

Breve teoría sobre la retroactividad de la jurisprudencia social

Óscar Fernández Márquez

Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Oviedo
(marquez@uniovi.es)



A brief theory on the retroactivity of social case law

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS COMO PRINCIPIO BÁSICO DEL ORDENAMIENTO. 3. JURISDICCIÓN, DECLARACIÓN DEL DERECHO Y RETROACTIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA. 4. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA CONFIANZA LEGÍTIMA COMO LÍMITES A LA RETROACTIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA EN EL PARADIGMA SUBSUNTIVISTA: PROBLEMAS E INCONSISTENCIAS. 5. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO Y SU IRRETROACTIVIDAD NATURAL

RESUMEN: La tesis hegemónica en los ordenamientos de cultura jurídica continental es que la jurisprudencia, como expresión de actos de pura aplicación del derecho, no se sujeta a las exigencias de irretroactividad de las normas jurídicas. Las sentencias de los tribunales simplemente harían decir a las normas lo que estas siempre habrían venido diciendo, debiendo por tanto la doctrina jurisdiccional extender sus efectos retroactivamente hasta el momento de inicio de la vigencia de la norma misma, incluso tratándose de jurisprudencia restrictiva o limitativa de derechos individuales, con el único límite de la seguridad jurídica y la confianza legítima. Vamos a ver aquí que esta propuesta teórica, elaborada desde las coordenadas del subsuntivismo judicial, presenta importantes inconvenientes, que se reducen significativamente cuando se adopta el enfoque, minoritario pero más realista, de la creación judicial del derecho, enfoque en el que la jurisprudencia —como fenómeno de creación de derecho— ha de quedar sujeta a las mismas exigencias de irretroactividad que rigen para las normas jurídicas.

Palabras clave: fuentes del derecho; interpretación; Jurisprudencia; retroactividad

ABSTRACT: The hegemonic thesis within civil law legal systems is that case law, as an expression of acts of pure application of law, is not subject to the non-retroactivity requirements of legal norms. Court rulings are seen as simply making norms say what they have always meant; therefore, judicial doctrine must extend its effects retroactively back to the commencement of the norm's validity, even in the case of jurisprudence that restricts or limits individual rights, with the sole limits being legal certainty and legitimate expectation. We will see here that this theoretical proposal, developed from the coordinates of judicial subsumption, presents significant drawbacks, which are substantially reduced when adopting the minority but more realistic approach of judicial law-making—an approach in which case law, as a phenomenon of law creation, must be subject to the same non-retroactivity requirements that govern legal norms

Keywords: case law; retroactive effect; sources of law; statutory interpretation.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los estándares fundamentales de la cultura jurídica continental es que los jueces no crean derecho con sus sentencias, sino que simplemente aplican, y a lo sumo interpretan, normas previamente elaboradas por órganos legislativos o normativos, más o menos legitimados democráticamente, especializados en la tarea de la innovación y el avance del ordenamiento jurídico. Este planteamiento clásico no es sin embargo completamente consistente con la manera en la que *de facto* operan realmente los procesos jurisdiccionales, en los que no cabe negar que los jueces, ante la falibilidad de las normas y la imperfección del lenguaje, forzados además por la prohibición del *non liquet*, terminan yendo necesariamente más allá del desempeño de tareas puramente aplicativo-interpretativas. Tal efecto de verdadera creación judicial del derecho alcanza su máxima expresión, y queda por ello nítidamente de manifiesto, cuando el referido componente para-exegético o aún meta-hermenéutico de la actividad jurisdiccional desborda el ámbito concreto del conflicto en el que se da la sentencia, de modo que el criterio o norma que resulta de ella termina vinculando *ultra processum* en asuntos distintos pero de similares características, que es precisamente la situación en la que cabe hablar de jurisprudencia, la cual así definida, como norma de alcance general, termina mereciendo a veces por ello la consideración de verdadera fuente del derecho.

Ignorando esta evidencia, seguramente por influencia de la clásica visión subsuntivista de la tarea jurisdiccional, dentro del paradigma de tajante separación — funcional y orgánica— entre las operaciones de creación y aplicación del derecho, la ortodoxia jurídica continental ha venido considerando como decimos a la doctrina judicial y a la jurisprudencia meras expresiones de aplicación de derecho, situándolas por ello totalmente al margen de las restricciones de retroactividad ordinariamente dispuestas para las normas jurídicas, reforzadas como es sabido para el caso de regulaciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Ello se ha traducido en que, incluso tratándose de jurisprudencia *in peius*, se haya admitido como regla

general que ésta puede —debe— desplegar sus efectos retroactivamente, pues como resultado de operaciones judiciales declarativas de pura aplicación mecánica de las normas, la jurisprudencia simplemente “estaría haciendo decir a la norma lo que esta ha venido diciendo desde el momento de su entrada en vigor”. El único argumento con el que, dentro de este paradigma, podría limitarse y se ha limitado, a veces irremediablemente, la retroactividad de la jurisprudencia sería el de sus posibles nefastos efectos sobre la seguridad jurídica y la confianza legítima de los particulares, bajo la consideración de que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia no debiera dañar expectativas o planes elaborados a la luz de unos criterios de interpretación de las normas que ahora rectificaría la nueva jurisprudencia.

Sin embargo, hay que decir que esta propuesta de total retroactividad de la jurisprudencia hasta el límite de la seguridad jurídica y la confianza legítima, ofrecida como decimos desde las coordenadas del subsuntivismo —en las que, dicho sea de paso, no termina de quedar clara la naturaleza de la función jurisprudencial (oscuramente definida como “actividad complementadora de normas”, expresión que busca eludir y enmascarar su ineluctable componente de creación de derecho)—, aparte por supuesto del inconveniente de “falsa consciencia” que acabamos de señalar, presenta problemas e inconsistencias notables en las soluciones que propone. Vamos a ver a continuación cómo todos estos inconvenientes de coherencia teórica o sistemática se reducen cuando el problema de la retroactividad de la jurisprudencia se aborda, desde el paradigma de la creación judicial del derecho y atendiendo a lo que realmente acontece en la práctica jurisdiccional, concediendo que las sentencias —y por tanto la jurisprudencia— no se limitan simplemente a revelar —declarativamente— lo que las normas ya decían *ab initio* sino que ponen en ellas —constitutivamente— reglas que antes no estaban. Obviamente, en el marco de este enfoque, la jurisprudencia, por tener naturaleza de norma, deberá sujetarse por regla general a las exigencias de irretroactividad, salvo que excepcionalmente hubiera razones para extender sus efectos hacia atrás en el tiempo, tal y como acontece con carácter general en el caso de las normas jurídicas.

Es importante en todo caso precisar que el estudio sobre la retroactividad de la jurisprudencia que presentamos a continuación, elaborado desde los esquemas de la creación judicial del derecho como crítica a la propuesta más extendida —fraguada en el marco teórico del subsuntivismo judicial— de aplicación retroactiva de la jurisprudencia hasta donde puedan considerarse seriamente dañados los principios de seguridad jurídica y confianza legítima de las personas, se ciñe exclusivamente a la jurisprudencia en su aspecto positivo o de nomogénesis. Lo que vamos a decir a continuación no está pensado ni es trasladable por tanto a la llamada jurisprudencia negativa o nomofiláctica, que es la que resulta de las sentencias de anulación de normas en procesos impugnatorios desarrollados ante el TJCE (normas comunitarias), el TC (leyes) o el TS (reglamentos y convenios colectivos). Quedan igualmente fuera del alcance de este estudio otras expresiones cuasinormativas de la acción jurisdiccional, en todo caso no jurisprudenciales, tales como el efecto de cosa juzgada positiva de las sentencias o, desde luego, las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo.

2. LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS COMO PRINCIPIO BÁSICO DEL ORDENAMIENTO

El principio "*tempus regit actum*" determina como es sabido que la regla aplicable a un suceso jurídicamente relevante (un contrato, un litigio, un acto unilateral con consecuencias jurídicas, etc) debe ser la vigente en el momento de realización del evento. Supone por tanto que las normas jurídicas sólo deberán aplicarse a sucesos acontecidos durante los periodos de su vigencia, esto es, a situaciones posteriores a su entrada en vigor, no a sucesos anteriores, ni tampoco por supuesto a los acontecidos después de la derogación de las mismas. El arco de la vida temporal de la norma determina los límites cronológicos de su capacidad vinculante, de modo que sólo alcanza a proyectarse sobre los sucesos cuya realización tenga encaje entre la promulgación y la derogación, no por tanto a actuaciones previas, tampoco a las posteriores, como decimos. De esta manera se garantiza que los sujetos jurídicos queden afectados sólo por las normas existentes en el momento en que actúen en derecho, preservándose con ello la seguridad jurídica, particularmente en forma de certidumbre en torno a la determinación de la regla a la que habrá de quedar sujeta la referida actuación¹.

Esto, la previsión del derecho, es muy importante porque permite a los sujetos predeterminar los efectos futuros de sus conductas presentes, y así hacer operaciones de cálculo y efectuar programaciones complejas, lo que sin duda constituye uno de los principales objetivos de los sistemas jurídicos de las sociedades evolucionadas, entre cuyas características no en vano se encuentra la de que las normas sean públicas y estén formalizadas por escrito, precisamente con la finalidad de que sus destinatarios puedan conocer su contenido de antemano con vistas a su aplicación espontánea en condiciones seguras y previsibles². Frente a los antiguos ordenamientos de derecho secreto —no formalizado, mágico, ignorado por los sujetos, revelado por los dioses a las castas sacerdotales— la modernidad termina imponiendo un derecho entre cuyas principales características se encuentra la de resultar adecuado para la ordenación útil o funcional de las relaciones y los intercambios sociales. Algo que forzosamente exige la interacción de las normas con quienes han de resultar afectados por ellas, y por tanto la posibilidad del previo conocimiento por estos de su contenido³. Con ello se consigue que las relaciones y los procesos del intercambio social puedan desarrollarse más eficientemente y con menores costes de transacción⁴.

1 Vid. TARDÍO PATO, J. A., "La retroactividad de la jurisprudencia como peligro para la seguridad jurídica y la confianza legítima", *Revista CEF*, 203 (2017), pp. 126 y ss.

2 Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *La seguridad jurídica en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ¿Un principio en decadencia?*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024, pp. 44 y 45.

3 Vid. ROSADO IGLESIAS, G., "Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia", *Cuadernos de Derecho Público*, 28 (2006), pp. 83 y ss.

4 Vid. POSNER, R., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 2007, pp. 62 y ss.

La razón por la que el conocimiento del derecho, y por tanto de las consecuencias de los actos o sucesos con relevancia jurídica, contribuye a rebajar los costes inherentes al intercambio social es muy simple. Y es que los sujetos o agentes de las relaciones sociales estarán en condiciones de establecer de antemano los límites de la conducta jurídicamente posible, así como los efectos de respetar o rebasar tales límites y los procedimientos e instancias para su determinación. Pues si las personas conocen precisamente *a priori* qué es lo que deben hacer, qué lo que les está permitido o prohibido, y cuáles son los cauces e instituciones para su determinación contenciosa, quedarán automáticamente minimizados los riesgos de conflicto que suelen originarse en contextos de indeterminación de las líneas que demarcan las esferas de actuación en derecho de los distintos sujetos. La ignorancia de los límites de los derechos o los deberes propios y ajenos, o de los efectos de su incumplimiento, aumenta en efecto el riesgo de conflicto social, dado el potente incentivo de invasión de la zona de incertidumbre que, por la mala o imprecisa definición de las fronteras, provoca el imaginar como posiblemente propio un derecho que en realidad es ajeno. De modo que si los interesados conocen con relativa certeza —porque las normas son públicas, están formalizadas por escrito, y existen al tiempo de su aplicación— cuáles son los límites de su conducta posible no tendrán incentivos para forzar su actuación más allá de tales límites, por la seguridad de las consecuencias, lo que rebajará los conflictos que se suscitarían en un entorno de normas desconocidas o de contenido impreciso.

No cabe duda de que, junto con la publicidad de las normas y la exigencia de formalización por escrito de su contenido, una de las principales piezas o componentes de la previsibilidad jurídica es la “irretroactividad del derecho”. Es, según ya hemos apuntado, la vertiente *backward looking* del principio “*tempus regit actum*”, y supone que las normas no pueden aplicarse a actuaciones o eventos anteriores al momento de su entrada en vigor —sólo a los posteriores acontecidos durante su vigencia—, garantizándose así que los sujetos de derecho queden sólo afectados por normas que existan —y por tanto puedan ser conocidas— al momento de realización del acto o evento que es objeto de regulación. Es por ello que la irretroactividad de las normas viene a presentarse como un constitutivo esencial en los sistemas jurídicos en las sociedades complejas y evolucionadas, operando como regla en defecto de otras valoraciones o intereses que puedan eventualmente aconsejar otro tipo de soluciones de tipo retroactivo en situaciones de carácter excepcional. Así lo viene a confirmar el art. 2.3 del CC español, que establece que “las leyes no tendrán efecto retroactivo” (regla general), “si no dispusieren lo contrario” (excepción). Excepción esta última, de posible retroactividad, cegada constitucionalmente para las “disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”, cuya aplicación sólo se admite irretroactivamente (art. 9.3 CE), así como en materia penal: “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento” (art. 25 CE).

3. JURISDICCIÓN, DECLARACIÓN DEL DERECHO Y RETROACTIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA

La regla de irretroactividad de la norma no suele considerarse aplicable a las decisiones judiciales. Desde luego, no se considera aplicable a las puras sentencias, que, en cuanto resultado de operaciones de mera declaración *ad hoc* del derecho —*iuris dictio* significa no en balde expresión, pronunciamiento o dicción del derecho—, no vendrían sino a revelar para el caso concreto el contenido especificado de una norma previamente existente, sin añadir *ius novum*. Dentro del paradigma de la tajante separación entre la función legislativa (la creación del derecho) y la función jurisdiccional (la aplicación del derecho), como las sentencias vendrían simplemente a “subsumir”, casi a modo de silogismo, los hechos o acontecimientos del caso concreto (como premisa menor) en el supuesto de hecho previsto en la norma (como premisa mayor), las mismas tendrían sobre todo naturaleza de juicios lógicos de tipo determinista, de modo que simplemente expresarían —declarativamente— lo que la norma ya habría previamente ordenado. Lo resuelto por la sentencia tendría que valer por tanto retroactivamente afectando enteramente al caso resuelto hasta el mismo límite hasta el que debiera extenderse hacia atrás la virtualidad de la norma aplicada. De hecho, toda sentencia implica, si bien se mira, una suerte de retroactividad *a fortiori*, en cuanto que sus efectos se proyectan por definición a hechos acontecidos antes de su pronunciamiento⁵. Por ello, incluso asumiendo, desde paradigmas no subsuntivistas, que los jueces puedan crear derecho con sus sentencias, habría que admitir su forzosa retroactividad para los asuntos de que se ocuparan, con el límite de la cosa juzgada y de las situaciones que hubieran ganado firmeza⁶.

Con todo, lo que más importa subrayar es que la regla de irretroactividad no suele considerarse aplicable tampoco a la jurisprudencia, es decir, a la doctrina o interpretación vinculante de las normas que el ordenamiento liga a los pronunciamientos de determinados órganos jurisdiccionales (TJUE, TC, TS), doctrina o interpretación que aún cuando emanada a propósito de cada litigio concreto resuelto por el tribunal (como especificación *ad casum* de la norma general objeto de aplicación) pasaría —precisamente como jurisprudencia— a tener valor vinculante *extra partes* o *ultra casum*, obligando pro futuro a terceros en situaciones análogas. En efecto, los criterios

5 Vid. de la PUEBLA PINILLA, A., “Cambio de criterio judicial y aplicación en el tiempo de la doctrina unificada por la Sala IV del Tribunal Supremo”, *Labos*, Vol. 6, No. 3 (2025), p. 9.

6 Respecto al recurso de casación para unificación de doctrina, el art. 228.1 LRJS dispone por esto que “los pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al resolver estos recursos en ningún caso alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada”, resoluciones entre las que habrá que contar desde luego las que se hayan designado para contraste, que por imperativo legal habrán de ser firmes (art. 221.3 LRJS); recuérdese el famoso dístico de Scaccia sobre la irreversibilidad de la *res iudicata* según el cual “la cosa juzgada hace de lo blanco negro; origina y crea cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de la sangre y cambia en falso lo verdadero”, la cita procede de PÉREZ AGUILERA, L. M., *El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada penal en el proceso penal*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 2028, p. 35.

de interpretación dimanantes de las sentencias dictadas por el TJUE (al aplicar las normas comunitarias), el TC (al aplicar la Constitución) o el TS (al aplicar las leyes y el resto de normas del sistema de fuentes), a las que se reconoce fuerza vinculante (capacidad de fijación de doctrina), podrían ser objeto de aplicación retroactiva, afectando por tanto a actuaciones o situaciones que hubieran tenido lugar antes de que los referidos criterios hubieran aparecido y hubieran alcanzado a consolidarse. Desde el ya referido paradigma subsuntivista de que la aplicación judicial de las normas no comporta creación del derecho se entendería que, como la jurisprudencia simplemente haría decir a las normas lo que estas ya estarían estableciendo desde el principio, la aplicación hacia atrás del criterio interpretativo convertido en jurisprudencia no conllevaría en rigor componente o efecto retroactivo ninguno, por lo que no sería pertinente aplicar aquí la regla de irretroactividad del derecho.

Literalmente, dice la ya clásica STC 95/1993, de 22 de marzo, que la sentencia que introduce un cambio jurisprudencial “hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice”. Negando de nuevo a la jurisprudencia la condición de norma o fuente de derecho en sentido estricto reitera entre otras la STC 72/2015, de 14 de abril, que no pueden trasladarse a la misma las reglas de irretroactividad que se proyectan sobre las leyes. Pues a diferencia del sistema del *common law*, en el que el precedente actúa como una norma y el *overruling*, o cambio de precedente, innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible limitar la retroactividad de la decisión judicial, en los sistemas de derecho continental los tribunales no están vinculados por la regla del *prospective overruling*, rigiendo, por el contrario, el *retrospective overruling*. La jurisprudencia no se sujeta en definitiva a la regla de irretroactividad general del 2.3 CC, pensada exclusivamente para las normas, no para las sentencias y la jurisprudencia. Es por ello que los cambios de criterio de los tribunales creadores de jurisprudencia se aplican no sólo al caso en el que se adoptan sino también para resolver los conflictos referidos a situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la sentencia que modifica la interpretación sostenida hasta ese momento⁷. Esta misma doctrina sobre la naturaleza meramente interpretativa-declarativa de la jurisprudencia y su juego al margen de las exigencias de irretroactividad aparece también claramente formulada en la jurisprudencia TJUE⁸.

7 Vid. por ejemplo SSTs de 30 de octubre de 1999 (Rec 3775/1996), de 24 de junio de 2000 (Rec 1155/1996) y de 12 de marzo de 2001 (Rec 2314/1996).

8 En efecto, según el TJUE, las sentencias dictadas en resolución de cuestiones prejudiciales simplemente aclaran y precisan “el significado y el alcance de la norma tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor”; tienen carácter declarativo, por lo que sus efectos interpretativos deben operar *ex tunc*, desde el momento de entrada en vigor de la norma comunitaria que se interpreta; consiguientemente, la interpretación resultante de la sentencia del TJUE puede y debe ser aplicada por el juez nacional interno incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia del tribunal europeo que resuelve sobre la petición de interpretación; vid. STJUE de 10 de enero de 2006 (Asunto C-402/2003, *SkovEg y Mikkelsen c Bilka*) y STJUE de

Los referidos criterios han sido asumidos por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que ha dicho que “las sentencias (...) se limitan a poner de manifiesto la voluntad legislativa, que ha de ser la aplicada en los casos que se enjuicien con posterioridad aunque los hechos que los determinan hubieran tenido lugar en fecha anterior a la de la doctrina judicial”⁹. Tal es lo que aconteció, por citar un caso significativo, cuando el TS pasó a declarar la naturaleza laboral de la relación entre transportista con vehículo propio y la persona para la que realizaba el transporte, interpretación que se aplicó a las relaciones de transporte constituidas con anterioridad a dicha resolución y que habían sido consideradas expresamente por las partes como relaciones civiles o mercantiles de transporte¹⁰. O cuando el TS aplica de forma retroactiva la doctrina judicial sobre la interpretación del requisito de habitualidad a efectos de la inclusión en el RETA¹¹. También se admite la aplicación retroactiva del nuevo criterio jurisprudencial del TS a propósito del cómputo de las extinciones determinantes de despido colectivo, por influencia del TJUE, pues “al aplicar la doctrina jurisprudencial del momento en que se resuelve lo que hacemos es seguir las exigencias del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento”¹². La misma tesis se sostiene respecto del criterio de determinación de los complementos retributivos con los que se componen las pagas extraordinarias¹³. O, más recientemente, en relación con la obligación empresarial de efectuar ajustes razonables en el puesto de trabajo u ofertar otro compatible con la capacidad residual del trabajador como condición de validez del despido por ineptitud¹⁴. ¿Qué acontecerá respecto de la incipiente doctrina TS sobre la necesidad de autorización judicial para la entrada de la Inspección de Trabajo en las instalaciones que integren en el mismo espacio el centro de trabajo y la sede social de la empresa¹⁵?

La no sujeción de la jurisprudencia a la exigencia de irretroactividad —es decir, la posible aplicación hacia el pasado de sus efectos— operaría no sólo cuando se tratara de doctrina jurisprudencial de primera generación, que neutralizaría previas interpretaciones espontáneas o en todo caso no vinculantes, sino también tratándose de doctrinas o interpretaciones jurisprudenciales de segunda o ulterior generación

13 de diciembre 2018 (Asunto C-385/17, *Hein*); la aplicación retroactiva de la doctrina TJUE no puede condicionarse por los tribunales patrios en atención a circunstancias internas de los Estados, salvo en las condiciones previstas en la propia sentencia TJUE; TJUE 21 de diciembre de 2016 (Asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*, sobre anulación de cláusulas suelo en préstamos hipotecarios), TJUE de 11 de julio de 2018, Asunto C-60/17, *Somoza Hermo*, sobre subrogación convencional), STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14, *De Diego Porras*, indemnización por extinción de contratos temporales); *vid.* COBREROS MENDAZONA, E., “Efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Vasca de administración Pública*, 105 (2016), pp. 73 y ss.

9 *Vid.* STS 29 de abril de 2002 (Rec 1468/2001) o STS 29 de marzo de 2022 (Rec 1062/2020).

10 *Vid.* STS de 26 de febrero de 1986 (RJ 1986/834).

11 *Vid.* STS de 29 de abril de 2002 (Rec 1468/2001).

12 *Vid.* STS de 6 de abril de 2017 (Rec 3566/2015).

13 *Vid.* STS de 2 de julio de 2025 (Rec 5397/2023).

14 *Vid.* STS de 22 de diciembre de 2025 (Rec 3965/2024).

15 *Vid.* STS 14 marzo 2026 (Rec 3188/2025).

(de cambios o rectificaciones de jurisprudencia), pudiendo afectar por tanto a situaciones producidas a la luz de criterios jurisprudenciales ya consolidados antes y que por tanto resultaban vinculantes en aquel momento. Podría ser acaso fácil justificar la retroactividad de la jurisprudencia en el primer caso, pues al quedar afectadas líneas de interpretación provisionales, presumiblemente variadas, en todo caso oficiosas y no vinculantes, simplemente estaríamos imponiendo sobre cero —en un terreno virgen no sujeto a previo criterio hermenéutico consolidado— los efectos de la primera interpretación normativa de la norma aplicada. La interpretación que brota de la primera jurisprudencia sustituiría plenamente los criterios interpretativos previos —espontáneos, oficiosos, divergentes, posiblemente contradictorios—, recubriendo con la nueva doctrina interpretativa unificada los espacios que quedarían libres de pauta interpretativa tras la neutralización de las lecturas previas de la norma aplicada, pudiendo (o debiendo) consecuentemente hacer valer tales efectos hacia atrás en el tiempo. En principio, nadie podría alegar que se quiebra en estos casos la seguridad jurídica o la confianza legítima —que hay daño por frustración de las expectativas fundadas de quienes quedan afectados por la aplicación retroactiva de esta primera jurisprudencia— pues precisamente la diversidad y heterogeneidad, y sobre todo la oficiosidad y consustancial provisionalidad de los criterios que ahora neutraliza la nueva jurisprudencia impediría tales alegaciones.

Más difícil será justificar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia cuando ésta opere rectificando un criterio interpretativo previamente unificado y fijado oficialmente y de manera vinculante mediante previos pronunciamientos jurisprudenciales, es decir, en los casos de segundas o ulteriores jurisprudencias. La justificación en estos casos podría radicar en la advertencia del carácter erróneo —antijurídico— de la jurisprudencia que se rectifica, supuesto que permitiría y haría obligado aplicar hacia atrás el nuevo criterio interpretativo tanto como fuera posible, con objeto de evitar la consolidación de situaciones antijurídicas. En caso de tratarse de la rectificación de previas líneas de doctrina jurisprudencial no erróneas o antijurídicas, sino puramente alternativas, que cabrían por tanto en el tenor de la norma objeto de aplicación, pero que se pasan a considerar sub-óptimas (menos buenas o convenientes) por la nueva jurisprudencia, la justificación de la retroactividad operaría sobre la premisa de que las personas afectadas por la rectificación habrían tenido que considerar desde el momento de entrada en vigor de la norma interpretada todas las posibles interpretaciones de ésta, aceptando la posibilidad de que una primera interpretación oficial posible fuera sustituida por una segunda o posterior interpretación también posible en caso de que los tribunales la consideraran una mejor opción hermenéutica. La ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento, y como todos estaríamos en condiciones de establecer *a priori* las posibles alternativas lógicas de su interpretación (por ser públicas y estar plasmadas por escrito)¹⁶, deberíamos aceptar todo cambio de

16 Vid. LLOVET ANGLÍ, M., "Jurisprudencia penal desfavorable y retroactividad: razones para su prohibición", *AFDUAM* 28 (2024), pp. 262 y 263.

jurisprudencia que se produjera dentro del marco de las opciones posibles¹⁷, sin alegación de quiebra de expectativas, incluidos los cambios restrictivos de derechos¹⁸.

Se desprende de lo dicho por tanto que el único límite que podría oponerse a la aplicación retroactiva de la jurisprudencia radicaría en el indebido daño que ello podría representar para las personas afectadas por este tipo de eventualidad, en la medida en la que el giro jurisprudencial pudiera afectar negativamente a la seguridad jurídica quebrando la confianza legítima —las expectativas fundadas de aquellas personas— en la continuidad de una forma previa de interpretación de las normas que pudiera considerarse plausible, estable y por tanto “lógica o normal”. Esta situación de quiebra de expectativas fundadas, aunque podría darse en situaciones de jurisprudencia de primera generación (si lograra acreditarse que hay una línea de interpretación más o menos uniforme y estable que, aunque oficiosa, se viene aceptando *de facto* como usual y recurrente), o desde luego en situaciones de rectificación de previas líneas de jurisprudencia erróneas o antijurídicas (porque el error sería imputable al Estado, pues las personas afectadas simplemente habrían estado acogándose a una interpretación institucionalizada que por tanto debieron considerar vinculante en principio), aparecería principalmente en los casos de rectificación de previas líneas de jurisprudencia simplemente alternativas, subóptimas pero no *contra legem*, pues sería entonces, particularmente cuando el giro jurisprudencial resultara sorpresivo e imprevisible (por lo normal y plausible de la vieja interpretación y lo disruptivo e imprevisible de la nueva), cuando más fácilmente podría aceptarse la causación de un daño a los afectados por vulneración de la confianza legítima. De hecho, la no aplicación retroactiva de la jurisprudencia en estos casos, es decir, el mantenimiento de la doctrina jurisprudencial que se rectifica, podría acaso verse como la mejor forma de compensar —*in natura* o en especie— los referidos perjuicios (en lugar de indemnizar el daño producido, se evitaría, preventivamente, su aparición). Es por ello que, en el marco de este enfoque, se admite incluso la posibilidad de que la sentencia que establece la nueva jurisprudencia establezca los límites de su aplicación retroactiva valorando sus repercusiones sobre la seguridad jurídica y la confianza legítima.

Tal es lo que ha sucedido, por ejemplo, con la jurisprudencia por la que se termina asignando al orden social la competencia para conocer de las reclamaciones de indemnizaciones por daños derivados de accidentes de trabajo, que se declara no aplicable a reclamaciones instadas previamente —años antes— en el orden jurisdic-

17 Vid. LASCURAÍN, J. A., “¿Debe ser irretroactiva la jurisprudencia penal desfavorable? Un dilema”, *El Almacén de Derecho*, 25 (2023), que subraya además que, por exigencias del principio de tipicidad, este argumento operaría con singular fuerza en el ámbito penal y sancionador, lo que abriría la vía para la aplicación retroactiva de la jurisprudencia *in peius* en estos casos (p. 4).

18 Lo que significaría que la jurisprudencia —por no ser norma— no estaría sometida a las reglas constitucionales de irretroactividad de las normas penales, sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, argumento con el que se pretendió sustentar en su día la doctrina Parot (por todas, TS 197/2006, de 28 de febrero (Rec 598/2005) y TS 611/2011, de 9 de junio (Rec 2561/2010); vid. LLO-VET ANGLÉ, M., “Jurisprudencia penal desfavorable y retroactividad: razones para su prohibición”, *cit.* p. 259.

cional civil a la luz de una doctrina según la cual, en aquél momento, tales jueces y tribunales habían venido considerándose competentes para el conocimiento de estos asuntos, valorando singularmente las repercusiones del cambio interpretativo sobre los derechos de defensa y la tutela judicial efectiva de los afectados¹⁹. O, más recientemente, a propósito de la doctrina unificada según la cual los —hoy ya inexistentes— trabajos de colaboración social debían tener la consideración de contratos de trabajo indefinidos cuando se utilizaran fraudulentamente para la cobertura de puestos no intrínsecamente temporales, doctrina de la que no puede derivarse la responsabilidad prestacional de un Ayuntamiento que empleó mediante un contrato de colaboración social a un desempleado a la luz de una jurisprudencia anterior que consideraba lícitas tales prácticas²⁰. Y es lo que ha venido aplicando también el TJUE en materia de igualdad y no discriminación retributiva por razón de sexo, situación para la que se ha determinado que la doctrina de aplicación directa del art.119 del TCE no debía implementarse retroactivamente en los Estados miembros considerando lo novedoso de esta interpretación y sus graves repercusiones económicas²¹, efecto que se ha puesto de manifiesto también a la hora de definir —irretroactivamente— qué conceptos retributivos debían considerarse sujetos a la exigencia antidiscriminatoria²².

4. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA CONFIANZA LEGÍTIMA COMO LÍMITES A LA RETROACTIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA EN EL PARADIGMA SUBSUNTIVISTA: PROBLEMAS E INCONSISTENCIAS

La tesis de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia hasta el límite de la seguridad jurídica y la confianza legítima presenta deficiencias e inconvenientes significativos. El primero y más básico es sin duda el de dar por supuesto, desde el paradigma positivista-subsuntivista, que la doctrina jurisprudencial simplemente hace decir a la norma lo que la misma ha venido mentando desde el principio, suposición cuestionable, no consensuada doctrinalmente, y que por tanto no puede darse por cierta, como luego tendremos ocasión de ver con más detalle. Un segundo inconveniente tiene que ver con la naturaleza de los términos o condiciones con que se valora, en pro de la seguridad jurídica y la confianza legítima, la posibilidad de limitar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia, consustancialmente oscuros e inciertos. Pues, en efecto, ello se hace depender, por un lado, del carácter “imprevisible” o “disruptivo”

19 Vid. TS 11 de septiembre de 2009 (Rec 1997/2002) y 9 de marzo de 2010 (Rec 1469/2005).

20 Vid. TS de 14 de noviembre de 2023 (Rec 3575/2020).

21 Vid. TJCE de 8 de abril de 1976 (Asunto C-43/75, *Defrenne II*).

22 Señalando concretamente que, aunque las pensiones pagadas por Planes de Pensiones de empresa convencionalmente excluidos del régimen general deben considerarse incluidas en el concepto de retribución a efectos del art 119 Tratado CE, esto solo aplica prospectivamente —y de modo excepcional— a los recursos pendientes ante los órganos jurisdiccionales nacionales y en litigios sobre hechos sobrevenidos con posterioridad a la sentencia, no a otras situaciones previas; vid. TJUE de 17 de mayo de 1990 (Asunto C-262/88, *Barber*).

de la nueva jurisprudencia, y, por otro, de la afectación a una “continuada” y “asentada” doctrina interpretativa previa que los interesados “entendieron de buena fe” que se mantendría en el futuro sin rectificación por su carácter “normal” o “lógico”, condiciones todas atravesadas por “conceptos jurídicos indeterminados” y aun “juicios de intenciones ajenas” en las que el componente de valoración subjetiva de quien realiza la correspondiente operación de verificación alcanza cotas elevadísimas (seguramente incompatibles a su vez, por cierto, paradójicamente, con la seguridad jurídica, que a la postre es el fin al que sirven estas operaciones)²³. El tercer inconveniente de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia, hasta el límite que venga marcado por el juego de la seguridad jurídica y la confianza legítima, no es menos relevante, pues tiene que ver con el reconocimiento implícito que ello supone de desvinculación de los tribunales del imperio de la ley o en general la debida aplicación en sus propios términos de las normas jurídicas²⁴.

En efecto, si la jurisprudencia se aplica retroactivamente porque declara o revela el contenido o el significado verdadero y permanente —vinculante, necesario— de la norma aplicada, haciendo decir a la norma lo que la misma venía diciendo desde el principio, ¿cómo puede aceptarse que el tribunal limite este efecto retroactivo debido considerando que tal efecto —debido— puede comprometer la seguridad jurídica o dañar la confianza legítima? Ningún órgano judicial puede oponer al mandato claro de la norma que aplica la seguridad jurídica, por ejemplo argumentando que una ley, aprobada, promulgada y debidamente publicada, al ofrecer una regulación técnicamente deficiente (peor que la anteriormente vigente), incrementa los niveles de inseguridad jurídica o imprevisibilidad (que pasan a ser superiores a los que inducía la ley que se sustituye), lo que justificaría su inaplicación o desactivación²⁵. De modo que si la aplicación judicial de una norma no puede quedar condicionada por sus negativos efectos sobre la seguridad jurídica en general, tal aplicación —preceptiva, forzosa— tampoco debería quedar condicionada cuando tales efectos se pusieran de manifiesto a partir de una novedosa interpretación jurisprudencial de carácter meramente declarativo (que simplemente revela lo que la norma ya venía diciendo)²⁶, toda

23 Vid. LLOVET ANGLÍ, M., “Jurisprudencia penal desfavorable y retroactividad: razones para su prohibición”, *cit.*, pp. 265 y ss.

24 La doctrina señala en este sentido cómo los tribunales contrarios a la limitación de la retroactividad de la jurisprudencia han venido haciendo hincapié en “la inexistente facultad judicial para moderar el alcance temporal de las nuevas interpretaciones” pues “la propia supremacía de la norma impone entender que las correcciones de su interpretación consolidada han de tener efectos inmediatos, incluso para las situaciones generadas en el contexto anterior”, de modo que “nuestro TS carecería de facultades para condicionar el alcance de su jurisprudencia en el tiempo”; *vid.* GOERLICH PESET, J. M., “¿Es posible limitar el alcance en el tiempo de las nuevas interpretaciones judiciales? A propósito del cambio de criterio sobre la audiencia previa al despido”, *Blog El Foro de Labos*, 5 de junio (2025), p. 3.

25 *Vid.* RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *La seguridad jurídica en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ¿Un principio en decadencia?*, *cit.*, pp. 48 y ss.

26 Acaso por esto no existe ninguna previsión que habilite a los tribunales creadores de jurisprudencia para limitar temporalmente su aplicación retroactiva, tanto para el TS o el TC, como para el TJUE; específicamente en este último caso —pues suele concederse sin más que las sentencias TJUE pueden

vez que los jueces no pueden disponer del mandato de las normas que interpretan y aplican al solucionar en derecho los asuntos de los que se ocupan²⁷, menos alegando simplemente a tales efectos la quiebra de la seguridad jurídica²⁸, principio o valor jurídico general que, aun reconocido constitucionalmente, no resulta directamente aplicable²⁹, y que no puede neutralizar la aplicación de las leyes³⁰.

Otra cosa es que, como ya hemos dicho, la limitación de la retroactividad —la irre-
troactividad— de la jurisprudencia en estos casos se interpretara como prevención o
alternativa del pago por el Estado de indemnizaciones por los daños causados a las
personas que habiendo actuado de buena fe a la luz de la anterior doctrina interpreta-
tiva resultarían afectadas negativamente por el giro jurisprudencial, cuando se diesen
las condiciones para entender vulnerada la confianza legítima y la seguridad jurídi-
ca, entendiendo, según ya hemos señalado, que el mantenimiento irretróactivo de la
doctrina anterior constituiría una especie evitación del daño con la que se ahorraría

limitar su aplicación retroactiva por razones de seguridad jurídica— conviene señalar que la doctrina especializada ha señalado que “no hay en el tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ninguna disposición que expresamente autorice la limitación de los efectos retroactivos de una sentencia (ni tampoco, ciertamente, que lo prohíba)”, pues la posibilidad que reconoce el párrafo segundo del art. 264 TFUE de que “el tribunal de justicia señale, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos” se refiere solo a sentencias de anulación de normas (jurisprudencia *nomofiláctica*) no a sentencias interpretativas (jurisprudencia *nomogenésica*); “no habiendo previsión normativa expresa (que habilite para limitar la aplicación retroactiva de la doctrina TJUE) y no resultando evidente la analogía (en referencia a la aplicación del art. 264 TFUE a las sentencias puramente interpretativas) más bien habrá que reconocer que nos encontramos ante una especie de autoatribución que se realiza el propio tribunal de justicia a la vista de las negativas consecuencias que puede producir su intervención”, de suerte que “consciente de las repercusiones que sobre la realidad de las relaciones sociales, jurídicas y económicas existentes va a producir su declaración de incompatibilidad, el tribunal decide atenuarlas en algunos casos”; *vid.* COBREROS MENDAZONA, E., “Efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *cit.*, pp. 84 y 85.

- 27 La doctrina no admite por ello sin debate que los tribunales, y particularmente el TS, puedan limitar sin más los efectos retroactivos de su jurisprudencia, señalando como hecho sintomático a tal efecto que la TS 1250/2024, 18 noviembre, (sobre la necesidad de conceder audiencia previa al trabajador en despidos) termine poniendo límite a la retroactividad de sus efectos con un argumento extrínseco o indirecto, que no entra frontalmente en la cuestión de si el tribunal puede realmente condicionar la retroactividad de su jurisprudencia, como es el de la excepción a la exigencia de audiencia previa que prevé el propio art. 7 del Convenio 158 OIT cuando no pudiera razonablemente pedirse al empleador que tuviera que conceder tal audiencia al trabajador, lo que permitiría eximir de tal exigencia en todos los casos en los que el despido se hubiera producido con anterioridad al cambio de doctrina, en tanto que en el momento del despido no se le podía exigir al empresario tal requisito cuando expresamente la jurisprudencia venía manteniendo lo contrario desde los años ochenta; *vid.* De la PUEBLA PINILLA, A., “Cambio de criterio judicial y aplicación en el tiempo de la doctrina unificada por la Sala IV del Tribunal Supremo”, *cit.*, pp. 17 y 19.
- 28 *Vid.* RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *La seguridad jurídica en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ¿Un principio en decadencia?*, *cit.*, p. 56.
- 29 *Vid.* ROSADO IGLESIAS, G., “Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia”, *cit.*, p. 87.
- 30 Es acaso también por esto por lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que “las exigencias de la seguridad jurídica y de la protección de la confianza jurídica de los justiciables no generan el derecho adquirido a una jurisprudencia constante” (STEDH 18 diciembre 2008, *Unédic* contra Francia, o 14 enero 2010, *Atanasovski* contra la ex República Yugoslava de Macedonia).

la necesidad de pagar indemnizaciones. Este argumento tiene sin embargo un importante inconveniente, a saber, presumir que la acción normativa del Estado puede causar daños particulares que tengan que ser reparados. Y es que esto no es rigurosamente cierto, o al menos no lo es para la regulación de las relaciones privadas (en las relaciones administrativas o de sujeción pública caben matices dada la unilateralidad del sacrificio experimentado³¹), y la prueba es que la aplicación retroactiva de las normas, cuando se determina en las disposiciones transitorias, por ejemplo, no suele contemplar el pago de indemnizaciones a quienes organizaron sus planes a la luz de la regulación anterior³², entre otras cosas porque ello vendría a erigir las meras expectativas de los sujetos jurídicos en un límite a la soberanía legislativa que en general no se admite en nuestro ordenamiento³³.

Desde un punto de vista estrictamente lógico-jurídico, tampoco puede admitirse por otra parte que limitar la retroactividad de la nueva jurisprudencia constituya la mejor manera de compensar (alternativa o preventivamente) los supuestos daños que en otro caso padecerían los interesados, siquiera sea porque tales daños, de existir, serían por definición individualizados y variados —distintos para cada caso particular—, de modo que la solución adecuada, que tendría que ser necesariamente diversificada, según el perjuicio efectivamente sufrido por cada afectado, no podría consistir en una

31 Vid. TARDÍO PATO, J. A., “La retroactividad de la jurisprudencia como peligro para la seguridad jurídica y la confianza legítima”, *cit.*, pp. 132 y ss.

32 De hecho, conforme ha dispuesto la TC 210/1990, 20 diciembre, ni siquiera sería constitucionalmente preciso que la ley derogatoria posterior utilizara mecanismos suavizadores de derecho transitorio, pues podría imponer la nueva regulación que establece de manera seca o abrupta sin necesario padecimiento de la seguridad jurídica; *vid.* RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *La seguridad jurídica en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ¿Un principio en decadencia?*, *cit.*, p. 99.

33 Téngase presente que la llamada “responsabilidad patrimonial del Estado legislador” se admite exclusivamente para el caso de daños derivados de leyes inconstitucionales o leyes contrarias al ordenamiento comunitario, es decir, para actuaciones legislativas antijurídicas; la tercera situación típica de responsabilidad patrimonial del Estado legislador reconocida en el art. 32 de la Ley 40/2015, 1 octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, referida a los “actos legislativos no expropiatorios” causantes de “daños que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportar” no deja de constituir un curioso y dudoso supuesto de responsabilidad, pues si se trata de actos legislativos no ilícitos va de suyo que no cabe admitir la responsabilidad del Estado (*qui iure suo utitur neminem laedit*), y si se trata de actos legislativos ilícitos (que el ciudadano no tenga el deber de soportar), ¿bajo qué criterio —necesariamente supralegal, y distinto al que fije la Constitución o el ordenamiento comunitario— podrá determinarse la antijuridicidad de tales actos legislativos?; nótese además que las leyes son expresión de la voluntad del legislador soberano, por lo que no es fácil imputar responsabilidades en tales casos; y nótese también que, por definición, todo acto de legislación comportará cierto grado de afectación negativa en los intereses o expectativas de los afectados, sin que pueda admitirse que siempre que se aprueba una ley surja la obligación del Estado de indemnizar a los particulares afectados (porque se trataría de un *damnum sine iniuria*); acaso por esto la propia Ley 40/2015 termina condicionando la viabilidad de este cauce de responsabilidad patrimonial del Estado legislador a la circunstancia de que la propia ley reconozca el derecho de los particulares a percibir la correspondiente indemnización y en los términos de lo que tal ley establezca, algo que termina haciendo la figura absurda y superflua, pues va de suyo que la ley ya puede hacer esto en todo caso; por todas estas razones la doctrina es muy crítica con esta vía de responsabilidad; *vid.* GALLARDO CASTILLO, M. J., “La responsabilidad del Estado legislador y las debilidades del sistema”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 59 (2022), pp. 108 y ss.

reparación igual para todos. De modo que puede decirse que la solución de limitar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia, al operar radical y genéricamente—“aguas arriba”—produciendo más consecuencias efectivas de las estrictamente necesarias para reparar específicamente los daños causados, es decir, efectos secundarios o colaterales indeseados, resultaría claramente desproporcionada, y por tanto no plausible. Es como si se dijera que la mejor manera de arreglar los daños que conllevan los accidentes de tráfico fuera prohibir la circulación de los vehículos a motor.

Si nos atenemos estrictamente a la lógica del criterio de que la jurisprudencia —por su carácter de mera declaración del derecho— no se sujeta a las limitaciones de la regla general de irretroactividad de las normas, en cuanto que simplemente hace a las leyes decir lo que las mismas han venido diciendo desde el principio, de modo que puede y debe hacerse valer hacia atrás llevando los efectos de la norma interpretada hasta donde la norma alcance en el tiempo, no parece como hemos venido sosteniendo que los argumentos de la seguridad jurídica o la confianza legítima puedan condicionar el referido efecto retroactivo de la jurisprudencia. Quiere ello decir que el paradigma subsuntivista, que ve la jurisprudencia como operación de mera aplicación de las normas, sin creación de derecho (sin aportación de *ius novum*), no es capaz de proporcionar argumentos solventes y consistentes a la hora de postular límites —a veces tan convenientes o necesarios desde un punto de vista práctico— a la aplicación retroactiva de la jurisprudencia. De hecho, la única razón de peso que, dentro de este paradigma, podría darse para limitar la retroactividad de la jurisprudencia sería el argumento, más bien cínico, de que la sentencia que hubiera establecido la referida limitación no fuera susceptible de impugnación, es decir, de que la sentencia que fijara y limitara la retroactividad de la jurisprudencia quedara al margen de escrutinio por su irrecurribilidad y firmeza. Es extremadamente difícil, en definitiva, limitar el efecto retroactivo de la jurisprudencia con argumentos solventes, principalmente para salvaguardar la seguridad jurídica y proteger la confianza legítima de las personas afectadas, cuando se parte de la premisa de que los tribunales, sin crear nuevo derecho, simplemente hacen decir a las normas lo que estas siempre han dicho³⁴.

5. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO Y SU IRRETROACTIVIDAD NATURAL

La cuestión de la retroactividad de la jurisprudencia y su eventual limitación por razones de seguridad jurídica o protección de la confianza legítima de los sujetos afectados por ella cambia sustancialmente cuando el asunto se enfoca desde el paradigma de la creación judicial del derecho. Como es sabido, en este contexto teórico los jueces ya no actúan como “mera boca de la ley” cuando interpretan las normas sino que, en mayor o menor medida, según las circunstancias del caso y el tipo de

34 Vid. GOERLICH PESET, J. M., “¿Es posible limitar el alcance en el tiempo de las nuevas interpretaciones judiciales? A propósito del cambio de criterio sobre la audiencia previa ...”, *cit.* p. 6.

norma aplicada, siempre la integran o enriquecen particularizando *ad hoc* su mandato y añadiendo contenido normativo nuevo que no estaba previamente dispuesto en la misma (*ius novum*)³⁵. La función jurisdiccional no se considera agotada en un mero juicio silogístico de encuadramiento más o menos mecánico de unos hechos particulares que se considera probados (premisa menor) en el supuesto de hecho de la norma aplicada (premisa mayor), sino que, partiendo de la consustancial imperfección e incompletitud de la norma y del lenguaje, dado que tampoco puede presumirse la omnisciencia ni la infalibilidad del legislador, y atendiendo a la realidad de lo que verdaderamente acontece cuando se dictan sentencias³⁶, se entiende como una auténtica operación de "creación de derecho"³⁷.

El contexto determinante aquí es la falta de separación real entre las funciones de creación y aplicación del derecho, así como la consecuente negación de que las mismas estén correlativamente asignadas orgánicamente por separado y en exclusiva, una, la de creación del derecho, al poder legislativo (*lato sensu* entendido como poder normativo) y otra, la de aplicación del derecho, al poder jurisdiccional (como poder de aplicación judicial de las normas jurídicas). La diferenciación entre creación y aplicación del derecho sería puramente lógica pero no real —estaríamos en el ámbito de una "disociación" (*ordo idearum*), no en el de una "separación" (*ordo rerum*)—, asumiendo que en la práctica no habría actos de creación pura de derecho (sin aplicación de derecho previo), ni tampoco actos de aplicación pura (sin creación de nuevo derecho), pues con carácter general toda operación de creación jurídica implicaría aplicación del derecho y toda operación de aplicación del derecho implicaría creación jurídica. De la misma manera que el parlamento, cuando aprueba la ley, crea derecho aplicando la superior y previa norma constitucional, dado que es esta la regulación que valida sus capacidades de creación normativa, así como el procedimiento y sus condiciones materiales (y lo mismo puede predicarse sucesivamente del resto de normas del sistema de fuentes), los órganos jurisdiccionales crean también derecho nuevo cuando aplican las normas, de modo que puede decirse que se trata en ambos casos de situaciones en que se realizan operaciones mixtas de creación y aplicación del derecho cuya diferencia no es de esencia sino de grado³⁸, pues en un caso, en el de la operaciones legislativas, pesará más la creación y menos la aplicación (por lo

35 En realidad, "la norma en sentido estricto es el producto de la interpretación, nace con ella"; GARCÍA AMADO, J. A., "Filosofía hermenéutica y derecho", *Azafea Revista de Filosofía*, 5 (2003) p. 208; sobre el proceso progresivo de apertura desde el subsuntivismo hacia el reconocimiento del valor normativo de la jurisprudencia en el contexto de la ciencia jurídica continental, *vid.* ZACCARIA, G., "La jurisprudencia como fuente del derecho: una perspectiva hermenéutica", *Isonomía*, 32 (2010), pp. 94 y ss.

36 *Vid.* GARCÍA MURCIA, J., "La jurisprudencia social del Tribunal Supremo: proceso de elaboración, recorrido material y canales de influencia", *La jurisprudencia social del Tribunal Supremo (En memoria de Félix Salvador Pérez)*, Aranzadi, Pamplona, 2023, p. 76.

37 *Vid.* TARDÍO PATO, J. A., "La retroactividad de la jurisprudencia como peligro para la seguridad jurídica y la confianza legítima", *cit.*, pp. 143 y ss.

38 La doctrina constata en este sentido una innegable realidad de "colaboración y subdivisión del trabajo de producir el derecho entre poder legislativo y poder decisorio del juez"; *vid.* ZACCARIA, G., "La jurisprudencia como fuente del derecho: una perspectiva hermenéutica", *cit.*, p. 99.

que la operación quedará validada simplemente acreditando la competencia, el procedimiento y el cumplimiento de unas mínimas condiciones de regulación material), mientras que en otro, en las operaciones jurisdiccionales, pesará más la aplicación y menos la creación³⁹ (razón por la que la sentencia tendrá que construir y defender argumentativamente el criterio de interpretación por el que se decanta, más si es inédito, y por qué termina resolviendo lo que resuelve, argumentación que podrá ser objeto de depuración a través de los correspondientes recursos⁴⁰).

En las operaciones de legislación los órganos habilitados, aun sujetos a normas previas que aplican, operan con amplios márgenes de creación de derecho, márgenes que van por cierto estrechándose conforme se va descendiendo en el sistema de fuentes (ley, reglamento, convenio colectivo, costumbre), mientras que en las operaciones de jurisdicción los jueces, aun realizando principalmente funciones de aplicación de normas y regulaciones vinculantes previas saturadas, que reducen al máximo sus márgenes operativos, no dejan de tener que realizar alguna aportación normativa innovadora aplicable al singular caso del que se ocupan, aportación de creación de derecho que necesitará como decimos ser soportada argumentativamente, por tratarse de una capacidad que se reconoce en términos reglados estrictos y no discrecionales, a diferencia de lo que acontece cuando se realizan operaciones legislativas⁴¹. Se trata por tanto en todos los casos —operaciones legislativas y jurisdiccionales— de la realización de “pasos de especificación normativa” medio-aplicativos y medio-creativos en virtud de los cuales se avanza desde una norma primera general y abstracta que es pura creación no aplicativa del derecho (la Constitución) hasta una norma última particular y concreta que es pura aplicación no creativa de derecho (el título ejecutivo de la sentencia que termina fijando la norma última para el litigio que se resuelve)⁴².

Situados entonces en este paradigma —de creación judicial del derecho— parece evidente cuál ha de ser la solución al problema de la retroactividad de la jurisprudencia. Y es que, en la medida en la que ésta tendrá la consideración de verdadera fuente de derecho nuevo —valor normativo⁴³—, deberá necesariamente sujetarse a las reglas

39 La creación judicial del derecho, se ha dicho, “no es una condición contingente, sino estructural y permanente de la praxis judicial; por consiguiente, una tarea imprescindible para una metodología del derecho que pretenda comprender correctamente de qué modo funciona la interpretación judicial de la ley es no omitir esta característica duradera de la práctica del derecho”; *vid.* ZACCARIA, G., “La jurisprudencia como fuente del derecho: una perspectiva hermenéutica”, *cit.*, pp. 97 y 98.

40 El TC reclama en este sentido que toda “nueva y distinta resolución se haya adoptado reflexivamente por el juzgador” (STC 48/1987, de 22 de abril), “de modo consciente, reflexivo y con criterios generalizables”, *ie.*, susceptibles de verificación) (STC 145/1997, de 15 de septiembre).

41 *Vid.* GARCÍA MURCIA, J., “La jurisprudencia social del Tribunal Supremo: proceso de elaboración, recorrido material y canales de influencia”, *La jurisprudencia social del Tribunal Supremo...cit.*, pp. 55 y 56.

42 El derecho, según este enfoque, no sería un orden de regulación “dado”, que simplemente habría que descubrir y aplicar, sino un orden de regulación “construido” en un proceso de elaboración (y creación) permanente desde lo general y abstracto hasta lo particular y concreto; *vid.* GARCÍA AMADO, J. A., “Filosofía hermenéutica y derecho”, *cit.*, pp. 195 y ss.

43 La indiscutible fuerza normativa de la jurisprudencia quedaría confirmada por la circunstancia crucial de que su incumplimiento abriría el paso a la casación (o anulación) de la sentencia que se hubiera

comunes o generales de irretroactividad que el ordenamiento dispone para las normas jurídicas, que como es sabido, y ya hemos señalado, determinan que “las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario” (art. 2.3 CC), garantizando “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales” (art. 9.3 CE) y prohibiendo las condenas o sanciones “por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento” (art. 25.1 C). Con carácter general, no podrá por tanto desde este paradigma aplicarse retroactivamente la jurisprudencia, lo que nos sitúa ante un horizonte de exclusiva licitud de la jurisprudencia en su proyección hacia adelante (*prospective overruling*) radicalmente contrapuesto al de jurisprudencia también hacia atrás (*retrospective overruling*) postulado desde el subsuntivismo, y más generalizado doctrinalmente, según el cual la jurisprudencia debe tener efecto retroactivo con carácter general, salvo que ello afectara negativamente a la seguridad jurídica⁴⁴.

Resulta por tanto que la jurisprudencia nunca podría aplicarse retroactivamente, salvo en dos situaciones. En primer lugar, cuando se tratara de jurisprudencia que introdujera mejoras sancionadoras o penitenciarias o resultara en todo caso favorable a derechos individuales, posibilidad que se desprende de una interpretación *a contrario* de la limitación constitucional de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Y, en segundo lugar, cuando la propia jurisprudencia, en principio irretroactiva, “dispusiera lo contrario”, dado que, conforme al art. 2.3 CC, las normas —y la jurisprudencia sería norma en el contexto de la interpretación que ahora hacemos— “no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo

apartado de ella; este relevante dato de la ley positiva sería lo importante, y no la calificación formal de la jurisprudencia como “fuente de derecho”, dado el valor meramente académico de este concepto; *vid.* De OTTO, I., *Derecho Constitucional (Sistema de Fuentes)*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 298; también BLASCO GASCÓ, F., *La norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 62 y ss.

- 44 Es obligada aquí la cita del tan parafraseado voto particular del magistrado C. de la Vega Benayas a la TC 95/1993, 22 marzo (verdadero *leading case* sobre aplicación retroactiva de la jurisprudencia), según el cual la referida sentencia estaría entrando en contradicción con el criterio de irretroactividad consagrado en las anteriores SSTC 130/1992, 131/1992 y 156/1992, en las que se vino a declarar que la jurisprudencia generada en la sentencia TC 185/1990 solo sería aplicable a los casos posteriores, rigiéndose los anteriores por el criterio rechazado o abandonado por esa resolución. Y en el que sobre todo se afirma que «el cambio de jurisprudencia, en términos generales, solo debe ser prospectivo. Parece evidente que atenta contra el derecho al acceso a la jurisdicción el aplicar retroactivamente un presupuesto no existente en el momento en el que se ejercitó el derecho de acción a través de un determinado procedimiento. Si el actor ejercitó en su momento el derecho de acción en la forma entonces comúnmente aceptada por los Tribunales, no pueden exigírsele en un momento posterior condiciones nuevas que, por desconocidas, nunca pudo satisfacer. Si el plazo de prescripción discutido nunca fue el de un año, todo cambio jurisprudencial en el sentido de fijar en ese tiempo el plazo en cuestión solo puede proyectarse sobre los supuestos de hecho acaecidos con posterioridad al cambio. A estos efectos, el cambio de jurisprudencia actúa en realidad como un cambio de norma en sentido estricto, de manera que una mínima exigencia de seguridad —indudablemente insita en el derecho mismo a la tutela judicial del art. 24 CE— obliga a no exigir del recurrente —a los efectos de verificar si ha satisfecho las condiciones necesarias para acceder al proceso— más de lo que este pudo cabalmente cumplir».

contrario". Sin embargo, vamos a explicar a continuación por qué esta última facultad, en principio excepcional, que se reconoce a las leyes o en general a las normas para disponer la aplicación retroactiva de sus efectos, y que obviamente no opera, dado el límite constitucional existente, cuando se trata de disposiciones penalizadoras, sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, por qué esta facultad dispositiva, decimos, no debe operar sin más en el caso de la jurisprudencia —al menos la jurisprudencia clásica— dado el carácter normativo *sui generis* de la misma.

Y es que la jurisprudencia no es una norma creada en intención directa por el tribunal que la establece, al ser un resultado secundario o colateral —no intentado, casi accidental— de la interpretación de la norma que el tribunal tiene que hacer para cumplir su objetivo primario de dar una solución en derecho al asunto o litigio particular del que se ocupa, interpretación sin embargo que por su carácter jurisprudencial —normativo— terminará valiendo más allá del caso particular del que brota, afectando a situaciones análogas o de similares características. A diferencia de lo que acontece con las fuentes del derecho propias o en sentido estricto (la Constitución, la ley, el reglamento, el convenio colectivo...) en las que el sujeto creador de la norma opera proactivamente buscando alcanzar a través de la disposición que aprueba un fin de política legislativa previamente proyectado, la jurisprudencia no tiene esta naturaleza: no busca propositivamente establecer una regulación de derecho o hacer efectiva una política legislativa preprogramada, sino que simplemente "resulta" de la interpretación que el tribunal hace de la norma al aplicarla para cumplir su objetivo primario y central de resolver en derecho el asunto conflictivo concreto de que se trate. Y de acuerdo con esto no es fácil postular que la jurisprudencia pueda valorar y decidir si procede declarar la aplicación retroactiva de un criterio interpretativo que, aunque va a terminar desplegando efectos normativos, porque es jurisprudencia, ha nacido para resolver adecuadamente el caso particular, al margen de cualesquiera consideraciones de política regulatoria⁴⁵.

Por supuesto, todo esto que acabamos de señalar vale para la —vamos a decir— jurisprudencia clásica. No es tan claro que pueda trasladarse a las nuevas formas de jurisprudencia que el ordenamiento jurídico ha venido introduciendo en las últimas décadas con la finalidad de uniformizar los criterios de interpretación del derecho en sistemas jurisdiccionales, como el español, diversificados orgánicamente, en los que pueden nacer líneas de interpretación de las normas diversas y contradictorias, no necesariamente antijurídicas, que conviene homogeneizar por obvias razones de igualdad en la aplicación del derecho. En el orden social de la jurisdicción el recurso de casación para unificación de doctrina es sin duda la figura paradigmáticamente creada a tales efectos, pues aun siendo cierto que con el mismo se resuelve un conflicto privado que afecta a las partes litigantes, de modo que atiende a intereses particulares, es también evidente que su finalidad acaso primordial es conformar líneas de jurisprudencia unificada, incorporando por tanto un claro propósito de interés general

45 Vid. GARCÍA MURCIA, J., "La jurisprudencia social del Tribunal Supremo: proceso de elaboración, recorrido material y canales de influencia", *La jurisprudencia social del Tribunal Supremo...cit.*, p. 54.

que aproxima la jurisprudencia que nace de su práctica a algo bastante parecido al ejercicio intencional de funciones de naturaleza explícitamente normativa. Esta singular característica de la jurisprudencia de unificación de doctrina llegó por cierto a quedar meridianamente de manifiesto en el llamado recurso en interés de ley (instado por el Ministerio Fiscal y cuya resolución servía exclusivamente para establecer doctrina unificada, sin afectación del litigio afectado por la sentencia impugnada), y sigue sin duda presente en espíritu en el “interés casacional objetivo” que la vigente LRJS ha introducido como componente esencial de la casación unificadora⁴⁶. No podría descartarse consecuentemente que la jurisprudencia establecida por estas vías pudiera eventualmente proclamar su retroactividad⁴⁷.

Tampoco parece que la jurisprudencia que el TC y el TJUE vayan elaborando al interpretar las previsiones constitucionales y las normas del ordenamiento comunitario tenga vedada la posibilidad de declarar su aplicación retroactiva. En el caso de la jurisprudencia que el TC puede ir tejiendo en torno a las normas constitucionales a través de las cuestiones y recursos de inconstitucionalidad, y respecto de los derechos fundamentales mediante el recurso de amparo, porque el TC, por su condición de intérprete supremo de la Constitución, operaría soberanamente —*legibus solutus*— a la hora de determinar el contenido y el alcance de las reglas constitucionales, pues no habría norma previa vinculante capaz de condicionar sus designios interpretativos. En el caso del TJUE, porque, análogamente, tampoco habría una regla fundamental con la que constreñir los poderes interpretativos ejercitados por el TJUE en el ámbito de sus competencias (por cierto, puramente interpretativo-jurisprudenciales —es decir, normativas y no judiciales— en el ámbito de la cuestión prejudicial, cuyo objeto es aclarar y precisar el significado y alcance de las normas del derecho de la Unión según el art. 267 TFUE). Es más, no es sólo que estos órganos jurisdiccionales supremos actúen constitutivamente o por definición libres de ataduras a las normas que interpretan, al operar como intérpretes auténticos de las mismas (de modo que no pueden quedar sujetos a la norma cuyo contenido les corresponde definir a ellos), sino que, procesalmente, tampoco habría cauces —recursos— para revisar las determinaciones interpretativas que hubieran efectuado en sus sentencias. Tanto que, contemplado el asunto en su crudeza, desde un punto de vista puramente formal o positivista estricto, estos tribunales ni siquiera tendrían necesidad de exponer los argumentos en los que apoyan el fallo o con los que construyen y determinan el alcance

46 Vid. STS 495/2026, 22 de mayo (Rec. 3239/2025).

47 La doctrina pone de relieve que en el recurso de casación para unificación de doctrina ninguna norma establece “una prohibición de aplicar la doctrina unificada a situaciones jurídicas anteriores que no hubieran sido objeto de enjuiciamiento”, pues “el carácter y eficacia de la sentencia dictada en unificación de doctrina es la propia de la jurisprudencia, es decir, la unificación de criterios en la aplicación de la norma jurídica, pero no la exclusión de su aplicación a supuestos anteriores que no hayan sido objeto de debate judicial” (citando a tal fin la TS 12 junio 2002, Rec 4871/2000, favorable a la retroactividad de la jurisprudencia); vid. FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V., “Contenido y alcance de la sentencia dictada en recurso de casación para unificación de doctrina”, *El recurso de casación para unificación de doctrina en el Orden Social de la Jurisdicción*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 499.

de la jurisprudencia que fijan⁴⁸, toda vez que al no haber recurso no habría posibilidad de cuestionar la validez de los mismos⁴⁹.

Puede por tanto concluirse a la vista de todo lo dicho que, salvo la jurisprudencia clásica del TS, resultante secundariamente de la interpretación de las normas que el tribunal debe hacer con el objeto primario de resolver en derecho un conflicto particular, y que se produce principalmente en el marco de un recurso de pura legalidad como es la casación ordinaria, tanto la jurisprudencia elaborada por el TS a través del recurso de unificación de doctrina, como la jurisprudencia del TC y del TJUE, sí podrían estar en condiciones de determinar (o no) su retroactividad. Con ello, la práctica real de los tribunales de determinar la retroactividad de su jurisprudencia según las condiciones de la situación afectada, en verdad necesaria e ineludible⁵⁰, queda armada desde una solución teórica —la irretroactividad como regla general dado el carácter normativo de la jurisprudencia— más realista y consistente que la contraria de total retroactividad⁵¹ —salvada la seguridad jurídica— postulada desde el paradigma de la actividad jurisdiccional como pura aplicación silogística o mecánica de las normas⁵².

48 Pues “cuando el juez llega a la conclusión de su razonamiento, y el ordenamiento jurídico ya no ofrece ningún medio para controlar la exactitud de aquélla, dicha conclusión se desvincula de las premisas lógicas que sirvieron para su afirmación y adquiere, independientemente de aquellas, autoridad de cosa juzgada”; *vid.* CALAMANDREI, P., *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Reus, Madrid, 2009, p. 116.

49 Podría decirse entonces que la verdadera razón por la que estos tribunales elaboran y hacen explícita la argumentación con la que sustentan el fallo de sus sentencias no tendría tanto que ver con la “validez” de la sentencia (al no poder ser atacada por esta causa, como decimos) como con su “eficacia”, es decir, con la capacidad de la sentencia y la jurisprudencia que crea para influir en la conciencia jurídica de los miembros de la sociedad en que opera y para ser aceptada espontánea y pacíficamente (en virtud de razones de “legitimidad técnica”, dado que los tribunales carecen de “legitimidad democrática”), sirviendo al objetivo funcional de regular los procesos del intercambio social con bajos costes de transacción y por tanto a la recurrencia misma de la propia norma —la sentencia y la jurisprudencia correspondiente— y a la postre de todo el sistema jurídico; *vid.* ATIENZA, M., *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 11 y ss; POSNER, R., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pp. 714 y ss; LUHMANN, N., *El derecho de la sociedad*, Herder, Universidad Iberoamericana, 2005, pp. 463 y ss.

50 *Vid.* ZEJALBO MARTÍN, J., “Nuevas notas sobre la retroactividad de la jurisprudencia”, *Notarios y Registradores*, 2016 (<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/retroactividad-jurisprudencia/>).

51 Se ha dicho en este sentido que “no existe una vinculación entre la tesis de la irretroactividad (de la jurisprudencia) y la comprensión del juez como una especie de *legislador sucesivo* que atribuye significado a una *fórmula significativamente inerte*”, de suerte que “la concepción del juez como *normador sucesivo* no aboca a la irretroactividad desfavorable; dado que sería un segundo agente normativo y que en todo caso está severamente limitado por el primero, razones de eficacia y de independencia judicial podrían justificar que el mandato de irretroactividad desfavorable se limite al legislador; de hecho, este destinatario es el único que menciona expresamente la Constitución”; *vid.* LASCURAÍN, J. A., “¿Debe ser irretroactiva la jurisprudencia penal desfavorable? ...”, *cit.*, p. 8.

52 El propio Kelsen admite la evidencia de que los tribunales terminan contribuyendo a la creación del derecho con sus sentencias, y por tanto el carácter normativo de la jurisprudencia que puede resultar de ellas; *vid.* KELSEN, K., *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1982, pp. 351 y ss; también DOMEÑECH PASCUAL, G., “Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de ley (Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva)”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1 (2013), pp. 4 y ss.

