

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE, EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Y LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO (A PROPÓSITO DE UNA STS DE 17 DICIEMBRE 1997)

Francisco J. Gómez Abelleira

The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.

O.W. Holmes¹

1. Es claro desde hace muchos años —al menos desde la sentencia *Costa v. Enel* del Tribunal de Justicia de las Comunidades, de 1964²— que el Derecho comunitario europeo prevalece sobre el interno de un Estado miembro, «con el efecto de descartar la aplicación de éste por los órganos jurisdiccionales nacionales en caso de incompatibilidad con aquél»³.

2. Por supuesto, la primacía del Derecho comunitario⁴ tiene límites, y algunos de los más importantes derivan del hecho incontestable de que aquél se aplica por cauces que, en su inmensa mayoría, son puramente internos. En efecto, los *órganos jurisdiccionales nacionales* interpretan ellos también el ordenamiento jurídico comunitario —hasta el punto de que haya podido afirmarse que «la mayor parte de [él] es [...] ejecutado en régimen de descentralización por [...] los órganos jurisdiccionales [nacionales]»⁵—, pero con sujeción, eso sí, a sus propias normas procesales —auténtico «orden público» para jueces y tribunales.

3. Las normas procesales en la jurisdicción social, contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995⁶ (desde ahora, «LPL»), configuran el proceso como de única instancia, dando un recurso de suplicación en el caso más típico⁷ —del que conoce un Tribunal Superior de Justicia—, y un ulterior y extraordinario recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo.

¹ *The Path of the Law*, Applewood (Bedford, Massachusetts, s.f.), p. 5.

² Sentencia *Flaminio Costa*, de 15 julio 1964, 6/64.

³ R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid, 1994), p. 276.

⁴ Sobre la misma, véase, por todos, R. ALONSO GARCÍA, *op.cit.*, pp. 275-286.

⁵ R. ALONSO GARCÍA, *op.cit.*, p. 325.

⁶ Aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril.

⁷ El «caso más típico» es aquel en que en la instancia (siempre única en esta Jurisdicción) conoce un Juez de lo Social.

Entre otros requisitos para que este último recurso sea admisible, la LPL exige que la sentencia recurrida hubiera cometido una «infracción legal», con «quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia»⁸. Lógicamente, cuando la pretensión del recurso «carezca de contenido casacional»⁹, en el sentido que se acaba de ver, y así lo entendiera la Sala, ésta «dictará [...] auto motivado declarando la inadmisión y la firmeza de la resolución recurrida», auto contra el que «no cabe recurso alguno»¹⁰.

4. Justamente, hacia ese auto de inadmisión se encaminaba decididamente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el caso que luego resolvió por sentencia de 17 diciembre 1997¹¹; y es que la sentencia aquí recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, había resuelto el pleito conforme a la doctrina unificada del Supremo, razón por la que, para éste, el recurso carecía de contenido casacional¹².

En efecto, la cuestión objeto del caso —«si el requisito para el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social establecido en el artículo 48.1 del Reglamento comunitario de Seguridad Social de los trabajadores migrantes (Reglamento 1408/1971) es exigible a quienes solicitan el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, regulado en el artículo 215.3 de la vigente Ley General de la Seguridad Social»¹³— había sido resuelta ya, en unificación de doctrina, por el Tribunal Supremo —concretamente, su sentencia de 28 febrero 1994¹⁴, luego reiterada¹⁵, había dado a dicha cuestión, realmente controvertida entonces¹⁶, una respuesta afirmativa.

Es en esa doctrina unificada del Supremo que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía hizo descansar, con toda corrección pues, su fallo. El recurso de casación para unificación de doctrina que contra ella se planteó era candidato claro a ser inadmitido por la Sala, pues aunque formalmente se cumplía con uno de los requisitos del recurso —el de contradicción con una sentencia social de Tribunal Superior de Justicia o del Tribunal Supremo¹⁷—, se incumplía patentemente el referido al «contenido casacional».

Sin embargo, a esa inadmisión clamorosamente cantada fue óbice *sobrevenido* un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; en concreto, su sentencia *Martínez Losada*, de 20 febrero 1997¹⁸, en la que este Tribunal resuelve negativamente la antes enunciada cuestión objeto del caso, decidiendo que el citado art. 48.1 del Reglamento comunitario de Seguridad Social no es aplicable a quienes solicitan el subsidio de desempleo para mayores de cincuenta y dos años.

⁸ Art. 222 LPL.

⁹ Art. 223.1 LPL.

¹⁰ Art. 223.2 LPL.

¹¹ Ar. 9481 (rec. núm. 4130/1996).

¹² «Mediante la providencia prevista en el artículo 223 [LPL] se abrió en un primer momento el trámite de inadmisión del recurso. En dicha resolución se indicaba posible falta de contenido casacional del mismo, a la vista de que la sentencia impugnada se atenía a doctrina unificada» (STS de 17 diciembre 1997, cit., FD 2º).

¹³ STS de 17 diciembre 1997, cit., FD 1º.

¹⁴ Ar. 1529.

¹⁵ P.ej., STS de 10 julio 1995 (Ar. 5486) y de 26 febrero 1996 (Ar. 1505).

¹⁶ Véase F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, «El subsidio por desempleo para los migrantes comunitarios mayores de cincuenta y dos años», *Documentación Laboral*, núm. 47 (1995), pp. 161-165.

¹⁷ La sentencia de contraste aportada era una de Extremadura de 15 febrero 1994 (Ar. 446).

¹⁸ Esta sentencia resuelve la cuestión prejudicial, planteada por un órgano jurisdiccional español, de que di cuenta en F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *op.cit.*, pp. 165-167.

5. Por causa de esta sentencia comunitaria, recaída, repárese, después de la de Andalucía que se recurre en casación para unificación de doctrina y después, incluso, de la interposición de este último recurso, el Tribunal Supremo lo admite finalmente a trámite. Y una vez admitido, la solución de fondo no plantea ya más interrogantes: el Supremo se limita a revocar su doctrina unificada y a casar la sentencia recurrida, sujetándose estrictamente para ello al fallo comunitario, en el convencimiento de 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»¹⁹.

No es aquí de mi interés comentar el fondo del asunto, el mayor o menor acierto del Tribunal de Luxemburgo o la mayor o menor plausibilidad de la ahora vieja doctrina unificada del Supremo. Mi comentario se ciñe a cuestiones de otra índole, sobre las que nada más pretendo que aportar líneas, necesariamente imperfectas, de reflexión, concretamente, en especial, sobre el valor de la jurisprudencia como fuente y su modo de incidir en la realidad jurídica.

6. La sentencia comunitaria *Martínez Losada*, dictada el 20 febrero 1997, fue conocida por las partes y por el Tribunal Supremo después de la interposición del recurso de unificación, abierto ya, incluso, el trámite para su inadmisión. Si en vez de una sentencia, lo sucedido hubiera sido, por ejemplo, un cambio legislativo, interno o comunitario, el recurso hubiera seguido caminando indefectiblemente hacia su inadmisión. En efecto, es claro, al menos para nuestro Tribunal Supremo, que con carácter general «la demanda da lugar al nacimiento del proceso delimitando su objeto, sin que éste haya de verse afectado (“lite pende nihil innovetur”) por modificaciones legislativas que se produzcan durante su tramitación [...], salvo casos de retroactividad de grado máximo, hoy de muy dudosa constitucionalidad»²⁰.

Ese camino hacia la inadmisión, que no sería capaz de torcer, salvo muy excepcionalmente, el poder legislativo, fue capaz de torcerlo un órgano jurisdiccional. Repárese en que un efecto similar al producido en este caso hubiera causado, por ejemplo, una sentencia del Tribunal Constitucional, como, respecto de declaraciones de inconstitucionalidad de leyes, quiere el art. 161.1.a) Const.

7. A estas alturas ya nadie puede poner en duda el carácter estrictamente creador de Derecho del Tribunal de Justicia de Luxemburgo o del Tribunal Constitucional²¹. Pero nadie debiera tampoco poner en duda ese mismo carácter respecto de nuestro Supremo. Como con toda claridad afirma la Sala en la sentencia que comento, «la doctrina del Tribunal Supremo se integra en el ordenamiento jurídico como un complemento de las normas o de los enunciados normativos a los que corresponde, formando cuerpo con ellos y *beneficiándose de su misma fuerza normativa*»²².

Si, como reconoce hoy la generalidad de la doctrina científica, «la aplicación judicial de la Ley es una *declaración creadora de Derecho*»²³, una «readaptación»²⁴, si

¹⁹ STS de 17 diciembre 1997, cit., FD 7º.

²⁰ STS (Sala I) de 29 septiembre 1997 (Ar. 6665), FD 3º.

²¹ Respecto de este último, véase, p.ej., F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., CEC (Madrid, 1997), pp. 463 y ss.

²² STS de 17 diciembre 1997, cit., FD 6º (mía la cursiva).

²³ J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, Tecnos (Madrid, 1996), p. 212.

²⁴ Véase J. GALIANA MORENO, «La readaptación judicial del Derecho del Trabajo (El sentido de la equidad y la jurisprudencia)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 3 (1980), pp. 313 y ss.

se quiere, del Derecho, o que existen «reglas [...] de creación jurisprudencial»²⁵, hay que admitir, sin tapujos —sin hostilidades²⁶, por lo demás completamente ayunas de *realismo*²⁷—, el carácter de fuente del Derecho —en realidad, la fuente decisiva²⁸— de la jurisprudencia²⁹ —argumentos para sustentar lo cual desde luego no faltan, y creo que los ha expuesto con el máximo rigor y la más meridiana claridad, desde la primera edición (1971) de su *Derecho del Trabajo*, o incluso desde la también primera edición (1969) de su *Derecho Procesal del Trabajo*, Alonso Olea³⁰—, aunque el legislador no la «individuali[ce] en los esquemas jerárquicos de fuentes» —seguramente «porque lo que ocurre es que la ley [...] de que se habla en éstos, es la ley tal y como ha sido jurisprudencialmente entendida, con la jurisprudencia, por tanto, embebida en ella»³¹.

8. En jurisprudencia, precisamente, descansa este caso —sin reconocer la fuerza de aquella, este no se entiende— que comento del Tribunal Supremo: 1) en la inicial unificada del propio Supremo, que hubiera llevado, de no mediar Luxemburgo, a la inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina, jurisprudencia inicial en la que cómodamente apoyaba el recurrido su pretensión y contra la que un tanto atrevidamente³² dirigía la suya el recurrente; 2) en la irrumpiente del Tribunal de Luxemburgo, que fuerza enérgicamente al Supremo a variar la suya inicial, «sin más consideraciones»³³ que la de que el Derecho comunitario, entre cuyas fuentes está la jurisprudencia, es prevalente; y 3) en la nueva e incipiente, todavía en formación, del Supremo otra vez, en la que reposará la solución de todos los casos idénticos, o análogos —con Villar Palasí, «la analogía puede ser no sólo de ley, sino de jurisprudencia»³⁴—, por venir.

²⁵ L. DÍEZ PICAZO, «La jurisprudencia», *apud* VV.AA., *El Poder Judicial*, vol. I, IEF (Madrid, 1983), p. 280.

²⁶ Véase, p.ej., F. PERA VERDAGUER, «Fuentes del Derecho, Jurisprudencia y Constitucionalidad», *apud* VV.AA., *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, vol. III, IEF (Madrid, 1979), pp. 1612 y ss.

En 1790, discutiendo la Asamblea Nacional francesa la reelección por mitades del Tribunal de Casación, LE CHAPELIER se manifestó categóricamente así: «El Tribunal de Casación no deberá tener jurisprudencia. Si la jurisprudencia de los Tribunales, la más detestable de todas las instituciones, existiera en el Tribunal de Casación, habría que destruirla» (cfr. L. DÍEZ PICAZO, *op.cit.*, p. 273).

²⁷ Véase A. d'ORS, «Derecho es lo que aprueban los jueces», en IDEM, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, CSIC (Madrid, 1973), pp. 45-54. Véase también, D. LLOYD, *The Idea of Law*, Penguin (Baltimore, Maryland, 1968), p. 262.

²⁸ «[L]a doctrina pasada y actual del Tribunal Supremo es la fuente decisiva del Derecho» (A. d'ORS, «De la 'prudentia iuris' a la 'jurisprudencia del Tribunal Supremo' y al Derecho foral», en IDEM, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 63).

²⁹ Este reconocimiento no es ninguna novedad; véase L. DÍEZ PICAZO, *op.cit.*, pp. 278-279.

³⁰ Véase, hoy, M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 15ª ed., Civitas (Madrid, 1997), pp. 733 y ss.; también, M. ALONSO OLEA y C. MINAMBRES PUIG, *Derecho Procesal del Trabajo*, 9ª ed., Civitas (Madrid, 1997), p. 336: «La medida en que la "infracción... de la jurisprudencia" [...] funda un recurso de casación es justamente la medida en que la jurisprudencia es fuente de derecho, incorporada la interpretación en ella contenida a la norma interpretada».

³¹ M. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 1ª ed., FDUM (Madrid, 1971), pp. 322-323.

³² Recuérdese que fue nada menos que en 1917 cuando nuestro Tribunal Supremo declaró: «dada la jurisprudencia constante de esta Sala sobre el extremo objeto del recurso, no puede menos de estimarse que la Sociedad recurrente obró con notoria temeridad» (cit. por J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La temeridad en procesos laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 15 [1983], p. 425); en efecto, «permit[er] descubrir la existencia de temeridad notoria [...] la apelación por el Magistrado a jurisprudencia "reiteradísima" al objeto de rechazar la pretensión, defensa, etc., imprudentemente esgrimidas» (J. MARTÍNEZ GIRÓN, *loc.cit.*).

³³ STS de 17 diciembre 1997, cit., FD 8º.

³⁴ J.L. VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Tecnos (Madrid, 1975); cit. por M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *op.cit.*, p. 737.

9. Y de cambios, drásticos aquí, es muestra también este caso. Cambio que no perjudica para nada su calificación de fuente —pues también la ley cambia—, y que se opera porque hay un *motivo que se expone*, o, para ponerlo en palabras del Tribunal Constitucional, porque «se fundament[a] la imposibilidad de atender»³⁵, por el órgano jurisdiccional de que se trate, 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»³⁶.

No por el hecho de poder ser revocada la jurisprudencia deja de ser fuente, y nada prueba mejor esto que la experiencia jurídica, por lo demás clásica, de los Estados Unidos³⁷. El principio de «estar al precedente», o «*stare decisis*» —extraño en España sólo si por «precedente» se entiende el de una sola sentencia, no si por tal se entiende una doctrina establecida de modo reiterado, como pide el Código Civil³⁸—, no debe interpretarse tan extremosamente como para justificar la sátira en los *Viajes de Gulliver*: «all the decisions formerly made [...], under the name of *precedents*, they produce as authorities to justify the most iniquitous opinions; and the Judges never fail of directing accordingly»³⁹. Como los propios autores anglosajones —en especial, los norteamericanos— razonan, el deber de estar al precedente consiste, nada más, que un *prima facie duty*, esto es, un «deber en principio»⁴⁰, que puede exceptuarse cuando el obligado ofrece una razón de peso (*cogent reason*) para ello⁴¹. El *stare decisis* no es el resultado de ningún designio legislativo especial en los países de *common law*, es simplemente la manifestación de que, traduciendo al Juez Cardozo, en el Derecho, como en cualquier otra rama del saber, las verdades obtenidas por inducción tienden a formar las premisas para futuras deducciones⁴². Por desgracia, ningún cuerpo escrito de reglas jurídicas llegará nunca a la perfección y claridad suficientes para que, como en el swifiano país de Brobdingnag —donde *to write a comment upon any law is a capital crime*—⁴³, se pueda prescindir del intérprete —el *intérprete*: no un oráculo objetivo que declara la *verdad* de lo que aquellas reglas jurídicas son, sino un juez que tiene que *elegir en función de valores*⁴⁴, por muy dados que éstos últimos vengan.

³⁵ STCo 30/1987, FD 2º.

³⁶ M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *op.cit.*, p. 734.

³⁷ Por todos, B.N. CARDOZO, en un clásico ensayo (1921): «The United States Supreme Court and the highest courts of the several states overrule their own prior decisions when manifestly erroneous. Pollock, in a paper entitled “The Science of Case Law”, written more than forty years ago, spoke of the freedom with which this was done, as suggesting that the law was nothing more than a matter of individual opinion. Since then the tendency has, if anything, increased» (B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, Yale Univ. Press [New Haven, Connecticut, s.f., p. 158]).

³⁸ Art. 1.6 Código Civil.

³⁹ J. SWIFT, *Gulliver's Travels*, Pan (Londres, 1977), p. 242.

⁴⁰ En palabras de B.N. CARDOZO, «Adherence to precedent must then be the rule rather than the exception if litigants are to have faith in the even-handed administration of justice in the courts» (B.N. CARDOZO, *op.cit.*, p. 34).

⁴¹ Véase S. BRENNER y H.J. SPAETH, *Stare Indecisis. The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, Cambridge Univ. Press (Nueva York, 1995), p. 1.

⁴² «In law, as in every other branch of knowledge, the truths given by induction tend to form the premises for new deductions» (B.N. CARDOZO, *op.cit.*, p. 47).

⁴³ J. SWIFT, *Gulliver's Travels*, cit., p. 139.

⁴⁴ «Choices involving values form an essential feature of a good deal of decision-making» (D. LLOYD, *op.cit.*, p. 262).

Por lo demás, los principios que justifican la regla *stare decisis* en los ordenamientos anglosajones⁴⁵ no son desconocidos —lo que probablemente pueda asociarse a la por Rubio Llorente llamada «americanización» de nuestro Derecho⁴⁶, que mucho tiene que ver con el control de constitucionalidad de las leyes⁴⁷, aportación específica del constitucionalismo norteamericano— en el español⁴⁸. La justificación del *stare decisis* se asienta, habitualmente, en valores como la justicia, la seguridad jurídica y la unidad de la doctrina. El valor «justicia» se vincula aquí al de «igualdad» —pórtico ambos, entre otros, de nuestra Constitución⁴⁹—, en el sentido de que casos sustancialmente iguales deben recibir soluciones judiciales también sustancialmente iguales⁵⁰. La idea de «seguridad jurídica» —no olvidada tampoco por el constituyente español⁵¹— se asocia a la de que el ciudadano pueda fiarse de las reglas jurídicas en el discurso y gestión de sus «negocios»; la seguridad palidece si no hay un conjunto predecible de reglas a las que se pueda acomodar la propia conducta. En fin, la unidad de la doctrina es propósito buscado con ahínco por el legislador; nada lo prueba con más contundencia que el hecho de que el recurso estrella en el Derecho procesal español, el recurso de casación, haya tenido siempre un carácter eminentemente unificador⁵², como el que tiene decididamente hoy, por ejemplo en lo social, el recurso de casación para la *unificación de la doctrina*.

10. Como acabo de decir, el recurso de casación para unificación de doctrina presenta un carácter eminentemente unificador. La unidad de doctrina es deseable en la medida en que confiere seguridad, o mejor aún, «predecibilidad», en los temas jurídicos. Y la predecibilidad es la razón de ser del Derecho. En efecto, el Derecho se pone («positivo») para que la solución de un concreto caso sea *razonablemente predecible*; de otra y mejor forma dicho: «todo el Derecho es antes que nada pronóstico, un pronóstico de la conducta judicial previsible»⁵³.

La «pacificación» jurídica resulta de la unificación de doctrina en la medida en que potenciales litigantes desisten de plantear judicialmente pretensiones *contra doctrina unificada*; ésta juega, así, un papel disuasorio. Ahora bien, este efecto pacificador queda en muy buena medida atenuado cuando el cambio jurisprudencial —*en sí irreprochable*, aquí o en los Estados Unidos— es repentino y la nueva doctrina jurisprudencial entra inmediatamente en vigor, sin ninguna atenuación por la propia jurisprudencia

45 Sigo en esto a S. BRENNER y H.J. SPAETH, *op.cit.*, pp. 2-6.

46 Véase F. RUBIO LLORENTE, *op.cit.*, pp. 633-652.

47 «The peculiarly prominent role of the judiciary in American law» deriva, en parte, «from the constitutional function of the judges, especially of the Supreme Court, to treat legislation as unconstitutional» (D. LLOYD, *op.cit.*, p. 211).

48 Véase, por todos, I. de OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel (Barcelona, 1987), p. 290.

49 Cfr. su art. 1.1

50 «Este es para mí el pilar básico de una teoría de la jurisprudencia: el respeto del precedente judicial como respeto de la idea de justicia a través de la igualdad» (L. DIEZ PICAZO, *op.cit.*, p. 278).

51 Cfr. su art. 9.3.

52 La unidad de la jurisprudencia fue siempre uno de los fines del recurso de casación (GÓMEZ DE LA SERNA; cit. por M.A. CAMPOS ALONSO, *El recurso de casación para la unificación de doctrina social*, Edersa [Madrid, 1998], p. 10).

53 A. d'ORS, «Derecho es lo que aprueban los jueces», cit., p. 48. Es la idea clásica de O.W. HOLMES, patente en la cita con que se abre este trabajo, o en esta otra: «The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law» (O.W. HOLMES, *op.cit.*, p. 9).

dencia —atenuación habitual, por ejemplo, en los Estados Unidos⁵⁴—; en palabras de Munroe Smith, «the rule [...] may not be modified at once, for the attempt to do absolute justice in every single case would make the development and maintenance of general rules impossible»⁵⁵. En suma, un cambio jurisprudencial en unificación de doctrina no puede llevarse a cabo sorpresivamente, so pena de menoscabar el más importante con diferencia de los sentidos de cualquier esfuerzo de investigación jurídica —con O.W. Holmes, hacer más predecible el fallo judicial⁵⁶—. Y de la misma forma que un cambio en la legislación sustantiva, salvo contadísimas excepciones de irretroactividad máxima, no va a afectar la solución de *lites pendentes* —por aquello de que *tempus regit actum*—, un cambio de jurisprudencia unificada —*legislation between gaps*⁵⁷— no debiera suponer la casación y anulación de sentencias conformes con la doctrina vigente al tiempo de ser puestas. Esto, sin embargo, exigiría una transformación en el pensamiento legal dominante en España, que, sosteniendo la *ficción* de que con un cambio jurisprudencial nada ha cambiado en el régimen jurídico de la institución de que se trate —el juez meramente ha *declarado* lo que el Derecho es—, demuestra que sopor-ta aún, paradójicamente, el peso de la antigua concepción anglosajona, curiosamente superada hasta en Inglaterra, de los jueces como «depositories or living oracles of the law», que decía Blackstone⁵⁸.

11. En el caso, sin embargo, de esta sentencia del Tribunal Supremo de 17 diciembre 1997, el cambio jurisprudencial favorece al beneficiario. En efecto, de acuerdo con la vieja doctrina unificada, al solicitante se le hubiera denegado el subsidio, mientras que con arreglo a la nueva —*ex* sentencia *Martínez Losada*—, se le concede. La retroactividad en tal caso se justifica plenamente —art. 9.3 Const.—, también por razones de justicia material. Aquí, parafraseando lo que para el Tribunal Constitucional quiere la Constitución, art. 161.1.a), la declaración del Tribunal de Luxemburgo afecta a la «jurisprudencia», afectación de la que sólo se salva la «sentencia o sentencias recaídas [y con] valor de cosa juzgada»⁵⁹, situación en la que, por supuesto, no se encontraba la recurrida en casación para unificación de doctrina.

Ahora bien, respecto de los casos de las recaídas y firmes, aún se planteará, en el futuro, si el cambio jurisprudencial, en realidad, no supone una nueva causa en que fundar la pretensión —*como una nueva ley*—, excluyendo así la aplicación del art. 1252 Código Civil, relativo a la cosa juzgada; institución ésta, por lo demás, que «en el campo de las prestaciones de la Seguridad Social [...] tiene difícil encaje, y por ello una aplicación muy limitada»⁶⁰. Nada impide, en efecto, que un potencial beneficiario reite-

⁵⁴ Repárese, p.ej., en cómo los tribunales norteamericanos «se niegan a decretar [la condena a una indemnización de castigo (*punitive damages*)] cuando declaran, por vez primera en un concreto Estado, que el trabajador despedido puede demandar aduciendo el *tort*, pues “sería desleal punir a los empresarios por una conducta que no sabían de antemano que fuese accionable ante esta jurisdicción” [...]; pero teniendo en cuenta que “los daños y perjuicios de castigo pueden ser... decretados en casos... posteriores a la fecha en que esta opinión [denegándolos] sea emanada”» (J. MARTÍNEZ GIRÓN, *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Civitas [Madrid, 1988], p. 176, nota 157, con cita de jurisprudencia).

⁵⁵ M. SMITH, *Jurisprudence*, Columbia Univ. Press (Nueva York, 1909), p. 21.

⁵⁶ «The means of the study ara a body of reports, of treatises, and of statutes [...] In these sibylline leaves are gathered the scattered prophecies of the past upon the cases in which the axe will fall. [...] Far the most important and pretty nearly the whole meaning of every new effort of legal thought is to make these prophecies more precise, and to generalize them into a thoroughly connected system» (O.W. HOLMES, *op.cit.*, p. 5).

⁵⁷ B.N. CARDOZO, *op.cit.*, pp. 113-114.

⁵⁸ Cit. por D. LLOYD, *op.cit.*, p. 260.

⁵⁹ Art. 161.1.a) Const.

⁶⁰ STSJ Cataluña de 23 junio 1993 (*Aranzadi Social*, 1993, vol. III, marginal núm. 3010), FD 3º.

re su petición del subsidio por desempleo ante el INEM, aunque la hubiera formulado ya y se le hubiera denegado conforme a la doctrina jurisprudencial ahora revocada; en tales supuestos, hacer de peor condición al solicitante que pleiteó judicialmente y obtuvo una sentencia firme, que al solicitante que se allanó a la denegación administrativa de su solicitud, no parecerá de recibo.