' en el reglamento que desarrolló la Ley 3/2012**

INFOLIBRE
**Actualizada 26/05/2015 a las 14:00**

Etiquetas

- Tribunal Supremo
- Expediente de Regulación de Empleo
- Administración pública
- Reforma laboral
- Despido

Tribunal Supremo. *EUROPA PRESS*

El Tribunal Supremo ha estimado parcialmente un recurso de CCOO y UGT contra el reglamento de los procedimientos de despido colectivo de 2012 y ha anulado parte del artículo 35.3, en el que se determinan los criterios para definir la **"insuficiencia presupuestaria" a la que pueden agarrarse las administraciones y entidades públicas** a la hora de justificar **despidos colectivos por causas económicas**.

El Alto Tribunal considera contraria al Estatuto de los Trabajadores la definición que se hace de este concepto de "insuficiencia presupuestaria". En concreto, el mencionado artículo introduce dos criterios para determinar si existe tal insuficiencia: por un lado, **el déficit presupuestario de la Administración Pública** de referencia en el ejercicio anterior, y por otro, la **minoración de créditos en un 5%** en el ejercicio corriente o **en un 7% en los dos ejercicios anteriores**.

Para el Supremo, seguramente ambos criterios pueden reflejar situaciones de insuficiencia presupuestaria, es decir, situaciones en que la empresa no dispone de una previsión de ingresos suficiente para hacer frente a los servicios públicos que tiene encomendados.

Ahora bien, el Alto Tribunal recuerda en este fallo que la actual disposición final 20ª del Estatuto de los Trabajadores, norma de referencia, establece que la mera insuficiencia presupuestaria no es causa justificativa del despido colectivo, sino la **insuficiencia presupuestaria "sobrevenida y persistente".** El despido colectivo en las administraciones públicas fue introducido en el Estatuto de los Trabajadores por la reforma laboral, la Ley 3/2012.

Para el Supremo, "**esta importante adjetivación está literalmente ausente en el artículo 35.3 del reglamento** y, sobre todo, este precepto reglamentario no responde a la exigencia legal de que la insuficiencia presupuestaria sea persistente: el simple déficit presupuestario de la Administración Pública de referencia **en el ejercicio anterior no implica forzosamente tal persistencia**; y en cuanto a la minoración de créditos, aun cuando pueda a veces ser indicio de dicha situación, no conduce ineluctablemente a ella", sostiene.

El Alto Tribunal añade además que este criterio reglamentario supone "una **desviación del criterio legal,** consistente en un dato material o sustantivo, como es la imposibilidad de financiar los servicios públicos encomendados, sustituyéndolo por **un dato puramente formal**".

## Comunicación del despido

En este mismo fallo, el Alto Tribunal anula también el apartado primero de la disposición final segunda del Real Decreto 1483/2012, que encomienda la comunicación de las medidas de despido colectivo a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo a la empresa, cuando el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de la Seguridad Social establecen que **debe hacerlo la autoridad laboral.**

El Supremo no considera de por sí ilegal atribuir ese deber de comunicación a la empresa, pero sin suprimir el deber de comunicación que las leyes atribuyen a la autoridad laboral.

Por otro lado, el Supremo ha dictado otras dos sentencias en las que rechaza los recursos de UGT, CCOO y la Confederación Intersindical Galega (CIG) contra el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la **Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.**

El Supremo declara que parte de los recursos han perdido su objeto por **sentencia del Tribunal Constitucional** de 22 de enero de 2015, y respecto a los reproches de legalidad ordinaria contra el citado Real Decreto, rechaza los argumentos de las centrales de que la Administración no les dio trámite de audiencia antes de aprobarlo.

# STS social. de 22 de Diciembre de 2014 RJ 5504.

**Id. Cendoj:** 28079149912014100006
**Organo:** Tribunal Supremo. Sala de lo Social
**Sede:** Madrid
**Sección:** 991
**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Fecha de resolución:** 22/12/2014

**Nº Recurso: 264/2014**

**Ponente:** ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

**Procedimiento:** SOCIAL

**Idioma:** Español

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Social

***PLENO***

**SENTENCIA**

***Presidente Excmo. Sr. D.:*** **Jesús Gullón Rodríguez**

***Fecha Sentencia:*** 22/12/2014

***Recurso Num.:*** CASACION 264/2014

***Fallo/Acuerdo :*** Sentencia Desestimatoria

***Votación:*** 17/12/2014

***Procedencia:*** T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

***Ponente Excma. Sra. Dª.:*** Rosa María Virolés Piñol

***Secretaría de Sala:*** Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

***Reproducido por:*** rhz

***Nota:***

**Conflicto colectivo. Convenio Colectivo de la empresa Atención y Servicios SL (ATESE). Fin de la Ultraactividad. Inexistencia de convenio de ámbito superior. Determinación de si procede que la empresa abone la nómina de julio (mes en que el convenio expiraba en su vigencia en ultraactividad en aplicación del** art. 86.3 ET**), en dos partes, aplicando hasta el 7 de julio de 2013 las condicionessalariales del convenio y a partir del 8 de julio de 2013 las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores.**

**Los derechos y obligaciones de los trabajadores son aquellos porlos que se rigió su contratación, plasmados en el contrato de trabajo bien de forma expresa, bien por remisión al Convenio Colectivo de aplicación. Votos Particulares.**

***Recurso Num.:*** **CASACION / 264/2014**

***Ponente Excma. Sra. Dª.:*** **Rosa María Virolés Piñol**

***Votación:*** **17/12/2014**

***Secretaría de Sala:*** **Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca**

***SENTENCIA NUM.:***

**TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL PLENO**

***Excmos. Sres.:***

**D. Jesús Gullón Rodríguez**

**D. Fernando Salinas Molina**

**Dª. María Milagros Calvo Ibarlucea**

**D. Luis Fernando de Castro Fernández**

**D. José Luis Gilolmo López**

**D. Jordi Agustí Juliá**

**Dª. María Luisa Segoviano Astaburuaga**

**D. José Manuel López García de la Serrana**

**Dª. Rosa María Virolés Piñol**

**Dª. María Lourdes Arastey Sahún**

**D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel**

**D. Miguel Ángel Luelmo Millán D. Antonio V. Sempere Navarro D. Jesús Souto Prieto**

En la Villa de Madrid, a veintidós de Diciembre de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por el Letrado D. Miguel Perello Cuart, en nombre y representación de ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha 20 de diciembre de 2013, Procedimiento

11/2013, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de Unión Sindical Obrera de las Islas Baleares contra la entidad Atención y Servicios, S.L. (Atese), Unión General de Trabajadores (UGT), Central Sindical Independiente de Funcionarios (Csi-Csif) y Comisiones Obreras de las Islas Baleares (CC.OO.), sobre demanda en materia de conflicto colectivo.

Han comparecido en concepto de recurrido el Letrado D. Carles Juanes Sitjar en nombre y representación de Unión Sindical Obrera de las Islas Baleares. Y la Letrada Dª Livia Martorell Perogordo en nombre y representación de la Unión General de Trabajadores.

Es Ponente la Excma. Sra. Dª. Rosa María Virolés Piñol, Magistrada de Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación del sindicato Unión Sindical Obrera de las Islas Baleares se presentó demanda de Conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia "con estimación de la demanda, se declare nula de pleno derecho, injustificada y no ajustada a derecho la modificación efectuada a los trabajadores el

pasado 2 de agosto de 2013, debiendo reponer a los actores a las condiciones laborales que disfrutaban con anterioridad a dicha modificación.".

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha 20 de diciembre de 2013 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en la que consta el siguiente fallo: "Que estimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato Unión Sindical Obrera (USO) contra la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE), debemos declarar y declaramos no ajustada a derecho la conducta empresarial al abonar la nómina de julio 2013, al dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y repongan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo.".

**CUARTO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: **"Primero.-** En fecha 5 de noviembre de 2012, la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE) denuncia la aplicación el convenio colectivo de dicha empresa, que afecta al del personal laboral de ATESE que presta sus servicios en Mallorca, Menorca e Ibiza, que había sido publicado en el BOCAIB de 3 de junio de 1999, nº 70; **Segundo.-** En fecha 17 de noviembre de 2013 se constituye la mesa negociadora del convenio, sin que se llegara a firmar ningún acuerdo del nuevo convenio, perdiendo su vigencia el convenio colectivo denunciado el 8 de junio de 2013, por haber trascurrido el año de caducidad previsto en la Ley 3/2012 de 6 de julio; **Tercero.-** Que al abonarse la nómina de julio 2013, la empresa procedió a dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, al no existir convenio colectivo de ámbito superior al de empresa;

**Cuarto.-** Que en fecha 4 de septiembre de 2013 se celebró el acto de conciliación ante el TAMIB.".

**QUINTO.-** Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de ATENCIÓN Y SERVICIOS, S.L., siendo admitido a trámite por esta Sala.

**SEXTO.-** Impugnado el recurso por las partes personadas UNIÓN SINDICAL OBRERA DE LAS ISLAS BALEARES y por UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar PROCEDENTE el recurso, e instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, y estimando la Sala que dadas las características de la cuestión jurídica planteada y de su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, suspendiendo el señalamiento del día 3 de diciembre y trasladando la votación y fallo para el día 17 de diciembre de 2014, en que tuvo lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- Formulación de la demanda.-**

Se presentó demanda de conflicto colectivo por la Unión Sindical Obrera de les Illes Balears, contra la empresa Atención y Servicios SL (ATESE), siendo llamados CSI-CSIF, CCOO y UGT, en la que solicitaba que "se declare nula de pleno derecho, injustificada y no ajustada a derecho"

( *sic* ) la modificación efectuada el 02-08-2013 por la empresa, refiriéndose al pago de la nómina de julio.

La cuestión a resolver se centra en determinar si el Convenio colectivo de aplicación denunciado el 5 de noviembre de 2010 continúa en ultraactividad superado el 8 de julio

de 2013, es decir, cumplido el año desde la entrada en vigor de la Ley 3/2012, como defiende la parte actora, alegando que el artículo 86.3 del ET regula un régimen de ultraactividad limitada sólo en defecto de pacto, entendiendo la parte actora que existe dicho pacto, por lo que no sería de aplicación la DT 4ª de la Ley 3/2012 de 6 de julio.

**SEGUNDO.- Sentencia recurrida.-**

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares dictó sentencia en fecha 20 de diciembre de 2013 (procedimiento 11/2013), en la que estima la demanda partiendo de que la empresa lo que hace el 02-08-2013 es abonar la nómina del mes de julio en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa y del 8 al 31 de julio conforme a las condiciones de Estatuto de los Trabajadores, y ello al haber denunciado la empresa la vigencia del convenio colectivo, haber perdido éste vigencia el 08-07-2013 como consecuencia de haber transcurrido el año de ultraactividad al que refiere el art. 86.3 ET y DT 4ª Ley 3/2012, de 6 de julio, no haberse negociado nuevo convenio y no existir convenio colectivo de ámbito superior. Entiende la Sala que tal comportamiento de la empresa no es admisible en aplicación de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de noviembre de 2013 (Rec. 2065/2013), que determina que mientras no se negocie un convenio nuevo deben mantenerse las condiciones salariales pactadas.

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, estima la demanda de conflicto colectivo y declara en la parte dispositiva de la sentencia, *"no ajustada a derecho la conducta empresarial al abonar la nómina de julio 2013, al dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y repongan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo"* .

**TERCERO.- Recurso de Casación.-**

**1.-** Recurre en casación la empresa Atención y Servicios SL (ATESE), planteando dos motivos del recurso en los términos que se dirá, solicitando que se case y anule la sentencia desestimando la demanda.

USO y UGT se oponen al recurso en sus escritos de impugnación.

El Ministerio Fiscal interesa se estime el recurso, por entender que la nueva regulación del art. 86.3 ET no atenta contra el derecho constitucional a la negociación colectiva, por lo que de las dos posturas que podrían mantenerse en la interpretación del precepto (que las condiciones laborales tienen que ser las del convenio derogado como mejora voluntaria o aplicación del ET y SMI), el determinarse las condiciones laborales por la legislación vigente es perfectamente válido, por lo que es igualmente acorde a derecho la decisión de la empresa de abonar la nómina en la forma en que lo hizo.

**2.- Razonamientos respecto al motivo primero de recurso**

**(Revisión de los hechos declarados probados).-**

**A.-** Al amparo del art. 207 d) LRJS, por "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos con otros elementos probatorios".

Pretende el recurrente que se revisen los hechos probados primero y segundo y las apreciaciones fácticas de los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia, para hacer constar que la denuncia del convenio fue el 05-11-2010, la mesa negociadora se constituyó el 17-11-2010, y el convenio perdió su vigencia tras transcurrir el año de ultraactividad previsto en la Ley 3/2012, de 6 de julio el 08-07-2013, pretensión revisora a la que se opone Unión Sindical Obrera de las Islas Baleares, y a la que acceden UGT y el Ministerio Fiscal.

Propone el Sindicato recurrente para dichos hechos probados la siguiente redacción:

"PRIMERO.- En fecha 5 de noviembre de 2010, la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS SL (ATESE) denuncia la aplicación del convenio colectivo de dicha empresa, que afecta al del personal laboral de ATESE que presta sus servicios en Mallorca, Menorca e Ibiza, que había sido publicado en el BOCAIB de 3 de junio de 1999, nº 70".

"SEGUNDO.- En fecha 17 de noviembre de 2010 se constituye la mesa negociadora del convenio, sin que se llegara a firmar ningún acuerdo del nuevo convenio, perdiendo su vigencia el convenio colectivo denunciado el 8 de julio de 2013, por haber transcurrido el año de caducidad previsto en la Ley 3/2012 de 6 de julio".

La modificación de las afirmaciones fácticas contenidas en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto que interesa, se contrae a que se constaten correctamente las fechas de denuncia del convenio (5 de noviembre de 2010), y la pérdida de vigencia (8 de julio de 2013).

**B.-** Como recuerda la doctrina de esta Sala IV/TS, entre otras, en sentencia de 16 de septiembre de 2013 (Rc. 75/2012), el artículo 207.d) de la aplicable Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) establece que "*el recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: ... d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios* ", y en interpretación del apartado d) del artículo 205 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral, del mismo tenor literal, que su precedente de la LRJS, reiteradísima jurisprudencia de esta Sala -y valga por todas la sentencia de 1 de julio de 2010 (recurso casación 91/2009)- ha venido exigiendo para que el motivo alcanzare éxito, la concurrencia de todos y cada uno de los siguientes requisitos : a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental (...) obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o

suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos, y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia".

Apreciándose en el presente caso un error material de transcripción en cuanto a las fechas de denuncia del convenio colectivo, fecha de la constitución de la comisión negociadora, así como en la fechas de pérdida de vigencia, se acepta la modificación en cuanto a estos extremos concretos, al deducirse claramente de los documentos que se invocan.

**3.- Razonamientos respecto al motivo segundo de recurso**

**(Infracción de normas jurídicas).-**

**A.- Planteamiento del motivo de recurso:**

Al amparo del art. 207 e) LRJS, por infracción del art. 86.3 párrafo 4º ET en redacción dada por Ley 3/2012, y DT 4ª Ley 3/2012, por entender que puesto que la empresa denunció el convenio en el que no se contenía previsión alguna de ultraactividad, finalizando su vigencia en aplicación de la DT 4ª Ley 3/2012, el 08-07-2013, sin que exista convenio colectivo de ámbito superior, las condiciones de dicho convenio colectivo no pueden seguir aplicándose como si de un derecho adquirido se tratara, sin que sea de aplicación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26-11-2013 en que fundamenta su decisión la sentencia ahora recurrida, pues en la misma la cuestión es distinta y relativa a si es ajustada a derecho la aplicación de un convenio colectivo de empresa, regulándose en el mismo la aplicación de dicho convenio hasta que se firme otro nuevo.

Añade que la intención de la reforma es evitar la "petrificación" de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador, pudiéndose haber pactado un régimen de ultraactividad del convenio diferente al legalmente establecido con la reforma.

**B.-** El artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores dispone que:

*"3. La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.*

*Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.*

*Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 , se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular, para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora, el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.*

*Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en*

*contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.*

Por otro lado, la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio (en vigor desde el siguiente día 8 de julio), dispone que:

*"En los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el plazo de un año al que se refiere el* apartado 3 del articulo 86 del Estatuto de los Trabajadores *, en la redacción dada al mismo por esta Ley, empezará a computarse a partir de dicha fecha de entrada en vigor".*

Por razones de temporalidad nos encontramos en el supuesto previsto en la norma.

Para un mejor entendimiento de la cuestión planteada, se hace necesario precisar los hechos que se constatan acreditados: a) En fecha 5 de noviembre de 2010, la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS SL (ATESE) denunció la vigencia del convenio colectivo de dicha empresa, que afecta al del personal laboral de ATESE que presta sus servicios en Mallorca, Menorca e Ibiza, y que había sido publicado en el IBOCAIB de 3 de junio de 1999, nº 70, en el que se pactó inicialmente una duración de tres años, hasta el 31 de diciembre de 2001 (art. 4); b) consta que el 17 de noviembre de 2010 se constituyó la mesa negociadora del convenio; c) en su art. 5 se señala que se prorrogará tácitamente año tras año, salvo que se produzca una denuncia expresa por cualquiera de las partes afectadas por el mismo, con un plazo de antelación de un mes respecto de la fecha de terminación de su vigencia o cualquiera de sus prórrogas; d) que la empresa demandada entendiendo que ha perdido vigencia el convenio de empresa en fecha 8 de julio de 2013, al haber transcurrido el año de ultraactividad previsto en la Ley 3/2012 de 6 de julio, y no existiendo un convenio colectivo de ámbito superior, ha procedido a abonar la nómina de julio de 2013 (mes en el que el convenio expiraba en su vigencia de la ultraactividad en aplicación del art. 86.3 ET) de sus trabajadores en la forma expresada, es decir, " en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la

que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, al no existir convenio colectivo de ámbito superior al de empresa" (hecho probado 3º).

Por ello se postula en la litis que se condene a la demandada a que respete las condiciones que los trabajadores venían disfrutando, al considerar que son las pactadas en el contrato de trabajo, y han pasado a formar parte del acervo patrimonial, mientras dure la relación laboral, a lo que accedió la Sala de instancia y se opone la empresa en casación.

**2.- Razonamiento sobre la desestimación del segundo motivo de recurso.-**

**A.-** La reforma laboral de 2012, operada por Ley 3/2012, de 6 de julio, que sustituyó al RD-ley 3/2012, y con alguna modificación introducida por RD-ley 20/2012, de 13 de julio, modificó el artículo 86.3 del ET introduciendo un párrafo final con el siguiente tenor literal: *"Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado unnuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación"*.

Teniendo en cuenta el contenido de la DT 4ª de la Ley 3/2012 de 6 de julio (en vigor desde el siguiente día 8 de julio) -antes transcrita- no cabe duda de su aplicabilidad al presente caso. El nuevo texto plantea algunas dudas interpretativas, esencialmente dos:

La primera es qué deba entenderse por convenio colectivo de ámbito superior, habida cuenta de que dicho ámbito puede referirse -dejando aparte el ámbito personal y el temporal, a los que también se refiere el artículo 85.3 del ET- bien el ámbito territorial o bien el ámbito funcional. O si se pueden combinar los dos ámbitos para determinar el convenio aplicable. O, si no, cual de ellos debe prevalecer. O si, habiendo varios convenios de ámbito superior -por ejemplo, dos convenios sectoriales, uno provincial y otro estatal, ambos superiores al de empresa que ha perdido su vigencia- debe escogerse como aplicable para sustituirlo el inmediatamente superior o el "de

ámbito más superior de todos". Y todo ello, partiendo de la base de que, desde el punto de vista de la jerarquía de las normas, todos los convenios tienen el mismo rango, independientemente de sus respectivos ámbitos más o menos extensos. Las preguntas se podrían multiplicar pero no procede porque, en el caso que se nos plantea, se da como probado que no existe convenio colectivo alguno de ámbito superior al de empresa que ha perdido vigencia por haber finalizado su período de ultraactividad.

La segunda duda interpretativa se centra en determinar qué ocurre en un caso como el que, precisamente, se plantea por primera vez ante esta Sala IV del Tribunal Supremo, a saber: si no hay convenio de ámbito superior aplicable ¿cómo se regularán a partir de la pérdida de vigencia del convenio en cuestión los respectivos derechos y obligaciones de las partes? La duda, en este caso, no consiste -como en el caso anterior- en interpretar qué ha querido decir el legislador cuando se refiere a un "convenio colectivo de ámbito superior" sino en colmar la laguna legal consistente en que el legislador no ha dicho absolutamente nada respecto de dicha situación que, desde luego, a nadie se le escapa que es verdaderamente problemática.

Podemos decir que las soluciones que ha venido dando la doctrina científica y también la doctrina judicial son esencialmente dos y radicalmente opuestas, a saber:

Una primera tesis, que podemos denominar "rupturista", según la cual dichos derechos y obligaciones de las partes pasarán a regirse exclusivamente por las normas estatales legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido.

Y una segunda, que denominaremos "conservacionista", según la cual dichas condiciones laborales (expresión equivalente, aunque más breve, a la más precisa de: los respectivos derechos y obligaciones de las partes) que venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia del convenio colectivo en cuestión deberán mantenerse puesto que forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes.

**B.-** Por cuanto oportunamente se dirá, esta Sala entiende que la tesis jurídicamente correcta es la segunda.

Y ello porque, la aplicación de la que hemos denominado tesis "rupturista" podría producir en el ámbito del contrato de trabajo una alteración sustancial de sus condiciones para ambas partes, trabajador y empresario, que transformaría las bases esenciales del propio contrato o negocio jurídico y el equilibrio de las contraprestaciones, pudiendo dejarlo sin los requisitos esenciales para su validez, como son el " *objeto cierto que sea materia del contrato* " y la "*causa de la obligación que se establezca* " (arts. 1261, 1271 a 1273 y 1274 a 1277 Código Civil).

Y ello tanto más en un ámbito como el social en el que los mínimos de derecho necesario se regulan no solamente en las normas estatales sino también en los convenios colectivos, a los que el legislador remite en importantísimas materias que el ET no regula suficientemente. Entre otras, las relativas a las peculiaridades del contenido de la obligación de trabajar (art. 20.2 ET), al sistema de clasificación profesional por medio de grupos profesionales (art. 22 ET), a la promoción profesional, la formación profesional en el trabajo, los ascensos y la promoción económica (arts. 22 a

25 ET) con su indudable incidencia en la movilidad funcional y en los poderes organizativos empresariales, la estructura del salario y el carácter consolidable o no de los complementos salariales (art. 26 ET), la duración de la jornada de trabajo inferior a la legal, la distribución irregular de la jornada a lo largo de un año, la forma de compensación de las diferencias o el establecimiento del límite máximo de la jornada ordinaria rebasando el límite máximo de nueve horas (art. 34 ET), formas de abono o de compensación de las horas extraordinarias (art. 35 ET), la planificación anual de las vacaciones (art. 38.2 ET), el régimen disciplinario salvo la sanción de despido (arts. 54 y 58 ET) o las reglas para la constitución y funcionamiento de un comité intercentros (art. 63.3 ET) o para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa (art. 67.1 ET).

Lo cual quiere decir que, de aplicarse la que denominamos "tesis rupturista", se producirían indeseables consecuencias para ambas partes como, entre otras, que cualquier trabajador (con independencia de la labor desempeñada y de su titulación) pasaría a percibir el salario mínimo interprofesional, podría ser obligado a realizar cualquier tipo de actividad, la jornada pasaría a ser la máxima legal, las cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto, el empresario no podría sancionar disciplinariamente a sus trabajadores salvo que existiera causa suficiente para el despido, etc. etc.

Habiéndose debatido si ante tal cambio sustancial de condiciones el trabajador podría pedir la extinción contractual indemnizada de su contrato de trabajo o incluso -como un sector doctrinal favorable a la tesis "rupturista" ha propugnado, para intentar paliar las indeseables consecuencias de la imprevisión normativa- que al menos determinadas condiciones deberían quedar subsistentes (entre otras, salario, tiempo y clase de trabajo) para del tal modo evitar que el contrato quede sin causa. Por otra parte, una eventual defensa de las retribuciones contenidas en el convenio que ha perdido vigencia a través de la invocación de derechos fundamentales como la dignidad o igualdad, parece difícil de articular e insuficiente para paliar todos los defectos expuestos.

**C.-** Como hemos dicho, a juicio de esta Sala, la tesis jurídicamente correcta es la segunda, la que hemos denominado "conservacionista".

Para llegar a dicha conclusión, conviene recordar algunos elementos básicos de nuestro ordenamiento jurídico en general -y de ese sector del mismo que conocemos como Derecho del Trabajo- en lo que a la ordenación de los contratos se refiere. Como es bien sabido, el precepto clave del Derecho de los Contratos es el art. 1255 del Código Civil, directamente tomado del Código napoleónico, según el cual las relaciones jurídico- contractuales entre las partes se rigen por los pactos y condiciones que ellas mismas establezcan libremente, siempre que no sean contrarias a la ley, la moral o el orden público. Desde luego que ese principio general -el principio de la autonomía de la

voluntad individual- rige plenamente en el ordenamiento jurídico-laboral. Lo único que ocurre es que la existencia de normas limitadoras de dicha autonomía es más frecuente que en otros sectores del ordenamiento y, además, proceden no solamente de la actividad legislativa o reglamentaria del Estado ( así como de la normativa internacional y de la Unión Europea) sino también de la actividad negociadora de los sujetos sociales a los que la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores atribuyen esa capacidad normativa, habida cuenta de la interpretación que, desde el momento inicial, hizo nuestro Tribunal Constitucional del significado de la "fuerza vinculante de los Convenios" a que se refiere el art. 37.1 CE.

A partir de ahí, el art. 3 del ET -uno de los pocos no afectados por las sucesivas reformas estatutarias- es meridianamente claro al señalar respecto a las fuentes de la relación laboral que:

*"1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:*

*a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.*

*b) Por los convenios colectivos.*

*c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.*

*d) Por los usos y costumbres locales y profesionales.*

*2. Las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa. Las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las Leyes a desarrollar.*

*3. Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario 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.*

*4. Los usos y costumbres sólo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa.*

*5. Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo."*

Como comentara -con buen criterio- un sector doctrinal, recién promulgado el ET, el art. 3 ET, que se denomina "Fuentes de la relación laboral", contiene, por un lado, fuentes en sentido normativo - señaladamente las de las letras a) y b) y, por otra parte, fuentes en sentido obligacional: la letra c). En cuanto a las fuentes de la letra d) -los usos y costumbres- tienen un papel subsidiario, como deja claro el propio art .3 en su nº 4, y no procede detenernos en ello. Y decía esa doctrina que esa mezcla de fuentes normativas y obligacionales era acertada pues con ello se podía comprender mejor la relación entre unas y otras y su respectivo papel o función. Pues bien, es claro que para responder a la pregunta ¿dónde están reguladas las condiciones laborales de un trabajador?, la respuesta es clara: en su contrato de trabajo. Y así es desde el momento inicial de esa relación jurídico-laboral, puesto que el contrato de trabajo -como cualquier

otro contrato- tiene una doble función: constitutiva de la relación jurídico- obligacional y reguladora de la misma, es decir, de los derechos y obligaciones a que se comprometen las partes. Dicho lo cual, hay que hacer algunas precisiones adicionales:

a) Que eso es así tanto si el contrato se celebra por escrito como si se hace de palabra, dado el principio general de libertad de forma que -con las debidas excepciones- establece el art. 8 del ET.

b) Que si alguna de esas condiciones contractuales no respetan los límites de derecho necesario establecidos por las normas estatales y/o convencionales colectivas se entenderán nulas de pleno derecho, pero "el contrato de trabajo permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley", como dispone el art. 9.1 ET.

c) Que, por lo tanto, las normas estatales y convencionales juegan un papel nomofiláctico respecto a las cláusulas contractuales. Lo que sucede es que, siendo el contrato de trabajo siempre -tanto si es indefinido como temporal- un contrato de tracto sucesivo, esa función depuradora se va desarrollando a lo largo de todo el tiempo en que el contrato esté vivo y se va adaptando a la evolución de las propias normas legales y convencionales. Pero ello no nos debe de llevar al equívoco de suponer que las obligaciones de las partes se regulan por la ley o por el convenio colectivo normativo. No es así: se regulan por el contrato de trabajo, aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el art. 9.1 del ET.

d) Ese equívoco viene propiciado, además, por la enorme frecuencia con la que las partes que celebran un contrato de trabajo, en lugar de reproducir las normas legales y convencionales que entienden aplicables, acuden a la técnica de la remisión para establecer las condiciones laborales, indicando que (p.e.) "serán las que deriven del convenio colectivo aplicable". Pero dicha remisión es una técnica que no elimina el carácter contractual de la fuente donde la propia remisión se establece y, por ende, de las condiciones laborales resultantes de la misma. Y repetimos: ello es así aunque el contrato sea verbal; lo único que ocurrirá en tal caso es que el contenido obligacional establecido (vía remisión o no) en dicho tipo de contratos deberá ser objeto de prueba por otros medios distintos al de la forma contractual escrita.

Dicho lo cual, es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque -como se ha dicho algunas veces- las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente.

Ahora bien, ¿significa eso contradecir el mandato del legislador de que el contenido normativo de dicho convenio colectivo pierda su vigencia? Ni muchísimo menos. Desde luego que el convenio colectivo pierde su vigencia y, por ende, dejará de cumplir esa función nomofiláctica que es la propia de nuestro sistema jurídico, que ya hemos descrito. Por consiguiente, esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET, sin más limitaciones que las de origen legal pues, insistimos, las limitaciones dimanantes del convenio colectivo, si no hay otro superior, han desaparecido. Y, por la misma razón, los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido. Ello podrá dar lugar ciertamente a problemas de doble escala salarial, de discriminación, y otros que no podemos abordar en este momento. En cualquier caso, y para evitar todos esos problemas, no es ocioso recordar, finalmente, que, aún habiendo terminado la ultraactividad del convenio en cuestión, ello no significa que no permanezca la obligación de negociar de buena fe en el ámbito colectivo, como establece el art. 89.1 ET.

**CUARTO.-** Por cuanto antecede, y visto el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida si bien por las razones expuestas en el cuerpo de la presente resolución. Sin costas (art. 235.2 LRJS).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**F A L L A M O S**

Desestimamos el recurso de casación formulado por la mercantil ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Palma de Mallorca) el 20 de diciembre de 2013, en el procedimiento de conflicto colectivo número 11/2013, seguido a instancia del Sindicato UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), al que se adhirieron los Sindicatos CSI-CSIF, CCOO y UGT contra la empresa ahora recurrente. Confirmamos la sentencia recurrida por las razones expuestas en la presente resolución. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Jesús Gullón Rodríguez D. Fernando Salinas Molina

Dª María Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López D. Jordi Agustí Juliá

Dª María Luisa Segoviano Astaburuaga D. José Manuel López García de la Serrana

Dª Rosa María Virolés Piñol Dª María Lourdes Arastey Sahún

D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Jesús Souto Prieto

# STS Social. 26 de Noviembre de 2012. RJ 8405.

**Roj:** STS 8405/2012
**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Social
**Sede:** Madrid
**Sección:** 1
**Nº de Recurso:** 4072/2011
**Nº de Resolución:**
**Fecha de Resolución:** 26/11/2012
**Procedimiento:** SOCIAL
**Ponente:** JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA
**Tipo de Resolución:** Sentencia

***Cuestión:***

*Seguridad social. Prestación de viudedad. Parejas de hecho y acreditación de la convivencia.*

**Resumen:**

La cuestión que se plantea versa sobre la acreditación del requisito de existencia de una pareja de hecho a los efectos de reconocimiento de pensión de viudedad al sobreviviente, cuando el hecho causante acontece tras la entrada en vigor (el 1-enero-2008) de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. En el caso presente la actora, mantenía una relación de convivencia marital con el causante, al menos, desde el año 1.998. El fallecimiento del causante se produjo en fecha 21 de octubre de 2009 y la solicitud de la pensión se formuló poco después, sin que se haya acreditado que tal unión se hubiera inscrito en registro público alguno, ni que conste en documento público.Se reitera doctrina conforme a la cual existencia de pareja de hecho debe acreditarse, de acuerdo con el artículo 174.3 LGSS bien mediante "inscripción en registro específico" de parejas de hecho, bien mediante "documento público en el que conste la constitución" de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas. Ello no concurre en el caso examinado por lo que se estima el recud.

**Encabezamiento**

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Noviembre de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Juan Ignacio del Valle de Joz en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra lasentencia dictada el 28 de octubre de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 1725/11, interpuesto contra lasentencia de fecha 4 de abril de 2011, dictada por el

Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, en autos núm. 595/10, seguidos a instancias de DOÑA Marcelina contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre VIUDEDAD.

Ha comparecido en concepto de recurrida DOÑA Marcelina representado por el Procurador Don José Ramón Rego Rodríguez.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha4 de abril de 2011 el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: "**1º.-** Marcelina , con domicilio en DIRECCION000 NUM000 Gijón, es beneficiaria de prestaciones de incapacidad permanente absoluta, que en el año 2010 suponía el importe mensual de 534 €.**2º.-** En el año 2001 otorgó testamento ante notario, a favor de Higinio , con quien decía convivir maritalmente desde hacía más de treinta años. En la misma fecha con idéntico contenido otorgaba testamento en su favor el Sr. Higinio **3º.-** El Sr. Higinio fallecía el 21 de octubre de 2009, con domicilio en DIRECCION001 NUM000 Tremañes, su domicilio al menos desde el año 2003. Entonces era beneficiario de una pensión de jubilación devengada con cargo al RETA.**4º.-** En los años 1998, 1999, 2006 y 2009 Organismos Oficiales dirigía comunicaciones postales al Sr. Higinio a DIRECCION000 NUM000 Gijón.".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por Marcelina frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, que queda absuelta de la pretensión resuelta en esa sentencia.".

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por DOÑA Marcelina ante la Sala de lo Social delTribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 28 de octubre de 2011, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por Doña Marcelina contra lasentencia dictada el día 4 de abril de 2011 por el Juzgado de lo Social número 3 de Gijón, en los Autos seguidos contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, debemos revocar la citada resolución y, con estimación de la demanda, declaramos el derecho de la recurrente al percibo de la pensión de viudedad reclamada, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por dicha declaración y al abono de dicha prestación con arreglo a la base reguladora de 556,25 euros mensuales.".

**TERCERO.-** Por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 19 de diciembre de 2011. Se aporta comosentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 14 de junio de 2011.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 13 de marzo de 2012 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de noviembre de 2012, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.** La cuestión que plantea el presente recurso de casación unificadora, resuelta ya por esta Sala en varias ocasiones, versa sobre la acreditación del requisito de existencia de una pareja de hecho a los efectos de reconocimiento de pensión de viudedad al sobreviviente, cuando el hecho causante acontece tras la entrada en vigor (el 1-enero-2008) de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

**2.-** El problema surge por la interpretación que haya de darse alart. 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en la redacción dada por la citada Ley 40/2007, que en el particular que aquí interesa dispone que:"A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante", y termina señalando que "En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica".

**3.-** En el supuesto ahora enjuiciado, la actora, mantenía una relación de convivencia marital con el causante, al menos, desde el año 1.998. El fallecimiento del causante se produjo en fecha 21 de octubre de 2009 y la solicitud de la pensión se formuló poco después, sin que se haya acreditado que tal unión se hubiera inscrito en registro público alguno, ni que conste en documento público.

**4.-** La sentencia recurrida (STSJ de Asturias de 28 de octubre de 2011 -rollo1725/11-) ha revocado la sentencia de la instancia que desestimó la demanda y ha reconocido la pensión de viudedad a la actora, al entender que el testamento del causante y de la demandante acreditaban suficientemente la existencia de una pareja de hecho y que los testamentos constituyen documento público bastante para acreditar la convivencia y la constitución de una pareja de hecho a los efectos delart. 174.3 de la L.G.S.S...

**5.-** Lasentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid el 14 de junio de 2011 (R. 2148/11), ha llegado a la

conclusión contraria en un caso sustancialmente igual en el que estaba en juego, también, la aplicación del vigenteartículo 174.3 LGSS, precepto este que es el que el recurso del INSS denuncia fundamentalmente como infringido. En esa sentencia referencial, el actor, soltero, mantuvo una relación estable como pareja de hecho con la causante, habiendo convivido ambos y estando empadronados en el mismo domicilio desde 1990. El causante falleció el 7 de junio de 2010 y, formulada la solicitud de pensión, la viudedad fue desestimada en vía administrativa, en resolución confirmada tanto por la sentencia de instancia como por la de suplicación que ahora sirve de contraste, pese a que el causante había identificado a la demandante como su pareja de hecho en el testamento. En esta última se sostiene que no basta con acreditar que la convivencia reúne las notas fijadas en elpárrafo cuarto del artículo 174.3 LGSS, sino que se tiene que probar también que se reúne la condición de pareja de hecho y demostrar su existencia con el certificado de inscripción registral o documento público en el que conste su constitución, con una antelación de dos años. Y como ello no había sucedido en el caso, como se dijo, termina desestimando la demanda, al entender que el testamento no constituye documento público bastante para acreditar la existencia de pareja de hecho y que hace falta un documento público en el que se manifiesten las voluntades de las dos personas.

**6.-** En ambos casos se trata de solicitantes de viudedad que acreditan convivencia con el causante superior a cinco años, habiéndose producido los fallecimientos tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007, cuando perduraba el supuesto de pareja de hecho, sin que en ninguno de ellos se hubiera acreditado "la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja", tal como contempla elart. 174.3 in fine LGSS, incluso en ambos casos existía testamento notarial del causante reconociendo la convivencia. Pese a tales coincidencias, la sentencia recurrida reconoce la pensión mientras que la de contraste la deniega. Es evidente, pues, la contradicción, según admite expresamente el Ministerio Fiscal, y, por tanto, debemos entrar en el fondo del asunto, invocando la recurrente como infringidos losarts. 174.3 LGSS,14,139.1,39.1y2, y149.1.17 de la Constitución Española.

**SEGUNDO.- 1.-** De conformidad con doctrina jurisprudencial unificada, que recuerda también el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, la solución más ajustada a derecho de las confrontadas en esta casación unificadora es la contenida en la sentencia de contraste, por lo que el recurso debe ser estimado. De esta línea jurisprudencial forman parte lasSSTS/IV 20-julio- 2010 (rcud 3715/2009) -invocada por el Ministerio Fiscal -, 3-mayo-2011 (rcud 2170/2010),15-junio-2011 (rcud 3447/2010) y,más cercanas, las de fecha 28-noviembre-2011 (rcud 644/2011) y20-12-2011 (rcud 1147/2011), que han resuelto supuestos sustancialmente iguales al presente.

El fundamento de la doctrina jurisprudencial sentada en las mencionadas sentencias, que hacemos nuestro en la presente decisión, se puede sintetizar, en lo que aquí interesa, como ha hecho la mencionada en último lugar, en los siguientes puntos: 1) que los requisitos legales de "existencia de pareja de hecho" y de "convivencia estable y notoria", establecidos ambos en el vigenteartículo 174.3 LGSSson distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión a favor del sobreviviente; 2) que, en el mismo precepto legal, las reglas de acreditación de uno y otro requisito son asimismo diferentes; 3) que la "existencia de pareja de hecho" debe acreditarse, de acuerdo con

el repetidamente citadoartículo 174.3 LGSS, bien mediante "inscripción en registro específico" de parejas de hecho, bien mediante "documento público en el que conste la constitución" de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas.

**2.** Debe añadirse como en supuestos semejantes ha señaladoesta Sala (Sentencias de 22 de diciembre de 2011 (R. 886/2011) y9 de octubre de 2012 (R. 3600/2011) que "la simple manifestación unilateral de los convivientes ante notario, aceptando la realidad de esa convivencia marital en sus respectivas escrituras de disposición testamentaria, tampoco ahora puede hacerse equivalente a la constitución de la pareja de hecho que exige elart. 174. 3º LGSS. En efecto, como esta Sala razonaba entonces, en lo que parecía ser la solución dada por la resolución de instancia, "una cosa es la expresión de la manifestación de voluntad constitutiva de la pareja de hecho, y otra muy distinta que, a ciertos efectos en el ámbito jurídico civil o mercantil, se quiera hacer valer una cierta vinculación, que para el caso tiene un alcance meramente circunstancial y de oportunidad, limitado al negocio de que se trate". Y aunque, en nuestro caso, parece desprenderse de la incombatida declaración de hechos probados de la sentencia de instancia que la manifestación de convivencia era coincidente, pues las disposiciones testamentarias de los convivientes lo eran "en el mismo sentido", nos parece obvio que ninguna de ellas, ni por separado ni en su consideración conjunta, pueden equivaler a la constitución formal de la pareja de hecho que la ley requiere".

**3.** Como el testamento nombrando heredera a la persona con la que se convive no es equiparable al documento público en que conste la constitución de la pareja de hecho a que se refiere la Ley, pues una cosa es nombrar heredero y otra distinta constituir una pareja de hecho, acto que necesita la intervención de los dos integrantes de la pareja, procede, conforme al dictamen del Ministerio Fiscal, estimar el recurso. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLAMOS**

Estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Juan Ignacio del Valle de Joz en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra lasentencia dictada el 28 de octubre de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 1725/11, interpuesto contra lasentencia de fecha 4 de abril de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, en autos núm. 595/10, seguidos a instancias de DOÑA Marcelina contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, revocamos igualmente la sentencia de instancia, para concluir desestimando la demanda origen de las actuaciones. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

# STS. Social de 23 de Marzo de 2015. RJ 1924.

Consejo General del Poder Judicial
BUSCADOR JURISPRUDENCIA

Roj: STS 1924/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1924
Id Cendoj: 28079149912015100002
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 2057/2014
Nº de Resolución:
Procedimiento: Auto de aclaración
Ponente: LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

***SENTENCIA***

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Marzo de dos mil quince.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de URALITA, S.A. frente a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 26/marzo/2014 [recurso de Suplicación nº 257/2014 ], que resolvió el formulado por la misma parte, frente a la pronunciada en 11/octubre/2013 por el Juzgado de lo Social núm. 22 de Barcelona [autos 537/12], sobre ENFERMEDAD PROFESIONAL.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de octubre de 2013 el Juzgado de lo Social núm. 22 de Barcelona dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "DESESTIMANDO la demanda planteada por URALITA, SA. contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el Sr. Indalecio , ABSUELVO a la parte demandada de las pretensiones ejercitadas y se mantienen los pronunciamientos de las Resoluciones Administrativas impugnadas".

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: "1.- Don. Indalecio , nacido el NUM000 -1932, con DNI. n° NUM001 , prestó servicios para la **empresa** URALITA, SA. (antes ROCALLA, SA.), desde el día 11-2-1957 hasta el día 13-7-1984, con categoría profesional de Especialista 1ª, torneando tubos MAZZA, con exposición a amianto.- 2.-La **empresa** ROCALLA, S.A., tras varias fusiones y absorciones, pasó a ser URALITA, SA. que se constituyó el fecha 21-7-1993.- 3.-En el informe de Inspección de Trabajo de fecha de salida 4-10-2010, n° ref. NUM002 , se constató que tras trabajar para ROCALLA, SA. el Sr. Indalecio trabajó para CONSTRUCCIONES R. CALDERÓN, S.L. entre 7-8-1990 y 31-10- 1990. No consta exposición al amianto en esta **empresa**.- - El Sr. Indalecio falleció el 1-7-1998.- - El Juzgado de lo Social n° 7 de esta ciudad declaró que la muerte del trabajador fue por enfermedad profesional. Sentencia que, en sus Hechos Probados, expresa que el trabajador ingresó el 30-12-1997 en un centro hospitalario donde se le diagnosticó Probable neoplasia maligna de tráquea, bronquios y pulmón" y en TAC practicado el 21-1-1998 se le diagnosticó de "massa pulmonar esquerra que infiltra el greix medistínic associada a adenopaties ipsilaterals i metástasi hepática compatible amb carcinoma broncogénic disseminat en estat T4-N2-M1". Sentencia confirmada por la STSTC de fecha 28-1-2011.- Y tras la Fundamentación Jurídico que menciona, con la imputación de responsabilidad administrativa y la relación causal que aprecia, en base a las infracciones de normas de Seguridad y Salud Laboral, propone al INSS la aplicación a la **empresa** URALITA, SA. de un **recargo** del 50% en todas las **prestaciones** económicas que se satisfagan como consecuencia de aquélla enfermedad profesional.- 4.-El I.N.S.S. dictó Resolución de fecha de salida 12-1-2012 declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en el trabajo en la enfermedad profesional sufrida por el Sr. Indalecio y declaró la procedencia de que las **prestaciones** de Seguridad Social derivadas de dicha enfermedad fueran incrementadas en un 50% con cargo a la **empresa** ROCALLA, SA. (URALITA, SA.).- 5.-Formulada Reclamación Previa, fue desestimada por Resolución definitiva de fecha 3-5-2012.- 6.-Los hechos ocurrieron como indica el acta de Inspección de Trabajo.- TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo".

**TERCERO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de URALITA, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 26 de marzo de 2014 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de URALITA SA. contra la sentencia de 11 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 22 de Barcelona en autos núm. 537/2012, seguidos a instancia de la recurrente, URALITA S.A., frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y Doña Angelica en materia de **recargo** de **prestaciones** por falta de medidas de seguridad, y, en su consecuencia, debemos declarar que la fecha de efectos del **recargo** será a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se produjo su reconocimiento, confirmando en su integridad el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida.- Se condena a la **empresa** recurrente al abono de las costas causadas a la parte impugnante que se fija en 400 euros, con pérdida de los depósitos y consignaciones que hubieran podido prestar, si los hubiera, a los que se les dará el destino legal".

**CUARTO.-** Por la representación procesal de URALITA, S.A. se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011 (R. 2502/10 ).

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25 de febrero de 2.015, y dada la transcendencia del mismo se suspendió señalándose nuevamente para su deliberación en Sala General en fecha 18 de marzo de 2.015, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-1.-La demanda interpuesta.-** Por demanda presentada en 05/06/12, la **empresa** «Uralita, SA» solicitó que se anulase resolución administrativa dictada con fecha 12/01/12 en materia de «**recargo** de **prestaciones**», y en la que se había declarado la responsabilidad de la **empresa** por la enfermedad profesional que había causado la muerte del trabajador Don Indalecio , imponiéndole el **recargo** del 50% en las correspondientes **prestaciones** por incumplimientos de medidas de seguridad durante la **prestación** de servicios para «Rocalla, SA», posteriormente absorbida por aquella **empresa**. Demanda en la que expresamente se solicitó que se dejase sin efecto su responsabilidad o subsidiariamente se limitase el importe del **recargo** al 30 %, y que -de mantener el **recargo**- se retrotrajese la fecha de efectos a tres meses antes a la solicitud.

**2.-La respuesta en Suplicación** .- Pretensión rechazada por el J/S nº 22 de los de Barcelona en sentencia de 11/10/13 [autos 537/12] y confirmada -salvo en lo que a la retroacción de efectos se refiere- por la STSJ Cataluña 26/03/2014 [rec. 257/14 ], que rechaza las diversas modificaciones fácticas que se pretendían, argumenta prolijamente -entre otros extremos que en nada afectan al presente trámite- sobre la infracción empresarial de las medidas de seguridad, la existencia de nexo causal incumplimientos/enfermedad y, sobre todo sobre el primer motivo de infracción jurídica, cual era la subrogación en la responsabilidad atribuible a la **empresa** incumplidora «Rocalla, SA» por parte de la sucesora «Uralita, SA» [dato con el damos respuesta a la objeción hecha por el Ministerio Fiscal de que se trata de cuestión nueva]. Extremo éste sobre el que la Sala del TSJ mantiene la **sucesión** en la responsabilidad, sobre la base de argumentar los arts. 233 LSA , el art. 44 ET y los arts. 6.4 y 7.2 CC .

**3.-El recurso de casación.-** En su recurso de casación para la unidad de la doctrina, «Uralita, SA» denuncia la infracción del art. 44 ET en relación con el art. 127 LGSS , señalando como decisión referencial la STS 18/07/11 [rcud 2502/10 ], que contempla supuesto básicamente idéntico al de autos, por enjuiciarse en él la situación de trabajador que fallece a consecuencia de enfermedad profesional y respecto de la que se declara la procedencia de **recargo** de **prestaciones**, al apreciarse incumplimientos empresariales causalmente ligados a la contingencia, pero en la que -contrariamente a la Sala de suplicación en las presentes actuaciones- este Tribunal excluyó la **sucesión** en el **recargo** por parte de nueva **empresa** que absorbe a aquélla para la que el trabajador había prestado servicios, habida cuenta de que la **sucesión** empresarial se había producido después del cese en el trabajo y antes de que se reconociese la contingencia profesional. Con lo que media la exigida contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, y la misma se manifiesta en la parte dispositiva de ambas sentencias porque las mismas contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientemente, SSTS 11/11/14 -rcud 2246/13 -; 12/11/14 -rcud 188/14 -; y 12/11/14 -rcud 3245/13 -).

**SEGUNDO.-1.-La doctrina de la Sala hasta la fecha.-** La cuestión que se plantea en las presentes actuaciones ya fue objeto de resolución -en efecto- por la STS 18/07/11 [rcud 2502/10 ], y su criterio fue reiterado por la sentencia de 28/10/14 [rcud 2784/13 ]. Planteamiento del que en la presente sentencia nos separamos, tras meditada reconsideración de la cuestión debatida y por las razones que posteriormente pasaremos a exponer.

**2.- Nuestras precedentes argumentaciones.-** Teniendo por reproducido el detallado excurso que hicimos en la referida STS 18/07/11 acerca de la naturaleza jurídica del **recargo** de **prestaciones** y de la evolución jurisprudencial sobre tan esquiva materia, a efectos explicativos nos parece obligado cuando menos trascribir en parte su FJ Quinto [apartado 3], en el que literalmente manifestábamos que «... si bien -conforme a lo indicado- el **recargo** de **prestaciones** ostenta una innegable faceta prestacional que en cierto modo apuntaría a la posible extensión de su responsabilidad en los supuestos -como el de autos- de **sucesión** de **empresa**, tal como proclama el art. 127.2 LGSS , de todas formas su función preventivo/ punitiva, la determinante idea de «empresario infractor» que utiliza el art. 123.2 LGSS ( SSTS 14/02/01 -rcud 130/00 -; y 21/02/02 -rcud 2239/01 -), la consiguiente afirmación jurisprudencial de que «sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la **empresa** incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo» ( SSTS 08/04/93 -rcud 953/92 - ...; 21/02/02 -rcud 2239/01 -; y 03/12/08 - rcud 2909/07 -), la exclusión de responsabilidad por el INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y la no asegurabilidad de aquélla - siquiera este mandato del art. 123.2 LGSS sea actualmente cuestionado por mor de las previsiones contenidas en los arts. 15.5 y 43.2 LPRL - ( SSTS 02/10/00 - rcud 2393/99 -; ...; 16/05/07 -rcud 360/06 -; y 03/12/08 -rcud 2909/07 -), llevan a concluir que la responsabilidad que comporta el **recargo** -cualquiera que sea el momento de su declaración- es intransferible por la vía de la **sucesión** de **empresa**, tal como sostiene la sentencia recurrida y como precedentemente ha declarado esta Sala en la decisión de contraste».

A tales consideraciones añadimos posteriormente -en la STS 28/10/14 - que la conclusión también se reforzaba con un argumento sistemático, cual resulta de la regulación diferenciada -siquiera en la misma sección, relativa al «régimen general de las **prestaciones**»- de la responsabilidad en orden a las **prestaciones** [arts. 126 y 127] y en lo que toca al **recargo** de la **prestación** [art. 123.2]; lo que apuntaría a deducir que en los supuestos de **sucesión** empresarial es inviable aplicar al último [el **recargo**] el régimen jurídico establecido para aquéllas [las **prestaciones**], por tener ambos dispar naturaleza y específico régimen jurídico.

**3.- Reconsideración del tema.-** Es claro que nuestra precedente doctrina se basaba en una consideración mixta del **recargo**, en la que el aspecto punitivo del mismo [reflejado en la especiales prescripciones del art. 123 LGSS ] obstaculizaban el mecanismo subrogatorio previsto en el art. 127.2 LGSS . Pero un nuevo examen de la cuestión -previo a la publicación de la STJUE 05/Marzo/2015 - nos ha llevado a conclusión diversa, pese a que seguimos manteniendo la existencia de aquella faceta preventivo/sancionadora en el marco de una naturaleza compleja, por presentar tres finalidades diversas [preventiva, sancionadora y resarcitoria] y articularse su gestión -reconocimiento, caracteres y garantías- en forma prestacional.

Ciertamente que el devenir normativo de la institución de que tratamos, desde su creación por la LAT/1900 con inequívoca naturaleza indemnizatoria, en tanto que complemento por culpa de una responsabilidad objetiva [prestacional] limitada por el principio de inmunidad [era incompatible con la exigencia de responsabilidad civil], pasando por su adquirida cualidad punitiva a virtud del art. 55 RAT [de dudosa legalidad, por no tener apoyo en la norma que desarrollaba, la Ley 22/Diciembre/1955 ], la posterior desaparición de todas referencia sancionadora a partir de la LASS/1966, la promulgación de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social [Ley 8/1988] y finalmente las previsiones de la LPRL [muy particularmente sus arts. 15.5 y 42.3 , sobre todo interpretados a la luz del Anteproyecto de la Ley], pudiera hacer pensar en la oportunidad de entender que la figura ha tomado -en su actual perfil normativo- cualidad de una verdadera «indemnización punitiva» [su finalidad vaya más allá de la reparadora que en general es consecuencia del ilícito civil], tal como el propio legislador actual ya contempla [ art. 183.2 LRJS ], y con cuya naturaleza -pudiera pensarse- sería más fácil ofrecer una respuesta uniforme a las diversas cuestiones que el **recargo** de **prestaciones** presenta, y muy singularmente al de su transmisibilidad, que -en tanto que indemnización- se presentaría innegable.

Pero de todas formas, el criterio mayoritario de la Sala ha entendido más adecuado mantener la naturaleza plural del **recargo** -resarcitoria y preventivo/punitiva- sin inclusión en ninguna categoría jurídica novedosa, por considerar que ello no solamente podría dar lugar a disfunciones imprevisibles, sino que es innecesario a los efectos aquí tratados, en tanto que la Sala se decanta -ya desde la primera deliberación del presente asunto- por rectificar su anterior doctrina y entender que a los efectos de que tratamos -la **sucesión**

en la responsabilidad derivada del **recargo**- ha de primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva; o lo que es igual, de forma opuesta a nuestros precedentes, entiende ahora la Sala -tras meditada reconsideración del tema- que la consecuencia inducible de las previsiones del art. 123.2 han de ceder frente a las derivables del art. 127.2 LGSS . Criterio que, como veremos, es del todo coincidente con doctrina comunitaria que significa la sentencia del TJUE arriba indicada y que más adelante referiremos en detalle.

**TERCERO.-1.- Rechazo al apoyo legal que invoca la recurrida.-** En primer lugar hemos de referir que rechazamos el argumento y la cita normativa que la sentencia recurrida hace en apoyo de su tesis, invocando las prescripciones de los arts. 44 ET y 233 LSA como correctoras del posible fraude de ley y/o abuso del derecho en los supuestos de **sucesión** empresarial.

Así, aunque el art. 44 ET dispone que en los supuestos de cambio de titularidad de una **empresa** el nuevo empresario queda «subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior» [apartado 1] y asimismo establece la responsabilidad solidaria «durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión» [apartado 3], no hay que olvidar que tal afirmación se hace expresamente «sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social» [mismo apartado 3], y es precisamente en este ámbito donde el art. 127.2 LGSS norma que «en los casos de **sucesión** ... el adquirente responderá solidariamente con el anterior ... de las **prestaciones** causadas antes de dicha **sucesión**».

De otra parte, la posibilidad de fraude o abuso del derecho [ arts. 6.4 y 7.2 CC ] no podrían determinar una regla general -la **sucesión** en el **recargo**-, sino que antes al contrario significarían los supuestos de excepción -a apreciar por las circunstancias concurrentes- en los que precisamente dejar de aplicar la norma. Y asimismo, las prescripciones de carácter general contenidas en los preceptos reguladores de los fenómenos de **sucesiones** societarias [antes en el derogado art. 233 LSA y ahora en los arts. 23 , 73 y 81 de la Ley 3/2009, de 3/Abril, de Modificaciones estructurales de Sociedades Mercantiles], en principio han de ceder -en materia del **recargo** de **prestaciones**- frente a las específicas prevenciones contenidas en la LGSS sobre la materia, en razón a la preferencia aplicativa que les confiere el principio de especialidad.

**2.- El art. 127.2 LGSS como norma aplicable.-** En la determinación de la norma aplicable a la cuestión objeto de debate, hemos de partir de las siguientes consideraciones previas: La primera de ellas es que el art. 44.3 ET salva -en la materia del régimen jurídico que corresponde a la **sucesión** de **empresa**- la regulación específica de «la legislación de Seguridad Social», lo que comporta una remisión a este ámbito normativo e impone en el mismo la necesidad de una respuesta, expresamente regulada por el legislador u obtenible por analogía. La segunda, atiende a la circunstancia de que el art. 123.2 LGSS no contempla la específica incidencia de la **sucesión** empresarial en la responsabilidad por **recargo** de **prestaciones**, puesto que se refiere exclusivamente a la imposibilidad de transmitirla por negocio jurídico específico *ad hoc* y destinado a «cubrirla, compensarla o transmitirla». Y la tercera, es que muy contrariamente el tema de la **sucesión** empresarial tiene respuesta concreta en el art. 127.2 LGSS , al señalar que «[e]n los casos de **sucesión** ... el adquirente responderá solidariamente con el anterior o sus herederos del pago de las ***prestaciones*** *causadas* antes de dicha **sucesión**».

Sentado ello, hemos de afirmar que es innegable que este último precepto -art. 127.2- se refiere específicamente a las «**prestaciones**» y no al «**recargo** de **prestaciones**», pero de todas formas la ausencia de precepto específico que regule la suerte correspondiente al **recargo** en los supuestos de transmisión de **empresas**, comporta una laguna legal -en el ámbito de la Seguridad Social-: a) que por fuerza ha de colmarse y razonablemente ha de hacerse -de ser factible- con la normativa específica de este campo jurídico y no con preceptos propios de otros ámbitos, cuales el mercantil o laboral; y b) que el principio de primacía del Derecho Comunitario -lo veremos luego con más detalle- obliga a interpretar el Derecho nacional atendiendo al significado «que mejor se ajuste» a la finalidad de la Directiva que trate la materia [así, aparte de las que posteriormente citaremos, la STJCE 04/Julio/06, Asunto Adeneler ], lo que determina la necesaria aplicación de la Ley nacional, pero interpretada a la luz de la norma comunitaria, y ello nos lleva a excluir una interpretación extensiva o analógica de la intransmisibilidad *inter vivos* que establece el referido art. 123.2 [opuesta a esa doctrina comunitaria], para alcanzar también a los supuestos de **sucesión** empresarial, y más bien atendamos a una aplicación -igualmente analógica o extensiva- del art. 127.2 LGSS , en tanto que esta solución se nos presenta ajustada al principio *pro communitate* [después referiremos la STJUE 05/Marzo/2015 , de decisiva importancia sobre la materia de que tratamos] y en todo caso la más adecuada para tutelar los intereses en juego.

Señalemos, en apoyo de esta solución, que tanto la legislación como la jurisprudencia atribuyen al **recargo** tratamiento de «**prestación**» en los más variados aspectos: a).- Su regulación por la LGSS se hace en Sección -2ª- titulada «Régimen General de las **Prestaciones**», ubicada en Capítulo -III- denominado «Acción

Protectora» y dentro del Título -II- «Régimen General de la Seguridad Social»; b).- La competencia para imponer el incremento de la **prestación** reconocida le corresponde al INSS, al que precisamente el art. 57.1ª) LGSS atribuye «la gestión y administración de las **prestaciones** económicas del sistema de la Seguridad Social»; c).- El procedimiento para imponerlo es el -como para cualquier **prestación**- el previsto en el RD 1300/1995 y en la OM 18/01/1996 ( STS Pleno 17/07/13- rcud 1023/12 -); d).- Conforme al art. 121.3 LGSS [como su precedente art. 90.3 LGSS /74] los caracteres de las **prestaciones** atribuidos por el art. 40 [art. 22 en el TR/1974] son de aplicación al **recargo** de **prestaciones**. e).- Ha de ser objeto de la oportuna capitalización en la TGSS y es susceptible de recaudación en vía ejecutiva, como si de garantizar una **prestación** cualquiera se tratase [en tal sentido, SSTS 27/03/07 -639/06 -; 14/04/07 - rcud 756/06 -; y 26/09/07 - rcud 2573/06 -]; f).- El plazo de prescripción que les resulta aplicables es el mismo que el legalmente establecido para las **prestaciones**, el de cinco años previsto en el art. 43.1 LGSS (así, SSTS 09/02/06 -rcud 4100/04 -; ... SG 17/07/13 -rcud 1023/12- ; 19/07/13 -rcud 2730/12-; y 12/11/13 -rcud 3117/12-).

Es más, a la misma conclusión lleva la terminología empleada por el propio art. 123 LGSS , al referirse a que en los supuestos de infracción de medidas de seguridad «las ***prestaciones*** económicas ... se aumentarán» en un determinado porcentaje; y aunque con tal expresión no se atribuye al **recargo** cualidad de genuina **prestación** [siempre a cargo de la Entidad gestora o Mutua colaboradora], no es menos cierto que cuando menos parece asimilarlo a ella en términos que apoyan que a afectos de transmisión se le diese el mismo tratamiento -de **prestación**- que expresamente se le atribuye para los restantes aspectos de su gestión.

**3.- El significado del art. 127.2 LGSS .-** El precepto dispone que «[e]n los casos de **sucesión** en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las ***prestaciones*** *causadas* antes de dicha **sucesión**».

La cuestión decisiva que la norma plantea es qué ha de entenderse por la expresión «causadas» que el precepto utiliza. Pues bien, nuestra conclusión es que la misma no debe interpretarse en un sentido formal y alusivo a las **prestaciones** [**recargo**] «reconocidas» [impuesto] con anterioridad a la subrogación, sino al material de «generadas», habida cuenta de que esta conclusión no sólo es la que abona la propia terminología empleada [en todo mandato legislativo ha de presumirse la utilización adecuada de los términos], sino que es la interpretación más razonable cuando de su aplicación al **recargo** se trata, por cuanto habría de aplicarse a las enfermedades profesionales, y algunas de ellas son tan insidiosas y de manifestación tan tardía como la de autos [asbestosis; o silicosis], por lo que con cualquier otra interpretación se produciría una desprotección para el perjudicado que resultaría difícilmente justificable en términos de política legislativa. De manera que -concluimos- el referido mandato del art. 127.2 LGSS no sólo ha de comprender los **recargos** de **prestaciones** que ya se hubiesen reconocido antes de la **sucesión** [algo obvio], sino que igualmente ha de alcanzar a los que -por estar en curso de generación el daño atribuible a la infracción de la medida de seguridad- se hallasen «in fieri» a la fecha de cambio empresarial.

**CUARTO.- 1.- Novedoso criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.-** En el ínterin entre las dos deliberaciones realizadas por la Sala -primero en sección de cinco y luego en Pleno, al objeto de rectificar la doctrina- se dicta la STJUE de 05/Marzo/2015 [Asunto C-343/13], resolviendo procedimiento prejudicial en torno a la Directiva 78/855 CEE, actualmente derogada y sustituida por la Directiva 2011/35/UE , pero que mantiene idéntica literalidad en los preceptos que el Tribunal de Justicia interpreta [arts. 3.1; 13; y 19]. Decisión del Tribunal Europeo que no hace sino corroborar el acierto de nuestro cambio de doctrina, rompiendo con el precedente que representa la sentencia de contraste.

**2.- La cuestión prejudicial que se plantea.-** El Tribunal do Trabalho de Leiria [Portugal] somete a la consideración del TJUE la posible transmisión -a la sociedad absorbente- de una multa por infracciones laborales cometidas por la sociedad absorbida, siendo así que tal infracción había sido apreciada en 15/ Febrero por la ACT [Autoridade para as Condições de Trabalho], las correspondientes actas se levantaron en 7/Marzo, la fusión por absorción se registró el 31/Marzo y la multa se impuso el 24/Septiembre. Y lo que hace el TJUE es interpretar el alcance del art. 19.1.a) de la Directiva 78/855 [«1. La fusión produce *ipso iure* y simultáneamente los siguientes efectos: a) la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como con respecto a terceros, de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la absorbente»].

Y lo hace -interpretar la Directiva- partiendo, en lo que aquí interesa, de tres afirmaciones: a) que la Directiva 78/855 no define el concepto de «patrimonio activo y pasivo» [ap. 26]; y b) que «el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha

disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar» [ap. 27]; y c) que «... la institución de la fusión, tiene como objetivo en particular la protección de los intereses de los asociados y de los terceros durante una fusión por absorción» [ap. 30].

**3.- Los razonamientos.-** Sobre la base anterior, el TJUE hace una serie de consideraciones que por fuerza habrían de llevar a la conclusión que hemos adelantado, de subrogación en la responsabilidad por incumplimientos previos a la fusión:

a).- Que «si no se transmitiera a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones, como elemento del patrimonio pasivo de la sociedad absorbida, dicha responsabilidad se extinguiría» [ap. 27];

b).- Que «esa extinción contradice la propia naturaleza de una fusión por absorción, como se define en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 78/855 » [ap. 28];

c).- Que esta conclusión no perjudica los intereses de los accionistas de la sociedad absorbente, puesto que los mismos «pueden quedar protegidos, en particular, mediante la inclusión de una cláusula de declaraciones y garantías en el acuerdo de fusión. Además, nada impide a la sociedad absorbente ordenar la realización de una auditoría pormenorizada de la situación económica y jurídica de la sociedad que pretende absorber para obtener... una visión más completa de las obligaciones de la citada sociedad» [ap. 34].

**QUINTO.- 1.- La primacía de la jurisprudencia comunitaria.-** Destaquemos -como en precedentes ocasiones- que no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario, porque de conformidad con el art. 234 del Tratado de la CE -anterior art. 177-, la doctrina establecida por el TJUE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece (así lo hemos declarado en las SSTS 17/12/97 -rec. 4130/96 -; ... 20/10/04 -rcud 4424/03 -; 27/10/04 -rcud 899/02 -; y 09/04/13 -rcud 1435/12 -).

En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional, al afirmar que tal principio -la primacía del Derecho de la Unión Europea- «forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento ... y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel ..., habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito competencial que le es propio, por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93 » ( STC 145/2012, de 2/Julio , FJ 5).

Sin olvidar que: a) las afirmaciones del TJCE trascienden del supuesto concreto en cuyo marco se plantea la cuestión prejudicial, pues no resuelve litigio alguno sino que como «tiene por objeto garantizar la interpretación uniforme, en todos los Estados miembros, de las disposiciones de Derecho comunitario, este Tribunal de Justicia se limita a deducir de su letra y de su espíritu el significado de las normas comunitarias de que se trata» [ SSTJCE 08/11/90, Asunto Gmurzynska- Bscher ; ... 15/06/06, Asunto Acereda Herrera ; y 06/07/06, Asunto Salus ] ( SSTS 24/06/09 -rcud 1542/08 -; y 04/02/10 -rcud 2288/09 -); y b) la referida primacía incluso llega a influir en la interpretación de la normativa nacional, puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva» [ SSTJCE 13/11/90, Asunto Marleasing ; ... 11/09/07, Hendrix ; 24/06/08, A. Commune Mesquer ; y 25/07/08, Asunto Janecek ] [ SSTS 27/09/11 -rcud 4146/10 -; y 24/06/09 -rcud 1542/08 -).

**2.- Incidencia de la Directiva 78/855 en la presente litis.-** Forzosamente esa doctrina comunitaria habría de incidir de forma decisiva en la cuestión que aquí se plantea, en términos que comportan dos precisiones:

a).- Si bien con anterioridad a la referida STJUE de 05/Marzo/2015 era sostenible que la Directiva 78/855 no alcanzaba a una materia como la posible transmisibilidad del **recargo**, por cuanto que la indefinición -en la propia Directiva- del «activo» y «pasivo» permitían excluir de tales conceptos las obligaciones y responsabilidades en materia de Seguridad Social, que por aplicación del principio de especialidad entendimos -y seguimos entendiendo- han de regirse por la normativa propia de la Seguridad Social [ arts. 123 y 127 LGSS ] y nos ha llevado a excluir la legislación mercantil, lo cierto es que desde el momento en que el TJUE elabora un concepto uniforme de tales términos para todos los Estados miembros de la UE y otorga al mismo una amplitud que incluso abarca las responsabilidades derivadas de infracciones laborales, por fuerza esa doctrina no puede desconocerse ni siquiera aplicando el referido principio de especialidad, e impone también

que en la presente materia hayan de tener en cuenta -ya veremos cómo- las Directivas 78/855 y 2011/35/UE [en el caso sería la primera de ellas, por obvias razones temporales].

b).- En todo caso no parece estar de más recordar con el Tribunal de Luxemburgo [así, entre otras muchas, las SSTJCE 26/Febrero/86, asunto *Marshall* ; 14/Julio/994, asunto *Faccini Dori* ; y 07/Marzo/96, Asunto *El Corte Inglés* ]:

- Que las Directivas Comunitarias son de aplicación subsidiaria, en defecto de norma nacional que la trasponga o ya regule la materia en forma ajustada a la norma de la UE, pero aún en tal supuesto -aplicación subsidiaria- las Directivas únicamente tienen eficacia aplicativa en las relaciones verticales [poderes públicos/ particulares]- y en sentido unilateral [particular frente poderes públicos y no a la inversa], como trasfondo sancionador al Estado incumplidor.

- Que se excluye la eficacia directa horizontal en el contexto de las relaciones horizontales [ *inter privatos* ], de forma que «una directiva no puede imponer por sí misma obligaciones a un individuo, y una disposición de una directiva no puede invocarse en cuanto tal frente a dicha persona»; sin perjuicio de que el defecto de transposición de norma comunitaria se traduzca en la posibilidad de que el particular perjudicado acuda a la vía de la responsabilidad civil.

- Que la indefensión a los particulares se conjura anteponiendo al discurso de la eficacia directa el de la eficacia interpretativa, con la que a la postre se llega a una eficacia horizontal «indirecta».

En el caso de autos, la doctrina comunitaria que expresa la precitada STJUE de 05/Marzo/2015 [Asunto C-343/13 ], coincide con el art. 127.2 LGSS en la interpretación que la Sala entiende ha de darse y que más arriba ha sido expresada, de forma tal que el precepto así entendido resulta del todo conforme al Derecho Comunitario y a la jurisprudencia que lo interpreta, lo que consiente su aplicación. Pero aún en el supuesto de que la Sala ya no hubiese llegado a la referida conclusión, de todas formas la eficacia aplicativa *indirecta* -vía hermenéutica- de la Directiva 78/855 nos hubiese llevado a la misma conclusión, partiendo del arriba referido principio interpretativo *pro communitate* .

**3.- Proyección general de nuestro cambio de doctrina.-** No parece estar de más resaltar que aunque el caso examinado por el TJUE se hubiese limitado a un supuesto de fusión por absorción y éste sea también el caso de autos, desde el momento en que su jurisprudencia tiene la trascendencia extra litigio más arriba destacada, y por otra parte nuestra sentencia de contraste no iba referida a supuesto de fusión de **empresas** y además contenía una doctrina de general aplicación, parece razonable ofrecer el mismo alcance -general- a la rectificación de criterio que ahora hacemos. En este sentido, por ejemplo y entre otros, hemos de indicar que:

a).- Igualmente alcanza a los supuestos de fusión por constitución, habida cuenta de la plena equiparación de efectos que establecen tanto la normativa española [ art. 23 LME] como la comunitaria [ art. 23 Directiva 78/855 ].

b).- También a los de escisión, habida cuenta de que por disposición legal tiene idéntico régimen jurídico -en cuanto a los efectos sobre el activo y pasivo- que la fusión [art. 73 LME].

c).- Con mayor razón ha de sostenerse la solución en todos los fenómenos de «transformación» [arts. 3 a 21 LME], pues a pesar de que en ellos la sociedad adopta un tipo social diverso, en todo caso conserva su propia personalidad jurídica, de forma que ni tan siquiera es sostenible que se haya producido subrogación de la **empresa**, sino que con tal transformación únicamente se alcanza una novación formal de la sociedad que deviene irrelevante a los efectos de que tratamos.

d).- También en el caso de «cesión global de activo y pasivo» [arts. 81 a 91 LME], fenómeno por virtud del cual se transmite en bloque -por **sucesión** universal- todo el patrimonio de una sociedad inscrita a cambio de una contraprestación, pues *mutatis mutandis* son aplicables las mismas consideraciones que efectuamos en el caso de la fusión; y con mayor motivo ha de mantenerse el criterio cuando la cesión se realiza a favor de los propios socios, por cuanto que los mismos no resultarían ajenos a los incumplimientos empresariales determinantes de las patologías a que el **recargo** de **prestaciones** atiende.

**SEXTO.- 1.- Solución del concreto caso examinado.-** En el supuesto que debatimos, la doctrina expuesta -tanto de este Tribunal como del TJUE- llevan a la desestimación del recurso, y para justificar tal pronunciamiento bastaría con referir la lacónica declaración que sobre las circunstancias de la **sucesión** empresarial lleva cabo la sentencia recurrida, al afirmar -ordinal segundo de los HDP- que «[l]a **empresa** Rocalla SA, tras varias fusiones y absorciones, pasó a ser Uralita SA que se constituyó a fecha 21-7-1993».

Pero aparte de ello, suficiente -conforme a nuestra actual doctrina- para declarar a «Uralita, SA» responsable del **recargo** de **prestaciones** que traigan causa en incumplimientos preventivos de «Rocalla, SA», lo cierto es que en la fundamentación jurídica se hacen más -y correctas- precisiones en orden a la absorción de la **empresa** para la que el trabajador afectado de asbestosis había prestado servicios, muy particularmente al reproducirse la sentencia de Pleno que en el recurso nº 3396/2013 había dictado la Sala de lo Social del TSJ Cataluña; datos que en gran medida han de calificarse como hechos conformes. Y través de ellas -las precisiones indicadas- se deja constancia que desde 1982 «Uralita, SA» había adquirido las acciones de «Rocalla, SA», pasando a tener el control de la misma aunque manteniendo producción independiente [en gran medida la llamada -significativamente- «uralita»], y que ambas **empresa** pasaron por vicisitudes modificativas cuya concreción resulta ociosa a los efectos de que tratamos, pero que ponen de manifiesto la absoluta conexión entre las **empresas** involucradas en las presentes actuaciones y la consiguiente falta de ajenidad de la demandada respecto de los problemas derivados del incumplimiento preventivo en relación con el amianto y por lo tanto respecto de la lamentable enfermedad profesional que ha dado lugar a los presentes autos.

De otro lado, no puede por menos que calificarse de hecho notorio que «Uralita, SA» -en sus diversas manifestaciones nominales y societarias- ha sido desde 1900 **empresa** líder en la fabricación de productos que contenían amianto, así como que no ha resultado ajena a la lucha sindical y médica para la protección frente al citado producto [hubo incluso una Comisión Nacional de Seguimiento del Amianto], cuya condición cancerígena fue ya declarada en 1977 por el Parlamento Europeo, así como mal podía considerarse ignorante de toda la problemática que en torno al material se planteó en ella misma y en la controlada -por ella- «Rocalla SA», desde que en 1962 se estableció la primera limitación a la exposición asbesto y hasta la completa prohibición de su utilización por Orden de 7/Diciembre/2001, que traspuso al derecho nacional la Directiva Comunitaria 1999/77/CE. Todo ello consta al detalle en cualquier hemeroteca y figura pormenorizadamente en Internet.

Circunstancias las referidas que en nuestra opinión justifican a mayor abundamiento que el **recargo** de **prestaciones** fijado para el fallecimiento del Sr. Molina por infracción de las medidas de seguridad se considere razonablemente impuesto por el INSS a la **empresa** demandada.

**2.- La consecuente desestimación del recurso formulado.-** Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal, que se había inclinado por falta de contradicción- que la sentencia recurrida contiene la solución ajustada a Derecho y que por lo mismo ha de ser confirmada. Con imposición de costas [ art. 235.1 LRJS ].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de «URALITA, S.A.», confirmando la sentencia dictada por el TSJ de Cataluña en fecha 26/Marzo/2014 [rec. nº 257/14 ], que a su vez había confirmado la resolución -desestimatoria de la pretensión- que en 11/Octubre/2013 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 22 de los de Barcelona [autos 537/12], frente a declaración de su responsabilidad en el **recargo** de **prestaciones** acordado por Resolución del INSS en 12/01/12, siendo demandados Don Indalecio , el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Con imposición de costas a la recurrente.

## Voto Particular

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. MAGISTRADO Dª Maria Milagros Calvo Ibarlucea DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ART. 260.2 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EL 23 DE MARZO 2015 EN EL RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA Nº 2057/2014.**

La acción punitiva de las normas reguladoras de la Seguridad Social ha seguido tradicionalmente dos vías paralelas en nuestro Derecho.

Así, con la aparición del Texto Refundido de Accidentes de Trabajo ( Decreto 22-6-1956) y la aprobación de su Reglamento, en su artículo 55 dispone: *"Toda indemnización de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales se aumentará en una mitad si el accidente ocurre en máquinas, artefactos, instalaciones o centros o lugares de trabajo que carezcan de los aparatos de precaución reglamentarios, o en los que no se*

*hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad necesarias para el trabajo humano.*

*Se estimará especialmente incluido en el supuesto del párrafo anterior el hecho de que la víctima de neumoconiosis no haya sido reconocida a la entrada de un trabajo de ambiente pulvígeno que esté incluido en los números 24 a 28, ambos inclusive, del cuadro anejo al Decreto de 13 de abril de 1961.*

*Igual calificación merecerá la situación creada por el patrono que haya incumplido las disposiciones en vigor respecto al trabajo de mujeres y niños.*

*Este **recargo**, a costa del patrono, se considerará como una sanción para el mismo y queda prohibido bajo pena de nulidad su seguro."* .

Posteriormente, la O.M. de 15-4-1969 en su artículo 51 establece que: *"Las indemnizaciones a tanto alzado, las pensiones vitalicias y las cantidades tasadas en el baremo de lesiones no invalidantes que resulten debidas a un trabajador víctima de accidente de trabajo o enfermedad profesional, se aumentarán, según la gravedad de la infracción, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca en máquinas, artefactos, instalaciones o centros y lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o en los que no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o adecuación al trabajo."* .

En su artículo 52 se hace recaer la responsabilidad del pago directamente sobre la **Empresa** infractora y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla. En su punto 2 añade que esta responsabilidad es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

Posteriormente, el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Decreto 2065/1974 de 30 de mayo establece en su artículo 93 que: *"1. Todas las **prestaciones** económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos, o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.*

*2. La responsabilidad del pago del **recargo** establecido en el número anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice .para cubrirla, compensarla o transmitirla.*

*3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que pueda derivarse de la infracción.*

*4. Serán competentes para declarar, en vía administrativa, la responsabilidad fijada en este artículo, las Comisiones Técnicas Calificadoras a que se refiere el artículo 144 de esta Ley."* .

Pero junto al **recargo** de las **prestaciones** bajo la fórmula vista también existe otra clase de acción sancionadora, la que deriva de la aplicación de las normas sobre salud y seguridad en el trabajo, de las que han sido expresión:

La Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden Ministerial de 9 de marzo de 1972 que disponía lo siguiente en sus artículos 153, 154 y 155:

*"Art. 153. Responsabilidad patrimonial de las **empresas**.-*

*Las responsabilidades empresariales; de contenido económico recaerán directa e inmediatamente sobre el patrimonio individual o social de la **empresa** respectiva, sin perjuicio de las acciones que en consideración a dichas responsabilidades pueda, en su caso, ejercitar la **empresa** contra cualquier otra persona.*

*La **empresa** principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que Impone esta Ordenanza respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la **empresa** principal.*

*Art. 154. Personas responsables en las **empresas**.-*

*La responsabilidad de los empresarios por infracciones en materia de seguridad e higiene no excluirá la de bus personas que trabajen a su servicio en funciones directivas, técnicas, ejecutivas o subalternas, siempre que a cualquiera de ellas pueda serle imputada, por acción u omisión, la infracción cometida.*

*Art. 155. Compatibilidad de responsabilidades.-*

*Salvo precepto legal en contrario, las responsabilidades que exijan las autoridades del Ministerio de Trabajo o que declare la Jurisdicción laboral, por incumplimiento de disposiciones que rijan en materia de Seguridad de Higiene en el Trabajo, serán independientes y compatibles con cualesquiera otras de índole civil, penal o administrativa, cuya determinación corresponda a otras jurisdicciones o a otros órganos de la Administración pública.*

*Las actuaciones que inicien y tramiten los órganos judiciales y administrativos no laborales que tengan por causa el incumplimiento de dichas disposiciones no suspenderán, en ningún caso, la acción preventiva, investigadora y punitiva correspondiente al Ministerio de Trabajo."* .

No se aprecia diferencia esencial en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden social, Ley 8/1988, Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/ 1995 e 8 de noviembre, artículo 42 , y en cuanto al texto vigente en la actualidad, Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones Y Sanciones en el Orden social aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000 de 4 de Agosto, si bien en esta última el artículo 42-3 contiene un párrafo en el que se declara la nulidad de los pactos siempre que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades en materia de solidaridad de contratistas y subcontratistas.

Se advierte en la acción punitiva del legislador una doble vía en la que no se comparte regulación. Como hemos visto el régimen de infracciones y sanciones no prevé, al menos en forma expresa, ninguna restricción a la posibilidad de que el responsable que deba asumir el gravamen emplee medios para desplazarlo en forma de aseguramiento o transmisión a menos que con ello, mediante el fraude de ley se pretenda hacer ineficaz la declaración de responsabilidad, sin olvidar que el perjudicado es el erario público.

Por el contrario, como hemos visto es persistente la normativa sobre el **recargo** de **prestaciones** que culmina en el artículo 123.3 de la Ley General de la Seguridad social que mantiene las prohibiciones de aseguramiento, pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla, aun cuando ello suponga, en caso de insolvencia, una disminución de las garantías del beneficiario.

Ese tratamiento diferenciado es el que hace mantener un grado de reserva ante la incidencia que pueda tener respecto al mismo, no así en cuanto a la aplicación del Derecho sancionador, la Sentencia de 5 de marzo de 2015- asunto C-343/2013 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su interpretación de la Directiva 78/855 CEE, en concreto de su artículo 19-apartado 1º.

La sentencia considera que el efecto de transmisión universal del patrimonio activo y pasivo entre sociedad absorbida y absorbente se produce ipso iure con la fusión de ambas, entre ambas entidades y respecto a tercero, alcanza las multas impuestas por infracciones cometidas por la absorbida antes de dicha fusión.

Al igual que ha venido ocurriendo con la doble línea punitiva, lo excepcional del **recargo** de **prestaciones** se mantiene en la L.G.S.S. hasta el punto de figurar incluido en la Sección 2ª del Capítulo III, Título II, Régimen General de las **prestaciones**, el mismo en el que se regula a través del artículo 127 lo que denomina *"aspectos especiales de responsabilidad en orden a las **prestaciones**"* , en el apartado 2 , **sucesión** en la titularidad, con declaración de responsabilidad solidaria e adquirente, transmitente y en su caso herederos.

En su apartado 3 llega también a prever el caso de origen de la **prestación** en supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, de modo que la **prestación** será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. A continuación, el precepto contempla la cadena de resarcimiento.

Frente al régimen de responsabilidad por las **prestaciones** que hemos visto, permanece aislado en el artículo 123-3 el del **recargo** de **prestaciones**. Los términos de dicho precepto ninguna similitud guardan con las del artículo 127 y habría bastado una simple remisión a éste. Se ha pensado en garantizar la cobertura instantánea de responsabilidades con origen criminal o civil y la oportuna cadena de resarcimiento y sin embargo nada de esto se contempla en la norma que precisamente establece una consecuencia dimanante del contenido del propio contrato de trabajo y de la deuda de seguridad que del mismo se deriva.

De una parte el legislador español ha previsto toda suerte de mecanismos para que las obligaciones contraídas con los trabajadores sean asumidas por quienes sustituyen en su condición al empresario anterior, vg. Artículos 42 y 44 del Estatuto de los Trabajadores , artículo 127 de la Ley General de la Seguridad social . Y sin embargo cuando del **recargo** se trata ha querido hasta tal punto resaltar el valor punitivo frente al de **prestación** que rechaza toda idea de garantía que pudiera beneficiar en definitiva al trabajador perjudicado prohibiendo el aseguramiento y la transmisibilidad.

Tal ha sido el tratamiento dispensado inclusive en épocas anteriores cuando el margen de **prestaciones**, fuera del que dependía de las reguladas en el Régimen General y especiales de la Seguridad Social, era inferior al número de posibilidades que hoy se ofrecen.

A fecha de hoy existen nuevas vías de compensación, ninguna excluida del aseguramiento y sin que exista traba para que opere su transmisión. Y sin embargo, el artículo 123.3 de la L.G.S.S . mantiene inalterable las características tradicionales del **recargo** de **prestaciones**, hasta el punto de que en su misma esencia dispar frente al resto de las compensaciones por culpa contractual o extraconductual radica su razón de ser.

Dada la divergencia existente entre las normas que conforman el Derecho sancionador en materia de obligaciones laborales y de seguridad al que sin duda es de aplicación la Directiva de 78/855/CEE de 9 de octubre -,hoy Directiva 2011/35 y la interpretación que de las mismas realiza la Sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su respuesta a la cuestión prejudicial planteada, por el contrario y atendiendo a lo expuesto no cabe hacer extensiva ni la interpretación ni las normas referidas sin por ello negar su aplicación directa pero siempre que el supuesto afectado se encuentre en un ámbito previsto, lo que no se puede predicar respecto del **recargo** de **prestaciones**.

Sería diferente y por otras razones el supuesto en el que constara que antes de culminar el proceso de fusión en 1993, con anterioridad y prestando servicios el trabajador, Uralita hubiera asumido la realización material de la gestión de ROCALLA, S.A. porque en ese caso no estaríamos ante una transmisión sino ante un periodo en que el levantamiento del velo permitiría determinar como auténtico empresario Uralita S.A., aspecto para lo que tampoco existe cobertura para esa posibilidad.

La sentencia dando respuesta a la cuestión prejudicial formulada viene en esencia a declarar susceptibles de transmisión en supuestos de fusión el importe de las multas derivadas de infracciones laborales aun cuando su imposición sea posterior a la fusión.

La respuesta de la sentencia se ajusta a una concreta cuestión, el traspaso de responsabilidad por deudas al Estado, las multas lo son, sobre las que no consta que exista restricción expresa.

Es dudosa la extensión de la respuesta que recibió la cuestión prejudicial por cuanto el órgano decisor no ha podido tener en cuenta una institución tan especial como es el **recargo** de **prestaciones**.

En primer lugar porque la esfera del interés protegido no se corresponde con la de la cuestión prejudicial, las arcas públicas, al contrario de lo que sucede con el **recargo**, cuyo único beneficiario es el trabajador.

La segunda peculiaridad que surge es la de que unida al bien jurídico protegido, la recaudación de fondos del Estado, parece añadirse un interés mas genérico, el de que un obstáculo a la transmisiblidad derivada de las infracciones.

Por todas razones no parece que el objetivo que la respuesta dada a la cuestión prejudicial sea extensivo a una institución de diferente naturaleza y finalidad como es la del **recargo** de **prestaciones**.

Madrid, a 23 de marzo de 2015.

## Voto Particular

**VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, y al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con la sentencia dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina nº 2057/2014.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 2057/2014, en el que expreso con total respeto, mi discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo la posición que mantuve en la deliberación.

Estando de acuerdo con el fallo de la sentencia de la mayoría me permito con el debido respeto discrepar de los argumentos que se dan para llegar al mismo por considerar que son contradictorios y algunos innecesarios. Fundo mi discrepancia en las siguientes razones.

Primera. La mayoría no aclara su posición sobre la naturaleza jurídica del **recargo**, sobre si es una sanción, una **prestación** de la Seguridad Social, una indemnización o mezcla de ambos conceptos.

Resolver esa cuestión era importante, más que para resolver el problema planteado, para unificar de una vez por todas las discrepancias al respecto con lo que se daría a los Jueces y Tribunales y demás intérpretes del derecho una herramienta útil para resolver otras cuestiones que suscita la aplicación de esta institución jurídica. Como se expondrá a continuación no se ha hecho y se ha perdido una ocasión.

Segunda. Sobre el **recargo** como **prestación**.

La mayoría se ha inclinado por aplicar al caso el artículo 127-2 de la Ley General de la Seguridad Social , al no tener previsto el artículo 123-2 ninguna disposición sobre la transmisión de la obligación de pagar el **recargo** en los supuestos de **sucesión** de **empresas**, laguna legal que se debería llenar con normas de la rama social del derecho, lo que la ha llevado a aplicar el citado artículo 127-2, dado el carácter prestacional que se ha atribuido por la jurisprudencia al **recargo**. Luego ha resuelto el problema de cual es el del momento en el que el **recargo** se causa, lo que era innecesario, pues es sabido que el **recargo** se causa cuando se reconoce la **prestación** que complementa o recarga o cuándo se produce el hecho causante de esa pretación. Pero ha obviado un tema fundamental: el **recargo** no es enumerado como una de las **prestaciones** del sistema en el art. 38 de la L.G.S.S ., lo que conlleva que en principio no le sean aplicables las normas sobre revalorización de las **prestaciones**, ni las que garantizan su cobro, ni las relativas a quien responde de la **prestación** (**recargo**) en caso de insolvencia del empresario. En efecto, en el caso de las demás **prestaciones**, caso de insolvencia del empresario que no concertó el debido seguro, la responsabilidad es del empresario incumplidor y subsidiariamente del INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes ( art. 126-1 L.G.S.S .) (hay abundante doctrina de la Sala sobre esto:SSTS 8-3-1993 , 20-5-1994 ...). Por ello, si se considera que el **recargo** tiene naturaleza prestacional y que es de aplicar el art. 127-2 de la L.G.S.S ., la lógica imponía declarar la responsabilidad subsidiaria dicha, lo que no se hace, seguramente porque, aunque no se diga, se considera aplicable el artículo 123-2 de la citada Ley . Ahí radica la contradicción interna en que incurre la fundamentación de la mayoría: se aplican por analogía las normas que regulan la responsabilidad en orden al pago de las **prestaciones** en los supuestos de **sucesión** de **empresas**, pero no las que regulan otras materias, como las de insolvencia del deudor, pese a que en todos los casos existe el mismo vacío normativo: teórica falta de regulación de esos extremos. Conforme al artículo 4-1 del Código Civil concurrirían en esa hipótesis los requisitos precisos para la aplicación analógica de las normas generales de las **prestaciones** en los casos de **sucesión** de **empresa** y en los de insolvencia la situación de impago que provocan esas situaciones debe ser resuelta de forma similar por existir identidad de razón.

Tercera. Sobre el **recargo** como sanción.

1. La mayoría, seguidamente, razona que la aplicación del artículo 127-2 de la L.G.S.S . que propugna es acorde con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 5 de marzo de 2015 , en la que se ha declarado, resumidamente, que la sociedad que sucede a otra por absorción viene obligada al pago de las multas por infracciones laborales impuestas a la sociedad absorbida, aunque las infracciones se hubiesen cometido antes.

Con tal argumentación la mayoría se contradice y vuelve a la doctrina clásica que estima que el **recargo** es una sanción una figura híbrida que tiene una regulación especial. Creo que es erróneo primar el carácter sancionador del **recargo** y aplicarle con base en ello una sentencia del T.J.U.E. donde se establece una doctrina, sobre la **sucesión** en las responsabilidades derivadas de infracciones y sanciones administrativas impuestas o que pueda imponer la autoridad laboral, pero que no es extrapolable al **recargo** por ser su naturaleza sancionadora diferente como se analizará a continuación.

2. Mucho se ha escrito sobre la naturaleza sancionadora del **recargo**. Pero hemos de reconocer que nos encontramos ante una institución que no se corresponde con el concepto punitivo propio de las sanciones por infracciones administrativas, cual evidencian los siguientes argumentos:

-Destino sanción económica.

El importe de la sanción no se ingresa a la Hacienda Pública, sino que revierte a favor del perjudicado. Además, para garantizar su pago se capitaliza su importe y ese capital no se da al beneficiario sino que se le abona en forma de renta vitalicia.

-Normativa reguladora.

La regulación del **recargo** se encuentra en la L.G.S.S., dentro de la sección que regula el régimen general de las **prestaciones**. El **recargo** como sanción no es regulado por el R.D.L. 5/2000, de 4 de agosto, sobre infracciones y sanciones del orden social, ni recogido como tal sanción en materia de riesgos laborales en el art. 40-2 de esta disposición, cuyo artículo 42-5 alude al **recargo** pero sin reconocerle carácter sancionador. En este sentido conviene destacar que el **recargo** no se impone cuando se viola una norma de seguridad, sino cuando por causa de ello se produce un daño, que justifica el reconocimiento de una **prestación** del sistema.

-Procedimiento sancionador.

La competencia para apreciar la existencia de infracciones en el orden social y para imponer las sanciones es de la autoridad gubernativa, según la importancia de la sanción puede serlo el Consejo de Ministros (art. 48 del R.D.L. citado) y el procedimiento sancionador es diferente porque se sigue el regulado en los artículos 51 y siguientes del citado R.D.L.. Por el contrario, el **recargo** se reconoce o impone en procedimiento distinto, tramitado ante el Director Provincial del INSS que es quien resuelve sobre el reconocimiento del derecho con sujeción al procedimiento administrativo regulado en la Orden de 18 de enero de 1996. Incluso los artículos 74 y 75 del Reglamento de Recaudación (R.D. 1415/2004 de 11 de junio) diferencian la recaudación de las sanciones y del cobro del **recargo**.

-Prescripción.

El tratamiento de la prescripción es diferente porque las infracciones administrativas muy graves en la materia prescriben a los cinco años contados a partir de la comisión de la infracción ( artículo 4-3 del R.D.L.), mientras que al derecho al **recargo** se le aplica el artículo 43 de la L.G.S.S . y el "dies a quo" para la prescripción se computa cuando nace el derecho al **recargo** o se reconoce la **prestación** a recargar, esto es cuando se puede ejercitar la acción. Esta diferencia es relevante porque supone que el **recargo** se puede imponer pasados más de cinco años de la comisión de la infracción sin haberse iniciado procedimiento alguno o formulado reclamación alguna. Ello no es posible en el procedimiento sancionador por faltas administrativas o penales, en el que la prescripción, incluso de las faltas penales, se aprecia de oficio ( Artículo 7-5 del R.D. 928/1998, de 14 de mayo ).

-Tipificación de las infracciones.

Las infracciones y sanciones administrativas están tipificadas en el R.D.L. 5/2000, las sanciones sólo se pueden imponer por las faltas tipificadas y se imponen siempre, cualquiera que haya sido el resultado dañoso del hecho que se sanciona. Sin embargo, la imposición del **recargo** requiere, no sólo la comisión de la infracción, sino la producción de un daño corporal y que este daño sea la causa del reconocimiento de la **prestación** del sistema que se recarga. Ello significa que si no existe lesión, ni el reconocimiento de una **prestación** por causa de ella no se impone el **recargo**, la sanción, lo que es impensable con relación a las infracciones administrativas propiamente dichas.

-Principio "non bis in idem".

Los hechos sancionados penal o administrativamente no pueden volver a ser sancionados ( art. 3 R.D.L. 5/2000 ). Sin embargo, esa sanción penal o administrativa no impide el reconocimiento del **recargo** porque la responsabilidad en orden al mismo "es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción" de normas de seguridad ( art. 123-3 L.G.S.S .). La independencia y compatibilidad de responsabilidades a que alude esta última disposición revela que la norma considera se trata de responsabilidades diferentes de las penales y las administrativas, razón por la que autoriza la imposición del **recargo** cuando ya se han impuesto sanciones penales o administrativas, incluso cuando no se han impuesto y se sabe que no se impondrán por estar prescritas.

-La presunción constitucional de inocencia.

Esta presunción, típica del derecho sancionador por imposición del artículo 24-2 de la Constitución , juega para sancionar penal y administrativamente los hechos, pero no a la hora de imponer el **recargo**. Según reiterada jurisprudencia, como el empresario es deudor de seguridad, es quien debe probar, ex art. 1104 del C.C . que obró con la diligencia debida. Consecuentemente, aunque, conforme al art. 42-5 del R.D.L. 5/2000 , no pueda obviarse la declaración de hechos probados efectuada por la jurisdicción penal o por la contencioso administrativa, cabrá una distinta calificación de los hechos y de la responsabilidad existente, incluso se podrán

apreciar otro tipo de infracciones, máxime teniendo en cuenta que, como después se verá, la imposición del **recargo** no requiere la especial tipificación como falta de la medida de seguridad omitida.

-Responsabilidad cuasi-objetiva y no por falta tipificada.

No es necesario para imponer el **recargo** que la concreta omisión de normas de seguridad se encuentre tipificada como infracción administrativa.

En el derecho sancionador juega el principio de tipicidad de la infracción que se sanciona. Nadie puede ser sancionado por hechos que no sean constitutivos de delito o falta. Sin embargo, la imposición del **recargo** no requiere especial tipificación de la falta cometida. El artículo 123 de la L.G.S.S . permite su imposición "cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad..." expresión omnicomprensiva que unida al deber legal del patrono de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y a la necesidad de prevenir incluso las negligencias no temerarias de sus empleados ( arts. 14 y 154 L.P.R.L .) ha llevado a entender que para imponer el **recargo** no hace falta la infracción de normas concretas de seguridad, sino que basta con infringir normas generales de prevención, incluso con la falta de adopción de las medidas fácilmente previsibles, según numerosas sentencia de esta Sala. Esta doctrina de la que se discrepa pone en evidencia que no estamos ante una sanción.

Las anteriores consideraciones permiten concluir que el **recargo** no es una sanción y no forma parte del derecho sancionador porque su aplicación no viene regulada por los principales principios que regulan el derecho sancionador. En efecto, no es necesario que la falta se encuentre tipificada en la norma (R.D.L. 5/2000) que establece las infracciones en la materia, al bastar con que no se hayan observado medidas de seguridad previsibles se cuasi-objetiva la responsabilidad. No juega la presunción de inocencia y la carga de la prueba recae sobre el empresario que debe probar que el suceso ocurrió sin media culpa o negligencia por su parte. La infracción sólo se sanciona con el **recargo** si se reconoce una **prestación**, si se ha causado una lesión. No juega el principio "Non bis in idem". El tratamiento de la prescripción es diferente, tanto en la fijación del "dies a quo", como en la posibilidad de apreciarla de oficio o no. Si ello es así, no es de aplicar, como sostiene la mayoría, la sentencia de T.J.U.E. de 5 de marzo de 2015 , dictada para supuestos de sanciones, pero no aplicable a instituciones que no tienen esa naturaleza.

Cuarta. El **recargo** como indemnización.

El hecho de que el importe del **recargo** no se ingrese al Tesoro Público, como todas las multas, sino que complemente la **prestación** de la Seguridad Social que cobra el perjudicado, permite pensar que estamos ante una indemnización que no es una **prestación** que cubra el sistema, pero si un pago que persigue la reparación del daño causado. La especial regulación de esta indemnización no impide considerarla como tal, dado que no se encuentra incluida entre las **prestaciones** del sistema ( art. 38 L.G.S.S .), lo que impide toda responsabilidad en orden a su pago del INSS, ni como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes, pero no desvirtúa, sino que acentúa su carácter reparador del daño. En la deliberación el ponente propuso que se la considerase "indemnización punitiva", por suponer un incremento de la indemnización que se impone, además de para reparar el daño, para incentivar que el mismo no se produzca, incentivo que se logra con la indemnización punitiva. Más adecuado es calificarla como cláusula penal indemnizatoria establecida por la Ley que, simultáneamente, hace su regulación, pues lo cierto es que estamos ante una indemnización (La indemnización punitiva no puede establecerse cuando ya existen sanciones administrativas sancionado el mismo hecho: es una indemnización y por eso tiene que deducirse del valor total del daño a la hora de fijar la indemnización civil adicional. Realmente, podría entenderse que repara, principalmente los daños morales, pues la pérdida de la capacidad de ganancia se indemniza con la **prestación** fijada en función del salario cobrado.

El carácter indemnizatorio del **recargo** es reconocido por el artículo 42-3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales , donde se dispone: *"Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de **recargo** de **prestaciones** económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema".* Conviene resaltar que ni el R.D.L. 5/2000, sobre infracciones y sanciones, no considera el **recargo** como sanción, ni en el precepto citado de la Ley 31/1995, se le da esta consideración, sino, más bien, la de la indemnización, fijada en la forma prevista por la normativa del sistema de Seguridad Social. Y es que si no es una sanción recogida en la normativa de infracciones y sanciones, si no se aplica el principio "non bis in idem" porque responde a otro tipo de responsabilidad, diferente de la penal y de la administrativa e independiente de esta, sólo cabe que sea una indemnización, al no tener la consideración de **prestación** del sistema. La forma

en la que se fija es acorde con su carácter indemnizatorio, pues responde al principio de que cuanto más grave sea el incumplimiento contractual mayor es el daño causado y mayor debe ser la indemnización reparadora del daño físico y de otros daños, como el moral, que repara el **recargo**. La forma especial de pago persigue asegurar la efectividad del mismo y el reparto del montante indemnizatorio a lo largo de la vida del perjudicado.

Quinta. Sobre la **sucesión** en la obligación de pagar el **recargo**.

El artículo 123-2 de la Ley General de la Seguridad Social dispone: *"La responsabilidad del pago del **recargo** establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla".* De la literalidad de esos términos no se deriva que la **sucesión** en la obligación de pagar el **recargo** sea inviable, como vamos a ver. El precepto dispone que la "responsabilidad del pago" en el aumento de la **prestación** recaerá sobre el empresario infractor, cual es lógico por ser el incumplidor de las normas de seguridad, pero en ningún momento establece que esa responsabilidad no se transmita a quienes traen causa de él por actor intervivos o mortis causa, con lo que la obligación de pago del **recargo** se transmite, al igual que la del cumplimiento de cualquier obligación, por las normas que regulan esa **sucesión**, cual es el art. 44 del E.T . en el presente caso. En efecto, lo que prohíbe el art. 123-2 es el aseguramiento de la responsabilidad y para garantizar esa prohibición, declara nulo "cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla y transmitirla", mandato de nulidad con el que se trata de proteger la efectividad de la prohibición de aseguramiento, pero no de impedir la transmisión de la obligación, del pasivo de la **empresa**, a quien sucede al titular de la misma en virtud de un título legal.

Sexta. Sobre la prohibición de asegurar el **recargo**.

Un sector doctrinal mantiene que a partir de la vigencia de la Ley 31/1995 ha quedado derogada, tácitamente, la prohibición de aseguramiento del **recargo** que nos ocupa. Esta doctrina parece correcta habida cuenta que el artículo 15-5 de la citada Ley autoriza a "concertar operaciones de seguro que tengan por fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo", siendo de destacar que ni en ese precepto, ni en el 42 se excluye la posibilidad de asegurar la responsabilidad derivada del **recargo**, sino todo lo contrario, pues en el Anteproyecto de Ley esa prohibición se incluyó en el art. 42-6, precepto que se aprobó con la supresión de su nº 6, esto es la prohibición de asegurar el **recargo**. Esa decisión seguramente se debió a que en el número 3 del citado artículo el **recargo** se considera indemnización, pues declara la compatibilidad de las sanciones administrativas "con las indemnizaciones (por los daños y perjuicios causados y) de **recargo** de **prestaciones**..." (el paréntesis no consta en el texto legal). Y es que en definitiva nada impide el aseguramiento del **recargo**, máxime cuando la responsabilidad en orden a su pago se objetiva y la normativa de seguros permite asegurar las responsabilidades civiles derivadas de actos negligentes ( artículos 1 , 19 y 76 y siguientes de la Ley 50/1980, de 8 de octubre , y demás concordantes de las normas que regulan el seguro obligatorio para el uso de vehículos de motor (R.D.L. 8/2004) y de responsabilidad civil del cazador (R.D. 63/1994), sin que se pueda olvidar lo antes dicho sobre que el **recargo** tiene naturaleza indemnizatoria y no sancionadora. Se dirá que con ello se priva al **recargo** de su carácter de medida preventiva y disuasoria, pero lo cierto es que la posibilidad de asegurar la responsabilidad derivada del **recargo** cubre dos objetivos: garantizar el cobro de las cantidades en que consiste el **recargo** e incentivar la adopción de medidas de seguridad con el fin de pagar menores primas de seguro y de encontrar compañías dispuestas a asegurar el riesgo, lo que no será fácil a la **empresa** que tenga un elevado porcentaje de siniestros. Además, las funciones preventivas pueden y deben obtenerse de forma más eficaz estableciendo sanciones penales y administrativas y no indemnizaciones reparadoras de los daños causados que no se reconocen, aunque haya una infracción, si no se causan lesiones motivadoras del reconocimiento de **prestaciones** del sistema de Seguridad Social.

Corolario.

De cuanto se lleva dicho se deriva:

Primero. Que de la estricta aplicación del artículo 123-2 de la L.G.S.S . se deduce que el responsable del pago del **recargo** es el empresario infractor, el que incumplió las normas de seguridad, así como que esa obligación se transmite, al igual que el resto de sus obligaciones, a sus sucesores por actos intervivos de cualquier tipo y "mortis causa". Del tenor literal de ese precepto resulta, también, que se veda la posibilidad de asegurar esa responsabilidad, pero que no se prohíbe la **sucesión** en la misma, sino que, a fin de garantizar la efectividad de la prohibición de aseguramiento, "se declara nulo cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla", esto es se declaran nulos los pactos cuyo objeto sea asegurar o transmitir la responsabilidad en orden al pago del **recargo**, pero no las transmisiones de las **empresas**, cambios de titularidad por actos intervivos o mortis causa que conllevarán que el nuevo titular se subrogue

en las obligaciones del anterior con arreglo a lo dispuesto en la normativa legal de todo tipo en materia de **sucesiones**, incluido el art. 44 del E.T ., salvo que la transmisión se declare fraudulenta. El caso de fusión de sociedades en cualquier modalidad o de adquisición de las mismas, la inaplicación del precepto estudiado es evidente porque lo que se transmite o refunde no son obligaciones, sino la titularidad de las acciones o participaciones sociales y la sociedad resultante sigue siendo responsable de las obligaciones que tenía porque la fusión y la compra afectan a la titularidad del capital social y no a la transmisión de obligaciones concretas, lo que se regula por otras normas.

Segundo. Por lo dicho sobraban y con el debido respeto se estima que no era necesario argumentar la existencia de la **sucesión** en el pago de la transmisión en la aplicación analógica de las normas sobre **prestaciones**, ni, menos aún, en considerar que el **recargo** es una sanción a la que se le aplica la doctrina que el T.J.U.E. ha sentado en su sentencia de 15 de marzo de 2015 , por cuanto, cual se ha razonado anteriormente el **recargo** no es una **prestación** de la Seguridad Social considerada como tal por la Ley y tampoco es una sanción regulada por los principios que inspiran el derecho sancionador penal y administrativo.

Como se ha apuntado en el cuerpo de este voto particular, caso de entrarse a conocer de la naturaleza del **recargo**, lo que no era necesario, debió considerarse el mismo, dada su función reparadora y preventiva como una manifestación de lo que en el derecho civil se llama cláusula penal y reparadora de los perjuicios causados por un incumplimiento contractual que es establecida por la Ley en definitiva una indemnización, cual propuso el ponente, pero con independencia de su denominación debió considerarse que el **recargo** tiene carácter indemnizatorio y que, dada esa naturaleza, cabía su aseguramiento, por cuanto la prohibición de ese seguro había sido derogada tácitamente por los artículos 15-5 y 42-3 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales , aparte que puede considerarse "ultra vires" por venir establecida por la Ley de Bases de la Seguridad Social, ni por leyes posteriores, sino por Textos Refundidos posteriores que se excedieron al realizar la Refundición encomendada.

Las razones expuestas justifican este voto particular concurrente, por cuanto, aunque no se discrepa del sentido del fallo, se considera que los argumentos en los que se funda no son del todo correctos y que son más acertados lo que se exponen aquí.

Madrid, 23 de marzo de 2.15

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez y los votos particulares formulados, de una parte por la Excma. Sra. Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea y, de otra, por el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, y al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ