

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO

SUMARIO :

Nota previa.—I. *La jurisprudencia como fuente del Derecho.*—II. *Fuentes jurídico-positivas de nuestra vigente legislación común.*—III. *Fuentes jurídico-positivas del Derecho del trabajo:* A) La ley. B) La costumbre. C) Principios generales del Derecho: 1.º Del Derecho común. 2.º Del Derecho de trabajo. 3.º Comentario a lo anterior.—IV. *La jurisprudencia a efectos de la casación.*—V. *Nuestra opinión sobre el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho.*—VI. *Clasificación de la doctrina jurisprudencial.*—VII. *Estudio especial de la jurisprudencia en aquellos casos en los que ha llevado a efecto una labor de fuente directa o propulsora de un extraordinario avance del Derecho laboral.*—VIII. *Conclusiones.*

NOTA PREVIA

Una reconocida autoridad de la Magistratura española no ha mucho fallecida, que fué miembro de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y después su presidente, el por tantos motivos inolvidable magistrado don Ildefonso Bellón, en una conferencia interesante en extremo como todo cuanto de él nacía, pronunciada en la Escuela Social de Madrid, en el año 1944, tras hacer con gracejo muy personal su propia presentación al decir: «Pero aquí estoy en contingencia de mi *oficio*, y aunque resulte, —lo reconozco—, imprudencia presentarse sin el bagaje científico adecuado al acto, confío me otorguéis en este mi *accidente laboral*, la *protección* conveniente para obviar vuestra legítima repulsa»; entrando en el desarrollo del contenido de su disertación que versaba sobre el lema «Función de la Jurisprudencia en el Derecho», sostuvo que: «... la jurisprudencia, constituida por el acervo de los Tribunales cuando la aplican de una manera constante y en condiciones semejantes de hecho, actúa en dos principales matices: uno, como interpretativa de los preceptos legales en vigor; y otro, *como creadora del propio Derecho*».

Hemos destacado ese segundo matiz que supone una rotunda afirmación, porque de ella puede obtenerse la consecuencia de que al ser «creadora del propio Derecho», debe considerarse fuente del mismo; esta conclusión, fué razonada por él de una forma que no resistimos en darla a conocer; dijo: «La ley,

expresión del Derecho por el Estado, no es, sin embargo, la exclusiva manifestación del Derecho, como en algún tiempo se pretendió; fuera de la ley, hay mucho más Derecho, que no está en ella especificado ni puede estarlo, porque su previsión no es dable para las necesidades de solución perentoria que la vida trae, exigiendo inmediato remedio. Y aunque la práctica jurídica sea más de aplicación que de producción del Derecho, siempre aquella actividad, al transformar el precepto abstracto en norma concreta individualizada al caso, tiene que sobrepasar la función meramente lógica, para servir a la justicia que requiera, creando el que ella imponga, que naturalmente servirá no más que para aquel acto, y resultará obtenido de ese Derecho no especificado»; tras ello, mantuvo también que de la semejante solución de casos, *adviene un verdadero Derecho vivo*; para concluir afirmando que, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo en nuestra patria fué degradada sustantivamente de su condición legal de fuente primaria de Derecho, «ha pervivido adjetivamente y se la tiene y respeta en este concepto obligando a su guarda» (1).

Esta opinión de la ilustre figura de la judicatura a la que nos hemos referido, sobre la debatida cuestión de si la jurisprudencia es o no fuente primaria del Derecho, la hemos ofrecido en extenso, porque la hemos considerado por demás interesante; porque en nuestra patria, tal vez sea ésta la opinión más categórica en pro de considerar a la jurisprudencia fuente creadora del Derecho, aunque a nuestro juicio, esa aparente afirmación, se desdibuje luego de la forma que más adelante examinaremos; y sobre todo, porque este trabajo queremos dedicarlo a la Magistratura española, y de forma muy especial a la específicamente dedicada a lo laboral, pues si en todas las jurisdicciones ha sido y es por demás interesante, en la social, ha cobrado aún mayor relieve; y antes y ahora, con los antiguos y los presentes magistrados del Tribunal Supremo, y todos cuantos actúan en los diversos grados de esta jurisdicción, ha ejercido una tan singular influencia, que el ponerla tan siquiera en duda sería delito grave.

Si la jurisprudencia constituye o no fuente jurídico-positiva del Derecho de trabajo, creadora del mismo, podrá comentarse o discutirse; más poner en duda la aportación indudable que ha prestado a la elaboración y desarrollo de este Derecho, sería mostrarse desconocedor total de la materia, pues no se concibe ser especialista en Derecho del trabajo, y no conocer cuanto sobre él ha aportado la jurisprudencia.

Dos insignes profesores de esta especialidad en las Facultades de De-

(1) ILDEFONSO BELLÓN: La conferencia a la que en el texto nos referimos, fué publicada en el propio año por la Escuela Social de Madrid.

recho y Ciencias Políticas y Económicas de Madrid, han dicho con respecto a ésto: «Nuestro Tribunal Supremo, ha sido en muchas ocasiones más avanzado socialmente que nuestros legisladores y ha interpretado los preceptos legales con noble y extraordinaria audacia jurídica» (2); tal afirmación es por nosotros compartida y porque ello es así, queremos dedicar este estudio que iniciamos con el recuerdo de un ilustre magistrado especializado en la materia, a esa labor de vanguardia que todos los componentes y miembros de esta jurisdicción, especialmente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y su actual presidente, merecen por su continuada y destacada labor en el tiempo, siempre sin desmayos y sin retrocesos, siempre avanzando, con respeto pleno del Derecho, pero interpretándolo con profundo sentido social, que es humano y espiritual al tiempo.

I. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

Conocida es la cuestión que todos los tratadistas de Derecho del trabajo se plantean, sobre todo los modernos, puesto que algunos de los antiguos no la abordaron, sobre si la jurisprudencia constituye o no una fuente jurídico-positiva del Derecho del trabajo.

No vamos a entrar por no ser lugar adecuado este estudio, a examinar ni desarrollar toda la materia de las fuentes, ampliamente tratada, no sólo por los tratadistas de Derecho civil, sino también por los laboristas, y de forma muy científica y diferente (3). Ni vamos tampoco a ocuparnos del concepto general de las fuentes, ni de la terminología a emplear; vamos simplemente por ser éste nuestro propósito, a ofrecer como introducción a nuestro trabajo, la opinión de una gran parte de los modernos tratadistas españoles, algunos más antiguos, y varios destacados del extranjero, sobre tan interesante cuestión.

La importancia que en lo laboral tiene la jurisprudencia no es ocultada por Bayón y Pérez Botija; destacan el valor práctico de la misma y admiten que en teoría, hay que llegar a reconocer ese valor por el primero de los motivos de casación del art. 164 del Texto Refundido del Procedimiento Laboral, y por el recurso en interés de la ley. Mas pese a ello, dicen que, «las sen-

(2) GASPAR BAYÓN CHACÓN y EUGENIO PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, 3.ª edición, Madrid, 1962, volumen I, pág. 154.

(3) MANUEL ALONSO GARCÍA: *Derecho del Trabajo*, tomo I, Barcelona, 1960. En página 287 y siguientes, desarrolla ampliamente y de forma muy original esta materia, de la que él, y los profesores BAYÓN y PÉREZ BOTIJA, en la obra antes citada, son los que de ella más se han ocupado.

tencias del Tribunal Supremo, no constituyen en sí, una fuente jurídico-positiva, pues no son para los casos ajenos al que cada sentencia resuelve verdaderas normas o reglas, sino medios de interpretar otras fuentes» (4); lo que no obsta para que admitan la influencia que las sentencias del Tribunal Central de Trabajo y de las Magistraturas, puedan ejercer en la elaboración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que éste puede recibir inspiraciones de los mismos, que puede convertir en doctrina legal cuando lo estime conveniente.

Hernainz Márquez, reconoce que pese al grado de elaboración a que la jurisprudencia ha llegado en materia civil, en lo laboral aún tiene más excepcional importancia; estudia su influencia en la resolución de los conflictos colectivos e individuales; resalta las dificultades que plantea la dualidad de jurisdicciones superiores con la actuación del Tribunal Central de Trabajo y de la Sala VI de lo Social del Tribunal Supremo, manteniendo que ambos producen jurisprudencia, y que la calificación de ésta como fuente es muy discutida (5).

Aguinaga Tellería, la califica como «uso de los Tribunales»; y aunque reconoce su no admisión como fuente por el Código civil, sostiene reviste una gran importancia en la vida jurídica; tras admitir no tiene carácter «de fuente autónoma con sustantividad propia», añade: «si la realidad de la sociedad exige la aplicación de la ley, norma general y abstracta por muy completa que sea, su adaptación a las múltiples situaciones de hecho para las cuales ha sido creada, constituye, en la realidad de lo jurídico, medio de gran utilidad en la aplicación efectiva del mismo para quien en definitiva ha nacido» (6).

Bellón, en la conferencia a la que al principio nos referimos, llegó a afirmar no existía exageración si se sostenía que, en el orden originario del Derecho, la jurisprudencia antecedió a la costumbre y a la ley (7).

Pérez Leñero, de forma terminante, la negó carácter de fuente autónoma y sustantiva, pues la creación de nuevas reglas jurídicas, no está —a su juicio—, dentro de la competencia de los Tribunales; la admite, sin embargo, como fuente de conocimiento; destaca de ella su indudable valor en la formación de todo Derecho, pues afirma que, por perfecta que fuere la ley, no puede satisfacer todas las necesidades concretas jurídicas de la vida, y que

(4) GASPARD BAYÓN CHACÓN y EUGENIO PÉREZ BOTIJA: Obra citada, págs. 154 y 155.

(5) MIGUEL HERNAINZ MÁRQUEZ: *Tratado Elemental de Derecho del Trabajo*, 8.^a edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 77.

(6) ANTONIO AGUINAGA TELLERÍA: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1952, pág. 132.

(7) ILDEFONSO BELLÓN: Conferencia citada, pág. 7.

entre ella y la ley, la jurisprudencia es intermediario; por tal motivo dice: «La jurisprudencia, discierne y define concretamente el Derecho mediante su gran autoridad»; y por el carácter supletorio que respecto a lo laboral tiene el Derecho común, y la influencia que para la casación tiene la jurisprudencia, resalta la mayor importancia de ésta respecto al Derecho del trabajo (8).

Borrajo Dacruz no dedica un apartado definido a esto; mas sin embargo y en relación con este tema, dice: «En fin, como los jueces y Tribunales tienen que resolver casos concretos a veces muy complejos y especiales, es muy posible que no encuentren una norma legal o consuetudinaria aplicable; se dice entonces que hay laguna legal, y el Estado autoriza que, en casos excepcionales, el juez actúe un poco como legislador y llene el vacío de la ley, bien acudiendo a un principio general del Derecho, o bien aplicando otras normas que regulen situaciones parecidas (analogía del Derecho)» (9).

Pérez Botija, de una forma individualizada (10), mantiene que es objeto de discusión si después de dos fallos coincidentes, que a su juicio dan a la jurisprudencia la nota homogénea constante, es ésta o no verdadera fuente jurídica; y comentando la labor de una distinguida figura ya fallecida —a la que luego nos referiremos—, de la Cátedra y la Magistratura, dice es obvio que desde el punto de vista práctico, la doctrina que se desprende de los fallos del Tribunal Supremo es material normativo, sobre todo, por su eficacia para posteriores fallos en casación; y que su papel, tanto para contener fuerzas centrifugas, como para ensanchar conceptos demasiado angostos, ha sido considerable; recuerda a este respecto y hace cita de García Ormaechea y Zarandieta (11).

Menéndez Pidal, comienza por destacar que la influencia de la jurisprudencia es grande, tanto si es tomada en un sentido amplio cual significar la manera uniforme y constante con que los Tribunales de lo Social aplican este Derecho; como si se entiende de forma más restringida, limitada solamente a las sentencias del Tribunal Supremo. Respecto a la discrepancia jurisprudencial que pudiere existir entre los fallos que se dictaron por el Tribunal Central de Trabajo o Tribunal Supremo, anota la importancia que tiene el

(8) JOSÉ PÉREZ LENERO: *Teoría general del Derecho español de trabajo*, Espasa-Calpe, Madrid, 1948, pág. 94.

(9) EFRÉN BORRAJO DACRUZ: *Derecho del Trabajo*, Editorial Doncel, Madrid, 1960, página 37.

(10) EUGENIO PÉREZ BOTIJA: *Curso de Derecho del Trabajo*, 3.^a edición, Madrid, 1952, pág. 82. *Naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo*.

(11) GARCÍA ORMAECHEA: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre Accidentes de Trabajo*, Madrid, 1955. ENRIQUE ZARANDIETA MIRAVENT: *El espíritu de la jurisprudencia en los accidentes de trabajo*, Madrid, 1928; y *Las Leyes Sociales interpretadas por el Tribunal Supremo*, Madrid, 1934.

llamado «recurso en interés de la ley», que puede interponerse contra los fallos del Tribunal Central. Es muy importante la cita que hace de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1943, en cuanto la misma define por jurisprudencia social la «establecida en repetidas e idénticas disposiciones, siempre que haya identidad de supuestos de hecho y de Derecho». Resalta que la jurisprudencia ha facilitado modificaciones del Derecho positivo, e incluso, se ha adelantado al mismo extendiendo la legislación protectora social, y a estos efectos dice: «Lo que viene a poner de manifiesto que fuera de la ley puede haber Derecho que va poniendo de manifiesto los nuevos problemas de la vida y que las leyes necesitan del concurso de la jurisprudencia que las interprete sabiamente y las aplique con rectitud a cada caso concreto»; y añade que no debe confundirse el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho laboral, con el valor de una sentencia; pues aquélla habla de generalidad y ésta de cosa juzgada y para caso concreto. Afirma que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene un valor de unificación de interpretación necesaria para la seguridad jurídica; y mantiene la cualidad de la misma como fuente integrante del Derecho social, «al contribuir constantemente a su perfección por medio de su función peculiar de unificación de interpretación». Y siempre en relación con esta cuestión, es del máximo interés la nota a esta materia que incluye en su obra, en la que sostiene no comparte la doctrina que designa como jurisprudencia y con ese nombre a la administrativa; pues considera que tal calificación es exclusiva de la doctrina que emana de los Tribunales; y por igual motivo, rechaza la misma calificación a la doctrina científica de los autores (12).

Entre los laboristas españoles, es posiblemente el catedrático de Barcelona, Alonso García, quien con mayor amplitud se ocupa de este tema, puesto que a esta cuestión dedica un título completo de su obra (13). No sólo dedi-

(12) JUAN MENÉNDEZ PIDAL: *Derecho social español*, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1952, págs. 76 y siguientes.

(13) MANUEL ALONSO GARCÍA, en su obra citada, pág. 287, dedicado el título V, del tomo I al problema de «Fuentes del Derecho del Trabajo»; el capítulo I de este título, se refiere a la noción de fuente del Derecho, a las características comunes al problema de fuentes en el Derecho del Trabajo y a su clasificación en este Derecho que él lleva a efecto con arreglo a los siguientes criterios: A) Por su valor jerárquico formal. Incluye en esta clasificación a las Leyes constitucionales o fundamentales, y a las normas no constitucionales de origen estatal o no estatal; B) Por su ámbito en el ordenamiento jurídico. Las divide en comunes a otras ramas como ley, costumbre y principios; o específicas del Derecho de trabajo, como Reglamentaciones, Reglamentos de Régimen Interior y Pactos Colectivos; o supletorias, como el Derecho común; C) Por su naturaleza, las clasifica: en sentido propio o de producción; y en sentido traslativo o jurídico-positivas, y D) Por su origen, en cuyo caso las clasifica en: de orden, como

ca al estudio de la jurisprudencia como fuente del Derecho mayor extensión que otros autores, sino que incluso el problema todo de las fuentes, es por él estudiado con gran amplitud.

Para este autor, lo primero es distinguir entre la que él llama jurisprudencia jurisdiccional o en sentido propio, de la administrativa a la que califica como de sentido impropio; con lo que en parte viene a coincidir con otros autores, en cuanto niegan a la jurisprudencia administrativa ese calificativo. A la que él llama jurisprudencia jurisdiccional, la concede un singular valor, puesto que puede ser invocada en casación, aunque haciendo notar lo complicado de este tema con la existencia de dos Tribunales superiores, el Tribunal Supremo y el Tribunal Central de Trabajo, que según su competencia pueden conocer de cuestiones semejantes, pero llegando a conclusiones diferentes; inconveniente éste que en parte reconoce se ha pretendido allanar, con el «recurso en interés de la ley», con sólo efectos jurisprudenciales. Precisa que la jurisprudencia debe estar contenida, tanto en sentencias del Supremo o de Sala, que resuelvan sobre Derecho sustantivo, pero precisando es preciso «se den repetidos, constantes e idénticos fallos o al menos más de una sentencia»; requiriéndose al propio tiempo exista una identidad o fundamental analogía entre los supuestos de hecho de los preceptos legales y fuente jurídica respecto a los que se creó la doctrina, y los supuestos de hecho y preceptos legales aplicables al motivo del recurso.

Se mantiene en la línea de aquellos que opinan que la jurisprudencia por él calificada como de sentido propio, «no constituye fuente jurídico-positiva»; e identificado en este punto con los también catedráticos Bayón y Pérez Botija, mantiene como ellos no tiene aplicación a los casos ajenos a cada sentencia y es sólo un medio de interpretar otras fuentes.

Estudiando en términos generales el problema de la jurisprudencia, reconoce goza de autoridad; pero afirma hay distinción entre ella, y esa condición de fuente del Derecho de que carece; pese a lo que admite debe ser tomada esta posición con reservas, ya que existen opiniones contrarias, citando a estos efectos en su interesante estudio, las de Geny y de Castro, que la rechazan como fuente, aunque reconociéndola valor en otros sentidos; la de Dernburg, que la admite con un carácter *sui generis*; y las de Bulow, Regelsberger y Gierke, que la conceden una peculiar estimación. Todos ellos afirma «coinciden en definitiva en la negación de condición de fuente del

Tratados y Convenios; de origen estatal, como constitucionales y ordinarias; de origen no estatal, como la costumbre no profesional y la profesional o industrial, y como el pacto colectivo y el Reglamento de Empresa

Derecho, bien que reconociendo el importante papel que juega en el ámbito jurídico y que sería injusto negar» (14).

El valor de la jurisprudencia para este autor, reside, no en la creación de normas, sino en la forma de aplicar las leyes con una interpretación uniforme de las fuentes del Derecho; a su juicio, debe el juez operar siempre con un gran sentido de respeto a la ley de forma que, a lo sumo, a lo que pueda llegar es a, por vía analógica, aplicar o deducir la norma que haya de regular una determinada situación que se pueda presentar como laguna de la ley y por ella no prevista; concluyendo que, «lo que nace para interpretar justamente disposiciones contenidas en una fuente, no puede en ningún caso, ser estimada como tal», aunque la interpretación pueda servir de fundamento para crear una norma.

Precisamente en razón a todo lo anterior, combate la posición mantenida por Kirchmann y Kantorowicz, y de todos los partidarios de la Escuela de Derecho Libre por no estimarla ni considerarla acertada, ni doctrinal, ni positivamente; añadiendo además concurre en la jurisprudencia un principio de libertad, que corrobora todo el criterio que viene manteniendo, porque si las sentencias del Tribunal Supremo tienen un valor ejemplar, no lo tienen en cambio vinculante y obligatorio (15). La amplitud que hemos dedicado a la opinión de este autor, debe estimarse la adecuada, en razón a la importancia que él ha venido en conceder a este tema.

Si respecto a los laboristas hemos anteriormente relacionado las opiniones de un numeroso grupo de los mismos, consideramos de interés, aunque sea de forma sucinta, exponer también el criterio que sobre la jurisprudencia mantienen otros autores no específicamente dedicados a la rama laboral.

El profesor de la Universidad de Madrid, Federico de Castro Bravo (16), frente a los que mantienen la actividad del juez en la formación y desarrollo del Derecho, según las doctrinas sustentadas por la ya citada Escuela de Derecho Libre, pone de relieve el peligro exagerado que implica tal posición, y ello con el fin de evitar que a su amparo pueda abrirse brecha en la ley; diferenciando entre los conceptos de jurisprudencia y doctrina legal; y negando a la primera su condición de fuente jurídico-positiva, al no ser para todos vinculante.

El que hoy es presidente de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, ilustre catedrático y tratadista Castán Tobeñas, se ocupó también de esta materia y vino en combatir la diferencia que el profesor Castro había hecho entre

(14) MANUEL ALONSO GARCÍA: *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1958, pág. 329, nota 288.

(15) MANUEL ALONSO GARCÍA: *Obra citada Derecho del Trabajo*, págs. 504 y sigs.

(16) FEDERICO DE CASTRO BRAVO: *Derecho civil de España*, págs. 344 y concordantes.

los conceptos de jurisprudencia y doctrina legal, a que antes nos hemos referido (17).

Y finalmente, nuestro siempre recordado y llorado maestro el que también fué presidente del Tribunal Supremo, don Felipe Clemente de Diego, que como reconocen todos los tratadistas dedicó los últimos años de su vida a esta materia, publicando estudios y obras sobre ella, propugnó siempre la influencia del juez en la formación y desarrollo del Derecho, sin incurrir, naturalmente, en las exageradas posiciones de la Escuela de Derecho Libre; y como recuerda Alonso García, vió en la jurisprudencia una fuente de Derecho subjetivo de casos individualizados, no normas abstractas, reconociéndola en este sentido un verdadero valor vinculante (18).

Finalmente, debemos dejar constancia en este trabajo, y en relación con autores españoles, que ni González Rothwoss, y Martín Granizo; ni Bernaldo de Quirós; ni Callejo de la Cuesta; ni García Oviedo, se ocuparon con detalle en sus tratados de materia de las fuentes del Derecho del trabajo (19); algo semejante ocurrió con el trabajo realizado en relación con este tema por el que fué eminente jurista y político don Francisco Bergamín (20), que si bien y en época muy lejana se ocupó del tema de lo social, no sintió, pese a su amplia formación jurídica la inquietud del problema de las fuentes del Derecho de trabajo; como les ocurrió a los autores antes citados, en los que y por encima de esa inquietud científica, predominó la idea de divulgar el contenido y existencia de un nuevo Derecho que tanto había de adquirir importancia en el pasar del tiempo. Tal vez fuere Gallart Folch, de los autores de aquella época, el único que realmente aunque fuere de forma indirecta, se ocupara de esta materia, puesto que al ocuparse de la autonomía científica del nuevo Derecho y de sus fuentes, admite la decadencia de algunas, cual la ley y el contrato, que sostiene se manifiesta con mayor intensidad en el ámbito laboral por la aparición frente a las fuentes tradicionales de la «norma colectiva profesional»; si bien no hace de una forma concreta una referencia

(17) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil*, tomo I, pág. 160; «La actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del Derecho». Murcia 1946.

(18) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Derecho judicial*, Madrid, 1942; *La interpretación*, Madrid, 1942. *De las lagunas de la ley*, Madrid, 1945.

(19) MARIANO GONZÁLEZ ROTHWOSS y LEÓN MARTÍN GRANIZO: *Derecho social*, Madrid, 1932; CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS: *Derecho social*, Madrid, 1935; PABLO CALLEJO DE LA CUESTA: *Derecho social*, Madrid, 1935. CARLOS GARCÍA OVIEDO: *Derecho social*, Madrid.

(20) FRANCISCO BERGAMÍN: *Derecho social*. Conferencia pronunciada por el mismo en la sesión inaugural del Curso 1920-21 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 20 de noviembre de 1920, y publicada por la Editorial Reus de Madrid, el propio mes.

a la jurisprudencia como parte integrante posible de las fuentes del nuevo Derecho (21).

Y tras esta relación de tratadistas españoles, a la que debemos añadir Riaza Ballesteros (22), por cuanto hubo aunque fuere de forma indirecta de coadyuvar a la materia objeto del presente trabajo; y por último y recientemente Díaz Buisen e Iglesias Ramírez (23), de forma muy sucinta se ocupan de las fuentes del Derecho que dividen en directas e indirectas, y entre las últimas, y en primer término, citan a la jurisprudencia. De forma enunciativa también, vamos a ocuparnos de lo que sobre esta cuestión opinan los laboristas extranjeros, sin olvidar como en su momento desarrollaremos, la influencia que en las opiniones ejerce la legislación positiva de cada país.

Para los conocidos especialistas franceses Rouast, A. y Durand, P., la jurisprudencia debe ser examinada desde un doble punto de vista; de un lado a su juicio, los Tribunales intervienen como autoridades jurisdiccionales, y de otro, como autoridades reglamentarias; añaden que aunque sólo excepcionalmente se dé lugar con la función jurisdiccional a la formación de reglas de Derecho, puesto que lo normal es que se limiten a aplicar e interpretar el Derecho ya existente, a veces sin embargo, los Tribunales, en el ejercicio de la función jurisdiccional, pueden llegar a crear verdaderas reglas de Derecho cuando estudian y conocen cuestiones nuevas, sobre las que existe un silencio de la Ley. Clasifican a la jurisprudencia entre las fuentes de origen estatal, frente a las de origen privado o profesional, y a las de origen internacional; y en otro aspecto, entre las leyes de trabajo y los actos del Poder ejecutivo (24).

Durand y Jaussaud, R., no dejan de destacar el carácter expansivo que tiene y goza el Derecho social, al que en mucho vino en contribuir la jurisprudencia (25).

Rivero, J. y Savatier, J., dividen las fuentes en tres grandes grupos a efectos de la elaboración de Derecho del trabajo; dedicando el primero a los precedentes del Derecho internacional; el segundo, a los métodos clásicos del Derecho internacional, y el tercero, a aquellos en que intervienen los propios interesados; y en el grupo segundo, y tras la ley (Constitucional, pro-

(21) ALEJANDRO GALLART FOLCH: *Derecho español del trabajo*, Colección Labor, Madrid, 1936.

(22) JOSÉ M.^a RIAZA BALLESTEROS: *Criterios típicos de la Jurisprudencia Laboral*, Madrid, 1955. Colección de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales.

(23) JOSÉ DÍAZ BUISEN y MANUEL IGLESIAS RAMÍREZ: *Legislación social y su procedimiento*, Madrid, 1960, pág. 9.

(24) ANDRÉ ROUAST y PAUL DURAND: *Droit du travail*, París, 1957, pág. 40.

(25) PAUL DURAND y R. JAUSSAUD: *Traité de Droit du Travail*, París, 1947.

piamente dicha y Reglamentos), clasifican a la jurisprudencia, sosteniendo de ella que es verdaderamente creadora de reglas de Derecho; y manteniendo presente dos esenciales particularidades: de un lado, el ser múltiple, por ser varios los Organos jurisdiccionales; y de otro, el gozar de un verdadero poder reglamentario (26).

Pacchioni (27), la concede una valor de fuente, tanto en su aspecto forense como en el doctrinal; y Borsi e Pergolesi (28), se ocupan también del tema.

Amplio contenido tiene la materia en la obra de Mario de la Cueva (29). Para él, la jurisprudencia es el conjunto de tesis sustentadas en las ejecutorias de los Tribunales, sosteniendo se exige en ella «una cierta uniformidad», ya que cuando ésta se reúne «puede hablarse con Geny de autoridad», por lo que si además cuenta en su favor con el pasado, constituye además tradición. Califica a la jurisprudencia de medio técnico de interpretación del Derecho, la que a su juicio y junto a la doctrina, representa el «elemento técnico de que hablaba Savigny». Sirve, según su criterio, para fijar el sentido de las disposiciones legales o el alcance de las costumbre jurídicas, y para llenar las lagunas que puedan existir «en esas dos fuentes formales del Derecho», con lo que de una forma indirecta viene en rechazar que la jurisprudencia pueda tener ese carácter de fuente formal.

Mantiene que en teoría, nada se opone a que pueda ser reconocida como tal fuente formal del Derecho, y sin que tampoco sea extraña esta postura dado que, como cita, el «*ius publice respondendi*» de los romanos fué una aplicación de ello; pero mantiene que en la actualidad le niegan ese valor la mayoría de los autores, aunque vengan en admitirla dentro del Derecho inglés y del norteamericano. Expone que la balanza se inclina en sentido negativo según muchos autores, por la teoría de la división de poderes y en razón a un argumento que él califica de no convincente, basado en que, si bien la jurisprudencia es creadora del Derecho en donde la ley nada ha resuelto y donde no hay costumbre formada, la jurisprudencia tiene que crear ese Derecho-norma para cada caso concreto, sujeto a revisión; y otro argumento que cita como contrario aunque sin compartirlo, es el defendido por Geny, sobre la variedad posible de esa jurisprudencia, tesis que rechaza, porque a su juicio también puede cambiar la ley, y nadie sin embargo niega su condición de fuente formal.

(26) J. RIVERO y J. SAVATIER: *Droit du Travail*, París, 1956, págs. 33 y 36.

(27) PACCHIONI: *Delle leggi in generale*, Turín, 1933.

(28) BORSI y PERGOLESSI: *Tratatto di diritto del lavoro*, Padova, 1939.

(29) MARIO DE LA CUEVA: *Derecho mexicano del Trabajo*, Méjico, 1954, 4.^a edición, página 358.

No duda en otros pasajes (30), de calificar a la jurisprudencia como fuente de verdaderas costumbres; y en orden a otras cuestiones dice: «La jurisprudencia es un medio excelente de integración del Derecho, pero cuando es sabia y honesta: una jurisprudencia cambiante, falta de principios o poco honesta, perjudica la evolución jurídica; y no favorece a ninguna clase social, pues lo que hoy le concede es caprichoso y puede desaparecer al día siguiente» (31). Afirma también no debe olvidarse que el Derecho de trabajo no es Derecho civil, sino Derecho protector de los trabajadores; y refiriéndose a la jurisprudencia mantiene que, todo intento de la misma para aniquilar o restringir las conquistas obreras, es antijurídico.

Por último, resulta de máximo interés, cuando afirma que: «Se ha hablado del principio de que, en caso de duda, debe resolverse la controversia en favor del trabajador, puesto que el Derecho del trabajo es eminentemente proteccionista; el principio como ya vimos, es exacto, pero siempre y cuando exista una verdadera duda...», sin que deba ser aplicado por las autoridades judiciales para crear nuevas instituciones (32).

Antokoletz, por su parte, la considera fuente indirecta del Derecho de trabajo (33).

Krotoschin, estudia ampliamente el problema de las fuentes, y respecto a la jurisprudencia, dice que su función con respecto a la ley o a la costumbre, es interpretarla, pero no crearla; admite sin embargo, es muy discutida la cuestión, mencionando los esfuerzos hechos por la Escuela que propugna la libre creación del Derecho por parte del juez, citando a estos efectos que el art. 1.º del Código civil suizo, se inclina decididamente hacia la creación judicial de Derecho. Recuerda también la función creadora del juez en caso de silencio o insuficiencia de la ley; pero mantiene que, aunque conforme a una teoría moderna se quiera considerar la actuación del juez como creación jurídica siempre, falta a la jurisprudencia comunmente, obligatoriedad general: que el Derecho creado por el juez, es sólo válido para las partes, pero no norma general objetiva y obligatoria como principio; y que si es cierto que por excepción, la jurisprudencia puede llegar a ser práctica constante y generalmente reconocida de manera que pudiese adquirir el carácter de una costumbre, en este caso podría convertirse en una costumbre «contra legem». Por último expone que, en cuanto al Derecho de trabajo se refiere, la jurisprudencia en algunos países ha asumido una función espe-

(30) MARIO DE LA CUEVA: Obra citada, pág. 379.

(31) MARIO DE LA CUEVA: Obra citada, pág. 381.

(32) MARIO DE LA CUEVA: Obra citada, pág. 394.

(33) D. ANTOKOLETZ: *Tratado de Legislación del Trabajo y Previsión Social*, Buenos Aires, 1941, pág. 18.

cial en el sentido de crear, a falta de un Derecho escrito, un Derecho consuetudinario «*praeter legem*», ya que muchas veces el Derecho de trabajo evoluciona a impulsos de la acción judicial, recordando a estos efectos los países anglosajones donde, de modo general, los precedentes judiciales tienen autoridad reconocida, al efecto de establecer reglas de Derecho que se imponen objetivamente (34).

Por último, y para no hacer más extensa esta relación, vamos a ofrecer la opinión que sobre esta materia mantiene Cabanellas. Dedicamos también a ella amplio contenido; de un lado, para estudiar con carácter general las fuentes del Derecho laboral; y de otro, las del contrato de trabajo. Brevemente a unas y otras vamos a dedicar unas líneas.

Las fuentes generales del Derecho laboral, son objeto de una detenida clasificación por parte de este autor; la lleva a efecto partiendo de distintos puntos y de la forma siguiente: A) Fuentes nacionales e internacionales, según su origen; B) Directas e indirectas, comprendiendo entre las primeras los usos o la costumbre, las leyes, decretos, etc.; y entre las segundas, la jurisprudencia, entre otras: C) Generales y específicas, siendo de las primeras la ley, la costumbre y usos, la doctrina de los autores y también la jurisprudencia; y entre las segundas, los pactos colectivos, los reglamentos de taller, etcétera; D) Legislativas y particulares, incluyendo entre las segundas a la jurisprudencia, y entre las legislativas a las que naturalmente gozan de tal condición: leyes, decretos, órdenes, etc.; E) Estatales, contractuales y extracontractuales, figurando la jurisprudencia entre las primeras; F) Reales y formales, con inclusión de la jurisprudencia entre las segundas; G) Principales y supletorias, estimando principales las que crean, y subsidiarias o supletorias las aclaratorias, clasificación que el propio autor reconoce, responde más a la jerarquía de fuentes; H) Escritas y no escritas, cuyas características se deducen de su propio significado; e I) Normativas y colectivas, según sean leyes, decretos, etc.; o pactos colectivos, normas corporativas, e incluso, sentencias de la Magistratura de Trabajo; aunque el propio autor califica esta clasificación de más aparente que real, sin que parezca poseer aplicación práctica.

Tras esta curiosa e interesante clasificación, fruto indudable de un meditado estudio en busca de todas las peculiaridades en razón a las que puede encontrarse una diferenciación de las fuentes (35), pasa seguidamente a estudiar la jurisprudencia en la forma siguiente:

La define como el conjunto de sentencias que dicta el más alto tribunal

(34) ERNESTO KROTOSCHIN: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, tomo I, Buenos Aires, 1947. pág. 36.

(35) GUILLERMO CABANELLAS: *Tratado de Derecho Laboral*, tomo I, Buenos Aires, 1949. pág. 351.

del país, para aplicar el Derecho de una manera uniforme; y en esa acepción, la considera como el hábito de juzgar de igual manera una misma cuestión, añadiendo que la serie de juicios o sentencias coincidentes, crean uso o costumbre sobre un mismo punto del Derecho; con lo que en parte los términos uso y costumbre, los viene en identificar con la jurisprudencia, aunque la conceptúa como la interpretación habitual dada por los Tribunales a la ley.

Sostiene que donde se admite, constituye una de las fuentes del Derecho; pero para ello, requiere reunir las cualidades de ser uniforme, no contradictoria y ajustada a la ley.

Entrando en el examen de la jurisprudencia laboral, se muestra de acuerdo con Lamas (36), en que el Derecho se nutre y renueva constantemente, a impulsos de la acción jurisprudencial; y con este autor considera que la importancia de la jurisprudencia en el Derecho del trabajo se deriva de la derogación del principio de cosa juzgada, de dar origen la sentencia en algunos casos a la creación de la norma, y de abarcar los derechos de aquellos que no fueron partes en el procedimiento.

Sin embargo, una opinión terminante sobre la materia, la da al decir: «Bástenos, sin embargo, establecer aquí una situación respecto a la jurisprudencia que en gran parte invalida y destruye su eficacia como verdadera fuente del Derecho laboral: carente éste de verdadera tradición jurídica, la aplicación de las normas legales por parte de los Tribunales, se resiente muchas veces de un sentido excesivamente realista; y aun cuando resulte así necesario para obtener la agilidad precisa en el empleo de los principios jurídicos, conduce fatalmente al caos. Entonces se muestra difícil sostener, como verdadera fuente del Derecho, una jurisprudencia cambiante, con pareceres distintos y dictámenes diferentes» (37). Confronta lo anterior con la que él llama actitud revelada de dos países que califica de tradición jurídica bien lograda en Derecho laboral y que son España y Méjico. Respecto a nuestro país, mantiene no es uniforme la jurisprudencia con base en la existencia de dos Tribunales superiores, y junto a ello, la jurisprudencia administrativa de la Dirección General de Trabajo afirmando que, todo ello, «significa nueva base de litigios lo que debiere ser causa exacta para evitarlos»; referente a Méjico, recuerda las frases de Mario de la Cueva a las que hicimos referencia, al transcribir las opiniones de este autor. Y como expusimos, también se ocupa este autor de las fuentes del contrato de trabajo; y a estos efectos recuerda

(36) LAMAS: «Algunas consideraciones acerca de la jurisprudencia como fuente del Derecho del Trabajo», en *Revista Derecho del Trabajo*, tomo III, págs. 49 y sigs., citado por CABANELLAS, en *Obra referida*. pág. 367.

(37) GUILLERMO CABANELLAS: *Obra citada*, pág. 369. Tomo I.

el art. 9.º de la ley de Contrato de trabajo española, en cuanto señala las fuentes del mismo, aclarando que a su juicio, la ley no es fuente porque no viene en crear el contrato, pues éste no puede existir sin manifestación expresa de voluntad; y concretando que, respecto a las fuentes de las obligaciones de las partes, y dentro del vínculo contractual, las mismas no pueden aumentar o disminuir las obligaciones sino en aquellos casos autorizados expresamente por el legislador (38).

Por último y como final de esta relación, ofrecemos las opiniones de los insignes laboristas Kaskel y Dersch; advierten en nota preliminar que además de las fuentes que existen en otras materias jurídicas, en el Derecho del trabajo se dan dos fuentes nuevas que le son propias, cual el contrato de tarifas y los acuerdos de empresa, que califican como típicas manifestaciones del Derecho colectivo del trabajo, comprendidas bajo el concepto general de convenciones colectivas; detalle éste que anotamos, aunque parezca extraño a los fines de este estudio, por cuanto tiene de precisión y originalidad.

Sobre la materia que estamos desarrollando, dicen textualmente: «Asimismo la práctica jurisprudencial no constituye en sí una fuente de Derecho, pero es posible que a base de ella se forme Derecho consuetudinario bajo las mismas condiciones» (39).

Más adelante y como una nota puesta a la opinión de estos autores por su traductor, el profesor Krotoschin se dice: «El problema de la jurisprudencia como fuente del Derecho objetivo, se presenta en el Derecho del trabajo de la misma manera en principio, como en cualquier otra rama jurídica. En Derecho argentino debe destacarse la particularidad de que la doctrina legal o interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria de la Cámara Nacional de Trabajo de la capital federal, es de aplicación obligatoria para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia, y sólo podrá volverse sobre ello como consecuencia de una nueva sentencia plenaria» (40).

Terminamos con esta opinión, las que hemos venido ofreciendo de los principales laboristas nacionales y extranjeros, y de otras destacadas personalidades del Derecho.

Si lleváramos a efecto un examen comparativo de todo cuanto ha quedado expuesto, podríamos llegar sin temor a equivocación, a una rotunda afirmación: la de que de una forma definida y categórica, ningún autor admite

(38) GUILLERMO CABANELLAS: Obra citada, pág. 32. Tomo II.

(39) WALTER KASKEL y HERMANN DERSCH: *Derecho del Trabajo*, 5.ª edición, Buenos Aires, 1961, pág. 27.

(40) WALTER KASKEL y HERMANN DERSCH: Obra citada. Fué traducida por ERNESTO KROTOSCHIN y la nota del mismo figura en la edición indicada. Pág. 30.

a la jurisprudencia como una fuente productora, directa y jurídico-positiva del Derecho del trabajo, con carácter general, salvo la indudable importancia de que goza en los países anglosajones que la pueden conceptuar en tal carácter, y las peculiaridades que en algunos otros Estados se ofrecen en relación con la obligatoriedad de ajustar los fallos a su normas, por los Tribunales inferiores de aquel que los dictó.

Junto a ello, podremos también admitir como coincidente, la opinión de todos en reconocer que, si la jurisprudencia en el Derecho en general es una fuente indirecta de extremada importancia, aún lo es más en el Derecho del trabajo, en que por su especialísima formación y su espíritu expansivo, precisa en muchas ocasiones del impulso que ella le ha ofrecido para conquistar más altas cimas.

Si a lo expuesto añadimos la peculiaridad que también ofrecen los principios específicos del Derecho del trabajo y la conveniencia de conocer su alcance dentro del conjunto general de los principios generales del Derecho; si admitimos —como ha podido observarse anteriormente—, cómo algunos autores mezclan los conceptos de doctrina y jurisprudencia y de ésta con usos e incluso costumbres; con todo, llegaremos a la conclusión de cómo antes de mantener una opinión personal y ofrecer las realizaciones de nuestra jurisprudencia, se hace preciso llevar a efecto un breve estudio de estos conceptos, tanto más cuanto que no debe olvidarse que, si antes dijimos que casi la opinión general se muestra en pro de rechazar a la jurisprudencia como fuente jurídico-positiva del Derecho en general, y del Derecho del trabajo en particular, no falta como se ha podido ver aquellos que, no sólo destacan su importancia, trascendencia e influencia en este último Derecho, sino que, en determinadas circunstancias y condiciones y aunque con algunas reservas, llegan a admitir a la jurisprudencia con ese carácter específico de creadora de normas, sobre todo, para la resolución de aquellos casos respecto a los que la ley ofrece lagunas por no contar con preceptos concretos que resuelvan las cuestiones planteadas; y habida cuenta de que las resoluciones tomadas en estos casos por la jurisprudencia, son hasta cierto punto de obligada observancia para los Tribunales inferiores desde el momento en que, su inobservancia, puede dar lugar al recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal; materia ésta de la doctrina legal, que nosotros interpretamos en el sentido de la que emana de los Tribunales superiores, y que se encuentra contenida en sus sentencias.

Esta relación de unos con otros conceptos, su estudio y la obtención de consecuencias de todo ello, es lo que seguidamente vamos a realizar.

II. FUENTES JURÍDICO-POSITIVAS DE NUESTRA VIGENTE LEGISLACIÓN COMÚN

Definen estas fuentes los profesores Bayón y Pérez Botija (41), como «las formas concretas mediante las cuales el Derecho se manifiesta, se exterioriza, como resultado del acto creador emanado de las fuentes de producción».

Admitiendo este concepto, que los autores citados mantienen en lugar de las clásicas de en sentido propio y en sentido traslativo e impropio; correlativas en parte a esas denominaciones de jurídico-positivas citadas y de producción, nos encontramos con que, nuestra legislación general vigente, en su artículo 6.º del Código civil, dice: «El Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y en su defecto los principios generales del Derecho».

Dos puntos puede decirse contiene de forma principal este precepto que acabamos de transcribir literalmente: Uno, el señalar de forma concreta, junto al rango de las fuentes, las que gozan de ese carácter, y que son por el orden indicado en que deben ser aplicadas, la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho; mas junto a ello, otro: el de que en ningún caso pueden los Tribunales negarse a fallar los casos que se sometan a su conocimiento, no sólo cuando no exista claridad en la norma a aplicar, por oscuridad o insuficiencia de la misma, sino incluso cuando exista silencio en la ley.

Precisamente para estos casos, y conforme al orden jerárquico indicado, señala lo de que a falta de ley, se aplica la costumbre; y a falta de ésta, son aplicables los principios generales del Derecho.

La existencia de lagunas de la ley tiene una gran trascendencia en orden a la actuación de los Tribunales por la existencia del precepto que les obliga a fallar el asunto de que conozcan; importancia que se hace extensiva a todo el Derecho; porque no hay que olvidar que el título preliminar del Código civil tiene un carácter de aplicación general.

III. FUENTES JURÍDICO-POSITIVAS DEL DERECHO DE TRABAJO

La misión que constituye la finalidad de nuestro estudio es poner de relieve toda la importancia que tiene la jurisprudencia en esta disciplina; de ahí por lo tanto sea para nosotros de primordial interés —aunque hayamos

(41) GASPAR BAYÓN y EUGENIO PÉREZ-BOTIJA: Obra citada, pág. 134.

hecho como obligada cita, esa referencia a las fuentes generales de nuestro Derecho—, el delimitar y concretar las fuentes de nuestra disciplina.

Todos los autores, sin distinción valorable, están conformes en admitir que, junto a las fuentes generales antes citadas, en esta disciplina existen otras de muy alto valor, cual las que emanan de la contratación colectiva; pero junto a ello, en esa mención de las fuentes del Derecho de trabajo, existen peculiaridades entre los autores, que conviene puntualizar:

Bayón y Pérez Botija (42), admiten junto a ellas el Derecho natural, como postura metodológica; y dicen: «casi como acto de fe»; la ley, en un sentido de la mayor amplitud; la forma típica que ofrecen las Reglamentaciones de trabajo; e incluso el papel que desempeñan, la jurisprudencia, y los negocios y actos jurídicos individuales. Alonso García (43), estudia los fenómenos que a su juicio influyen en la determinación y orientación del cuadro de fuentes del Derecho de trabajo, determinando a estos efectos la constitucionalización e internacionalización de este Derecho; la aparición, existencia y ulterior desarrollo de los convenios colectivos; y el nuevo sentido del principio de jerarquía de normas; de lo que obtiene que, los poderes sociales que actúan como fuentes de producción de normas laborales, son: el Estado, la sociedad en general, los grupos sociales y la comunidad social, esta última, no como manifestadora de reglas concretas e inmediatamente determinadas según costumbre, sino como creadora y sustentadora de unos principios generales inspiradores de un determinado ordenamiento jurídico-positivo; y como su deducción lógica y como fuentes: la ley; la costumbre, los pactos colectivos y los principios generales del Derecho; rechazando las Reglamentaciones de trabajo y los Reglamentos de régimen interior de un lado, y el Derecho común de otro, al que admite como supletorio, pero no como nueva fuente, pues a su juicio Derecho común es también la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Ahora bien, si lo anterior lo relacionamos con las opiniones que relacionamos en el apartado I, cuando detallábamos las ofrecidas por los tratadistas sobre su criterio respecto a si la jurisprudencia debía o no considerarse como fuente del Derecho, especialmente en lo que hace referencia a la posibilidad de que, la costumbre en unos casos pueda —como así parecía dibujarse— recogerse en la jurisprudencia; y en otros, los usos y principios generales del Derecho; bueno será, antes de seguir adelante, desarrollar o estudiar aunque sólo sea de forma somera, esos conceptos de fuentes jurídico-positivas que viene en ofrecernos el artículo 6.º de nuestro Código civil, o sea, la ley, la cos-

(42) GASPAR BAYÓN y EUGENIO PÉREZ-BOTIJA: Obra citada, pág. 134.

(43) MANUEL ALONSO GARCÍA: Obra citada *Derecho del...*, pág. 293.

tumbre y los principios generales del Derecho, y estos en relación con los llamados usos, y con los también conocidos como principios específicos informadores del Derecho de trabajo.

A) *La ley*.—Admitida su conceptualización amplia, sólo precisa detallar este término; las materias de trabajo, de simples notas dispersas en las normas, han pasado a ocupar puesto preferente en muchas Constituciones e incluso en alguna materia principal de forma tal, que puede casi afirmarse que de los problemas que la relación del trabajo plantea, apenas si existe Constitución alguna que no se ocupe de ellos. De aquí pues que, en el término ley deba admitirse el sentido amplio de la ley constitucional; el más restringido pero de la ley formal promulgada conforme a los preceptos de cada país; el de ley material, admitiendo dentro de este tipo, a la norma con fuerza vinculante y obligatoria que nace de la contratación colectiva como específica de esta disciplina; y junto a todo ello, ese conjunto de normas que emanan del Estado de una u otra forma, incluso por delegación, como son los reglamentos, decretos, órdenes, etc. Sobre ello nada más, pues la admisión de la ley como fuente primaria por nadie es discutida, sin más que la primacía del Derecho natural como expresión de la ley eterna.

B) *La costumbre*.—Conocida la tradicional clasificación de ésta en: «secundum legem», «extra legem» y «contra legem», vamos a ocuparnos de la misma, en orden a estos tres significados.

La costumbre «secundum legem», nada puede aportar a nuestro estudio; estimada como aquella que actúa conforme a los propios dictados de la ley, se ve por ésta absorbida y naturalmente su aplicación no plantea problema de clase alguna.

Sobre la costumbre «extra legem», puede también sostenerse algo semejante a lo anterior; supone aplicación sólo para aquellos casos en que la ley no exista, y si tal supuesto se produce, como el precepto señalado concede a la costumbre en general ese carácter subsidiario a falta de precepto legal concreto, es indudable que cuando ese supuesto venga en darse, su aplicación estará conforme con lo normado puesto que, en confirmación de lo anterior, el artículo 5.º del propio Código dice: «Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario». Si existe ley aplicable, ésta debe ser la que se utilice; si por el contrario no existiere ley, la costumbre sería en definitiva aplicación exacta de lo dispuesto en esos dos preceptos, artículos 5.º y 6.º del Código civil.

Ahora bien, el problema se plantea con la llamada costumbre «contra legem», que si en toda disciplina tiene importancia, aún más puede tenerla en el Derecho de trabajo. A estos efectos y sobre ella, Bayón y Pérez Boti-

ja (44) dicen: «Hay que distinguir según se trate de una norma legal con vigencia general, o en claro desuso. A pesar de que el Código civil prohíbe en su artículo 5.º la derogación de las leyes por el desuso, en la vida del trabajo pueden darse, por el avance de la técnica, multitud de casos en que una norma legal resulte inaplicable por cambio de los supuestos de hecho y entonces, la costumbre contraria que la sustituya, es en realidad más que contra la ley, «extra legem» y por ello con plena vigencia normativa subsidiaria». Es verdad que estos autores y para llegar a esta conclusión, parten del supuesto de que, esa prohibición de la derogación de las leyes por el desuso, no es admisible en el Derecho de trabajo; mas aunque naturalmente ello suponga sólo una opinión personal muy respetable, se precisa compartirla porque, los supuestos que a estos efectos plantean, se vienen produciendo con demasiada frecuencia en la real vida del trabajo; y a pesar de ello, a seguido admiten que si la ley está vigente y en aplicación, la costumbre contraria a ella no es admisible, dado no puede sostenerse la prevalencia de una costumbre porque sea más favorable al trabajador, si ella es contraria a la ley porque como mantienen «el Derecho de trabajo, es Derecho general, sometido a las normas generales del Derecho común en todo lo no legalmente modificado».

Por su parte Alonso García (45), admite encierra un gran valor en el Derecho de trabajo la costumbre laboral; la asigna en nuestro Derecho, las siguientes funciones: 1.ª Suplir a la ley en su defecto o ausencia; 2.ª Prestar mayor fuerza a la interpretación de la misma en los casos de costumbre según ley, y facilitar, en consecuencia, la claridad y exactitud de dicha interpretación; y 3.ª Ser fuente que actúe mediante su contacto e identificación con la realidad, como posibilidad inspiradora de normas nuevas, prestas siempre a cuajar en precepto legal. En relación a su eficacia frente a la ley, admite la «extra legem», en cuanto es reguladora de situaciones sobre las que la ley no ha dictado precepto ninguno; admite asimismo la «secundum legem», en el mismo sentido que la ley, con un valor meramente interpretativo de ella, para facilitar el verdadero conocimiento de la norma legal y su significado; y rechaza la «contra legem», por los motivos siguientes: porque, así lo preceptúa nuestro Código civil; porque la propia ley de Contrato de trabajo reconoce validez a los usos y costumbres, con carácter subsidiario de la ley, o sea, en su defecto, cual en los artículos 3.º, 9.º, 27, 61, 64, 79-1.º y 81; y porque según el número 3 del artículo 9.º de la propia ley, aunque se reconozca que por usos y costumbres puedan establecerse condiciones superiores

(44) GASPAR BAYÓN y EUGENIO PÉREZ-BOTIJA: Obra citada, pág. 153.

(45) MANUEL ALONSO GARCÍA: *Derecho del...*, pág. 387.

a las mínimas fijadas por la ley o la voluntad de las partes, ello no implica contradicción con la ley sino su complemento (46). Por ello resume todo de la forma siguiente: «La costumbre en fuente del Derecho de trabajo, en defecto de la ley; el uso o costumbre opera como fuente reguladora del contrato de trabajo, en defecto de ley o de acuerdo convencional, pudiendo no obstante admitirse aun dándose aquélla y ésta, cuando comporte condiciones más beneficiosas para el trabajador que las fijadas por la ley o por la voluntad de las partes; nuestro ordenamiento utiliza indistintamente los términos uso y costumbre; la costumbre laboral, debe ser local y profesional; tiene valor independiente de la ley en la fijación de las fuentes reguladoras del contrato laboral tácito y expreso; opera con sentido de aplicación inmediata, cuando una ley se remite a ella expresamente y en aquellos otros supuestos en los que se aplica sólo en defecto de la ley; y la «contra legem», no cabe en nuestro Derecho, ni invocando nunca el principio de condición más beneficiosa» (47).

Como confirmación a lo anterior, la sentencia de 22 de noviembre de 1940 dijo: «Que si la costumbre es ciertamente fuente de Derecho social, supletoria de la ley y preceptos a la misma equiparables, no puede, sin embargo, entenderse con el rango estatal que éstos, al efecto de que predomine sobre la libertad contractual, pues norma esta general del contrato según el artículo 9.º de la ley del trabajo, sin más excepciones que las en el mismo determinadas, entre las cuales no se encuentra la mencionada fuente, y siendo inaceptable ampliar lo excepcional, no se entiende dable incluirla con las de poder anulatorio del pacto individual, entre las que no va compendida...»; y por la de 14 de diciembre del propio año en que se dijo: «Que planteado en el segundo motivo del recurso la cuestión de la prevalencia de la costumbre sobre lo consignado en un pacto colectivo de trabajo en orden a la fijación del tanto del salario, no ofrece duda alguna su resolución porque ya esta Sala tiene declarado en sentencia de 22 de noviembre de 1963...», sigue copiando la sentencia anterior, y continúa: «...y aunque también se afirme la costumbre de pagar un salario mayor, resolvió acertadamente el Tribunal dando preferencia al pacto sobre la costumbre por el rango que como fuente del Derecho social le otorga el número 3 del artículo 9.º de la ley de 21 de noviembre de 1931...». Criterio semejante fué mantenido asimismo por las sentencias de 3 de marzo de 1928 y 4 de octubre de 1934.

A lo expuesto, poco queda por añadir habida cuenta lo que sobre esta materia opinan los tratadistas de que estamos haciendo mención a lo largo de

(46) MANUEL ALONSO GARCÍA: *Derecho del...*, pág. 390.

(47) MANUEL ALONSO GARCÍA: *Derecho del...*, pág. 391.

cuanto llevamos expuesto; mas como no sólo queremos traer aquí la opinión de tribunales y tratadistas nacionales, sino también la que sobre la materia mantienen los de más allá de nuestras fronteras, vamos a este respecto a referirnos a la de Cabanellas y Kaskel.

De extraordinario califica Cabanellas la importancia de la costumbre en el Derecho de trabajo, tanto porque según su opinión a veces se impone a la misma ley para ocupar lugar preferente, como por la circunstancia del papel preponderante que la costumbre internacional ha jugado en este Derecho (48). Respecto a los usos, admite han desempeñado en este Derecho una parte destacada ya que dice: «Las prácticas comunmente seguidas por los contratantes debían, naturalmente, colmar las lagunas de la legislación», con lo que en parte los usos viene a identificarlos con las costumbres; las vacaciones pagadas, los convenios colectivos, etc., los considera costumbres elaboradas lenta y progresivamente; en muchos países carentes de legislación laboral o incompleta, admite es la costumbre única fuente; y las normas de trabajo —sostiene—, tuvieron su primera manifestación en prácticas industriales impulsadas, a veces por los patronos, y otras, por la acción directa de los trabajadores al extremo de que gran cantidad de costumbres —de acuerdo en esto con Antokoletz—, fueron luego confirmadas por el legislador incapaz de crear reglas no asentadas en la realidad de los hechos.

En orden a las clases de costumbres, «secundum legem», «preter legem» y «contra legem», confirmatoria la primera de la ley, supletoria la segunda de ella o para llenar un vacío de la misma, y derogatoria la tercera; mantiene que en los dos primeros casos tiene plena eficacia en el Derecho laboral; y respecto a la «contra legem» la estudia, y sin perjuicio de admitir que su trascendencia debe ser estudiada conjuntamente con el principio de aplicación de norma más favorable al trabajador, mantiene que la costumbre derogatoria de la ley debe estimarse en relación con la norma a la que se opone; que si esa norma está dictada por razones de orden público, no puede invalidar la costumbre, pero que si no ofrece la norma esa valoración y concede la costumbre derechos por encima de los otorgados por las leyes o disminuye algunos concedidos con exceso, puede y debe ser observada y aceptada (49).

Por último, Kaskel y Dersch admiten en el Derecho de trabajo la costumbre para la que consideran preciso una práctica constante de cierta duración y la convicción jurídica general de que la observancia de aquella práctica corresponde a una necesidad; sin que sobre esta materia hagan mayores con-

(48) GUILLERMO CABANELLAS: Obra citada, pág. 361. Tomo I.

(49) GUILLERMO CABANELLAS: Obra citada, pág. 364. Tomo I.

sideraciones (50); sin perjuicio de ello, su traductor, el profesor Krotschin (51) y sobre este tema, anota *no parece dudoso que la costumbre desempeña papel como fuente de Derecho, máxime si se tiene en cuenta el carácter autónomo del Derecho del trabajo por el que se sustrae a la aplicación estricta del Código civil.*

De todo cuanto llevamos anotado en relación con esta cuestión, es indudable que el problema se presenta sólo en la llamada costumbre «contra legem»; la «secundum legem» en cuanto se muestra acorde con la ley, sólo puede tener de ella un carácter interpretativo, fácilmente utilizado por la jurisprudencia a esos fines, pero sin que precisamente por esta circunstancia, pueda admitirse el que, la jurisprudencia que la recoge para interpretar la ley, pueda apropiarse del carácter de fuente del Derecho de que goza la costumbre. La «extra legem», admitida también como fuente por nuestro ordenamiento legal y por los tratadistas, tiene por sí misma ese carácter de fuente del Derecho, y si la jurisprudencia la recoge para llenar con ella lagunas de la ley, la argumentación tiene que ser en un todo semejante a la anteriormente expuesta ya que si la costumbre de esta clase, es fuente del Derecho, la jurisprudencia que la recoge, no podrá tener ese carácter de creadora, y si sólo a lo más de fuente concedora de la norma que supone esa costumbre «extra legem» por ella recogida. Por último, la costumbre «contra legem» es totalmente rechazada por nuestro ordenamiento legal. Es verdad que cual hemos visto, algún tratadista como Cabanellas la admite; mas si en legislaciones menos elaboradas o más inconcretas pueda tal vez admitirse, no así en la nuestra que a tales efectos es terminante y categórica, ya que a lo más a que se podría llegar por nuestra parte, recogido con reservas, sería a admitir la interpretación que de la misma dan Bayón y Pérez Botija, respecto a leyes en desuso por el avance de la técnica del trabajo, pero sin que pese a ello, la jurisprudencia que pudiese recogerla, e incluso fundamentar su admisión, adquiriría por ello ese carácter de fuente jurídico-positiva.

Para nosotros la costumbre, en cualquiera de sus formas, aun recogida por la jurisprudencia, no puede conceder a ésta el carácter de fuente directa del Derecho, incluso del de trabajo.

C) *Principios generales del Derecho.*—Tercera de las fuentes relacionadas por nuestro ordenamiento legal, vamos a transcribir la opinión que sobre ella mantienen los tratadistas citados en el apartado precedente; mas como existen y de todos es sabido principios de Derecho informadores de nuestra disciplina de forma específica, el estudio le llevaremos a efecto por separado.

(50) WALTER KASKEL: Obra citada, pág. 28.

(51) WALTER KASKEL: Obra citada, pág. 29.

1.º *Principios generales del Derecho común.*—Ante todo, y aunque de ello nos ocuparemos en el número siguiente, Bayón y Pérez Botija, sostienen que, los principios generales del Derecho a que el Código civil se refiere, rigen no sólo para el Derecho civil, sino para todo el Derecho y, por tanto, para el de trabajo; sin que exista respecto a este último principios generales de tipo especialmente laboral, que sólo y con referencia a él, se aplican con modalidades singulares. Mas en relación con su importancia como tales fuentes en nuestra disciplina, Pérez Botija sostiene que los principios generales del Derecho, no son aplicables al Derecho del trabajo, si contrarían principios específicos del mismo; y frente a esta opinión Bayón sostiene que, si los principios no se ven reconocidos por ley o costumbre y hay que recurrir a ellos por falta de esas normas, los principios generales del Derecho habrán de regir por encima y en contra de los principios específicos del Derecho del trabajo, a los que califica de normas orientadoras para la interpretación y orientación de las normas laborales, pero no de auténticas fuentes jurídico-positivas (52).

Alonso García, comienza por sentar dos afirmaciones, a saber: que los principios generales del Derecho, son fuente de éste; y que tienen carácter subsidiario en defecto de ley y de costumbre; tras mencionar las opiniones que los identifican con el Derecho natural, con los postulados generales de la ciencia jurídica, etc., sostiene que en su triple consideración de principios de Derecho natural, tradicionales y políticos, estos principios son informadores de todo ordenamiento jurídico, recogiendo con ello el criterio del profesor De Castro por ser reflejo de la ley eterna, y corresponder a la verdadera naturaleza humana.

En relación con el Derecho del trabajo, sostiene que, su aplicación a este ordenamiento, no les confiere un matiz especial; los considera fuentes que cumplen respecto a este Derecho, la propia función que respecto al Derecho en general, que es servir de fundamento al ordenamiento jurídico, actuar como orientadores de la labor interpretativa, y en caso de insuficiencia de ley de costumbre, ser fuente del Derecho (53).

Cabanellas (54), se ocupa también de esta cuestión sosteniendo que, como fuente del Derecho, algunos Códigos civiles, cual el italiano, español y suizo, se remiten a ellos aunque la vaguedad del término haya dado lugar a discusiones; considera que pueden ser o «las verdades universales dictadas por la recta razón, o los principios que sirven de fundamento al Derecho positi-

(52) GASPAR BAYÓN y EUGENIO PÉREZ-BOTIJA: Obra citada, pág. 157.

(53) MANUEL ALONSO GARCÍA: Obra citada, pág. 394.

(54) GUILLERMO CABANELLAS: Obra citada, pág. 370. Tomo I.

vo de cada país y que pueden deducirse, por vía de generalizaciones sucesivas, de las disposiciones particulares de la ley»; pero más especialísimo interés ofrece lo que dice respecto a España; mantiene que en nuestra patria estos principios, a los que califica de verdades jurídicas universalmente admitidas, sólo son aplicables, cual tiene declarado nuestro Tribunal Supremo, al punto controvertido en un pleito y a falta de ley o costumbre (55); y que estos principios no pueden ser aplicados en casación o invocados, sin alegar una ley, regla o *sentencia* que los autorice (56).

Mantiene que la aplicación de estos principios al Derecho laboral, es una consecuencia de su admisión por el Derecho común; pero sostiene que en caso de pugna entre los principios generales del Derecho y los especiales del laboral, deben prevalecer estos últimos; con lo que mantiene posición acorde con Pérez Botija, pero discrepante con Bayón.

Y de forma concreta y en relación con el tema objeto de este estudio, dice: «En España se ha sostenido, para que resulte eficaz la cita de un principio legal, la precisión de indicar la ley, la regla, o la *sentencia* del Tribunal Supremo que la autorice, y alegar y probar la inexistencia de ley o costumbre aplicable al caso del pleito» (57).

Y comenta lo anterior en el sentido de que, aunque sea de aplicación al Derecho común, no lo es al laboral. pues en éste, un principio general del mismo puede imponerse a la costumbre e incluso a la ley, citando a estos efectos algunas reglas generales de tal carácter universalmente admitidas, como las de que: el trabajo no es mercancía; el salario, debe asegurar un nivel de vida conveniente; a trabajo igual, salario igual, sin distinción de sexo; que son aplicables, incluso aunque no se encuentren contenidas en disposiciones legales.

Por último, en orden a este punto, nada concreto opinan Kaskel y Dersch, salvo en lo referente a principios básicos del Derecho del trabajo, de que nos ocuparemos en el apartado siguiente.

2.º *Principios específicos del Derecho del trabajo.*—Siguiendo el propio orden, vamos a ver lo que sobre la materia opinan los autores relacionados.

Reproducimos aquí lo que sobre ello expusimos en el número precedente como opinión de los profesores Bayón y Pérez Botija; e insistimos en que, para el primero, los principios generales del Derecho son de general aplicación adaptándose a cada especialidad jurídica según su propio contenido, pero

(55) Auto del Tribunal Supremo español de 15 de junio de 1893.

(56) Auto del Tribunal Supremo español de 13 de octubre de 1894.

(57) GUILLERMO CABANELLAS: Obra citada, pág. 371. Tomo I. Cita además los Autos del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1894; 30 de mayo de 1899; 7 de febrero del propio año y 26 de septiembre de 1900.

prevalenciando los mismos sobre los específicos del Derecho laboral; en tanto que para Pérez Botija, aunque mantiene igual criterio respecto al primer punto, discrepa en relación con el segundo por considerar que, los principios específicos del Derecho laboral, caso de ser más beneficiosos, han de aplicarse con preferencia a los generales del Derecho.

Mas ambos profesores se ocupan también de una forma concreta de estos principios, entre los que relacionan el «pro operario o tuitivo», el de «irrenunciabilidad», el de «irretroactividad debilitada», el de «justicia social», y otros que califican como más de técnica económica o legislativa que de carácter jurídico cual los de «rendimiento», «seguridad en el trabajo», «economicidad», etcétera; señalando que sobre ellos y de forma específica se han ocupado Nipperdey y Devali, entre los extranjeros, y el propio Pérez Botija, entre los nacionales (58).

En relación con ello, y con las reservas que antes quedaron anotadas respecto al distinto criterio que mantienen ambos profesores, exponen: «Cuando el artículo 6.º del Código civil, dice que el juzgador, en defecto de ley y de costumbre, aplicará los principios generales del Derecho, no lo hace hablando del Derecho civil, sino para todo caso de oscuridad, silencio o insuficiencia de la ley. No ocurre así con estos principios laborales; la irrenunciabilidad, por ejemplo, típica del Derecho del trabajo, no puede ser principio general de Derecho, aplicable a cualquier tipo de normas, cuando el artículo 4.º del Código civil establece la legitimidad de la renuncia de todo Derecho a no ser que vaya contra el interés u orden público o en perjuicio de tercero» (59); califican en tal razón estos principios como simples postulados que sociológicamente primero y jurídicamente después, tanto por disposiciones legales como por resoluciones judiciales, se han convertido en criterios de orientación del legislador y del juez en defensa de la parte de la relación laboral que consideraron más débil para restablecer la desigualdad social; los califican de mandatos morales de los que algunos han llegado a obtener reconocimiento legal, y otros han servido de orientación al juez; no los califican como fuentes de forma directa, sino sólo a través de normas; y en relación con ellos se preguntan: ¿Pueden los jueces forzar la interpretación para lograr un avance social, u obtener un resultado favorable a los trabajadores? Y se contestan que aunque en principio tal actuación pudo ser plausible, no aparece hoy tan lícita y puede a veces resultar contraria al llamado estado de Derecho. Y concretamente y para terminar en relación con nuestro estudio, advierten que en los fallos de los Tribunales es donde estas reglas o principios

(58) GASPAR BAYÓN y EUGENIO PÉREZ-BOTIJA: Obra citada, pág. 236.

(59) GASPAR BAYÓN y EUGENIO PÉREZ-BOTIJA: Obra citada, pág. 223.

específicos tienen más eficaz aplicación, y que ha sido nuestro Tribunal Supremo el que mejor ha establecido una política de protección al trabajador.

Si los autores antes indicados, opinan de la forma señalada, Alonso García, diferencia los principios generales del Derecho con los informadores del Derecho laboral (60), citando los criterios concretos ya enunciados de Bayón y Pérez Botija; mantiene por su parte el criterio de que, la distinta naturaleza de unos y otros, valora jerárquicamente su naturaleza, ya que no debe existir colisión puesto que responde a distintos significados; pero que si se planteara el contenido de los principios generales del Derecho, debe ser aplicable, por ser éstos fuente del ordenamiento jurídico y no contar los específicos con esa consideración.

Por su parte Cabanellas señala no deben confundirse las reglas de interpretación con los principios generales del Derecho y dentro de ese concepto de reglas interpretativas, admite estas reglas específicas del Derecho laboral (61).

Y, por último, Kaskel, de los autores que estamos utilizando a estos efectos, admite existen determinados principios básicos de esta disciplina; sosteniendo que las disposiciones de los Códigos civiles que en gran parte se fundamentan todavía en el modo de pensar del Derecho romano, sólo son aplicables en cuanto no se opongan al carácter particular de la relación de trabajo como relación de comunidad jurídico personal (62); y que este concepto debe servir como elemento de interpretación, citando a estos efectos el principio protectorio que priva —según afirma— en todo Derecho del trabajo como norma jurídica, aunque no sea enunciado expresamente. Por su parte el profesor Krotoschin (63), en la anotación a la obra de Kaskel, confirma que el principio protectorio es de carácter interpretativo, aplicado por la jurisprudencia argentina; aunque afirma que la aplicación de este principio no significa que en todos los casos deba estarse a favor del trabajador, sino que debe aplicarse contemplando los intereses de ambas partes; y que la regla «in dubio pro operario», sólo rige si existen elementos y antecedentes válidos que vengan en autorizarlo.

3.^a *Comentario a lo anterior.*—Con la brevedad precisa, para aclaración de conceptos; si los principios generales del Derecho son fuente jurídico-positiva admitida por el ordenamiento legal vigente y, por lo tanto, su aplicación por la jurisprudencia no concede a ésta, a nuestro juicio, el valor de

(60) MANUEL ALONSO GARCÍA: Obra citada, pág. 396.

(61) GUILLERMO CABANELLAS: Obra citada, pág. 382. Tomo I.

(62) WALTER KASKEL: Obra citada, pág. 31.

(63) WALTER KASKEL: Obra citada, pág. 33.

fuente directa del Derecho, no debe olvidarse que, las resoluciones del Tribunal Supremo que hemos citado, exigen que estos principios no pueden ser invocados en casación, sin que se alegue una ley, una regla o una sentencia que los autorice. Si la cita es de la ley, se confundirán los preceptos de ésta con el principio general del Derecho; y si la cita de la regla no aparece concretamente definida en su carácter, sí en cambio, debe aparecer en la sentencia. En el apartado siguiente, estudiaremos el valor de la jurisprudencia a efectos de la casación, y en razón a ello y a lo expuesto, tendremos que admitir que estos principios generales del Derecho, no son otra cosa que la doctrina legal cuya infracción debe citarse según las normas del recurso de casación para que éste prospere; y en este sentido, es indudable que la jurisprudencia tiene gran valor en relación con los principios generales del Derecho, puesto que sin la sentencia que los corrobore y recoja, no pueden los mismos ser alegados a esos efectos de recurso que estamos señalando. Mas, a nuestro juicio, y aunque naturalmente destaquemos el valor de la jurisprudencia a estos fines, ello no es suficiente para que, y según nuestro criterio, pueda la jurisprudencia ser en tal sentido considerada como fuente directa del Derecho de trabajo.

Las fuentes jurídico-positivas a nuestro sentir, son las que crean Derecho; y en este caso concreto, la jurisprudencia no viene en crearlo, sino en reconocerlo en base a un derecho ya reconocido por esos principios generales del Derecho, que en definitiva, tienen su fundamento en general, en el Derecho natural y en la ley eterna y divina. La jurisprudencia es mayormente, receptora de un Derecho; manifestadora del mismo y hasta reconocedora de su existencia; mas no creadora de lo que ya está creado. Pero ello no obsta para que, y puesto que los principios generales del Derecho, según el ordenamiento legal se confunden con la doctrina, y ésta es, a nuestro criterio, la jurisprudencia, tendremos que admitir su importancia, su trascendencia y su enorme valor en relación con las fuentes del Derecho.

Por ser materia ajena a este estudio, nos abstenemos de desarrollar el punto discrepante sobre si en caso de colisión deben ser aplicados los principios generales del Derecho o los específicos laborales; mas si respecto a estos últimos los admitimos como reglas orientadoras o interpretativas, y las mismas como tales no son admitidas por nuestro ordenamiento legal como fuentes, tendremos que llegar a la siguiente conclusión:

Si esas reglas interpretativas favorables al trabajador y específicas del Derecho laboral, tienen un encaje con una terminología adecuada en los principios generales del Derecho, perderán ese carácter de reglas orientadoras o interpretativas, adquirirán el de Principios Generales del Derecho, y en tal carácter tendrán que ser esos Principios admitidos como fuentes del Derecho

del trabajo; si por el contrario no ocurre así, no pasarán de tener el alcance de reglas orientadoras o interpretativas, mas no el de auténticas fuentes; y, por lo tanto, su contenido tendrá validez en tanto en cuanto no se opongan a la ley, a la costumbre, o a los principios generales del Derecho.

Y no se nos diga, como ha expuesto algún autor, que determinados principios son universalmente admitidos aunque no se encuentren recogidos en leyes, e incluso en costumbres; el Principio de que «el trabajo no es una mercancía», no es para nosotros un principio jurídico, sino sociológico que, además, tendrá o no validez y aceptación según el criterio que impere en cada época, del que serán reflejo los preceptos legales.

Si la jurisprudencia recoge para darlos validez los principios generales del Derecho; y si a su labor coadyuvan en gran medida las reglas o principios específicos del Derecho laboral, no por ello podemos admitir y por lo indicado a la jurisprudencia como fuente directa del Derecho jurídico-positiva, sino como indirecta, aunque sea de un extraordinario valor y alcance, que además siempre ha tenido un indiscutible papel en el impulso creador que se ha dado al Derecho del trabajo, y ello sin perjuicio de lo que después exponremos, sobre que en ocasiones la estimamos fuente directa.

IV. LA JURISPRUDENCIA A EFECTOS DE LA CASACIÓN

Recientemente, el 17 de enero último, se ha publicado el Decreto 149/1963, que ha venido en dar una nueva redacción al texto refundido del Procedimiento laboral. En este decreto y en su texto, en el art. 170, relaciona los casos en los que procede el recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal: y en el 171 al determinar los motivos en que puede fundamentarse este recurso, con el número 1.º señala los siguientes: «Cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas legales aplicables al caso».

El recurso de casación en la primera de sus modalidades, vemos puede ser por infracción de ley o de doctrina legal; respecto a la primera causa, nada nos es dable añadir porque su interpretación no admite opiniones contrarias. La ley imperativa marca unas obligaciones, señala unas normas que hay que observar, y su incumplimiento es base del recurso; pero al propio tiempo señala también como causa, la infracción de la doctrina legal y como motivo, la violación, interpretación errónea o aplicación indebida del fallo de esa doctrina legal. Y cabe preguntarse: ¿Qué debe entenderse por doctrina legal? Si la ley es mencionada de forma definida, la doctrina legal no puede ser otra que la que emane del Tribunal Supremo, como éste así lo

ha reconocido; y para nosotros también la del Tribunal Central de Trabajo en las materias de su exclusiva competencia, puesto que de ellas en muchos casos, no puede conocer nuestro Alto Tribunal de Justicia.

La razón de que nosotros identifiquemos jurisprudencia con doctrina legal, tiene su fundamento en lo siguiente: entre las fuentes del Derecho, señala el Código civil junto a la ley la costumbre y los principios generales del Derecho; más cuando las leyes procesales se ocupan del recurso de casación, si de forma concreta hacen referencia a las primeras, no se refieren a las otras dos; de ahí el que la costumbre y los principios generales del Derecho para que puedan ser invocados en casación, y dar base como motivo al recurso de esta clase, precisen sean recogidos en sentencias; esas sentencias desarrollan una doctrina; y esa doctrina es base de la jurisprudencia. De ahí que, identifiquemos a nuestro sentir y en nuestro ordenamiento legal, doctrina con jurisprudencia, porque aunque teóricamente pudieren diferenciarse según criterio de algunos autores, en la legislación vigente y, a nuestro juicio, no cabe tal distinguo.

Pero además, y en confirmación de lo expuesto, el propio texto refundido recientemente publicado, en sus arts. 189 al 191, se ocupa del que llama «recurso en interés de la ley», que procede contra las sentencias del Tribunal Central de Trabajo y sólo a efectos jurisprudenciales; lo cual quiere decir que no modifica el fallo dictado en relación al caso planteado, pero sí establece criterio unificador en la interpretación de normas y forma de aplicarlas, base de la doctrina legal como motivo de casación por su infracción; e identificamos doctrina legal con jurisprudencia, porque es el propio artículo 189 de este texto refundido, el que viene en confirmar esta opinión cuando dice que este recurso podrá plantearse por la Fiscalía del Tribunal Supremo «cuando estima dañosa o errónea la doctrina sentada por aquél». Si el precepto al referirse a la sentencia del Tribunal Central, califica su contenido de doctrina; y si este recurso en interés de la ley es resuelto en pleno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y por los trámites ordinarios del recurso de casación, dejando intacta la situación jurídica particular creada por el fallo que se recurrió y, como dice el art. 191, *fijando la doctrina legal procedente*, consideramos no puede en el ordenamiento vigente sostenerse, exista diferencia entre jurisprudencia y doctrina legal.

V. NUESTRA OPINIÓN SOBRE EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA
COMO FUENTE DEL DERECHO

Vamos a terminar la parte que pudiéramos llamar doctrinal de este trabajo, para ofrecer las muestras de cual ha sido la labor que ha venido realizando la jurisprudencia, en orden al impulso renovador y evolucionador del Derecho del trabajo.

Veremos en esta segunda parte, cómo en ocasiones puede casi llegarse a afirmar que con su doctrina, el Tribunal Supremo, o sea, la jurisprudencia, ha venido en crear derechos, por considerar que los mismos son fruto de una interpretación muy curiosa de normas preexistentes, y como ejemplo típico los accidentes de trabajo *in itinere*. Y sostenemos ese criterio, de que en realidad se lleva a efecto, no una labor de amplia interpretación u orientación, sino de creación de nuevos derechos, porque si es verdad que los fallos jurisprudenciales no obligan más que en relación al caso concreto para los que se dictan, y su observancia no es obligatoria ni vinculante para los Tribunales inferiores, es también igualmente cierto que desde el momento en el Supremo reconoce derechos en sus fallos, o sea, en su doctrina legal o jurisprudencia, si luego para casos semejantes no son igualmente reconocidos por los Tribunales inferiores, precisamente ello puede ser el motivo del recurso de casación que puede fundarse en infracción de la doctrina legal; y todo ello, nos conduce a la consecuencia de que en tales supuestos es casi afirmable que el recurso interpuesto y formalizado con base en esto, prosperará; y tanto quiere decir como que se han venido en crear derechos nuevos por la jurisprudencia, con fuerza vinculante y obligatoria, aunque sea de forma indirecta, precisamente en razón de que el no reconocimiento de los mismos, constituye la base del recurso de casación.

Pero aún cabe algo más que alegar; expusimos en otro lugar de este estudio, que a nuestro juicio, coincidente en ello, con otros autores, en la materia laboral, jurisprudencia no sólo es la que emana del Tribunal Supremo, sino también y para determinados supuestos la que ofrece el Tribunal Central de Trabajo resolviendo sus recursos de suplicación. Hemos también hecho referencia al recurso en interés de la ley, porque naturalmente el planteamiento y resolución del mismo puede unificar criterios entre ambos Tribunales; pero este criterio nuestro de que también es jurisprudencia la del Tribunal Central, porque hay asuntos de los que el Tribunal Supremo no conocen ni aun puede conocer, encuentra su confirmación en el contenido del Decreto 2.354/1962, de 20 de septiembre, sobre procedimientos de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo.

que ha sido recogido recientemente en los arts. 148 al 154 y en los 197 al 203, del nuevo texto refundido del Procedimiento laboral, aprobado por el Decreto 149/1963, de 17 de enero, y sobre todo por los preceptos últimamente citados que se refieren a los recursos de alzada en los conflictos colectivos, que habrán de ser resueltos por una Sala especial del Tribunal Central de Trabajo, sin que contra la resolución de estos recursos se dé ningún otro, salvo el de revisión ante la propia Sala, conforme a lo dispuesto en el art. 202. Los fallos del Tribunal Central en esta materia, de la que en manera alguna podrá conocer el Tribunal Supremo, supone una jurisprudencia muy de tener en cuenta en lo sucesivo, motivo por el cual dejamos aquí constancia de este extremo.

Y como conclusiones y resumen de cuanto hasta ahora llevamos expuesto, dejamos constancia de que a nuestro juicio la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia laboral, y en algunas ocasiones la del Tribunal Central, viene en constituir, también en ocasiones, una fuente del Derecho, no de carácter indirecto, porque éste lo posee en todos los casos, sino de carácter directo y jurídico-positivo, ya que viene en crear ese Derecho que sin ella no se vería reconocido, ni en el texto definido de una ley, ni en costumbres, ni tampoco en principios generales de Derecho. Consideramos que la doctrina del Supremo en algunas materias, de las que al final daremos fe, no son meras interpretaciones de preceptos legales preexistentes, sino creaciones de nuevos derechos, como ya antes indicamos; ese concepto de fuente directa y positiva a que nos referimos, no lo mantenemos con carácter general, sino circunscrito a determinadas situaciones que dejaremos puntualizadas como conclusión final. Sostenemos por ello la trascendencia de la jurisprudencia como fuente del Derecho laboral, y pasamos a exponer nuestra clasificación de esta doctrina.

VI. CLASIFICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Con este apartado iniciamos la segunda parte de nuestro estudio, en el que pretendemos apoyar cuanto anteriormente dejamos indicado, como opinión nuestra sobre el valor de la jurisprudencia en la legislación laboral.

Previo al detalle de los fallos más descollantes dictados por nuestro Tribunal Supremo en estas materias, y que habremos de ofrecer debidamente clasificados por las mismas, sin otra discriminación, creemos de interés hacer o dejar constancia de una circunstancia que no debe olvidarse, y que al examinar cada uno de esos fallos, debe tenerse presente.

La doctrina legal que en los fallos del Tribunal Supremo se contiene,

sea cual fuere la materia a que los mismos corresponda, no es semejante y puede ser: 1.º En unos casos, la ley, que solo, naturalmente, establece directrices generales o principios, o incluso el Reglamento que aunque descendiendo a mayores detalles no puede llegar a recoger en su texto cuantos casos la práctica pueda ofrecer, precisa de eso, es decir, de que aquellos llamados a imponer sus normas, o sea, los Tribunales, señalen las directrices, marquen los criterios, u ofrezcan las normas orientadoras de aplicación de los mismos; esta labor que realizan innumerables fallos, si por demás interesante, no cabe duda que no puede ser estimada como fuente jurídico-positiva de este Derecho. 2.º En otros casos, la doctrina legal llega a más; se encuentra con las situaciones concretas y particulares que se plantean en los litigios y como su consecuencia, precisa interpretar ortodoxamente los preceptos que se alegan por las partes, dado que unas y otras están conformes en que son los aplicables, mas su discrepancia se manifiesta en el sentido que a los mismos debe dárseles; esa labor, es la que se encomienda a los Tribunales, los que determinan en esa doctrina legal, la forma en que la interpretación debe hacerse, e incluso su alcance; indudable es, que tampoco esa doctrina, pese a la influencia que puede ejercer para la motivación de los recursos de casación, puede ser considerada como fuente jurídico-positiva. 3.º En determinadas ocasiones, las partes plantean sus posiciones ante los Tribunales de forma inconcreta e indefinida, pues no hay que olvidar que, lo laboral, es materia en la que se viene en exigir en las primeras instancias, menos formalismo procesal; y lo plantean así, incluso en cuestiones o reclamaciones de elevada cuantía, porque, o se presenta la misma sin dirección letrada, o aunque ésta exista, no cuenta con el precepto legal adecuado que pueda amparar su reclamación que, de otro lado, no puede ofrecer moral y por Derecho natural mayor justicia; son los casos de lagunas de la ley, de defectos en la redacción de la misma, esos casos que el juez viene obligado a fallar y con ello a aplicar el principio de fuentes, y el analógico. En este sentido, y a nuestro juicio, aunque no podemos terminantemente colocarnos en la postura de afirmar que, la doctrina legal emitida en tal sentido cree Derecho por sí mismo. puesto que viene en aplicarse sólo a un caso concreto —el sometido a su conocimiento y para el que se dicta el fallo—, no se puede tampoco olvidar que ese fallo realiza dos cometidos: De un lado, señalar la existencia de una laguna y la forma de llenarla, marcar la directriz adecuada para que el legislador, pueda dictar la norma que venga en resolver esa cuestión; pero junto a ello y a más de imponer un criterio justo, crea también derecho en tanto la norma se dicta, dado que y por el argumento empleado por nosotros anteriormente, respecto al valor de esta doctrina legal a efectos de la casación, viene en imponerse a los Tribunales inferiores, que si no ajus-

tan sus fallos a este criterio, pueden ser sus resoluciones revocadas o casadas, y también a los particulares que conociendo ese criterio y si quieren evitarse una acción judicial, deben acomodar su actuación a las directrices que esa doctrina ha venido en señalar; en este sentido, estimamos que y para estos casos, esa jurisprudencia puede considerarse tiene fuerza de obligar, y ha venido en ser creadora de Derecho de forma tal que puede en tal sentido considerársela fuente jurídico-positiva. 4.º Por último, existen aquellos otros casos en los que, a nuestro juicio, no puede ponerse en tela de juicio esa labor jurisprudencial constitutiva de verdadera fuente jurídico-positiva del Derecho laboral; nos referimos precisamente a los casos en que no se limitan, cual en el caso anterior a rellenar lagunas de la ley, que si no tiene precepto aplicable al caso debatido, sí cuenta con otros analógicos; ni tampoco a los en que todo lo que se requiere, es esa interpretación de los preceptos, valorados por los distintos modos de llevarla a cabo en justicia, o de orientación y señalamiento de criterios; ni aun siquiera de aquellas otras situaciones en las que, lo que se viene en hacer, para resolver el caso particular planteado, es interpretar, aunque con un criterio amplio, un precepto; nos referimos concretamente a aquellos otros casos en los que, *derechos no reconocidos por preceptos legales, situaciones no amparadas o protegidas*, han merecido ese amparo y esa protección que ha emanado no del legislador, sino precisamente del juzgador. Para estos casos, no cabe duda, a nuestro juicio, que la adecuada clasificación del valor jurisprudencial, no puede ser otro que el de estimarla como auténtica fuente jurídico-positiva del Derecho laboral.

Tras lo expuesto, vamos a continuación a examinar los casos prácticos que ofrecemos como ejemplo, de esta nuestra clasificación; como previo razonamiento a las conclusiones a ofrecer como final de este trabajo.

VII. ESTUDIO ESPECIAL DE LA JURISPRUDENCIA EN AQUELLOS CASOS EN LOS QUE A NUESTRO JUICIO HA LLEVADO A EFECTO UNA LABOR DE FUENTE DIRECTA O DE PROPULSORA DE UN EXTRAORDINARIO AVANCE DEL DERECHO LABORAL.

Tan sugestiva e interesante es esta materia, tan importante y de tan destacada influencia la labor llevada a efecto, que bien por sí sola sería merecedora de un trabajo a ella dedicado; es posible que en algún momento lo llevemos a efecto; mas aquí, nuestra misión es más sencilla, y a ella debemos ajustarnos; no debe tener otra finalidad, que la de relacionar y argumentar los casos principales, *no únicos*, en los que a nuestro juicio la jurisprudencia ha actuado, en las distintas modalidades que en su momento detallamos,

cuando al desarrollar el apartado VI los relacionábamos, y muy especialmente, ofrecer ejemplos prácticos y reales en razón a los que, fundamos nuestra afirmación de que *en algunas situaciones* la jurisprudencia ha actuado como fuente directa del Derecho del trabajo; lo que además, nos conduce a mantener todo lo que de arriesgado y decidido ha tenido su actuación, en pro del mantenimiento de una auténtica justicia social.

A) Como se recordará, el primer caso de aquellos en los que clasificábamos la jurisprudencia en esta materia, se refería a su contenido, en cuanto que su misión se ajustaba a concretar la forma en que los preceptos generales debían ser interpretados; a lo largo de la doctrina nacida de la Sala, son muchas y numerosas las sentencias dictadas en tal sentido; y como de ellas no vamos a ofrecer un detalle exhaustivo, vamos a limitarnos a relacionar sucintamente algunos casos.

Cuando la ley de Contrato de trabajo, en su art. 77 relaciona las causas justas de despido del trabajador por el empresario, no dice ni detalla más que la enunciación de las mismas, pero no si esa enumeración es enunciativa o limitativa; pues bien, el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de noviembre de 1935, determina que ella es de carácter enunciativo, refiriéndose a la ley de 27 de noviembre de 1931 de Contrato de trabajo, y diciendo que «...no siguiéndose en dicho precepto (se refiere al art. 46 de aquella ley), un sistema de «*numerus clausus*», sino otro *meramente enumerativo* o ejemplar, no puede estimarse que las únicas causas legítimas de despido sean las allí enumeradas, por cuya razón deberán ponderarse en cada caso, las circunstancias que en el mismo concurren, a fin de precisar si los intereses del trabajador han sido lesionados por el capricho del patrono, encubierto en aparente justificación, o si, por el contrario, han acaecido hechos o han concurrido circunstancias especiales que dadas las condiciones en que cada industria se desenvuelve, justifican ante la moral y ante el Derecho la actitud del patrono al prescindir de los servicios del obrero»; criterio éste muy discutido por la doctrina, que sobre ello ha dado opiniones dispares, y que también tuvo su reflejo en la jurisprudencia puesto que, en posteriores sentencias, cual las de 22 de junio y 28 de octubre de 1940, mantuvo criterio opuesto, diciendo en la segunda: «No se ha infringido el art. 89 de la ley de Contrato de trabajo, pues no resulta que se haya dado lugar al despido por alguna de las causas enumeradas en aquel artículo, *de carácter limitativo*, y que por tanto, no pueden ser ampliadas a otras...» (64). Y en relación con otra materia, cual es la legislación de Accidentes de Trabajo, podremos observar igualmen-

(64) MANUEL RODRÍGUEZ NAVARRO: *Doctrina laboral del Tribunal Supremo*, tomo II, págs. 782 y 783.

te que al referirnos en los artículos 37 y siguientes a los conceptos de incapacidades permanentes, parcial, total y absoluta, lo hacen relacionando a continuación del concepto general en cada caso, una serie de lesiones que en todo momento tienen la consideración de incapacidad permanente; mas estos preceptos han sido ampliamente por la jurisprudencia interpretados, cual a modo de ejemplo por las sentencias de 10 de enero y 10 de abril de 1957, en que se ha dicho: «La doctrina jurisprudencial viene recordando continuamente que las incapacidades definidas en la ley de Accidentes de Trabajo y su Reglamento, sólo tienen carácter enunciativo, y consienten por tanto se puedan considerar como tales, cuantas correspondan al concepto genérico contenido en los artículos 12 y 13 de las disposiciones respectivamente citadas; y que cualquier lesión es capaz de producir incapacidad permanente si en efecto disminuye la laboral, aunque no sea de las específicas...» (sentencia de 10 de enero de 1957); y que «la jurisprudencia viene estableciendo como doctrina bien reiterada, que la definición genérica de la incapacidad permanente parcial sólo exige inutilidad que disminuya la aptitud del trabajador; no siendo preciso que la lesión se encuentre comprendida en los casos citados por el artículo 13 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, porque sólo tiene carácter enunciativo y no limitativo (sentencia 10 de abril de 1956) (65).

Hemos preferido en este caso buscar un tema semejante, para que él pueda servir de orientación a lo que estamos exponiendo.

B) En el segundo de los casos de aquel apartado, nos referíamos de forma concreta y definitiva a aquellos otros en los que, las partes en los litigios, están conformes en la aplicación de los preceptos, pero respecto a ellos dan interpretaciones diferentes, y es el Tribunal Supremo el que en su doctrina aclara y determina de qué forma deben los mismos ser interpretados; como ejemplo de ello ofrecemos los dos siguientes.

Dijimos en el caso anterior, que el art. 77 de la ley de Contrato de trabajo relaciona los casos en que se puede llevar a efecto el despido del trabajador por causas justas; y cuyo artículo relaciona a continuación las mismas. Cual es la forma en que ellas deben ser interpretadas, es materia resuelta por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre otras en las de 29 de enero de 1942, de 21 de septiembre de 1945, 14 de junio y 22 de septiembre de 1948, 5 de marzo de 1951, etc.; en la de 1945 dice: «Para la adecuada ca-

(65) Véase nuestros estudios sobre estas materias en los números 1.565 - octubre, 1951; 1.571-abril, 1952; 1.573-julio, 1952; de la Revista *El Eco del Seguro de Barcelona*. Y números 163-enero-febrero, 1962; 166-julio-agosto, 1962; 168-noviembre-diciembre, 1962; y 170-marzo-abril, 1963; de la Revista *Española de Seguros de Madrid*; reproducidos en los números 119 y 127 del *Boletín de la Federación del Centro de Mutualidades y Montepíos*, correspondiente al año 1962.

lificación de los actos especificados legalmente como circunstancias infractoras de la normal relación laboral, capaces de justificar sanciones unilaterales hasta su extinción por el despido, han de analizarse aquéllas en su realidad, momentos y efectos con observación del trabajo a que afecten, y de la personalidad a quien se imputen; en concreto, tendrán que verse humanamente e individualizados los hechos para lograr consecuencias bien adaptadas a su propia naturaleza y correcta estimación sin que el género predetermine por sí ésta, y queda así enunciado que la conclusión debe obtenerse por la contemplación conjunta del caso, su trascendencia y el definido legal donde se incluye» (66). Y como su consecuencia, al referirse a los malos tratamientos de palabra u obra, la jurisprudencia ha incluido a veces en este apartado los malos tratos a terceros en la ejecución del trabajo (67); y cuando ha juzgado la conocida por «falta de aseo», ha valorado el tipo de trabajo entre otras circunstancias; como asimismo en los malos tratos de palabra: la cultura del trabajador.

A su vez, y con relación a la legislación de Accidentes de Trabajo, el Reglamento admite la conocida situación de gran invalidez que define, como aquella que se produce cuando por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales sufridas por el accidente, el operario afecto de incapacidad permanente absoluta no puede realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, desplazarse o análogos), y necesita el auxilio de otra persona; pues bien, el Tribunal Supremo en su doctrina, ha puntualizado que esta situación está determinada por la material imposibilidad de valerse por sí (sentencia de 26 de octubre de 1948), y que no es «la inutilidad laboral la subvencionada la cual ya lo queda por la correspondiente indemnización, sino la necesidad permanente de auxilio por otra persona para la materialidad del vivir» (sentencia de 18 de junio de 1947); y como su consecuencia, en numerosas sentencias, cual las de, entre otras, 29 de abril y 18 de junio de 1947 y 9 de junio de 1952, ha determinado no procede calificar de gran invalidez a la ceguera; y sí en cambio (sentencia de 10 de diciembre de 1951) al que pierde la pierna y el brazo derechos; y (sentencia de 4 de febrero de 1956) el que padece parálisis y falta de sensibilidad desde unos centímetros por debajo de la región umbilical, sin que pueda mantenerse en pie ni efectuar movimientos, ni dominar la micción, ni la defecación (68).

(66) MANUEL RODRÍGUEZ NAVARRO: Obra citada, tomo II, pág. 781.

(67) GASPAR BAYÓN CHACÓN y EUGENIO PÉREZ-BOTIJA: Obra citada, 3.^a edición, página 558.

(68) Véase sobre esta materia, los repertorios doctrinales de jurisprudencia; y muy especialmente nuestras obras «Manual de Accidentes de Trabajo» y «Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales», ya citadas; y nuestros estudios sobre esta materia.

C) Clasificábamos como tercer grupo, aquél en el que la doctrina legal, ha venido en llenar lagunas legales, resolviendo por analogía situaciones para las que no existía en la legislación, un precepto terminantemente aplicable; a título cual estamos haciendo en todos estos casos de ejemplo, ofrecemos el contenido de la sentencia de 7 de julio de 1961, que dijo: «De la autopsia practicada al cadáver del obrero en abril de 1960, se demuestra que la muerte fué producida por un proceso silicótico-tuberculoso, y como única empresa en la que trabajó con riesgo pulvígeno, fué la compañía en la que cesó de prestar servicio en el año 1930, sin que posteriormente realizara trabajos en los que pudiera adquirirse o agravarse la enfermedad, es evidente que allí la contrajo, siendo aseguradora en tan remoto tiempo la compañía X, sin percibir primas para cubrir el riesgo de renta vitalicia, que no estando establecida legalmente por entonces no puede serles impuesto ahora a ninguna de ambas entidades contratantes; de otra parte, la legislación actual protectora del obrero al crear el Seguro de Enfermedades Profesionales por Decreto de 10 de enero de 1947 y su Reglamento de 19 de julio de 1949, no puede dejar de ser aplicada, surgiendo así la necesidad de salvar el obstáculo que representa una situación no prevista por la ley, para lo que es necesario arbitrar la única posibilidad jurídica que por analogía nos permite el art. 124 del Reglamento de Accidentes del Trabajo, de su carácter de precepto general que le ha atribuído la resolución de la Dirección General de Previsión de 31 de diciembre de 1960, y por ello surge el Fondo de Garantía como entidad a la que legalmente corresponde cubrir la renta vitalicia reclamada por la viuda del productor» (69).

publicados en los números 1.573-julio, 1952, de la Revista *El Eco del Seguro de Barcelona*; y número 86-enero, 1961, de la Revista *Jornal*, de Madrid.

(69) Pueden consultarse sobre esta materia junto a los repertorios de jurisprudencia, nuestro trabajo-estudio «Responsabilidad del Fondo de Garantía por diferencias de salarios en determinados casos de silicosis», publicado en la *Revista Española de Seguros*, número 156-diciembre, 1960. Esta doctrina, ha sido mantenida posteriormente en las sentencias de 10 de febrero de 1961 y 1 de marzo de 1962; la primera en la sentencia de casación dijo: «Que el único motivo de casación amparado en el número 1 del art. 164 del texto refundido sobre el Procedimiento Laboral vigente, y que autoriza el número 1 del art. 163 del mismo, merece plena acogida, pues se cita como infringidos por violación el art. 81 del Reglamento sobre el Seguro de Enfermedades Profesionales, en relación con los arts. 20 de la ley y 58 y siguientes del Reglamento de Accidentes, así como el 2.º de la Orden de 7 de marzo de 1941, aprobatorio de las normas de prevención e indemnización de la neumoconiosis y silicosis, ya que siendo doctrina reiterada de este Tribunal, que en las enfermedades profesionales la fecha del accidente es la del diagnóstico de la misma, y no la de su iniciación, es claro que el salario base para la determinación de la indemnización correspondiente al trabajador recurrente, no puede ser el de ocho pesetas diarias incrementadas con cinco más por

Aún existe otro caso u otra situación, tal vez más discutible, que puede incluirse en este apartado, pero que sin duda alguna ofrece singulares características y extraordinaria importancia; nos referimos concretamente a la

primas de alcance, alimentación y casa-habitación, que ganaba en la última empresa con riesgo pulvígeno, antes del día 8 de mayo de 1945 en que causó baja en la misma, sino el de 36 pesetas diarias que percibía al servicio de Productos L., el día 5 de mayo de 1958, en que fué diagnosticada su enfermedad de silicosis de tercer grado, y al no entenderlo así el magistrado de instancia, infringió los referidos preceptos y la doctrina jurisprudencial aludida, y que se declara, entre otras, en sentencias de 2 y 10 de julio de 1938 y 31 de marzo de 1960, a fin de evitar la injusticia por el desequilibrio económico que se produciría, de adoptar otro criterio, en perjuicio del productor». Y como su consecuencia, en la segunda sentencia, dijo: «Que reconocida la realidad de la enfermedad profesional de silicosis en tercer grado indemnizable y que le impide al demandante realizar cualquier trabajo, que así como cuando lo prestó al servicio de la última empresa con riesgo pulvígeno, desde el día 12 de octubre de 1943 al 8 de marzo de 1945, en calidad de barrenero en un túnel de las obras del ferrocarril Madrid-Burgos, percibía un jornal de ocho pesetas diarias más cinco también al día, de prima de alcance, comida y casa-habitación, salario que fué aumentando sucesivamente al servicio de otras empresas, hasta llegar al de 36 pesetas diarias que cobraba en la denominada X de Burgos, en donde trabajó desde el 15 de febrero de 1954 hasta el 5 de mayo de 1958, día éste en que le fué diagnosticada la enfermedad de silicosis en tercer grado, es procedente reconocer el dicho último jornal como el que legítimamente debe servir de base para la fijación de renta que el accidentado tiene derecho a percibir». «Que la diferencia entre ambos salarios, ni es justo que corra a cargo de la empresa condenada, que cubrió sus obligaciones patronales en virtud de contrato de seguro pactado directamente con la C. N., hasta el límite máximo del jornal que satisfacía a sus asalariados, abonando sus primas con arreglo al mismo, ni a la dicha entidad aseguradora, pues es obvio y así se reconoce en el art. 8.º del Reglamento de Accidentes, que su responsabilidad indemnizatoria sólo alcanza hasta el indicado límite del jornal asegurado y en razón al cual fué fijada y abonada la prima; por lo que, como ya se hizo en veces anteriores y teniendo en cuenta el criterio análogo consagrado en la regla 13 de las disposiciones transitorias del Código civil, dando al art. 124 del Reglamento de 22 de junio de 1956, el poder expansivo que su carácter de precepto general permite, y que recientemente le ha dado la resolución de la Dirección General de Previsión de 31 de diciembre de 1960, procede que el Fondo de Garantía cargue con la obligación de indemnizar al obrero por la mencionada diferencia de salario; función ésta, creadora e integradora del Derecho, precisa para dar a la mencionada disposición legal la eficacia amplia que su *ratio* exige, aceptando la concepción del *ius sequum* de tanta influencia en materia laboral». A su vez, la segunda de las sentencias mencionadas, la de 1.º de marzo de 1962, asimismo dijo: «Es obligado aceptar como salario base de la indemnización del obrero que sufre enfermedad profesional, por la incapacidad originada por la misma, el que percibía al serle diagnosticada en grado indemnizable, para compaginar los derechos de aquél con los deberes de la patronal, que cumpliendo sus deberes tenía asegurado al obrero enfermo por el salario que efectivamente ganaba, por lo que en justicia no es posible recargar las responsabilidades de la Compañía aseguradora, más allá de lo que cubría el seguro que las vinculaba, siguiendo la norma fijada por la sen-

reparación de las enfermedades profesionales. Es de todos sabido, que hasta el año 1936, no se publicó la ley primera reparadora de las mismas y que ésta quedó sin inmediata aplicación por falta de un reglamento que la desarrollara debidamente; puesto que en parte vino a ocupar la orden de 7 de marzo de 1941, encaminada directamente a la reparación específica de la silicosis como enfermedad profesional; y que fué seguida de una serie ininterrumpida de disposiciones, hasta llegar al Decreto 792/1961, de 13 de abril y disposiciones complementarias, que han venido en organizar el aseguramiento de las enfermedades profesionales de forma muy específica, y sobre todo, diferente de la manera con que venían siendo reparadas a partir de 1941 (70).

Mas el hecho de que la reparación de estos infortunios que constituyen las enfermedades profesionales, no fueren objeto de un régimen específico hasta las fechas antes señaladas, no quiere decir que las mismas quedaran sin la debida reparación pues ya en 1913 (71), se dictó la primera resolución de esta clase por la que la enfermedad producida por las emanaciones del fósforo desprendidos de una fábrica de cerillas, se consideraban accidente del trabajo indemnizable; y posteriormente se concedía igual calificación a casos semejantes, como la dermatitis sufrida por obrero pulidor de mármol que sufría la enfermedad por el manejo de sustancias de alambre, esmeril y agua (72). Y no termina aquí la relación; porque si bien a partir de 1941, la silicosis fué reparada de una forma específica, no por ello dejó de serlo con arreglo a la legislación de Accidentes; y si más tarde la silicosis en determinadas industrias y el nistagmus en las minas de carbón, fué reparado de forma distinta mediante un seguro específico, tanto estas enfermedades producidas en otras industrias como las demás de igual naturaleza, siguieron reparándose con arreglo a la legislación de Accidentes de Trabajo (73).

tencia de 31 de marzo de 1960, procede limitar las obligaciones de la sociedad patronal y su aseguradora, a asegurar al operario la renta correspondiente al jornal inferior, e imponer el aseguramiento del resto o diferencia hasta el jornal superior al Fondo de Garantía, por analogía, con lo que dispone el art. 124 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, de 22 de junio de 1956».

(70) Sobre el desarrollo histórico de esta materia, véase mis trabajos monográficos: «Estudio crítico, histórico-jurídico de las enfermedades profesionales», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. IV, núm. 9, de 1960; y «Regímenes de reparación de la enfermedad profesional», en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, Madrid, enero-febrero 1963.

(71) Sentencia de 8 de junio de 1913.

(72) Sentencia de 27 de junio de 1927.

(73) La multitud de sentencias del Tribunal Supremo ordenando esta reparación de las enfermedades profesionales dentro del campo de aplicación del Seguro de Accidentes de Trabajo, pueden consultarse en las colecciones de doctrina jurisprudencial; y tam-

Hemos calificado como discutible esta materia al comenzar a ocuparnos de ella, porque no falta quienes sostienen que la labor del Tribunal Supremo al acordar la reparación de las enfermedades profesionales, por aplicación extensiva del art. 2.º del Reglamento vigente de Accidentes de Trabajo, y de la definición del mismo, en cuanto supone una interpretación del término causal «por consecuencia del trabajo», no tiene ese carácter, sino que en realidad lo que la doctrina jurisprudencial ha venido en hacer, ha sido crear nuevos derechos, lo que de ser cierto, nos llevaría a clasificar esta doctrina jurisprudencial, no en este apartado, sino en el siguiente que a continuación desarrollaremos; los que tal postura mantienen que normalmente son los que defienden y representan a las entidades aseguradoras de accidentes de trabajo, pretenden fundamentar su posición en base a que, cuando se dictaron las tarifas de primas del Seguro Obligatorio de Accidentes, no se hizo una específica declaración de las enfermedades profesionales, que a su vez tampoco consideran fué objeto de una conceptualización genérica de tal carácter, en la legislación vigente de esta materia. Frente a ello, nuestra postura es contraria; sostenemos que cuando las tarifas de primas fueron publicadas, ya estaba en pleno auge la doctrina jurisprudencial que venía en reparar las enfermedades profesionales como accidentes de trabajo, por lo que en la prima señalada, debían estimarse incluidos estos casos, aunque de ellos no se hiciera una específica mención; y junto a ello, porque concretamente el art. 87 del Reglamento vigente de Accidentes, referido al riesgo de silicosis, en industrias no incluidas en el Seguro especial, disponía no comenzaría el Seguro a tener efecto para cada uno de los obreros afectados hasta después de que los mismos hubieren sido declarados útiles para el trabajo en los oportunos reconocimientos médicos, por lo que la responsabilidad de la aseguradora quedaría nula si ese reconocimiento médico no se hubiere practicado —materia esta muy discutible, de la que nos ocupamos con amplitud en trabajo nuestro en que examinamos la doctrina jurisprudencial (74)—; y, sobre todo, además, porque, el último párrafo del art. 86, dispuso sería nula cualquier cláusula que

bién en nuestro estudio sobre esta materia, citado en la nota (70) y publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*.

(74) Sobre esta materia de la exención de responsabilidad de la aseguradora en el caso del reconocimiento médico previo, y estudio de la doctrina jurisprudencial no favorable a esa exención cuando la propia aseguradora no hubiere promovido ese reconocimiento, o en su lugar la patronal, puede verse nuestro estudio citado en la nota (70), y publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, páginas 640 y siguientes; la misma opinión que nosotros, es compartida por EFRÉN BORRAJO DACRUZ, en su estudio «El reconocimiento médico por silicosis en la legislación y en la jurisprudencia», de los dedicados al profesor Jordana de Pozas, y publicados por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, vol. III, pág. 177.

excluyere de las pólizas los riesgos de silicosis o de otra enfermedad profesional.

Por todo lo expuesto, no consideramos acertada la posición de aquellos que vengan en sostener el que la doctrina jurisprudencial, al aceptar la reparación de la enfermedad profesional como accidente de trabajo, viniere en crear un nuevo derecho no reconocido por preceptos legales; admitimos porque ello parece justo, que esa actuación de la jurisprudencia ha tenido el significado de una interpretación extensiva y amplia en aras de un principio de justicia social, de un precepto legal ya preexistente; mas ello no obsta a que, pese a lo expuesto, consideremos de un criterio muy avanzado y de vanguardia, esa actuación que aceptamos y aplaudimos de nuestro Alto Tribunal de Justicia, que adelantándose a los legisladores, y saliendo al paso de situaciones que en aquellos momentos apenas si eran debidamente conocidas, supieron encontrar el medio de reparar un infortunio, íntimamente ligado con el trabajo, que en esos instantes todavía no había sido tenido en cuenta, y que aún pasó mucho tiempo en que fuere considerado en toda la enorme trascendencia que ha tenido y tiene este infortunio, del que su mejor prueba es la relación de enfermedades profesionales que como anexo, se acompaña al Decreto 792/1961, de 13 de abril.

Este es el motivo por el cual aplaudimos y destacamos cual se merece la actuación del Tribunal Supremo en su doctrina jurisprudencial; pero al propio tiempo aquel por el cual, no consideramos que con ella se crearan nuevos derechos; y como su consecuencia, el que este caso lo incluyamos en el apartado que estamos desarrollando.

D) En aquellos grupos en que clasificábamos la doctrina jurisprudencial, el último lo dedicábamos a los casos en los que a nuestro juicio la jurisprudencia había venido en convertirse en esta materia en una verdadera fuente jurídico-positiva del Derecho del trabajo, por reconocerse en ella derechos no recogidos en preceptos legales, y crearse situaciones con fuerza de obligar, no amparadas ni protegidas ni por ley, ni por costumbre, ni por principios generales del Derecho.

Dos casos de esta naturaleza vamos a ofrecer: uno, referido al salario, y otro al de los tan conocidos accidentes «in itinere».

Respecto al primer caso, poco debemos decir; una de las grandes conquistas de esta época, ha sido la de estimar que el salario se refiere, no sólo a los días efectivamente trabajados como laborables, sino también a los de descanso obligatorio; de tal forma, que en estos últimos, aunque no se trabaje, el obrero tiene derecho a percibir su retribución por ellos. al cobrar su semanal, su quincenal, etc. Pues bien, ésto que el legislador vino en reconocer, antes de que fuere objeto de una específica disposición, había sido ya admi-

tido en su doctrina por el Tribunal Supremo; y ello si hoy no supone ninguna nueva situación ni ningún nuevo Derecho, puesto que la ley lo regula, cuando nació, si lo supuso; y de ahí el que y por este motivo, ello lo consideremos y estimemos como uno de aquellos casos en que la jurisprudencia vino en actuar como una fuente jurídico-positiva, creando un Derecho que en aquel instante no se veía protegido por ninguna clase de disposiciones legales.

El caso de los accidentes «in itinere», también merece que de él nos ocupemos, aunque sea con brevedad. El obrero o trabajador para prestar sus servicios, tiene que trasladarse desde su domicilio al lugar del trabajo, y después, terminada la jornada, de nuevo tiene que trasladarse de éste a su domicilio. Ello a nuestro juicio, y de ahí nuestra postura, no quiere decir que la jornada laboral comience en el momento en que el trabajador sale del domicilio y se amplíe al instante en que regresa a éste una vez terminado su trabajo.

Sostenemos lo anterior por varios motivos que brevemente también vamos a mencionar; la jornada máxima legal es la de ocho horas; ello se encuentra consagrado en el Decreto de 1.º de julio de 1931, elevado a la ley en 9 de septiembre del propio año. En él, y en su artículo 1.º se dice: «La duración máxima legal de la jornada de trabajo para los obreros dependientes y agentes de las industrias, oficios y trabajos asalariados de todas clases, realizados bajo la dependencia e inspección ajena, por cuenta del Estado, de las provincias, de los municipios, en servicios directos o por administración o concedidos o contratados, como por cuenta de empresas privadas o particulares, será de ocho horas diarias, salvo las exclusiones, reducciones y ampliaciones que se preceptúan o autorizan por el presente Decreto». La definición, no puede ser más terminante; la jornada máxima legal de trabajo, es de ocho horas, lo cual quiere decir que esas ocho horas, deben trabajarse para tener derecho a la retribución diaria que, a los oportunos efectos, señalan para cada profesión y cada categoría las Reglamentaciones de Trabajo de las distintas actividades, y en su caso, los Convenios Colectivos de trabajo. En este Decreto elevado a ley que acabamos de citar y que se encuentra vigente en estas normas generales, no existen exclusiones referidas al caso que estamos examinando; y por ello no puede ningún trabajador, si quiere tener derecho a la retribución impuesta por derecho necesario o pactada, alegar que, aunque el número de horas trabajadas fuere menor de ocho, el resto es lo que ha invertido en el trayecto de su domicilio al lugar de trabajo, y el que tenga que invertir para el regreso. Si tal supuesto se diere, lo que se retribuiría sería exactamente el tiempo prestado de efectivo trabajo.

De otro lado cuando en 21 de septiembre de 1960 se publicó el Decreto sobre ordenación de la retribución del trabajo por cuenta ajena, en su ar-

título 6.º, se preceptuó lo procedente referente al salario-tiempo, diciendo que «todos los salarios determinados por tiempo fijo —año, mes, semana o día—, sean impuestos o pactados, han de entenderse corresponden a la jornada legal completa», lo que quiere decir que, la duración de ésta como *servicio realmente prestado*, se mantiene en toda su vigencia; y continúa: «...si se realizara otra de menor duración, la reducción del salario deberá ser proporcional a la misma, salvo disposición o pacto expreso en contrario», lo que viene en ratificar lo anteriormente dicho; y cuando más adelante en el artículo 13, se ocupa del salario-hora, se dice: «En toda disposición reguladora de percepciones laborales que en lo sucesivo se dicten o acuerden, deberá señalarse el importe del salario hora que de acuerdo con ella resulte aplicable a cada categoría profesional afectada»; añadiendo que, debe obtenerse el mismo por el cociente de dividir la totalidad de los devengos que componen el salario, por el número de horas que deben ser *efectivamente* trabajadas en el período de tiempo correspondiente a dichos devengos; lo que en definitiva y cuando dice: *efectivamente trabajadas*, hace referencia naturalmente a la jornada legal, y confirma lo que estamos exponiendo (75).

Pero aún hay más; cuando por existir alguna de las causas justas que para el despido se relacionan en el art. 77 de la ley de Contrato de trabajo, se lleva a efecto éste y luego posteriormente el acuerdo es revocado por la Magistratura de Trabajo y concede opción al patrono, para la readmisión o pago de indemnización; y cuando en los diversos casos que la misma ley preceptúa, se hace referencia a las indemnizaciones, éstas en todo caso, tanto en la ley de Contrato de Trabajo, como en el Texto Refundido de la de Procedimiento laboral, al igual que en su día en lo que se dispuso en el Decreto de 26 de octubre de 1956, se hace referencia al salario o jornal que el trabajador percibiese; y ese salario o jornal, sólo está en íntima conexión con el trabajo que se presta, de forma tal, que el señalado o pactado como nor-

(75) Sobre esta materia, véase nuestro estudio «La ordenación de la retribución del trabajo por cuenta ajena, según el Decreto de 21 de septiembre de 1960», en *Revista de Trabajo*, Madrid, noviembre-diciembre, 1960, págs. 3 y siguientes; ratificado recientemente todo este criterio por el Decreto 55/1963, de 17 de enero, sobre establecimiento de salarios mínimos y su conexión con los establecidos por Convenios Colectivos Sindicales, o mejoras voluntarias; y con lo asimismo dispuesto en la Orden de 5 de febrero de 1963, en cuanto dicta normas interpretativas del anterior Decreto, por lo que en la cuarta del art. 1.º dice: «Por jornada ordinaria se entiende, a los efectos del art. 3.º del Decreto, la máxima legal, o la inferior a los trabajadores de algunos sectores o actividades, como, por ejemplo, los de obreros del interior de las minas. Los salarios mínimos se entienden referidos a la jornada ordinaria completa; y si realizaran jornada inferior se percibirán a prorrates». Es decir, se mantiene el criterio de la jornada legal de ocho horas a que nos venimos refiriendo.

mal, se refiere a la jornada de ocho horas de trabajos efectivos; y si la jornada fué otra, se detalla, pero siempre con referencia expresa al trabajo realmente prestado.

Pero aún hay algo más; *el propio Tribunal Supremo reconoce que el tiempo empleado desde el domicilio al lugar de trabajo, y desde éste al domicilio, no constituye jornada*, pues en sentencia de 3 de octubre de 1924, declaró accidente de trabajo al sufrido cuando el trabajador se dirigía al lugar donde prestaba sus servicios, diciendo: «...realiza un acto al que el trabajo le obliga» (76).

Pero aún existe algo por demás interesante; otra sentencia, la de 25 de marzo de 1960, dijo: «La doctrina admitió los accidentes «in itinere» al reconocer y aceptar *cediendo a evidentes razones de equidad y justicia, que forma parte e integra la jornada de trabajo* el tiempo que los productores emplean para trasladarse desde su domicilio al lugar del trabajo y viceversa».

Esta sentencia, nos da precisamente la clave de la cuestión que planteamos; la jornada de trabajo es la que está señalada en la ley; pero esta jornada el Tribunal Supremo la amplía, sólo a efectos de la reparación de los accidentes que en el camino pueda sufrir el trabajador; y ello, como literalmente dice la doctrina, «cediendo a razones de equidad y justicia». Es decir, no es que la ley lo disponga; es que la jornada se amplía en la doctrina jurisprudencial «cediendo», con ese fin de buscar una reparación al accidente que el trabajador puede sufrir en el camino.

Y tras esto, nos preguntamos: ¿Si la jornada de trabajo no cubre los plazos de tiempo que emplea el trabajador para dirigirse desde su domicilio al lugar de trabajo y viceversa; si la legislación de Accidentes de Trabajo vigente se refiere a una responsabilidad patronal que naturalmente en razón de ella misma debía circunscribirse a ese plazo en que el trabajador depende de su empresario?, ¿qué otra explicación podemos encontrar al accidente «in itinere» que la que la propia doctrina da, y cual su conclusión que no sea la de que con ella se crean unos derechos que el legislador no concedió en ninguna disposición?

(76) La sentencia de 3 de octubre de 1924, dijo: «Se declara que el obrero que con el único fin de dirigirse al lugar de trabajo y hallarse en él a la hora reglamentaria, sigue desde su domicilio la vía única al efecto practicable, y, como tal, siempre utilizada por él y sus compañeros de trabajo de igual vecindad, realiza un acto al que el trabajo le obliga y, por tanto, el accidente ocurrido durante su práctica tiene con tal trabajo conexión de causa a efecto, ya que con su ocasión y sólo por ella el obrero ha sufrido el mal a cuya reparación le da derecho la vigente legislación sobre accidentes de trabajo». Doctrina que estimamos excesivamente forzada, pues de ahí a en ella fundar la responsabilidad patronal de la reparación, estimamos existe un abismo.

No criticamos la actuación del Tribunal Supremo; antes al contrario, la estimamos digna de elogio; como dijo en su doctrina citada, razones de equidad y de justicia son las que le movieron a imponerla; mas ello no obsta para que por los móviles que fueren, viniere en crear unos derechos que no existían, convirtiendo a la jurisprudencia en una fuente directa de creación del Derecho; y lo que llevamos expuesto se ve además avalado porque el Decreto ley de 9 de julio de 1954, que encomendó a las Secciones de Trabajos Portuarios, la asistencia de la incapacidad temporal de los accidentados de trabajo acogidos a las mismas, entre otras cosas dijo como justificación de tal criterio: «Abonan esta medida las siguientes razones: 1.ª La necesidad de que el Seguro de Accidentes de Trabajo en los puertos, comprenda los riesgos de aquellos siniestros que se produzcan cuando el trabajador se dirija al lugar de su contratación laboral, o al regreso a su domicilio después de finalizar su jornada». Si en esta disposición del año 1954, se dice que el Seguro de Accidentes de Trabajo en los puertos debe comprender los accidentes "in itinere", y esta disposición es anterior a la legislación vigente de Accidentes que no recoge estos casos de manera explícita, tendremos a la vista el que, antes y después de esa fecha de 1954, la doctrina jurisprudencial reconoció el accidente de camino como de trabajo; y obtener la consecuencia de que si en los obreros portuarios el derecho de ser considerados como accidentados de trabajo en los accidente «in itinere» y a partir de 1954, nace de aquella disposición; en los demás trabajadores en todo tiempo, y en los portuarios con anterioridad a aquella fecha, el derecho se lo concedió la doctrina jurisprudencial y no la norma del legislador.

Podrá decirsenos por alguien, que también a este caso puede ser de aplicación el criterio de una interpretación amplia y extensiva del concepto de accidente de trabajo, que se define y da en la legislación vigente y en las precedentes; rechazamos tal argumentación; y ello, porque «la jornada de trabajo» es la que se marca en las leyes; y ha sido el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 1960 citada (77), el que ha admitido que el amparo y protección, lo ha aceptado, integrando en ese concepto de jornada el tiempo que los trabajadores emplean en el trayecto, lo que «a sensu contrario» quiere decir, que ese tiempo no constituye la jornada legal que se ampara por la legislación, aunque el criterio lo haya adoptado, por razones «de equidad y de justicia» (78).

(77) Sentencia de 25 de marzo de 1960, transcrita en nuestro estudio «Accidentes in itinere», publicada en el número 1 de enero-febrero de 1961, en la *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, pág. 87, nota 6.

(78) Sobre la materia de accidentes *in itinere* y a más de cuanto sobre ella se dice en todos los tratados de Derecho del Trabajo, y en las obras sobre accidentes de tra-

VIII. CONCLUSIONES

Ya expusimos que nuestro ordenamiento legal vigente, sólo admite como fuentes directas, jurídico-positivas del Derecho la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho; y que se impone al juez la obligación de fallar en todo caso, aunque no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido. (Artículo 6.º del Código civil). Anotamos también que los preceptos antes citados, por su carácter general, son también de aplicación al Derecho de trabajo; junto a la opinión de la doctrina científica, expusimos nuestro criterio sobre la interpretación y aplicación de la costumbre en sus tres clases, de según ley, a falta de ley y contra ley, y de los principios generales del Derecho; anotamos la trascendencia y calificación jurídica de los principios específicos del Derecho de trabajo y de su posible colisión en caso de aplicación, con los principios generales del Derecho; y por último estudiamos las normas de la casación en el procedimiento laboral, el valor de la doctrina legal, tanto en casación, como en el recurso en interés de ley; y la a nuestro juicio identidad de los conceptos, doctrina legal y jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El poder legislativo dicta la norma, y cuando ésta no se cumple, o se aplica indebidamente, es el Poder judicial el encargado de imponerla en su auténtico sentido; de aquí la extraordinaria importancia de su doctrina. Ahora bien, en garantía precisamente de la justicia, todo procedimiento judicial tiene más de una instancia, y concretamente en la mayoría de los casos, la última palabra es dada por el Tribunal Supremo en la resolución de los recursos de casación, que se formalizan ante el mismo, o en materia laboral, en el recurso en interés de ley. De ahí el que, las resoluciones del Tribunal Supremo sean las que constituyen la doctrina jurisprudencial, según el criterio que en su momento expusimos; y que en materia laboral cabe también hacer extensivo este concepto, a las resoluciones del Tribunal Central de Trabajo en materias de su exclusiva competencia.

Es conocido que el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo no es obligatorio y vinculante para los Tribunales inferiores; éstos, pueden dictar sus resoluciones aún en casos semejantes, de forma contraria a la jurisprudencia del Supremo. Ahora bien, el recurso de casación procede, dentro ya de la materia laboral, en los casos que se relacionan en el Texto Refundido

bajo, consúltese el trabajo nuestro citado en la nota anterior; y el de MIGUEL HERNAINZ MÁRQUEZ, «Accidentes ocurridos a la ida y vuelta al trabajo», en *Revista Española de Seguridad Social*, número 12, Madrid, 1947.

del Procedimiento laboral, antes artículos 163 y siguientes y ahora, según la nueva redacción aprobada por Decreto 149/1963 de 17 de enero, 170 y siguientes; por ello, en todos aquellos casos en que el recurso procede, que son los más importantes, ya que de los otros casos conoce el Tribunal Central de Trabajo, que a nuestro juicio sienta también doctrina, adaptada en lo posible a la del Tribunal Supremo, puesto que si así no lo hace, contra ella puede darse el recurso en interés de ley, del Texto Refundido del Procedimiento laboral hoy vigente, artículos 189 a 191. Si los Tribunales inferiores en casos semejantes no dictan sus resoluciones conforme a la doctrina jurisprudencial sentada, las mismas serán casadas por el Tribunal Supremo. De ahí que para casos semejantes, consideremos que la doctrina jurisprudencial tiene un cierto carácter vinculante y obligatorio para los Tribunales inferiores.

El recurso de casación, conocido es, puede interponerse por infracción de ley, o por quebrantamiento de forma; y que en el primero de los casos, los motivos para fundamentarlo, se relacionan en el artículo 171 del Texto vigente, 164 del derogado y que en ambos, el motivo primero dice: «Cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas legales aplicables al caso».

En lo que a la ley hace referencia, nada hay que añadir; si la misma por los Tribunales inferiores se viola, aplica indebidamente o interpreta de forma errónea, ello constituye ya por sí motivo de recurso de casación.

Mas la costumbre y los principios generales del Derecho a falta de ley, son también según nuestro ordenamiento legal vigente, fuente jurídico-positiva del Derecho; y en nuestro Derecho del trabajo, según el art. 9.º de la ley de Contrato de trabajo de 26 de enero de 1944, estas fuentes jurídico-positivas son las leyes, decretos y disposiciones ministeriales, la voluntad de las partes siendo su objeto lícito y sus condiciones que no perjudiquen al trabajador, sean menos favorables a éste o supongan pactos contrarios a las normas legales, y a los usos y costumbres de cada localidad; y tanto la costumbre y los principios o los pactos lícitos, las costumbre de cada localidad, y los usos de cada especie y categoría dentro de cada localidad, no son citados como motivo del recurso de casación por infracción de ley de una forma expresa, puesto que el motivo primero antes transcrito, se refiere como vimos, a la violación, interpretación errónea o aplicación indebida de leyes o de doctrinas legales aplicables al caso, sin que por ello y como vemos, se haga una expresa referencia a esas otras fuentes jurídico-positivas, tanto del Derecho en general como del Derecho del trabajo; y ante ello, cabe preguntarse: ¿La infracción de estas fuentes por sí y sin más, puede ser motivo del recurso de casación? Dos soluciones caben a nuestro juicio a saber: la primera,

que esas fuentes se encuentren recogidas en doctrina jurisprudencial, y entonces, cabría alegarlas como motivo de la casación en base a la violación, interpretación errónea o aplicación indebida de tal doctrina, siempre naturalmente a falta de ley expresa, considerada esta acepción en su más amplio sentido, puesto que la costumbre, etc., son fuentes subsidiarias a falta de leyes; pero como muy bien pudiere ocurrir que se dieran casos en los que no existieren leyes entendidas de la forma dicha, y sí costumbres o principios, pero que éstos no hubieren sido ya recogidos por la doctrina jurisprudencial, a nuestro juicio el recurso procedería, estimando que al no aplicar esas fuentes subsidiarias jurídico-positivas, se había violado el contenido del artículo 6.º del Código civil o el 9.º de la ley de Contrato de trabajo.

Mas lo normal, es que siempre que estos supuestos se den lo que se alegue sea la violación, interpretación errónea o aplicación indebida de la doctrina legal, que naturalmente en todo, muestra su respeto primario a la ley, y de ahí la importancia extraordinaria que naturalmente tenemos que dar a la jurisprudencia del Tribunal Supremo e incluso a la del Tribunal Central de Trabajo, dado que las resoluciones de estos Tribunales nosotros, según dijimos, identificamos con el concepto de «doctrina legal».

Y si a esto añadimos el que, y como en su momento vimos también, esta doctrina jurisprudencial en unos casos dicta sus resoluciones «analógicamente», llenando lagunas o vacíos de la ley; y si en otros, según mantuvimos tal vez aventuradamente, *crea derechos nuevos*, no reconocidos por leyes o disposiciones a ellas semeiantes, costumbres, principios generales del Derecho o específicos del de Trabajo, o usos de cada localidad; llegaremos a la conclusión que mantenemos de que esta doctrina jurisprudencial, constituye en ocasiones *una fuente directa, jurídico-positivo, en sentido impropio del Derecho del trabajo*.

Admitimos que ello no es lo general, sino que no se da más que en casos excepcionales; mas su existencia, aunque sea para reducidas situaciones, no enerva esa calificación, y sostenemos que así como la ley se la considera en sentido material y formal y en sentido propio e impropio, asimismo la jurisprudencia como fuente directa del Derecho del trabajo, puede admitirse en sentido impropio, puesto que algunos casos crea derechos, aunque sin embargo, y como tal fuente directa, no se encuentra reconocida por nuestro ordenamiento legal vigente.

Y no se nos diga que en el caso de los accidentes «in itinere» que en su momento estudiamos, y que ofrecimos como ejemplo de creación de derechos nuevos, lo que hizo el juzgador fué aplicar unos principios generales, cual los de justicia y equidad; porque para su aplicación, hubiere sido precisa la inexistencia de una ley, y esta existía con la de jornada legal.

Como fuente directa en unos casos, aunque sean los menos e indirecta en los más, y en todos de una importancia excepcional, la jurisprudencia ha sido uno de los elementos que más han colaborado en el avance del Derecho del trabajo en nuestra patria, motivo por el cual a los Tribunales que elaboraron esta doctrina, sea obligado rendirles debido homenaje, cuando cual en este trabajo hacemos, estudiamos el valor de la doctrina jurisprudencial como fuente del Derecho de trabajo (79).

Un destacado laboralista, que ha desempeñado, y desempeña, puestos relevantes en la Administración pública, corroborando lo que decimos anteriormente, manifestó: «Y es que el Tribunal Supremo se ha salido a veces, de los cauces estrechos del recurso de casación y ha querido entrar en el examen de los hechos para hacer acaso justicia menos técnica, pero más adecuada a la realidad»; su criterio, lo ratificamos plenamente; pero también estamos de acuerdo con su argumentación en contra del «estrecho principio de la casación», y cuando se pregunta: «¿No sería más justo que así acaeciese en la jurisdicción laboral? ¿No es lamentable que cualquiera de los derechos sagrados del trabajador esté a merced de una cita legal? Basta meditar un poco sobre estas cuestiones para adquirir la conveniencia y necesidad de la reforma propugnada». Se refiere, naturalmente, a aquellos casos ya conocidos y muy numerosos, en que el Tribunal Supremo no entra a conocer del fondo de las cuestiones por defectos en la formalización de los recursos (80).

Estamos plenamente de acuerdo con lo que dijo ese especialista y destacado letrado, y estamos también seguros de que en su fuero interno los ilustres magistrados que componen la Sala VI del Tribunal Supremo, participan de este criterio; y ello, porque en ocasiones y cuando han podido, no han vacilado, pese a defectos formales fácilmente salvables, en entrar en el fondo de las cuestiones, dado lo sagrado de los intereses que ante ellos se someten a fallo. La solución no está en sus manos sino en las del legislador; mas por cuanto en todos los sentidos han venido haciendo, y como final de este estudio en que a la jurisprudencia otorgamos el destacado papel que juega como fuente del Derecho del trabajo, nuestro sincero recuerdo y dedicación a cuantos en todos los grados, constituyen y forman la jurisdicción laboral.

CARLOS DEL PESO

(79) MANUEL CHACÓN SECOS. Conferencia pronunciada el 9 de junio de 1944 en la Escuela Social de Madrid, bajo el título «La relación de trabajo y la Jurisdicción Laboral», publicada por aquélla en 1945, pág. 31.

(80) MANUEL CHACÓN SECOS. Trabajo citado en la nota anterior, pág. 32.