

APROXIMACIÓN AL DERECHO TRANSITORIO DE SEGURIDAD SOCIAL

M^a GEMA QUINTERO LIMA

Becaria FPU (MEC) de la Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

Desde el ángulo material concreto de la Seguridad Social, se pretende llevar a cabo un nuevo acercamiento al Derecho Transitorio. Ese nuevo acercamiento pasa, de un lado, por el análisis de la posibilidad de aplicar al Derecho de la Seguridad Social los métodos usuales propios del Derecho Transitorio como instrumentos de reglamentación del cambio. De otro lado, se han de redefinir los principios habitualmente expuestos por la doctrina como elementos sustanciales de solución de los problemas transitorios. Y este cuestionamiento previo de la capacidad de los métodos y principios tradiciones para resolver los interrogantes derivados de la sucesión de normas de Seguridad Social se produce en la medida en que la configuración del sistema de protección tiene unas determinadas características, susceptibles de modalizar las situaciones transitorias habitualmente problemáticas en Seguridad Social. De tal forma que las especificidades de las relaciones jurídicas de Seguridad Social pueden impedir la aplicación automática de los métodos y principios de solución tradicionales del Derecho Transitorio considerados en abstracto.

A ello se ha añadir que, dado el carácter esencialmente dinámico de la Seguridad Social que le hace estar sometido constantemente a revisiones, se hace necesario hallar instrumentos de estabilización del subordenamiento de Seguridad Social. Así, la inestabilidad se vería relativizada si, dado que los cambios son necesarios para la configuración progresiva del sistema y no se puede prescindir de ellos, se pudiera al menos encontrar una lógica común construida por un elenco de principios generales que subyazca a todos los tránsitos normativos en esta materia y ofrezca pautas únicas para solucionar todos los eventuales problemas de la transitoriedad de Seguridad Social.

ÍNDICE

1. Notas introductorias. 1.1. La sucesión normativa en Seguridad Social. Aproximación al Derecho Transitorio; 1.2. El punto cero del tránsito; 1.3. El problema transitorio y los hechos intertemporales
2. Los problemas transitorios de Seguridad Social; 2.1. Las prestaciones en curso de adquisición. La relación jurídica de seguridad social; 2.2. Las prestaciones causadas; 2.2.1. La adquisición o causación del derecho a prestación; 2.2.1.1. El problema de la localización del hecho adquisitivo o hecho causante; 2.2.1.2. El problema de la precisión del contenido de la adquisición o causación del derecho; 2.2.2. El disfrute de la prestación
3. Métodos y técnicas de solución de los problemas transitorios: el Derecho Transitorio de Seguridad Social; 3.1. Los métodos; 3.1.1. La norma de conflicto; 3.1.2. La norma sustancial de transición; 3.2. Los principios de solución; 3.2.1. El principio de irretroactividad; 3.2.2. El principio de supervivencia de la norma anterior; 3.2.3. El principio del efecto inmediato de la nueva norma; 3.3. Conclusiones
4. Los principios últimos del Derecho Transitorio de Seguridad Social; 4.1. Los principios de solución del tránsito; 4.2. Los principios de la reforma legal concreta; 4.3. Los principios del sistema de Seguridad Social

1. NOTAS INTRODUCTORIAS

1.1. La sucesión normativa en Seguridad social. Nueva aproximación al Derecho transitorio

El Derecho se erige como instrumento de ordenación de la vida social. En la medida en que la sociedad generadora y destinataria del fenómeno jurídico evoluciona, es previsible que el Derecho cumpla esa función reguladora inmerso en un determinado contexto. Contexto que le sirve de marco aplicativo y que en último término es uno de sus factores condicionantes¹. Por ello, se puede constatar que el legislador se está valiendo constantemente del Derecho para juridificar la realidad. No sólo lleva a cabo juridificaciones sucesivas sino que las realiza de un modo diverso cada vez. Así, en general, cada ordenamiento

¹Es posible así hablar de la historicidad del Derecho o del “Derecho en el Tiempo”, como una de las tres posibles dimensiones de la relación Tiempo-Derecho. Ese enfoque del “Derecho en el Tiempo” se opone a las otras dos dimensiones de “Tiempo del Derecho” y “Tiempo en el Derecho”. Se trata de conceptos adelantados por Rafael HERNANDEZ MARIN, que distingue entre el tiempo como marco de existencia de las normas, y el tiempo como contenido de las mismas. (*Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 427 y ss.), así como por Jacques HERON, que distingue en su estudio estructural del Derecho Transitorio entre “le temps de la loi”, y “la presence du temps dans la règle de Droit.” (*Principes de Droit Transitoire*. Paris: Dalloz, 1996, 168 p.)

jurídico es un sistema dinámico en constante evolución: se incorporan nuevas normas y otras dejan de pertenecer al ordenamiento².

Ha de decirse, no obstante, que ese carácter dinámico que se predica del ordenamiento en general es susceptible de sufrir distintos grados de materialización en cada una de sus ramas. En efecto, no se puede ignorar que hay algunos subordenamientos con tendencia a ser, al menos parcialmente, estables e inactivos. Como tampoco se puede obviar la existencia de otros que se encuentran dotados de un grado de dinamismo que hace de ellos sectores inestables. La cualidad de inestabilidad no ha de ser percibida con connotaciones negativas, antes al contrario, a veces, el cambio continuo es denotativo del movimiento tendencial que constituye la propia esencia de dicho subordenamiento en su configuración última, tal y como sucede en el Derecho de la Seguridad Social, que es sin duda una de las ramas del ordenamiento que a mayor velocidad cambia. Es más, la idea de reforma es una constante implícita en el sistema de Seguridad Social³. Parece así que el sistema, por su propia esencia, está siempre sometido a constantes revisiones, siendo la reforma no una exigencia coyuntural sino el elemento caracterizador permanente de la Seguridad Social. De ahí que se hable de ésta como algo siempre en trance de realización y permanentemente inacabada⁴.

Se suceden las normas en esta materia, y habitualmente se trata de una sucesión normativa de textos de diferente rango⁵. A esa proliferación de normas, que

²Especialmente relevantes desde el punto de vista filosófico son las reflexiones sobre el Tiempo y el Derecho de F. OST. Véase OST F. *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacobs, 1999, 376 p. y OST, F y VAN HOECKE, M. (Ed.) *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer?* Bruxelles: Bruylant, 1998, 469 p.

³VIDA SORIA, J. "La reforma de la Seguridad Social." en PRADOS DE REYES, F.J. (Dir) *II Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: MTSS, 1984, p. 241 y ss.

⁴GONZALEZ ORTEGA, S., "El sistema de Seguridad Social." En CGPJ, *Derecho de la Seguridad Social*, Barcelona: CGPJ y Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1994, p. 15 y ss.

⁵El Derecho de la Seguridad Social presenta una complejidad técnica tal que hace patente la relativa incapacidad del legislador para abordar la regulación completa de la materia. De forma que se ha tendido a emplear la técnica de la legislación delegada, así como la de la *legislación en cascada*: Cortes-Gobierno-Ministro de Trabajo-órganos administrativos. (DESDENTADO BONE-TE, A., "Nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del "Código de Seguridad Social". *Relaciones Laborales*, 1996, Tomo I, p. 477 y 478.)

La técnica de la legislación en cascada que no es sino la aplicación del esquema de la *Stufenbau der Rechtsordnung* o *construcción progresiva del ordenamiento*. Diseñada por Adolf MERKL, ésta construcción se concreta en la constatación de que las normas que forman el ordenamiento presentan un valor jurídico desigual, y constituyen una jerarquía de grados sucesivos de valor decreciente. Así, desde la Norma Fundamental, se produce una concreción hacia abajo del ordenamiento, en la que la norma inferior tiene parte de ejecución respecto de la norma jerárquica superior, y de creación respecto de la que se encuentra en un escalón inferior al suyo. (Véase BONNARD, R., "La théorie de la formation du Droit par degrés dans l'oeuvre d'Adolf Merkl." *Revue de Droit Public*, 1928, p. 668-696.)

desemboca en una inflación cuantitativa, se suma la tendencia a llevar a término reformas intensas cualitativamente hablando. Todo ello en tal grado que no queda más que percibir un cierto desorden jurídico⁶, del que resulta una realidad de transición especialmente compleja. Y si, en general, cualquier cambio genera una situación de transición delicada, las transiciones normativas en Derecho de la Seguridad Social no son sólo delicadas sino trascendentes. En esta materia, no sólo hay que contar con la multiplicidad de normas sucesivas, sino que hay que ser consciente de las repercusiones prácticas que las modificaciones sustanciales implican⁷.

En Seguridad Social, es previsible hallarse ante un panorama transitorio particular, que si bien reúne las notas de cualquier situación de tránsito, sin embargo, por la propia naturaleza y esencia de este subordenamiento, genera cuestiones problemáticas específicas que justifican una aproximación diferente al fenómeno transitorio y a su tratamiento por el legislador. En efecto, se observa la complejidad de la construcción de las relaciones jurídicas del sistema de protección, así como de la organización y funcionamiento de dicho sistema. Y a ello se une la existencia de determinados principios vertebradores del sistema de Seguridad Social que impregnan la configuración de la institución en sí misma. Así, las especificidades del tránsito normativo en Seguridad Social requieren una reformulación del tratamiento tradicional del Derecho Transitorio⁸.

⁶ Véanse, entre otros, GARCIA DE ENTERRIA, E. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 1999, 110 p. y PALMA FERNANDEZ, J. L. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: CEPC, 1997, 96 p.

⁷ Cualquier producción normativa sucesiva genera una situación de transición en la que surgen múltiples interrogantes referidos genéricamente a cuál sea el Derecho aplicable a determinados hechos, situaciones y relaciones jurídicas. Todos estos interrogantes pueden considerarse en abstracto constitutivos del denominado problema transitorio. Dicho problema transitorio hace acto de presencia en cada cambio normativo, y presenta distintos grados de complejidad, a los que la doctrina ha tratado de dar solución en no pocas ocasiones. Sin embargo, los planteamientos clásicos no son suficientes cuando la transición no es sólo cuantitativa sino también cualitativamente importante, y además se produce con frecuencia. Entre los planteamientos clásicos, veáanse, entre otros, BACH, L.E. "Contribution a l'étude du problème de l'application des lois dans le temps." *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1969, p. BORDA, G.A., *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*. Buenos Aires: Perrot, 1951, 114 p., FIORE, P. *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*. 3^a ed. Madrid: Reus, 1927, 635 p., HAGE CHANINE, F., *Les conflits dans l'espace et le temps en matière de prescription*. Paris: Dalloz, 1977, 339 p. HERON, J., *Principes de Droit Transitoire*. Paris: Dalloz, 1996, 168 p., LEVEL, P., *Essai de systematisation du conflit de lois dans le temps*. Paris: LGDJ, 1959, 344 p.; y ROUBIER, P., *Le Droit Transitoire*. 2e. ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960, 590 p.

⁸ Tradicionalmente, la aproximación al Derecho Transitorio ha sido tan pretenciosa como relativamente fallida, desde el momento en que se pretende configurar un sistema general y universal de solución de los problemas derivados de la sucesión de normas en el tiempo. Sin embargo, la pretendida universalidad no es posible a menos que la tipología de los cambios sea única. Pero, si se admite que el cambio normativo en Seguridad Social presenta ciertas especialidades, no se puede admitir la aplicación automática de una construcción abstracta y general, basada, además en categorías que no se corresponden ni con las categorías jurídicas del subordenamiento de Seguridad Social, ni tienen en cuenta la existencia del subyacente axiológico del mismo.

1.2. El punto cero del tránsito

Esa nueva aproximación al Derecho Transitorio de Seguridad Social –en la que se trata de reformular la teoría general de la solución de los problemas derivados de la sucesión de las normas en el tiempo para adecuarla al tránsito normativo de Seguridad Social– requiere, como *prius* necesario, fijar en qué momento se produce la sucesión normativa⁹. En efecto, la necesidad de determinar el instante del cambio se entiende en la medida en que la duda de qué legislación resulta aplicable a determinados hechos –cuestión en la que en definitiva consiste el problema transitorio– solamente surge una vez que se ha producido dicho cambio. De ahí, que sea preciso fijar en qué momento entra en vigor la nueva norma, y cuándo deja de estar vigente la antigua. Temporalizado ese punto, el *punto cero del cambio normativo*, será ya posible establecer los ámbitos competenciales teóricos de las normas que se suceden. En otras palabras, sólo cuando se ha delimitado el campo temporal de aplicación de la nueva norma y de la que a ésta sucede, es posible localizar, al menos en términos ideales, el sustrato fáctico y jurídico que permanece vinculado a cada norma así como el sustrato vinculable simultáneamente a más de una norma¹⁰. Establecido ese momento se puede entrar a distinguir qué hechos y situaciones jurídicas han quedado bajo el imperio de la legislación

De este modo, se hace necesaria una nueva aproximación al Derecho Transitorio. No es nueva en la medida en que el Derecho Transitorio ha sido objeto de múltiples tratamientos doctrinales. La novedad radica en que, si bien no se renuncia a la pretensión de diseñar un esquema abstracto eventualmente válido para la sucesión de normas de Seguridad Social en abstracto, ese intento se refiere no al ordenamiento jurídico en su conjunto, sino respecto del subordinamiento de Seguridad Social. Así, la sistematización de la sucesión normativa y sus vicisitudes se lleva a cabo desde un enfoque distinto de los anteriores. Las sistematizaciones llevadas a cabo bien por civilistas, bien por administrativistas, estaban embebidas de postulados radicalmente privatistas o publicistas. Por todo lo anterior, se requiere una aproximación al Derecho Transitorio con la finalidad de ajustar la teoría general a las especificidades del Derecho de la Seguridad Social, lo que genera un tratamiento inicial esencialmente crítico tanto de los métodos como de los principios de solución de aquél.

⁹Se habla de *sucesión normativa* y con esta expresión se pretende evitar la adopción de la perspectiva clásica de concebir la sucesión de las normas en el tiempo como una *conflicto de normas en el tiempo*. Por el contrario, aquí se omite esa visión conflictual. Se puede mantener que no hay ningún conflicto, en la medida en que, en definitiva, la cuestión de la sucesión de normas en el tiempo se reduce a una cuestión de delimitación de la competencia de las normas en el tiempo. Para llevar a cabo esa delimitación, de un lado, las normas contienen en sí mismas coordenadas relativamente precisas que permiten definir los respectivos ámbitos de competencia, y si no fueran suficientes, el legislador puede ofrecer coordenadas complementarias desde su sistema de Derecho Transitorio.

¹⁰Por definición, los hechos que quedan claramente vinculados, bien a la norma antigua, bien a la nueva, son aquéllos que se producen y se agotan durante la vigencia de una u otra norma. Se contraponen a ellos aquéllos otros que se inician y desarrollan en lapsus temporales que se corresponderían con periodos de vigencia de normas sucesivas. Son éstos los denominados *hechos intertemporales*, de los que se trata con detenimiento más adelante por ser el objeto sustancial del Derecho Transitorio.

anterior, cuáles han de quedar bajo el de la nueva, y cuáles quedan a caballo entre ambas¹¹.

Esa primera labor de fijar el punto concreto de la transición en el que la norma anterior entrega el relevo a la nueva no deja de ser complicada, en la medida en que los conceptos de entrada en vigor y derogación, no son categorías en absoluto unívocas, sino sometidas a debates sucesivos por la doctrina iusfilosófica¹². Simplificado, dicho debate¹³ se centra en las categorías de validez, vigencia y aplicabilidad-efectividad.

Es posible hablar de la *validez o juridicidad* de la norma para hacer referencia a la adecuación de la misma a los criterios formales y sustanciales de producción normativa.

Por su parte, la *vigencia* de la norma se puede referir a su pertenencia a /existencia en el ordenamiento, que viene determinada por el intervalo que transcurre entre la entrada en vigor y la derogación. Y la *aplicabilidad o efectividad* de la norma se puede entender referida al despliegue de efectos materiales de la norma respecto al sustrato objetivo y subjetivo que aprehende.

Sobvenido el proceso normativo, en sede parlamentaria o gubernamental, que introduce en el ordenamiento español una norma llamada a sustituir a otra, la antigua norma deja de estar vigente en el mismo instante en que el que la nueva entra en vigor. Ésta entraría en vigor trascurrido el período de *vacatio legis*, que a falta de otra previsión, se produce a los veinte días de su

¹¹ Hallar ese punto es solo una operación instrumental para avanzar en la clarificación de la cobertura jurídica de los denominados hechos intertemporales, que son los que constituyen el núcleo del problema transitorio en abstracto. Ha de advertirse de que, una vez deslindado un punto concreto de la transición, con ello no se solucionaría la problemática de la sucesión normativa. Por el contrario, es sólo el primer paso para resolver los problemas últimos de la modificación legislativa del ordenamiento. En efecto, fijado el punto en el que la ley antigua entrega el relevo a la nueva norma, es posible constatar que los hechos jurídicos no son siempre puntuales, ni acontecen siempre a uno u otro lado de la línea divisoria ideal marcada por la fijación del punto cero. Por el contrario, los hechos y situaciones tienen un *fluir* en la realidad, y no son anecdóticos los hechos y situaciones jurídicos de una complejidad temporal a resolver. En ese sentido, surge la duda de cuál de las normas en eventual concurrencia, la anterior o la posterior, es aplicable a los hechos sucesivos o continuados cuya vida jurídica es de tal espesor temporal que les hace prolongarse bajo el imperio temporal de normas cuyos límites temporales desbordan. Nacidos en el pasado a tenor de la legislación anterior, hay hechos y situaciones que atraviesan la línea ideal del relevo normativo y se prolongarían bajo el imperio de la nueva norma, generando así ese llamado problema transitorio del que se ha de tratar más adelante.

¹² Véanse entre otros, AGUILO, J. *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*. México: Fontamara, 1995, 106 p., BULYGUIN, E., *Norme, validità, sistemi normativi*. Torino: G. Giappichelli, 1995, 310; DIEZ-PICAZO, L. M. *La derogación de las leyes*, Madrid: Civitas, 1990, 377 p.; HERNANDEZ MARIN, R., *Introducción a la teoría de las normas jurídicas*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 381-480; HERON, J., *Principes de Droit Transitoire*. Paris: Dalloz, 1996, 168 p. y KELSEN, H., *Teoría general de las normas jurídicas*. México: Trillas, 1994, 392 p.

¹³ Se trata de un debate que ni es nuevo ni corresponde a un foro único. Es predominantemente iusfilosófico, pero se traslada en ocasiones al ámbito positivo. En cualquier caso, es un debate cardinal para la dogmática jurídica al que no se puede ser ajeno, pero en el que, sin embargo, aquí no se puede entrar. No obstante lo cual se hace necesario una relativa precisión terminológica en torno a las categorías que suscitan dicha polémica.

publicación en el Boletín Oficial del Estado (2.1º CC). A su vez, tanto si expresamente lo prevé, como si resultase una derogación tácita por ser incompatible en sus términos, esa misma norma nueva ejerce su poder derogatorio sobre la norma que la antecede. (2.2º CC). De este modo, el inicio de la vigencia de la norma posterior coincidiría con el fin de la vigencia de la anterior.

Ese sería el *modus operandi* ideal de la sucesión normativa: se sobrevienen los períodos de vigencia de normas temporalmente continuas de ámbito objetivo, subjetivo y espacial idéntico. Mas la situación se complica desde el momento en que ha de tenerse en cuenta un tercer concepto, el de *aplicabilidad* o *efectividad* de las normas. Tradicionalmente la articulación de estos conceptos no presentó mayor problema, dado que la aplicabilidad era una cualidad que resultaba asociada a la vigencia; de modo que el inicio de vigencia marca el inicio de la aplicabilidad de la nueva norma, así como la derogación determina el cese de aplicabilidad de la norma anterior. O en otras palabras: desde que la norma pertenece al ordenamiento despliega sus efectos y su derogación por la norma posterior genera el cese de los mismos. Sin embargo, conceptualmente se producen ciertos fenómenos que enturbian el panorama. Si bien lo normal es que la norma entre en vigor después de un cierto período de vacatio legis variable a contar desde la publicación, el legislador puede servirse de ciertos mecanismos artificiales. Con ellos, una vez se ha producido la entrada en vigor, se puede, bien diferir el inicio de los efectos de la norma a un momento ulterior¹⁴, bien retrotraer sus efectos a un momento anterior al inicio de vigencia¹⁵. Eso supone una disociación evidente entre el plano de la existencia real o de la fuerza abstracta de la norma y el de su aplicación efectiva al material fáctico que pretende regular. Y esa disociación importa desde el momento en que los hechos y situaciones juridificadas o desjurificadas se desarrollan inexorablemente en la realidad, al margen de las construcciones legales¹⁶.

¹⁴ Por ejemplo, la Disposición Final Primera de la Ley de Seguridad Social de 1966, en su apartado primero, establecía que entraría en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE. Así, entró en vigor el 23 de abril de 1966. Sin embargo, en los siguientes apartados de esa misma disposición, el legislador preveía diferentes momentos para el inicio de los efectos. En particular, se preveía, por ejemplo, que la ley, en lo que concernía al Régimen General, tendría efectos a partir del 1 de enero de 1967. De este modo, el legislador marcaba el inicio formal de la vigencia del nuevo conjunto normativo, pero difería el inicio de su vigencia material o aplicabilidad.

¹⁵ Sirva de ejemplo otras de las primeras normas reguladoras del sistema de Seguridad Social. La Orden de vejez de 13 de enero de 1967, publicada en el BOE de 26 de enero, en su disposición final, retrotraía el inicio de sus efectos al 1 de enero de ese año. Y el mismo procedimiento siguió el legislador con las demás normas de desarrollo de la pensión de jubilación, de 6 de julio de 1967, cuyos efectos retrotrae también al 1 de enero de 1967.

¹⁶ Por ello, se han multiplicado las sistematizaciones doctrinales de la cuestión. Se ha repetido en la doctrina la distinción entre vigencia formal y material de las normas, que se correspondería con la separación entre vigencia como existencia formal (intervalo entre publicación y derogación) y aplicabilidad (intervalo en el que la norma despliega efectos). Véanse por todos Regina GAYA SICILIA (*El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Montecorvo, 1987.) y Francisco LOPEZ MENUDO (*El principio de irretroactividad de las normas jurídico-administrativas*. Sevilla: Instituto Garcia Oviedo, Universidad de Sevilla, 1982)

En situaciones normales, ambos ámbitos de vigencia coincidirían. Sin embargo se disocian en los supuestos patológicos. En el caso del *diferimento* de los efectos a un momento ulterior al del cumplimiento de la *vacatio legis*, la norma tendría una vigencia formal anterior a la material: la norma estaría vigente formalmente desde el cumplimiento del plazo de *vacatio*, pero materialmente sólo a partir del momento en que es aplicable a un sustrato fáctico encuadrable en su diseño normativo del supuesto de hecho¹⁷. En el caso de la retroacción de los efectos, la norma tendría una vigencia material que comienza antes de la vigencia formal¹⁸. En ambos supuestos, si no material sí formalmente, se está produciendo un desplazamiento del punto cero del cambio

¹⁷ El diferimento o aplazamiento del inicio de efectos de las normas suele tener su razón de ser en aquellos supuestos en que la introducción de una norma o un conjunto de ellas requiere un desarrollo normativo paralelo, porque se trata de una norma de carácter básico o general. Es un procedimiento igualmente operativo cuando la introducción de una nueva norma en el ordenamiento exige una nueva materialización concreta, de tal forma que previamente se hayan de dotar estructuras materiales o personales a fin de poder implementar esa nueva regulación. En tercer lugar, el diferimento se hace necesario en los supuestos en que se pretende dar un período de adaptación de los destinatarios a la nueva realidad normativa. En estos tres casos, podría alegarse que siempre sería posible establecer un período lo suficientemente amplio de *vacatio legis*, en lugar de hacer entrar en vigor la norma para privarle transitoriamente de efectos. Y es una alegación legítima, pero que también encuentra respuesta legítima cuando se accede a los supuestos concretos. Siguiendo con el ejemplo de la Ley de Seguridad Social de 1966, razones políticas aconsejaron hacer entrar la norma en vigor y privarle de efectos para los particulares. Durante ese lapsus, el Gobierno, que sí estaba vinculado por el texto, había de desarrollar el texto legal con numerosas normas de rango reglamentario. Con la oportuna entrada en vigor el 23 de abril de 1966, el Gobierno conseguía introducir formalmente en el ordenamiento una norma social y políticamente controvertida, cuya vigencia, de haberse pospuesto, podría haber peligrado. (Véase PESO Y CALVO, C. DEL, "De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social: apuntes históricos comentados..." *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 1966, n^o 27.)

¹⁸ La vigencia de las normas es algo distinto de la eficacia de su representación. Es decir la introducción de la norma en el ordenamiento como existencia es un hecho de la realidad; y sin embargo, la representación de la obligatoriedad de la norma es una actividad mental. De esta forma es posible concebir una norma como obligatoria en un momento anterior al momento de inicio de existencia real. Por ello, nada impediría aplicar una norma como esquema interpretativo a hechos que ocurrieron antes de su vigencia. (KELSEN, H, *Teoría del Derecho y del Estado*. México: Imprenta Universitaria, 1950, p. 44).

Por ello, no hay que confundir en ningún caso, si bien son figuras con un espacio común, la *aplicación retroactiva de la nueva ley*, con la *retroactividad como principio de solución del problema transitorio*. La aplicación retroactiva de una norma consiste en aplicar una norma con relación a supuestos de hecho y relaciones jurídicas constituidos y acontecidos en un momento anterior a aquél en el que iniciara su vigencia formal. Se trata de un artificio, tal y como señala Jacques HERON.

Sin embargo, la aplicación retroactiva se ve matizada por un cuarto concepto. Junto a validez, eficacia y aplicabilidad, HERON prevé la cualidad de la *observancia* de la norma. El inicio de la observancia de la norma hace referencia al instante a partir del cual el sujeto destinatario de la norma debe conformarse a la misma. Así, en los supuestos de aplicación retroactiva de la norma, el momento del inicio de la observancia de la norma comienza desde la entrada en vigor de la misma, y en la medida en que se haya de dotar de efectos a la norma *como si* hubiese estado vigente en el pasado, el sujeto de la norma, ha de reexaminar el pasado *ex post facto*, ficticiamente. (Véase HERON, J., *Principes de Droit Transitoire*. Paris: Dalloz, 1996, p. 28 y ss.)

bien hacia el pasado, bien hacia el futuro. Lo que se traduce en una expansión o en una contracción del ámbito competencial de las normas que se suceden. En el caso del diferimento por el legislador de los efectos de la nueva norma, la norma anterior, aunque se habría de entender derogada desde el momento de entrada en vigor de la nueva, sin embargo solo lo estaría formalmente. Materialmente desplegaría sus efectos, se aplicaría a la realidad, hasta que haga lo propio la norma que la sucede. En este supuesto, el punto cero del cambio se situaría en el momento del inicio de efectos de la nueva norma. Se trataría de un punto cero diferido¹⁹. En el caso de la retroacción, la derogación material de la norma anterior se produciría, eso sí, *ex post facto*, antes de que perdiera su vigencia formalmente, y el punto cero del cambio se produciría entonces, siendo un punto cero anticipado.

Tanto en el caso del diferimento como de la anticipación del inicio de efectos, y con ello del punto cero, las normas resultan aplicables más allá de sus ámbitos competenciales de vigencia normal. En estos supuestos en que la norma despliega sus efectos antes del inicio de su vigencia formal porque se retrotraen sus efectos, o en los supuestos en que los despliega después de su derogación formal, porque se difieren, se presenta un fenómeno de ultractividad de las normas entendido en sentido amplio²⁰.

Una vez determinado ese instante en el que se entrega el relevo es ya posible entrar a analizar la cuestión central de la problemática del tránsito. La determinación del punto cero se ha planteado aquí de un modo simplificado, pero se complica cuando se dan situaciones de sucesión normativa múltiple, en la que numerosas normas suceden a otras tantas²¹. O cuando se producen sucesiones parciales desde el punto de vista objetivo, subjetivo o espacial,

¹⁹ En el caso puesto como ejemplo de la Ley de Seguridad Social de 1966, el punto cero del cambio normativo operado por ese conjunto normativo y por sus normas de desarrollo, no se situaría en el 23 de abril de 1966, sino que el punto cero de la transición se hallaría en el 1 de enero de 1967.

²⁰ Hay que diferenciar este fenómeno de *ultractividad amplo sensu* de otros dos fenómenos. De un lado, de la *ultractividad stricto sensu*, y de otro, de la *postactividad*. En sentido estricto, se habla de ultractividad para hacer referencia a las situaciones en que una vez vigente la nueva norma, es decir en un tramo posterior al punto cero, sigue aplicándose la norma anterior a un determinado conjunto de situaciones y hechos, los denominados intertemporales, supuesto que se analizará más adelante, y que se corresponde con la *supervivencia* de la norma anterior como principio de solución del problema transitorio. Por su parte, se habla de *postactividad* para también hacer referencia a la aplicación de la ley anterior después del punto cero, no a un sustrato fáctico intertemporal –lo cual se corresponde con la supervivencia– sino a uno nuevo, sin ningún elemento de intertemporalidad. En el caso de la ultractividad en sentido amplio, no se está en el plano de la solución de la cuestión de la legislación aplicable a los hechos intertemporales. Por el contrario, el discurso se mantiene en el plano de la determinación del punto cero del tránsito. Es decir, cuando se habla de ultractividad en sentido amplio, se entiende que aún no se ha producido el cambio normativo, no ha habido aun entrega del relevo. Si la norma anterior resulta ultractiva hacia el futuro, se difiere el punto cero, si la norma nueva resulta ultractiva hacia el pasado se anticipa.

²¹ Sírvanos de nuevo el ejemplo de la Ley de Seguridad Social. Su promulgación, así como las sucesivas promulgaciones en 1972, 1985 y 1997, por ejemplo de normas de perfeccionamiento, racionalización y consolidación del sistema de Seguridad Social son denotativos de que lo normal no es que el legislador proceda a la reforma del ordenamiento norma a norma, sino que reforma cuerpos normativos completos; de ahí que, la concreción del hasta ahora discurso abstracto se torne complicada.

algo que sucede, por ejemplo, en la categoría normativa de las leyes de acompañamiento a las leyes presupuestarias.

1.3. El problema transitorio y los hechos intertemporales

El denominado problema transitorio es el resultado de algo incuestionable: el Derecho tiene como sustrato objetivo la realidad, y en ella se suceden despliegues continuos de hechos y situaciones²². Se trata de hechos y situaciones, que pueden ser constitutivos o no de relaciones jurídicas, pero que gozan de una determinada dimensión temporal. Pueden ser concretados en un punto, o se pueden producir sucesivamente, bien agotándose, bien manteniéndose²³. A esa constatación se ha unido otra: el Derecho procede al asimiento-desasimiento de los hechos y situaciones de diferentes modos, y grados (puede asirlos en su existencia actual, pretérita o futura, de modo total o parcial, provisional o definitivamente, con carácter principal o secundariamente). Y los puede emplear para construir, bien el presupuesto de hecho, bien la consecuencia jurídica de las normas, sin estar vinculado por lo hecho previamente. De tal forma que puede proceder distintamente a como lo hiciera en sus juridificaciones anteriores.

O de otro modo, una vez fijado el punto del relevo normativo, y con independencia de que haya habido una anticipación o un diferimento del mismo y se hayan dado fenómenos de disociación de la vigencia formal y material en las normas que se suceden, es observable la existencia de una corriente factual ajena a las delimitaciones ideales de sucesión de normas. En ese momento surge la duda de qué norma ha de ser aplicable, si la anterior, bajo cuyo imperio se constituyeron, o la nueva puesto que es la que sucede derogando a la que le ha precedido. Así, el problema transitorio —expresado en singular, pero constitutivo de una imbricación de varias cuestiones problemáticas— se resume en la determinación de qué norma les será de aplicación a aquellos hechos y situaciones jurídicas que nacieron, desplegando o no efectos, en el tramo ideal anterior al punto cero, pero que son susceptibles de prolongarse más allá de éste. Se trata en definitiva del *problema de derecho aplicable a los hechos intertemporales*²⁴.

Los hechos intertemporales son aquéllos que por su prolongación en el tiempo, participan del asimiento coactivo de normas sucesivas. En abstracto,

²² Véase COTE, P.A., “La position temporelle des faits juridiques et l’application de la loi dans le temps.” *Revue Juridique Thémis*, 1988, vol. 22, n° 2, p. 207-240.

²³ Esa sería la visión estática del hecho, pero la realidad tiene también una visión dinámica, en la que se suceden los hechos sin rupturas o en sucesiones irregulares, y no es una sola línea factual, sino en múltiples ramificaciones. (Véase CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1941, 392 p.)

²⁴ Es POPOLIEV el primero en fraguar este concepto. Para él, el hecho intertemporal sale del ámbito de la acción normal tanto de la ley nueva como de la anterior, y es el legislador el que ha de resolver el conflicto eligiendo la ley aplicable, sea la anterior o la nueva, de forma que extienda el ámbito normal aplicación de aquella que decida aplicar. (“Droit Civil Transitoire.” *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1908, p. 461 y ss)

se trata de situaciones permanentes y duraderas, o de hechos puntuales sucesivos o compuestos. Quedarían excluidos de esta categoría genérica aquellos hechos y situaciones que se generan en un punto determinado y se consumen instantáneamente, que por definición no han de ser jamás intertemporales. La intertemporalidad, por el contrario, es una cualidad esencial de aquellos hechos y situaciones intrínseca y naturalmente perdurables, cuya duración no tiene necesariamente que coincidir con la vida de las normas²⁵. Porque ni la duración del proceso genético de los hechos y situaciones, ni la duración de sus respectivos procesos cinéticos mantienen relación alguna con el ciclo vital de las reglas jurídicas. En efecto, la realización de un hecho o la constitución de una situación jurídica, no siempre se produce en un momento puntual, sino que puede dilatarse en el tiempo, por tratarse de un estado de hecho continuo, o por requerir la concurrencia de elementos sucesivos. Pero, además, los hechos y situaciones jurídicas pueden desplegarse no en un único momento sino durante períodos de tiempo sucesivos o continuados.

Así, se puede hablar de la *intertemporalidad en la constitución* y de la *intertemporalidad en los efectos*. De este modo, en la medida en que la duración de hechos y situaciones jurídicas se ha de encuadrar en un determinado marco normativo, se genera el problema transitorio, dado que no es fácil llevar a cabo una adscripción indefectible de esos hechos y situaciones intertemporales a una única norma. Lo que, en definitiva, conduce a tratar de determinar si hay una sustitución de la antigua norma por la nueva, y si en, último término, la sucesión tiene fuerza para perjudicar las construcciones realizadas por la norma anterior. Y en esa determinación, las soluciones se han de considerar apriorísticamente indeterminadas, si bien determinables en el marco siempre de la idiosincrasia particular del ordenamiento jurídico concreto. O lo que es lo mismo, afirmar que resulta aplicable la nueva norma o la anterior no tiene un apoyo natural, sino que se trata de posibilidades ideológicamente orientadas²⁶.

²⁵ Adelantando algo de lo que se tratará después, se puede prever que la situación de un perceptor de una prestación de incapacidad permanente sea una situación intertemporal, y sin embargo, la del perceptor de una indemnización a tanto alzado por lesiones permanentes no invalidantes no lo sea. La primera, salvo si concurren causas de extinción o suspensión, es una situación que se prolonga en el tiempo, más allá del momento de su reconocimiento. Sin embargo, la segunda, es una situación que se agota en el momento mismo de la percepción de la indemnización, de tal forma que difícilmente se pueda atravesar el punto cero de un eventual cambio normativo. En cambio, la situación de prestación de incapacidad permanente puede estarse desarrollando en el momento en que el legislador introduce una nueva regulación en el subordenamiento de la Seguridad Social.

²⁶ Por ejemplo, en el ámbito civil, ha sido doctrina mayoritaria la teoría de los derechos adquiridos, que entendía que era la legislación bajo la que se había adquirido el derecho o se había celebrado un contrato, la que debía regir *ad aeternum* ese derecho o ese contrato, sin que la nueva norma pudiera entrar en modo alguno a regularlos: se protegía así la autonomía de la voluntad desde una visión predominantemente patrimonialista. Por el contrario, en el sector administrativista, desde la visión de la eficacia y efectividad de la actividad administrativa en nombre del interés general, ha sido común entender que lo natural es que la nueva norma pase a regular todas las manifestaciones de la realidad desde el momento en que entra en vigor.

Así planteado, el problema transitorio o problemas de determinación de la legislación aplicable a los hechos intertemporales ha de ser sin embargo diferenciado netamente de las *situaciones temporal, provisional o transitoriamente problemáticas*. Estas constituirían un problema transitorio sólo *amplo sensu*, en la medida en que no se da supuesto alguno de intertemporalidad²⁷. Por el contrario, el problema transitorio en sentido estricto se genera a partir de la constatación de que existen esos elementos jurídicos intertemporales que se extienden en el tiempo superando el punto cero. La dilación de los hechos y situaciones intertemporales se puede producir referida tanto a sustratos fácticos constitutivos de un supuesto de hecho, como a eventuales consecuencias jurídicas o efectos derivados de ellos. Así, la sistematización de todas las posibles concreciones del problema transitorio genérico es una labor complicada, cuyo esfuerzo no es proporcional a la utilidad para el tema objeto de esta

²⁷ En esta categoría se han de encuadrar varios supuestos. En primer lugar, aquéllos derivados del diferimento del inicio de efectos de la nueva norma, y en segundo lugar, aquéllos relativos a las normas incompletas. Como ya se dijo, en los casos de diferimento se disocia la vigencia formal y material de las normas que se suceden, posponiéndose el inicio de la aplicabilidad de la nueva norma a pesar de que ya ha transcurrido un periodo de *vacatio legis*. En el lapsus comprendido entre el inicio de la vigencia formal y el de la vigencia material, se observa la existencia de hechos y situaciones que provienen del pasado o de hechos nuevos que se generan entonces. Hay aquí un problema de legislación aplicable, pero en la medida en que el punto cero se encuentra diferido no se ha producido el cambio normativo, de forma que de esos hechos aún no se puede predicar su intertemporalidad. Por ejemplo, en el lapsus que transcurrió entre el 23 de abril de 1966 y el 1 de enero de 1967, a pesar de que la Ley de Seguridad Social estaba vigente formalmente, y en la medida en que se había diferido el inicio de sus efectos, se dieron situaciones temporalmente problemáticas, que se resolvieron por la vía de la aplicación de la legislación anterior. Y algo distinto es que esas situaciones temporalmente problemáticas puedan ser, si progresan más allá del punto cero, y una vez producido el cambio legislativo, constitutivas de un problema transitorio *stricto sensu*. Sin embargo, en la medida en que hay una norma vigente sólo formalmente y sólo formalmente ha derogado la anterior surge la cuestión de legislación aplicable. Cuestión, ha de insistirse en ello, que no se corresponde con el problema transitorio.

En segundo lugar, entre las situaciones provisional o transitoriamente problemáticas se encuentran aquellos supuestos en los que el legislador ha generado enunciados jurídicos temporalmente incompletos. En efecto, cuando el legislador diseña una norma puede, facultativamente, optar por hacerlo de un modo exhaustivo o puede únicamente trazar los elementos básicos de la misma, remitiendo la configuración completa a un desarrollo normativo posterior. Como ya se ha visto, esta es la opción usual del legislador de Seguridad Social, en la medida en que el diseño completo de la materia le resulta una labor inabarcable. Por ello tiende a emplear la técnica de la delegación normativa formal o materialmente –bien sea aprobando leyes de bases o estableciendo normas básicas– o vía deslegalización de determinados aspectos. Esto en la dinámica ya mencionada de la construcción del Derecho de la Seguridad Social por peldaños. Además, es posible que haya inconscientemente esbozado una norma incompleta. En ambos casos, en tanto no se supla la laguna que en definitiva se genera, hay un problema de Derecho aplicable, porque la norma en teoría vigente y aplicable no tiene de facto virtualidad aplicativa y requeriría el concurso de una segunda norma. De nuevo sirve de paradigma la Ley de Seguridad Social de 1966. En la medida en que se trataba del Texto Primero de desarrollo de la Ley de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963, era un texto genérico que realizaba el diseño del sistema a grandes trazos y se remitía continuamente al desarrollo reglamentario. Así, se hubieron de promulgar múltiples normas de desarrollo para cada una de las prestaciones, y hasta que no estuvieron vigentes y con efectos en el ordenamiento (1 de enero de 1967) se hubo de aplicar la legislación anterior.

aproximación específica al problema transitorio. Verdaderamente lo que aquí interesa no es la descripción de todas las posibles manifestaciones temporalmente problemáticas derivadas de las construcciones legislativas de la realidad, sino la aproximación al problema transitorio de la juridificación de la realidad por el legislador de Seguridad Social. En este ámbito del ordenamiento, dada la complejidad con la que se conforman las distintas instituciones y relaciones jurídicas de Seguridad Social y dado su particular imbricamiento, problema transitorio ni es único ni de simple solución.

2. LOS PROBLEMAS TRANSITORIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Antes de entrar en el análisis de la manifestación concreta del problema transitorio de Seguridad Social, es necesario proceder a la precisión del mismo, sin que se pueda seguir empleando el concepto en abstracto: el tránsito de normas de Seguridad Social genera no uno sino varios *problemas transitorios*.

El complejo prestacional es el que presenta si no necesariamente una densidad problemática mayor, sí las consecuencias prácticas más importantes desde el ángulo de los sujetos asegurados. Respecto de los cuales la transitoriedad se ha de traducir en definitiva en una variación cuantificable económicamente del grado de protección que disfruta(ba)n dentro del sistema de Seguridad Social. Se podría haber optado por contemplar el cambio normativo desde el ángulo de las entidades gestoras, por ejemplo. Sin embargo, en la medida en que el sistema de Seguridad Social es un sistema finalista, parece ineludible prestar atención al sujeto final del mismo y, en definitiva, sujeto destinatario último de las reformas normativas. Desde el momento en que aquí se da prioridad al enfoque de la transitoriedad desde el ángulo de las repercusiones para los asegurados —que es solo una de las posibles— pierden interés las otras aproximaciones a la intertemporalidad de las modificaciones normativas que tienen como centro de gravedad el sistema económico-financiero, o las estructuras organizativas y de gestión del sistema. Y adquiere toda la centralidad posible la expresión de la intertemporalidad del, genéricamente hablando, entramado prestacional del sistema, o también denominada relación de Seguridad Social²⁸, en sus dos vertientes contributiva y no contributiva, aunque con mayor intensidad respecto de la primera.

Dentro de esa vertiente contributiva, a su vez, ha sido tradicional la distinción de tres tipos de relaciones jurídicas: la de afiliación y alta/baja, la de cotización y la protección. Sin embargo, y aunque algo se dirá de las dos pri-

²⁸ Conceptos fraguados por J.M. ALMANSA PASTOR (*Derecho de la Seguridad Social*. 7ª ed. Madrid: tecnos, 1991, p. 255 y ss), retomados por M. R. ALARCON CARACUEL Y S. GONZALEZ ORTEGA, (*Compendio de Seguridad Social*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 152 y ss.) y más recientemente asumidos por S. OLARTE ENCABO (*El derecho a prestación de la Seguridad Social*. Madrid: CES, 1996, p. 33 y ss.)

meras relaciones, la relación de protección o de prestación es la que asumirá el papel protagonista. En efecto, la relación jurídica de Seguridad Social en general resulta ser un entramado muy denso de hechos susceptiblemente intertemporales, de ahí que dentro de ella haya de acotarse un objeto de estudio lo más concreto posible, y se opte por el estudio de la transitoriedad dentro del ámbito prestacional, pero en el marco más preciso de la relación jurídica de prestación o protección, dado que las relaciones de afiliación y alta/baja y de cotización, si bien son susceptibles de suscitar ciertas cuestiones a partir de una reforma normativa, no generan sino pequeños problemas.

En la *relación de afiliación* la transitoriedad tendría una expresión limitada. El acto administrativo de afiliación, en principio, es un acto jurídico puntual, (con independencia de que quepa distinguir dos momentos, el de solicitud de afiliación y el de reconocimiento de la misma), de ahí que, en sí mismo, no sea susceptible de ser un acto intertemporal. O se produce antes o después del denominado punto cero del cambio normativo. Algo distinto es que la situación en la que permanece el sujeto afiliado se pueda prolongar en el tiempo. Es más, no sólo se puede prolongar, sino que está llamada a hacerlo, dado que el acto de afiliación es único y vitalicio. Así, producido un cambio normativo, la intertemporalidad se manifiesta no en la constitución de la relación de afiliación, sino en los eventuales efectos de la misma derivados de la continuidad en la situación de afiliado del sujeto potencialmente protegido.

Y algo semejante se puede decir de las *altas y bajas*. Se trata en ambos casos de actos administrativos puntuales que generan una concreta situación tendencialmente duradera del afiliado respecto del sistema, y que se mantienen sólo en la medida en que se mantenga la situación de actividad o inactividad que justifica el alta o la baja. En estos supuestos, tampoco hay intertemporalidad referida al proceso de constitución de la situación. Por el contrario, la intertemporalidad se produce referida a los efectos que el alta/baja tienen respecto de la situación de protección, especialmente en aquellos supuestos en que, afiliado un sujeto, o dado de alta/baja en un momento anterior al punto cero del cambio, permanece afiliado y en alta/baja más allá de ese punto, y la nueva norma establece efectos distintos a los que vinculaba la anterior.

En el caso de la *relación de cotización*, de nuevo la intertemporalidad se manifiesta no en la constitución de la relación, sino en los efectos de la misma. El inicio de la relación de cotización coincidiría con el inicio de la prestación laboral que genera la obligación de cotizar. Y por definición eso se corresponde con un punto en el tiempo, que acontece antes o después del momento de la sucesión normativa. La obligación de ingreso de la cuota, se renueva periódicamente, en tanto en cuanto se prolongue la situación que genera dicha obligación. Desde un punto de vista estático, cada pago no es más que un hecho puntual, localizable antes o después de un eventual cambio normativo. Sin embargo, hay que visualizar la relación de cotización desde la dinámica global de la misma, como sucesión de actos de cotización mientras

se mantenga la condición generadora de la misma. La intertemporalidad en este ámbito se concreta en que, pendiente una relación de cotización, se produzca un cambio normativo que introduzca nuevas normas de cálculo de las cuotas o, en general, cualesquiera otras nuevas condiciones de la obligación de cotizar²⁹. Además, en la relación de cotización ha de tenerse en cuenta que, con independencia de que se prolongue o no esa relación, los tramos cotizados sí tienen pretensión de desplegar efectos más allá del propio pago. O en otras palabras, la intertemporalidad se puede predicar de los efectos potenciales de cada concreto pago de cotizaciones debidas realizado, respecto al sistema de protección mismo.

Se han dejado planteadas algunas de las expresiones de la intertemporalidad en las relaciones instrumentales de afiliación, alta/baja y cotización. Pero lo que interesa verdaderamente es dibujar los contornos de la intertemporalidad en la relación de protección o prestación. Si bien ha de tenerse presente que la intertemporalidad de las anteriores relaciones puede ser un componente más de la intertemporalidad de esta situación, en la medida en que, en el nivel contributivo, con carácter general, se erigen como condiciones de acceso a las prestaciones, la afiliación, el alta y un determinado período de cotización, entre otras.

En efecto, la relación de protección o de prestación presenta una consistencia mayor que las anteriores. De ahí que la intertemporalidad presente una mayor densidad también. Aquí, los problemas derivados de ésta no se refieren únicamente a los efectos de la situación jurídica, sino igualmente a la fase de constitución de la misma. Por ello se han de diferenciar netamente dos dimensiones que no siempre se suelen percibir claramente separadas: la dimensión dinámica y la estática³⁰. Siguiendo el esquema rouberiano en la fase dinámica, la prestación se causa (o en su caso se extingue); y en la fase estática, la prestación se disfruta. Así, han de distinguirse dos momentos: el de la causación de la prestación, y el del disfrute. Distinción que sirve para racionalizar la percepción de las diversas expresiones de la intertemporalidad en este tipo de relación jurídica, especialmente en la medida en que cada una de las fases tiene ciertas peculiaridades.

²⁹ Especialmente trascendentes serían las modificaciones relativas a exenciones o bonificaciones de cuotas, sobre todo aquellas que las suprimieran. Al respecto, aunque referidas a la materia fiscal, es interesante el análisis realizado por C. LOZANO SERRANO de la susceptibilidad de las exenciones tributarias de constituir derechos adquiridos, (*Exenciones tributarias y derechos adquiridos*. Madrid: Tecnos, 1988, 172 p. Col. Ciencias Jurídicas.)

³⁰ P. ROUBIER basa su teoría de Derecho Transitorio en esa distinción: la situación jurídica se puede encontrar en dos fases, la dinámica y la estática. La fase dinámica se corresponde con el momento de la constitución o extinción de la situación jurídica, y la fase estática se corresponde con el momento en que la situación jurídica produce sus efectos. (*Le Droit Transitoire*. 2e. Ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. 182 y ss.) Esa distinción le sirve a ROUBIER para construir su teoría de la retroactividad y del efecto inmediato, y aquí sirve no tanto para dar soluciones sino para descomponer la relación de protección.

Producida una transición normativa, una vez fijado el punto cero de la misma es posible que lo atraviesen, bien prestaciones potenciales que están siendo causadas o en curso de adquisición, bien prestaciones que se causaron o adquirieron antes del cambio normativo, pero que están siendo disfrutadas y previsiblemente lo sean aún después del cambio. De esta forma, la intertemporalidad se puede referir a la constitución de una situación de prestación concreta, es decir a la adquisición o causación del derecho a una prestación³¹ en el marco de una relación de protección en potencia pero que tiene tendencia a su actualización. Pero igualmente puede aludir al disfrute o desarrollo del mismo, siendo diversa la problemática de una y otra fase³².

Con carácter previo, convendría hacer una precisión terminológica. Cuando se habla de causación de la prestación, no se hace sino referencia a la adquisición del derecho a la misma. Causación y adquisición son expresiones equivalentes, si bien, en el ámbito de la Seguridad Social resultaría más exacto, como término técnico propio de esta rama del ordenamiento, hablar de la “causación de la prestación”, con independencia de que, a su vez, sea un concepto matizable³³. Pero habría una razón añadida para preferir emplear el concepto de causación: el concepto de “adquisición” de la prestación o de

³¹ Al emplear los conceptos de *constitución o causación*, se pueden tener en mente dos planteamientos distintos, y dependiendo de cuál se asuma, se puede percibir o no la intertemporalidad del proceso de adquisición de la prestación. En efecto, si se concibe que la constitución de la relación de protección se produce en un punto concreto, entonces desaparecen los problemas de intertemporalidad en las situaciones en vías de constitución. Sin embargo, no se puede perder de vista que esa “puntualización” del momento genético es meramente instrumental, como ya se verá, y sirve para localizar el fenómeno de la causación. Por el contrario, para entender los eventuales problemas derivados de la intertemporalidad en la fase dinámica, se ha de concebir, genéricamente, que la causación se corresponde con un proceso, por ello temporalmente continuado, siendo aquélla el punto final del mismo, y sin que pueda ser desligada de su proceso constitutivo.

³² La intertemporalidad tiene estas manifestaciones en Seguridad Social desde el momento en que, entre los elementos del presupuesto jurídico de causación de un derecho a prestación, se halla una multiplicidad de hechos y situaciones dispersos. A ellos se une que, causada la prestación, los efectos de la adquisición han de durar. Pero además, es posible que se dé un desfase entre la causación y el inicio de los efectos, tal y como sucede de entender que la efectividad de la prestación requiere algún tipo de actos administrativo de solicitud o reconocimiento.

³³ *Causación* es equivalente a adquisición solo desde la perspectiva de considerar que la adquisición del derecho se produce con la actualización de la contingencia legalmente protegida respecto de un sujeto protegible. Si se introducen otros elementos condicionantes de la adquisición del derecho, se rompería esa equivalencia. En efecto, si se exige como requisito *sine qua non* la solicitud y el reconocimiento y liquidación del derecho por la entidad competente, la adquisición del derecho se desplaza más allá de la causación en sentido estricto. En este caso, el fenómeno de intertemporalidad se dilataría en el tiempo, introduciendo nuevos elementos de complejidad, de los que aquí se prescindirían. De este modo, en contra de la postura mayoritaria, la prestación se entiende causada, y adquirida, con independencia de la solicitud por el beneficiario y del reconocimiento y liquidación del derecho a la prestación por la entidad gestora. Eso sí, se han de exceptuar aquellos supuestos en los que la solicitud en sí misma constituye elemento esencial para considerar materializada la contingencia protegida, por cuanto la solicitud marca el momento en que se entiende producido el hecho causante. Y se está pensando en alguna de las hipótesis de causación de la pensión de jubilación.

“derecho adquirido a la prestación” se halla connotado por la conceptualización clásica de las tradicionales doctrinas de los derechos adquiridos, materializadoras de una visión demasiado reduccionista e ideologizada de la cual se desea prescindir aquí³⁴.

2.1. Las prestaciones en curso de adquisición. La relación jurídica de Seguridad Social

Producido el cambio normativo, es posible constatar la existencia de hechos, situaciones y relaciones intertemporales referidos a prestaciones que se están causando o se hallan en curso de adquisición³⁵. Es posible que traspasen el punto cero hechos y situaciones encuadrables en el presupuesto de hecho de la norma que diseña las condiciones de adjudicación de una prestación. Éstos se han originado en el pasado conforme a la norma antigua, y perduran en la actualidad posterior al cambio. Se produce así una de las múltiples

³⁴ El concepto de *derecho adquirido*, en otros momentos harto operativo, en la actualidad no sólo se ha revelado infructuoso, sino además técnicamente antipático. Concebido inicialmente como criterio para determinar la irretroactividad de las normas, en la medida en que se consideraba que eran retroactivas aquéllas que atentaran derechos adquiridos; idolatrado como elemento conciliador entre los intereses de seguridad jurídica y de progreso del ordenamiento, sin embargo, no sólo se mostró incapaz en el fondo de resolver el problema de la transitoriedad en clave de (ir)retroactividad, sino que se probó su inexistencia como categoría jurídica en sí misma. En efecto, se multiplicaron durante mucho tiempo las definiciones de lo que fuera un derecho adquirido, sin que se pudieran determinar las cualidades necesarias para considerar como adquirido un derecho de una manera uniforme para todos los espacios jurídicos. Es decir, el derecho adquirido carece de una estructura intrínseca que lo revista como tal. Aunque las críticas a las teorías clásicas son múltiples y han proliferado en los últimos tiempos, véanse por todos, especialmente los planteamientos de: G.A. BORDA (*Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*. Buenos Aires: Perot, 1951, 114 p.), de A. CAVAGLIERI (“La notion de droits acquis et son application en Droit International Public.” *Revue Générale de Droit International Public*, 1931, p. 257 y ss.), y de P. ROUBIER (cuyas primeras formulaciones aparecen en: “Distinction de l’effet immédiat et de l’effet retroactif.” *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1928, p. 580 y ss.)

³⁵ Ha de aclararse que se habla de “prestaciones en curso de adquisición” para hacer referencia a dos realidades distintas. Se han diferenciar, de un lado, aquellos supuestos en los que un sujeto protegido está afiliado, en alta y cotizando regularmente, respecto del cual sólo se causará una prestación si se actualiza una de las contingencias que el ordenamiento prevé como constitutivas de una eventual situación de necesidad. Esa actualización es únicamente factible, de tal forma que existe la posibilidad de que durante toda la vida de la relación de protección, el sujeto no cause ninguna prestación porque finalmente no se le ha materializado ninguna contingencia. Así, la prestación puede permanecer *ad aeternum* en curso de adquisición. Han de diferenciarse de estos supuestos, aquéllos en los que es muy previsible que sí se cause la prestación. Es más, se trata de una prestación prevista para ser causada siempre que se reúnan los requisitos previstos. Y se está pensando en la pensión de jubilación, si bien caben otros supuestos en los que por las circunstancias concretas personales, económicas o sociológicas de la empresa o del sector, es muy previsible que se haya de causar una prestación. En condiciones normales, en estos supuestos la prestación se mantiene en curso de adquisición durante un periodo de tiempo más o menos prolongado, pero acaba causándose en un momento dado si se reúnen todos los requisitos de acceso a la misma. En ambos casos, se trataría, con grandes matices, de supuestos asimilables a los derechos condicionales diseñados por la dogmática civil.

concreciones del problema transitorio. ¿Qué norma se ha de aplicar a esos hechos y situaciones englobables en el concepto clásico de expectativa? ¿Acaso se les ha de seguir aplicando la norma anterior o acaso adquiriere competencia respecto a ellos la nueva? En ambos casos se trata de cuestiones con materializaciones prácticas evidentes, sobre todo cuando la nueva norma es agente de una ruptura radical con la regulación anterior³⁶.

Si el legislador optara por la aniquilación de la etapa previa al cambio normativo, se privaría a esos hechos y situaciones de cualquier efecto en orden a la causación de una prestación, a pesar de haber existido y de haber producido efectos en el marco de la potencialidad del derecho en curso de adquisición. Esa sería una solución extrema. La otra opción sería la de mantener la regulación anterior respecto a esos elementos de intertemporalidad. Y entre uno y otro extremo hay un abanico de aplicaciones moduladas de la norma anterior y de la nueva. En cualquier caso, se puede partir de que los elementos de intertemporalidad presentes en los supuestos de prestaciones en curso de adquisición serían encuadrables en el concepto clásico de expectativa.

En la medida en que se ha abandonado la concepción tradicional, y las expectativas dejan de configurarse en clave de meros intereses que no merecen respeto por el legislador porque carecen de vigor para oponerse al cambio normativo, esas situaciones y hechos intertemporales se revelan como un género jurídico particular. Así, se ha de partir de que no constituyen derechos puros o en sentido estricto. Pero tampoco son inexistencias para el legislador de la transición normativa, en la medida en que ese material intertemporal configura situaciones jurídicas en formación que se mueven en una franja potencial de la relación previsional. Más concretamente en el estadio de la relación de Seguridad Social en que no se han producido todos los requisitos de la compleja dinámica genética de las prestaciones, pero sí algunos. De suerte que ese cumplimiento parcial no puede ser ignorado³⁷.

³⁶ Por ejemplo, en el momento de entrar en vigor la Ley de Seguridad Social de 23 de abril de 1966, era obvio que había sujetos asegurados en el marco de los anteriores seguros sociales y mutualidades laborales. Esos asegurados estaban vinculados con el sistema anterior y realizaban las correspondientes aportaciones económicas al mismo. Se generaba así una situación de intertemporalidad que se resolvió en las disposiciones transitorias de la ley. La intertemporalidad resultaba trascendente en los supuestos en que se materializara una contingencia después del cambio normativo, y no hubiera transcurrido el período de tiempo necesario para que el sujeto protegible reuniera los requisitos, especialmente de carencia, previstos por la nueva ley. Por ello se optaba por el sistema de convalidación de todo lo anterior al punto cero, y que se prolonga después (DT³ LSS y normas de desarrollo de la misma).

³⁷ La doctrina civilista española tradicional admite la existencia de grados diversos en el desarrollo de la producción del derecho. Se entiende que entre el derecho y el no-derecho no hay grados intermedios de protección. Y se afirma que cuando el interés de una persona es de algún modo merecedor de protección porque se encuentra en avanzado estado de formación, se debe hablar no de expectativa, sino de derecho, aunque sea eventual. (DIEZ PICAZO, L. y GULLON. A., *Sistema de Derecho Civil*. 8^a ed. Madrid: Tecnos, 1993, p. 465 y ss, Vol. I). Así las cosas, sería

La zona intermedia de intertemporalidad en la adquisición que presenta más problemas para fijar la legislación aplicable se concreta en la posibilidad de que las relaciones de afiliación, alta y cotización que se erigen como condiciones de idoneidad del sujeto para causar la prestación se iniciaran antes del cambio normativo, y se prolonguen al otro lado de la línea divisoria ideal que traza el punto cero de la transición. A ello se une un segundo elemento de complicación, el de que la actualización de la contingencia legalmente protegida no siempre se produce en un momento concreto y determinado, sino que puede ser el resultado de una sucesión de hechos y situaciones, de tal forma que haya podido comenzarse a actualizar antes del punto cero y sólo se concluya después³⁸.

Teniendo esto en cuenta, en Derecho de la Seguridad Social se pueden distinguir, dentro de la categoría de expectativa *amplo sensu*, dos tipos. En efecto, entre los supuestos de prestaciones en curso de adquisición, se encuentran dos casos: de un lado, el denominado de situación expectante y, de otro, el de expectativa *stricto sensu*.

En primer lugar, cabe que un sujeto causante tenga cumplidos, conforme a la legislación anterior en un momento previo al del punto cero del cambio, los denominados requisitos de idoneidad o condiciones de acceso a la prestación. De esta forma cuando eventualmente se produzca la actualización, voluntaria o involuntaria, de la contingencia se causa la prestación. En este caso hay una *situación expectante*. Es decir, cumplidas las condiciones subjetivas de acceso a una prestación, relativas a la afiliación, el alta, los periodos de carencia genérica y eventualmente cualificada, así como los requisitos accesorios de edad, estado civil, convivencia o dependencia económica, o estar al corriente del pago de las cuotas, entre otros, la causación de ésta quedaría subordinada al

aquí de lo más sugerente traer el discurso de J. M. VERDIER, que perfila con relativa precisión el concepto de *derecho eventual*. En efecto sería interesante extrapolar las características de los derechos eventuales a los derechos a prestación en curso de adquisición. Sin embargo, se trata de una labor que requiere un protagonismo especial que aquí no se le puede dar. Especialmente porque el concepto mismo de derecho eventual es un concepto muy controvertido, que se suele disolver en otras categorías como la de los derechos condicionales o derechos expectantes, y además presenta en sí mismo el problema de la determinación del momento en que nace tal derecho. Baste decir que no habría mayor inconveniente en admitir que el derecho a prestación es un género de derecho de formación sucesiva, por realización escalonada en el tiempo de los elementos necesarios para su constitución. Para profundizar en ello, véanse VERDIER, J.M., *Les droits eventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*. Paris: Rousseau et Cie, 1955, 353 p.; así como DEMOGUE, R. "Les droits eventuels et des hypothèses ou ils prennent naissance." *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1905, p. 723-791, y "La nature et des effets des droits eventuels." *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1906, p. 231-329.

³⁸El ejemplo de una incapacidad para el trabajo es en este punto paradigmático. Ha podido originarse a partir de un accidente, laboral o no. O puede ser la consecuencia de una enfermedad profesional o común. En cualquiera de los casos, es posible que no quede claro el punto concreto en que se ha actualizado la contingencia, o incluso puede ser el resultado del acontecimiento de varios hechos sucesivos acumulados.

acontecimiento de la materialización del estado potencial de riesgo previsto legalmente. El problema transitorio surge en el momento en que la nueva norma introduce requisitos que difieran de los anteriores. En este supuesto surge la duda de qué legislación se habría de aplicar en el supuesto de que aconteciera la contingencia después del punto cero, y no se pudieran reunir los requisitos de idoneidad en el modo en que los diseña la nueva norma.

En segundo lugar, se encuentran las situaciones de *expectativa stricto sensu*, en las que el sujeto causante ha comenzado a cumplir los requisitos exigidos para acceder a la prestación antes del cambio normativo, pero cuando se produce la sucesión normativa no ha acabado de cumplirlos. La intertemporalidad aparece en el momento en que no hay requisitos completamente cumplidos conforme a la legislación anterior, sino que se prolongan las relaciones de afiliación, alta y cotización, así como las situaciones accesorias después del punto cero. Sólo después del mismo es previsible que se termine de cumplirlos, y sólo ulteriormente es también previsible que acontezca la actualización de la contingencia.

Tanto en el caso de la situación expectante como de la expectativa en sentido estricto, la actualización de la contingencia (que también se puede denominar hecho generador o hecho determinante del hecho causante de la prestación) se habría producido después del punto cero del cambio. Y en ambos casos el problema se presenta en la medida en que la nueva legislación establezca requisitos diferentes de idoneidad o de acceso a la prestación. Puede darse que la nueva norma exija el cumplimiento de nuevos requisitos o de los mismos requisitos pero cuantitativa o cualitativamente más gravosos. También es posible que la nueva regulación modifique los contornos de la contingencia protegida, de modo que, antes y después del punto cero, el acontecimiento de la situación generadora de la situación de necesidad protegida sea susceptible de ocurrir en puntos temporales distintos³⁹. En todos estos casos, se genera un problema a priori de legislación aplicable, si bien las implicaciones no son las mismas en uno u otro supuesto⁴⁰.

³⁹ Y dadas las diversas combinaciones, uno y otro supuesto son susceptibles de producirse en una franja de potencialidad no siempre idéntica, lo que multiplica en último caso las eventuales situaciones de pendencia y dificulta la tipificación de las situaciones intertemporales a efectos de ofrecer una solución en lo que a la determinación de la legislación aplicable se refiere. Por ello, de nuevo no se puede decidir apriorísticamente cuál sea la legislación aplicable. Pero además, al margen de la causación de la prestación, es posible que, por ejemplo la nueva norma haya modificado las reglas de cálculo de la base reguladora de la eventual prestación. Cuestión esta que por su complejidad, conviene ser tratada en otro momento.

⁴⁰ En el caso de las situaciones expectantes, asimilables con matices a un derecho condicional de condición suspensiva, los requisitos se cumplieron y se matuvieron cumplidos antes del punto cero; y en el de caso de la expectativa, se empezaron a cumplir, algunos se cumplieron antes del cambio, y otros no. La diferencia última se halla en que, con independencia del cambio normativo, si en un momento dado se produjera la contingencia, en el primer caso el sujeto protegido sí

2.2. Las prestaciones causadas

Producido un cambio normativo, es igualmente posible observar la existencia de una situación prestacional en la que hay un derecho ya generado con anterioridad al punto cero, pero que no se ha agotado, y por el contrario se prolonga más allá de ese punto de transición. Se producen así respecto a estos derechos prestacionales ya adquiridos⁴¹ nuevas expresiones del problema transitorio. Que se concretan esencialmente en que, una vez adquirida una prestación, surge un problema de intertemporalidad cuando la situación prestacional tiene visos de prolongarse más allá del punto cero por tratarse de una prestación no instantánea. En estos supuestos se cuestiona la legislación que se ha de aplicar a esas prestaciones en curso de disfrute (sea efectivo o potencial en aquellos supuestos en que el sujeto ha causado la prestación y no ha ejercitado el derecho) en su prolongación futura, no tanto en lo que se refiere a su constitución como a los efectos que despliega la adquisición.

No obstante, el planteamiento de la intertemporalidad en las prestaciones causadas requiere dar solución a dos cuestiones instrumentales previas. En primer lugar, surge la duda de en qué supuestos hay una prestación causada. Cuestión que pasa por la determinación del momento de la adquisición de la misma. En segundo lugar, se ha de establecer cuál es el contenido concreto de la adquisición.

causaría la prestación, algo que no sucedería en la medida en que se produjera un cambio normativo que inutilizara el cumplimiento previo de los requisitos en la situación expectante y sobreviniera entonces la contingencia. En cambio, en el caso de la expectativa, haya o no cambio normativo, actualizada una contingencia, no se causa prestación alguna. Lo que no implica que deba obviarse su existencia.

⁴¹ Ha de aclararse que aquí se habla de “*prestaciones causadas*” o “*derechos a prestación causados*”, y dicha terminología requiere una precisión previa. Cuando se habla de derecho a prestación causada, se entiende que no hay necesidad de hablar de solicitud o ejercicio del derecho, y por tanto tampoco del reconocimiento o liquidación del mismo. Siendo en todo caso indiferente si la prestación se percibe o no. Ello porque ni la solicitud, salvo en determinadas hipótesis de la pensión de jubilación, ni el reconocimiento o liquidación por la entidad gestora competente de la prestación son requisitos constitutivos. Basta para causar la prestación que la contingencia prevista por el legislador se actualice sobre un sujeto protegible por reunir las condiciones de acceso diseñadas legalmente. No obstante, hay un sector doctrinal y jurisprudencial que entiende que el derecho a prestación nace con el reconocimiento del mismo. Se afirma así que la constitución de la relación protectora no es automática, sino que precisa de actos administrativos de solicitud y reconocimiento. (ALMANSA PASTOR, J.M., *Derecho de la Seguridad Social*. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 319 y ss, seguido por OLARTE ENCABO, S., *El derecho a prestación de Seguridad Social*. Madrid: CES, 1996, p. 212 y ss).

Ante esto quizás sea posible establecer una nueva matización, más artificiosa aún si cabe. Se habría de distinguir el momento de nacimiento de la prestación, que se correspondería con el momento del devengo o inicio de su percepción, del *momento de la causación*, que es el que se ha venido señalando hasta ahora.

2.2.1. La adquisición o causación del derecho a prestación

2.2.1.1. El problema de la localización del hecho adquisitivo o hecho causante

Para adquirir o causar una prestación, con carácter general, hace falta un hecho causante, es decir, hace falta que se actualice la contingencia prevista por el ordenamiento, y que dicha actualización incida sobre un sujeto susceptible de ser protegido en la medida en que reúna los requisitos exigidos por el ordenamiento para ser acreedor de esa protección⁴².

Sin embargo, al margen de eventuales implicaciones de intertemporalidad, es problemática la determinación del momento de la adquisición de una prestación. Como se ha esbozado al hablar de las prestaciones en curso de adquisición, la causación de una prestación es el punto final de un proceso complejo de cumplimiento sucesivo y continuado de ciertas condiciones. Por eso se puede afirmar que la intertemporalidad en la fase de adquisición, en el momento constitutivo de la relación prestacional concreta, es relativa. La relatividad descansa en el hecho de que la causación se puede ver únicamente no como un proceso, susceptible de generar las situaciones de intertemporalidad ya descritas, sino como un fenómeno puntual. De hecho, el principio de origen romano de unidad de tiempo permitiría dotar a un cierto elemento de la capacidad de localizar el momento concreto de adquisición de la prestación. Y ese elemento podría ser el denominado *hecho generador* o *hecho determinante*, que se concreta en la actualización de la contingencia legalmente prevista. En otras palabras, si bien la relación de prestación requiere el cumplimiento acumulado de diversas condiciones de afiliación, alta y cotización, entre otras, sin embargo, la idoneidad sólo adquiere relevancia cuando se actualiza una contingencia. Es el acontecimiento del hecho generador o contingencia el que desencadena la comprobación de los requisitos de idoneidad del sujeto protegible para concluir con la existencia o no de un hecho causante, el que permite temporalizar la producción del hecho causante, y con él, la causación de una prestación.

Sin embargo, las cuestiones problemáticas surgen desde el momento en que la actualización de la contingencia tenga una textura densa y no se pueda situar en un punto concreto. Así, como ya se ha visto en el apartado anterior, la exigencia de que concurren contemporáneamente un hecho generador y un sujeto protegible previo cumplimiento de ciertos requisitos legales, hace que la adquisición de la prestación pueda llegar a ser intertemporalmente difusa, y consigue difuminar la posibilidad de una localización incontestable a efectos de señalar qué norma se ha de aplicar.

⁴² ALMANSA PASTOR, J.M. *Derecho de la Seguridad Social*. 7^a ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 322.; y GONZALEZ ORTEGA, S., y ALARCON CARACUEL, M.R., *Compendio de Seguridad Social*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 114 y ss.

2.2.1.2. El problema de la precisión del contenido de la adquisición o causalidad del derecho

La determinación de la legislación aplicable a una situación prestacional nacida antes del punto cero y que se prolongaría después del mismo pasa por la resolución de un segundo interrogante, igualmente instrumental, y sin embargo no por ello menos problemático. Incluso sería susceptible de ser el eje principal de otro nuevo discurso, razón por la cual sólo se deja planteado. Así, aún en el supuesto de que haya sido posible determinar el momento en que ha acontecido el hecho causante o hecho adquisitivo, no se puede obviar responder a la duda última de *qué es lo que se ha adquirido*. Porque técnicamente no sería lo mismo adquirir un derecho subjetivo a una prestación que ofrece una resistencia tradicionalmente enérgica a la modificación, que un estatuto objetivo de protección de carácter administrativo cuyo contenido se concreta en la percepción de una prestación, y que queda sujeto a la dinámica estatutaria del Derecho Público⁴³. La opción por una u otra naturaleza se traduce en uno u otro nivel de (in)tangibilidad de las condiciones de disfrute de la prestación, y por lo tanto, en último término, en diferentes

⁴³ Solo instrumentalmente, se asumen las tesis de S. OLARTE ENCABO, que entiende que la afiliación es una obligación legal constitutiva de la relación de Seguridad Social, que confiere un derecho potencial a la protección, que solo surgirá en el momento en que se actualice la contingencia protegida o hecho causante sobre un sujeto causante. Así, producida tal actualización, el beneficiario será titular de un derecho subjetivo de naturaleza jurídico-pública que tiene su procedencia en la conexión al interés público. En definitiva el beneficiario ostenta un derecho subjetivo perfecto y ello aunque tenga algunas peculiaridades derivadas de su inserción en una relación jurídico-administrativa. (*El derecho a las prestaciones de la seguridad social*. Madrid: CES, 1996, p. 46 y ss). Esta naturaleza conferida a la prestación, abre la posibilidad de prever múltiples garantías de la misma. Además de las tradicionales, en materia de transición normativa, podría predicarse el carácter indemnizable, por expropiatorio de derechos, de las consecuencias negativas para los sujetos perceptores de prestaciones, derivadas de los cambios normativos. (LA TORRE, M., "Sulla efficacia delle legge nel tempo con particolare riguardo al Diritto Pubblico." *Foro amministrativo*, 1926, tomo IV, p. 49.). Sin embargo, existe una opción encontrada, en la medida en que se pretende superar el concepto de derecho subjetivo. Así, se puede ver en el otro extremo a P. ROUBIER que, habiendo denunciado previamente la tendencia irracional a la inflación del concepto de derecho subjetivo, considera la relación de seguridad social como una situación jurídica objetiva. La idea de la Seguridad Social como servicio público es la que dota de argumentos a la objetivización de la situación de prestación. (FERNANDEZ PASTRANA, J.M., "El servicio público de seguridad social." *Revista de seguridad social*, 1983, nº 15). Esta postura, heredada la situación jurídica objetiva de la conceptualización hecha por León DUGUIT, no conduce a ROUBIER, sin embargo, a desproteger a los asegurados en la medida en que reconduce su protección a la acción en justicia ante los tribunales. (*Droits subjectives et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963, p. 48 y ss.) En este contexto, la idea del derecho de acción, como derecho subjetivo procesal autónomo de un derecho subjetivo, permitiría a priori mantener el carácter estatutario del perceptor de una prestación sin privarle de instrumentos de protección de ese status. (Véanse MOTULSKY, H., "Le droit subjectif et l'action en justice." *Annuaire de Philosophie du Droit*, 1964, IX, p. 215-227 y VILLEY, M., "L'idée de droit subjectif et le système juridique romain." *Revue historique de Droit Français et étranger*. 1947-48, p. 201-227.)

niveles de protección de la prestación en sí misma. La cuestión se complica además según cual haya sido la fuente generadora de la prestación, o más exactamente, según cuál sea la fuente normativa que configure la situación de protección⁴⁴.

Genera en el ámbito del contenido de la adquisición una especial incertidumbre aquel cambio que introduce en el ordenamiento nuevas reglas de cálculo de las prestaciones, o lo que es lo mismo, nuevas reglas de cálculo de la base reguladora de la prestación, de las que resulta una prestación de cuantía inferior a la que derivada de las anteriores reglas. Se trata de una cuestión de una complejidad relativa, pero a la que no se puede prestar más atención aquí⁴⁵.

Pero los problemas transitorios no se agotan en la fase constitutiva, sino que, una vez adquirida la prestación, los problemas de intertemporalidad se concretan, entre otras manifestaciones, en la modificabilidad o no del régimen jurídico que rige la dinámica prestacional.

2.2.2. El disfrute de la prestación

Sobrevenido un cambio normativo, es posible encontrar verdaderas situaciones prestacionales de carácter intertemporal. Se trata de las situaciones de prestación en que ésta se ha causado bajo la legislación anterior, se ha estado

⁴⁴ En efecto, de la teoría de P. ROUBIER, heredada de SAVIGNY, se puede tomar la diferencia cualitativa que resulta del origen normativo de la prestación. De un lado, los derechos que resultan de convenciones expresas o tácitas, fueron considerados como derechos adquiridos que una ley nueva no podía abolir, alterar, modificar o regir de un modo diverso. En cambio, los derechos que existen por autoridad de la ley no conservan su fuerza y valor que en tanto las leyes mismas que los han instituido las conserven. (*Le Droit Transitoire*. Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. 96 y ss.). Se considera que no es lo mismo que se trate de una prestación configurada por una norma con rango de ley, que por una norma reglamentaria. Pero quizás la diferencia cualitativa se produzca en los supuestos en los que se trata de fuentes derivadas de la autonomía colectiva, supuestos comunes en el campo de la protección social complementaria. Véanse especialmente, FREYRIA, C., "Les conflits des lois dans le temps relatifs aux conventions collectives de travail." *Droit Social*. 1955, p. 364-373, y COLIN, N., *Conventions et accords collectives de droit social à l'épreuve du temps*. Paris: l' Harmattan, 2000, 399 p.

⁴⁵ En la mayoría de los sistemas de seguridad social, sobrevenido el fantasma de la crisis económica, se han producido reformas racionalizadoras de las que han derivado nuevos y más estrictos sistemas de cálculo de las prestaciones, especialmente de las pensiones de jubilación. En estos casos, las denominadas expectativas han demostrado su relativo vigor, de forma que los legisladores se han visto avocados a, empleando métodos y principios de Derecho Transitorio, establecer períodos y regímenes transitorios. Sirvan los ejemplos que ofrecen los sistemas de seguridad social español, francés e italiano. (Véanse, respectivamente, en España, el artículo 5.2º de la ley 24/1997, de 15 de julio de consolidación y racionalización del sistema de seguridad social, que introduce la DTª 5ª en el Texto Refundido de la LGSS; en Francia, los artículos 3, 6, 7, 9, y 11 del Decreto nº93-1022, de 27 de agosto relativo al cálculo de pensiones de jubilación, que desarrolla la ley 93-936 de 22 de julio relativa a las pensiones de jubilación y a la salvaguardia de la protección social; y en Italia el artículo 13 del Decreto legislativo de 30 de diciembre de 1992, nº 503, o el artículo 11 de la Ley de 23 de diciembre de 1994, nº 724.)

disfrutando antes del cambio normativo y que, según la legislación vigente con anterioridad al punto cero, se debería prolongar en el tramo posterior a éste, de forma que, sobrevenido un cambio, se desarrolla bajo el imperio temporal de la nueva legislación.

En este tipo de supuestos ha de hacerse la distinción entre la constitución y el desarrollo de la situación de prestación. En efecto, en lo que concierne a estas situaciones la duda se centra no tanto en el respeto del hecho constitutivo de la situación de prestación ni en el disfrute de la prestación en el tramo anterior al punto cero. Por el contrario, la duda se concreta en la legislación aplicable después de ese momento de tránsito. De un lado, esta cuestión se materializa, en definitiva, en si es posible el mantenimiento del sujeto percceptor en la situación de disfrute de la prestación después de la transición normativa⁴⁶. De otro, en si es factible el mantenimiento de su régimen legal en las mismas condiciones⁴⁷. En estos supuestos la opción es doble: cabría seguir aplicando la legislación anterior, e igualmente cabría aplicar la nueva ley. O se pueden conjugar ambas. Y las tres soluciones son apriorísticamente válidas. En cualquier caso, la intertemporalidad resulta ser más o menos densa según cual sea la duración de la prestación en cuestión. Evidentemente, en el caso de prestaciones de devengo instantáneo, el problema de intertemporalidad no se presenta como tal. Por el contrario, se hace patente en aquellos supuestos en que se trata de una prestación de devengo periódico, sea de duración determinada o indeterminada⁴⁸.

⁴⁶ La cuestión no es tan importante cuando la nueva norma sigue manteniendo la institución como tal, sino cuando en la nueva regulación desaparece esa categoría prestacional. Sirva de ejemplo, en el ordenamiento español, de la pensión del SOVI (Véase la DT^a 7^a LGSS, así como MARIN CORREA, J.M., "El "residual" y "extinguido" Seguro Obligatorio de Vejez." *Actualidad Laboral*, 1989, II, p. 249-254.), la prestación de subsidio familiar, que desaparece a partir de la Ley de Seguridad Social de 1966 y se elimina expresamente por la DT^a 3^a de la Orden de 28 de diciembre de 1966 de prestaciones de protección a la familia en el Régimen General de la Seguridad Social.

⁴⁷ Y no es en absoluto una cuestión baladí. Los cambios normativos pueden referirse a un aspecto tan fundamental de la prestación, como es la cuantía de la misma. En efecto, una nueva norma puede variar directamente la cuantía, pero también indirectamente, en la media en que se introduzcan topes máximos, nuevas reglas de revalorización, de concurrencia de prestaciones o de incompatibilidad entre ellas, nuevas condiciones de prescriptibilidad o embargabilidad de las prestaciones, etc. La duda de la aplicabilidad de la nueva regulación se presenta en los supuestos en que ésta es más favorable que la anterior, y se se agudiza esa incertidumbre en los casos de regulaciones regresivas. En uno y otro caso, es el Derecho Transitorio el que ha de ofrecer la solución.

⁴⁸ Véase con carácter general, AZEMA, J., *La durée des contrats successifs*. Paris: LGDJ, 1969, 301 p.

3. MÉTODOS Y TÉCNICAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS TRANSITORIOS: DERECHO TRANSITORIO DE SEGURIDAD SOCIAL

Una vez apuntados los principales problemas transitorios de Seguridad Social, se puede pasar al análisis de cuáles son los medios con los que el legislador cuenta para solucionarlos. Esa aproximación a los métodos y principios de los que se puede valer el diseñador de la transición legislativa, dadas las características de la problemática intertemporal en materia de Seguridad Social, no puede ser un acercamiento tradicional, sino relativamente crítico.

El Derecho Transitorio ha sido objeto de múltiples aproximaciones doctrinales, lo que hace de él una categoría difusa⁴⁹. Sin embargo, desde un punto de vista pragmático, se abandona esa línea explicativa. El Derecho Transitorio ya no es objeto del discurso, sino que deviene un posible instrumento de solución de los problemas de intertemporalidad en Seguridad Social. No interesa en sí mismo; por el contrario seducen los métodos y principios que se inscriben en él y que permiten aportar remedio a la problemática de la intertemporalidad en Seguridad Social.

Desde el punto de vista técnico-formal, el Derecho Transitorio ofrece diversos métodos para afrontar la determinación de la legislación aplicable a los hechos y situaciones intertemporales. Desde el punto de vista material presenta distintos principios de solución. Sin embargo, de lo que aquí se trata es de comprobar si los métodos de reglamentación del problema transitorio y los distintos principios sustanciales de solución pueden extrapolarse a los supues-

⁴⁹ Al margen de la polémica tradicional sobre lo que sea el Derecho Transitorio (véanse, entre otros, BACH, "Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps." *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. 1969, p. 405-468; DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *Dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*. Paris: LGDJ, 1977, 267 p.; DOCKES, E. *Application dans le temps des règles transitoires. Contribution à l'étude du Droit du Travail*. Thèse: Lyon III, 1992; HERON, J. *Principes de Droit Transitoire*. Paris: Dalloz, 1996, 168 p.; ROUBIER, P., *Le Droit Transitoire*. 2e. Ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960, 590 p), en lo que aquí respecta, por Derecho Transitorio se entiende aquel conjunto de reglas que solucionan los problemas derivados del cambio normativo, en la medida en que precisa el régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas pendientes o hechos intertemporales. Si bien con carácter general se ha tendido a la elaboración de sistemas generales de Derecho Transitorio, que recojan con carácter principal todas las posibles soluciones al problema transitorio en abstracto, el planteamiento del que se parte aquí es el de considerar la operatividad no de soluciones apriorísticas, sino de instrumentos y principios de solución relativamente generales, que el operador jurídico de la transición emplea para dotar al concreto problema transitorio a resolver de soluciones concretas *ad hoc*. En concreto, se puede partir de que es normalmente el legislador en sentido amplio (incluyendo el legislador así como las instancias administrativas dotado de potestad reglamentaria) el que diseña las soluciones a los tránsitos normativos que acomete, y suele hacerlo en la parte final de los textos legales, en las llamadas disposiciones transitorias. Sin embargo no es exacto identificar Derecho Transitorio y disposiciones transitorias, puesto que, ni siempre el Derecho Transitorio se halla en las disposiciones transitorias, ni las disposiciones transitorias contienen siempre Derecho Transitorio en sentido estricto.

tos de intertemporalidad en Derecho de la Seguridad Social. De este modo, se opta por una concepción relativamente crítica e instrumental del Derecho Transitorio, en la medida en que parecería que los métodos y de los principios de solución no han de ser aplicados automáticamente al tránsito de Seguridad Social. Por lo cual se ha de pretender determinar qué grado de operatividad tienen unos y otros para resolver los problemas de transitoriedad, todo ello a la vista de las particulares expresiones del fenómeno intertemporal.

3.1. LOS MÉTODOS DE SOLUCIÓN

Con carácter general, el Derecho Transitorio ha adoptado los métodos y técnicas de regulación directa e indirecta diseñados por la doctrina internacional-privatista, y los ha modalizado. En esa extrapolación de métodos, se parte de una presunción de operatividad de los métodos de Derecho Internacional Privado para solucionar el problema transitorio. Al fin y al cabo, en ambos casos se trata de determinar qué legislación es la aplicable a un elemento que guarda relación con dos o más ordenamientos (espaciales o temporales)⁵⁰.

Entre los instrumentos de que en general se sirven los legisladores transitorios, y en particular el legislador de Seguridad Social, para ofrecer soluciones a los problemas de intertemporalidad se encuentra, de un lado, las *normas de conflicto* y, de otro, las *normas sustanciales de transición*, manifestaciones ambas de esos métodos, directo e indirecto de reglamentación de Derecho Internacional Privado⁵¹. Con independencia de que se haga esa calificación

⁵⁰ A pesar de que se haya llegado a asimilar Derecho Transitorio y Derecho Internacional Privado, no pueden llegar a confundirse. Y P. LOUIS-LUCAS se ha encargado de diferenciarlos. (“Traits distinctifs des conflits des lois dans le temps et des conflits des lois dans l’espace.” *Mélanges à l’honneur de Paul Roubier*. Paris: Dalloz et Sirey, 1961, T. I, p. 323-348).

⁵¹ A esos dos tipos de normas se une la norma transitoria impropia, que no se emplea para solucionar el problema transitorio en sentido estricto, sino que da solución a las que se han denominado situaciones temporalmente problemáticas. Como ya se dijo, si la eficacia inmediata de la nueva norma es inoportuna o difícilmente realizable, es habitual prever un período de transición en el que, entrada en vigor la norma, se difiere a un momento ulterior el inicio de efectos. Durante ese período particular se puede entender que la norma anterior mantiene su vigencia material. Pero también le está permitido al legislador derogar formal y materialmente esa norma anterior, y diseñar una regulación intermedia que supla la laguna temporal generada por la derogación de la norma anterior y la inaplicabilidad provisional de la nueva. En otras palabras, la norma transitoria impropia no resuelve las situaciones transitorias en sentido estricto. A pesar de ello no deja de ser interesante mencionarlás en la medida en que el legislador tiende a incluirlas bajo el rótulo de “disposiciones transitorias” junto a las normas transitorias en sentido estricto. A su vez, las normas de transición en sus dos modalidades (norma de conflicto y norma sustancial de transición), y las normas transitorias impropias han de ser diferenciadas de un tercer tipo, las normas provisionales o temporales, que se prevén sustituibles o de duración determinada. Sirva de ejemplo el Real Decreto 10/2000, de 6 de octubre, de medidas urgentes, que establece bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social de los trabajadores del mar a fin de superar la crisis del sector consecuencia del incremento del precio de los carburantes. Esta tipología está tomada de G. U. RESCIGNO (“Disposizione transitorie.” *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1964, T. XIII, p. 231-232).

dicotómica de los métodos y tipos de normas, como se verá, la realidad normativa es más compleja y las normas pueden no aparecer siempre en estado puro. Por el contrario, el legislador combina los elementos de que dispone, dando lugar a tipos normativos mixtos.

3.1.1. La norma de conflicto

En Derecho Internacional Privado la norma de conflicto⁵² es aquella que emplea un método indirecto de reglamentación del supuesto de hecho. Del mismo modo que allí, en Derecho Transitorio el legislador puede emplear ese método indirecto de reglamentación. Con esta técnica indirecta el legislador de la transición trata de localizar el hecho intertemporal bajo el ámbito temporal de una determinada norma, sea la anterior o la nueva.

Los hechos y situaciones intertemporales lo son porque debido a su densidad guardan conexión con normas de diferente competencia temporal: la norma anterior y la nueva norma que introduce el legislador tras el cambio normativo. Cualquiera de ellas tendría vocación de regular los hechos y situaciones intertemporales. Habría sólo que determinar con cuál de las posibles normas competentes éstos mantienen una relación más estrecha. Y en eso consiste la localización, que se lleva a cabo a través del procedimiento indirecto de reglamentación.

El carácter indirecto de la norma de conflicto reside en que no se da una solución de fondo porque no contiene disposiciones de Derecho material. En lugar de ofrecer una concreta regulación sustancial aplicable, por el contrario, se remite formalmente la ordenación material a un concreto ordenamiento temporal en el que se ha de buscar la solución concreta. Esa remisión al ordenamiento jurídico de referencia se produce a través del que es el elemento original y exclusivo de la norma de conflicto y que la dota de una estructura articulada particular⁵³. Como cualquier norma, la norma de conflicto cuenta con un supuesto de hecho, en el que se suelen contener los hechos y situaciones intertemporales, y una consecuencia jurídica, que en este caso es una consecuencia indeterminada. Entre ambos elementos, en la norma de conflicto se halla el punto de conexión o localización o temporalización, que es ese elemento original de la norma de conflicto y sería aquella circunstancia que

⁵² También llamada *disposición transitoria* en sentido lato (RESCIGNO, G. U., "Disposizione transitorie." Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1964, T. XIII, p.224), *norma intertemporal colisional* (POPOLIEV, M., "Droit Civil Transitoire." *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. 1908, p. 471), o *regla selectiva de leyes sucesivas* (HAGE CHANINE, F., *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription*. Paris: Dalloz, 1977, p.235).

⁵³ Véanse por todos AUDIT, B., *Droit International Privé*. Paris: Economica, 1991, p. 77.; CALVO CARAVACA, L. A., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Introducción al Derecho Internacional Privado*. Granada: Comares, 1997, p. 294 y ss.; CARRILLO SALCEDO, J. A. *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Tecnos, 1971, p. 135 y ss; RIGAUX, F., *Derecho Internacional Privado. Parte general*. Madrid: Civitas, 1985, p. 223 y ss.;

expresa un vínculo entre el hecho o situación intertemporal, y un determinado ordenamiento temporal, y sirve al legislador para señalar el Derecho aplicable. La conexión transforma así alguno de los elementos del supuesto de hecho en un factor de localización con el ordenamiento temporal más próximo⁵⁴.

En la práctica, si bien no resulta excesivamente complicado formular teóricamente una norma de este tipo, sí lo es aplicarla a un sustrato fáctico concreto. La relativa inoperatividad de la norma de conflicto se produce a partir del esquema general mismo de la norma. Con carácter general, la doctrina iusprivatista ha destacado cuáles son las dificultades de aplicar la norma de conflicto, dificultades ligadas al punto de conexión. Y todas son extrapolables a la norma de conflicto de Derecho Transitorio⁵⁵.

Como ya se ha visto, los problemas de intertemporalidad se multiplican en materia prestacional. Para solucionarlos, el legislador de Seguridad Social emplea con relativa frecuencia una norma de conflicto. Sin embargo no suele ser consciente de la problemática aneja al diseño de este tipo de normas. De tal forma que procede a la localización de los hechos intertemporales sin prestar atención a las múltiples dificultades a que puede dar lugar la localización en orden a determinar el derecho aplicable.

⁵⁴ Por sus características particulares el punto de conexión ha atraído con frecuencia la atención de la doctrina iusprivatista. Especialmente porque, a pesar del carácter a priori neutro de la norma de conflicto, en el punto de conexión, se contienen las denominadas directrices de la localización, que en absoluto pueden ser consideradas neutras. (AUDIT, B., *Droit International Privé*. Paris: Economica, 1991, p. 79 y ss; BATIFFOL, H. Y LAGRADE, P. *Droit International Privé*, Paris: LGDJ, 1993, p. 450 y ss. CALVO CARAVACA, L. A., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Introducción al Derecho Internacional Privado*. Granada: Comares, 1997, p. 301 y ss; ; HOLLEAUX, D., FOYER, J. y GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G. DE, *Droit International Privé*. Paris: Masson, 1987, p. 202; PATOCHI, P.M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*. Genève: Librairie de L'Université Georg et Cie., 1985, 376 p.; RIGAUX, F., *Derecho Internacional Privado. Parte general*. Madrid: Civitas, 1985, p.224;) Sirva respecto del Derecho Transitorio dejar planteado que tampoco aquí la norma de conflicto ofrece soluciones ingenuas, y que igualmente el punto de la temporalización puede ser un punto que conduzca sistemáticamente a un orden temporal no tan indeterminado como se pretende hacer ver, sino predeterminado por una concreta voluntad del legislador.

⁵⁵ En primer lugar, los puntos de conexión fácticos exigen un análisis de hecho de las circunstancias del caso concreto, que reconduce la precisión del punto de conexión a una cuestión de facto. En segundo lugar, los puntos de conexión jurídicos requieren la comprobación de la circunstancia jurídica con arreglo a un determinado ordenamiento jurídico, lo que genera un problema añadido de calificación, o de qué ordenamiento temporal ha de calificar la jurisdicción. Por último, en los dos casos anteriores caben los puntos de conexión mutables, que emplean circunstancias que pueden cambiar en el transcurso del tiempo, y que generan lo que la doctrina iusprivatista denomina un conflicto móvil. El conflicto móvil se genera en la medida en que la regla de conflicto emplea un punto de conexión susceptible de desplazarse, algo que sucede sobre todo en los supuestos en que se prevé que el punto de conexión no sea de naturaleza instantánea. (CARRILLO SALCEDO, J. A. *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Tecnos, 1971, p. 147; HOLLEAUX, D., FOYER, J. y GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G. DE, *Droit International Privé*. Paris: Masson, 1987, p.228 y ss.) Si el punto de temporalización es de un tipo mixto, entonces la complejidad aumenta exponencialmente. (CALVO CARAVACA, L. A., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Introducción al Derecho Internacional Privado*. Granada: Comares, 1997, p. 308 y ss.)

En efecto, con carácter general la localización se revela por sí misma insuficiente e incierta en aquellos supuestos en que concurre una imbricación cumulativa de hechos y situaciones sucesivas o contemporáneas. Se trata de los problemas de localización del material fáctico de que se sirve el punto de conexión. Pero, en la medida en que el legislador emplea como elemento de temporalización un hecho, acto, situación o relación jurídica determinada, no sólo se presenta un problema de constatación de su existencia, sino también el de la juridicidad de la misma. Así, eventualmente yuxtapuesto, pueden también aparecer el problema de la calificación de las condiciones jurídicas de idoneidad del sujeto protegible que se contienen también en el punto de conexión. Esta cuestión conduce en último término a preguntarse sobre cuál sea la ley competente para proceder a la calificación de la juridicidad de la relación de afiliación, del alta o de las cotizaciones.

En abstracto, y *a priori*, por la propia esencia de algunas contingencias, no habría problema en precisar el momento en que acontece el hecho generador o hecho determinante porque suele ser un hecho puntual el que genera la situación de necesidad protegida⁵⁶. Pero ni siquiera en esos casos es posible fijar un punto incuestionable, en la medida en que la fijación del momento del hecho generador se realiza, de un lado, en el marco de un innegable voluntarismo legislativo a la hora de dar una determinada configuración jurídica a la realidad⁵⁷. Pero es que además hay supuestos en los que las contingencias no son de acontecimiento puntual, o lo son pero a su vez son resultado de un proceso sucesivo o continuado. En estos supuestos la fijación de un punto exacto tampoco se puede hacer apriorísticamente sobre la base de elementos de naturalidad⁵⁸, en la medida en que el Derecho sustancial de Seguridad Social

⁵⁶ Por ejemplo, en las prestaciones por muerte y supervivencia, se causaría la prestación en el momento de la muerte del causante. En las prestaciones familiares el hecho causante se correspondería con el momento en que sobreviene la modificación familiar (nacimientos, adopciones...), y las prestaciones económicas o en especie derivada de la alteración de la salud en el momento en que se produzca dicha alteración.

⁵⁷ Otro ejemplo del poder del legislador para configurar la realidad con repercusiones en la determinación del hecho causante lo ofrece la prestación de desempleo. Para causar la prestación el legislador podría señalar como determinante de la causación, bien el cese en el trabajo, bien el momento en que se dicta sentencia judicial en un procedimiento de despido, bien el momento en que la autoridad administrativa autorice el despido, o el desempleado solicite la prestación. Y algo semejante se produce en lo que concierne a la prestación de incapacidad permanente, que se puede causar desde el momento en que acontezca el hecho que provoca la incapacidad para el trabajo, desde que la incapacidad se considere por los equipos de valoración de incapacidades susceptible de mantenerse, o lo solicite el incapacitado.

⁵⁸ Se ha de insistir en que el caso de la incapacidad es paradigmático, de un lado del voluntarismo legislativo subyacente a la determinación del hecho causante, y de otro, de la dificultad de fijar un punto preciso en los supuestos de hechos y situaciones complejas, continuadas y duraderas. La causa última de la misma puede ser un accidente o una enfermedad, de trabajo o no. Sin embargo es posible que la protección de la incapacidad permanente haya sido precedida por una protección temporal de la alteración de la salud, situación en que se ha de fijar un punto de transformación de la protección. El momento del salto de una protección a otra cuando la situación de

no ofrece pautas universales para fijar el momento en que acontece el hecho causante, sino que la determinación de este se caracteriza por altas dosis de contingencia.

Toda esta problemática conduce a admitir que en Derecho Transitorio de Seguridad Social no se puede operar en clave de *tempus regit actum* sino con dificultades, tanto más cuando, acontecido un cambio normativo, el legislador es libre para fijar los distintos hechos causantes en un sentido diverso al de la legislación anterior⁵⁹.

Para solucionar esta concreta expresión del fenómeno de intertemporalidad en Seguridad Social, es paradigmática la opción legislativa de proceder a la localización del hecho causante de las prestaciones para determinar cuál sea la legislación aplicable a las mismas. Opción en que se plasman todas las vicisitudes teóricas que se han expuesto con anterioridad. En ella es habitual la fórmula “*Las prestaciones causadas conforme la legislación anterior continuarán rigiéndose conforme a esa legislación*”. Que se ve matizada por una segunda fórmula: “*se entenderá por prestación causada aquélla a la que tenga derecho el beneficiario por haberse producido las contingencias o situaciones objeto de protección y hallarse en posesión de todos los requisitos que condicionan su derecho.*”⁶⁰ Y ambas adoptan la formulación típica de norma de conflicto, en la que el punto de conexión es el hecho causante. Es decir, localizado el hecho causante, será la legislación en vigor en el momento de su acontecimiento la que va a resultar aplicable a la prestación en cuestión. Sin embargo la localización del hecho causante, que es el modo de solución del problema transitorio en cuestión, como se ha visto, es a su vez un problema añadido. No sólo no es siempre posible que se produzca en un momento único. Además, no queda claro qué ley se ha de aplicar para determinar cuándo se ha producido.

De esta forma se está ante una fórmula peligrosamente tautológica: el hecho causante es el que determina la legislación aplicable a la prestación,

facto se mantiene no es *a priori* tan claro, y se puede hacer coincidir con la fecha del dictamen del órgano valorador de la incapacidad permanente, o con la fecha de la detección médica de la irreversibilidad de la situación, entre otras posibilidades. Y aún es menos claro en los supuestos en que el salto coincide con un tránsito normativo que eventualmente modifique las condiciones de la protección de una y otra situación.

⁵⁹ Por extrapolación del método, del mismo modo que en Derecho Internacional Privado detrás del empleo del punto de conexión se halla la idea de que “*locus regit actum*”, detrás de la localización o temporalización se halla la máxima del “*tempus regit actum*”. Sin embargo, esa teoría de los *Facta Praeterita* civilista resulta *a priori* poco operativa en materia de Seguridad Social. Para serlo sería necesario que hubiera siempre un punto exacto en el que se pudiera precisar la intertemporalidad. Sin embargo, en la medida, por la naturaleza misma de la intertemporalidad, no siempre hay un punto indiscutible en abstracto, la localización resulta en sí misma no un instrumento de solución, sino un problema añadido. Aunque que no hay que generalizar respecto a todas las situaciones.

⁶⁰ Disposición transitoria primera de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, y que se repite sistemáticamente en las sucesivas leyes de seguridad social española.

pero *a priori* no se sabe cuál es la legislación que rige la determinación del momento en que ocurre el hecho causante. Y aún en caso de que quedara claro cuál es el régimen concreto de la adquisición del derecho, sin embargo, seguiría siendo necesario determinar el punto concreto en que acontecen los hechos o situaciones a los que la norma dota de la capacidad de generar efectos constitutivos. La complicación se genera cuando se requiere que varios hechos tengan lugar sucesiva o continuadamente, y se realizan en momentos distintos. Y por si fuera poco, a los problemas fácticos y jurídicos derivados de la localización del hecho causante, se suma la dificultad eventual derivada de la constatación de que el hecho causante puede llegar a ser un punto de conexión mutable cuando el legislador modifica el esquema genético de la prestación.

Aún en el caso de que se localizara el hecho causante, sin embargo, cabría que la localización no determinara directamente la legislación aplicable. La sola posibilidad resulta paradójica, en la medida en que la temporalización misma es el modo de resolver el problema de intertemporalidad. Sin embargo, se trata de algo perfectamente posible en los supuestos en que el legislador introduce en la norma de conflicto la directriz autonomía de la voluntad⁶¹. En estos supuestos, aunque se haya localizado el hecho causante y se haya determinado la aplicabilidad de la norma anterior, siempre cabría que el sujeto causante optara por la aplicación de la nueva norma, de tal forma que la labor de temporalización resulta a posteriori inútil. Si bien *a priori* permite localizar el hecho causante, y determina potencialmente la aplicación de una u otra norma, la determinación definitiva de la legislación aplicable se produce a través de la opción por el beneficiario.

Se ha visto como, para determinar la legislación aplicable a una prestación de carácter intertemporal, es habitual optar por localizar el hecho causante de dicha prestación, de tal forma que la norma vigente en ese momento rija la vida de la prestación en lo sucesivo. Sin embargo, esta opción legislativa hace patente que la norma de conflicto no es una norma tan neutra como dice ser. Por el contrario, es siempre susceptible de encerrar en sí misma una solución material concreta. El legislador, al configurar la norma de conflicto, puede

⁶¹ Las directrices del punto de conexión suelen clasificarse en dos grupos: las de tipo objetivo y las subjetivas o derivadas de la autonomía de la voluntad. (Véase PATOCHI, P.M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*. Genève: Librairie de L'université Georg et Cie., 1985, 376 p). A veces las directrices pueden acumularse, tal y como hizo el legislador de 1966, en la disposición transitoria 2^a Ley de Seguridad Social, y en la disposición transitoria 1^a de la Orden de Vejez de 13 de enero de 1967. En estos casos, a las directrices que tendían a localizar el momento del hecho causante se unía la directriz de la autonomía de la voluntad, bajo la forma de derecho de opción. En los casos en los que la reforma podría resultar tanto ventajosa respecto de la regulación anterior, como perjudicial, se dejaba en manos del beneficiario el análisis valorativo de comparar ambas regulaciones, de tal forma que cada beneficiario podía optar por acogerse a la nueva norma o a la anterior, según le resultara una u otra más favorable.

decidir aplicar directamente alguno de los principios de solución de los que se ha de hablar en el siguiente apartado. Y aunque afirmar esto suponga adelantarse en la exposición, se puede mantener que detrás de la idea de localizar el hecho causante se halla siempre la opción por la supervivencia de la norma anterior. No obstante, en la medida en que la norma de conflicto es un instrumento potencialmente ideologizado, permite optar por la solución contraria. Y para solucionar los problemas de intertemporalidad derivados del disfrute de prestaciones de larga duración, podría el legislador optar por la localización sucesiva⁶² de los distintos elementos de la prestación, de forma que sea la legislación vigente en cada uno de los momentos la que rija la prestación. Se trataría de una solución contraria en tanto en cuanto no opta por la supervivencia de la norma anterior sino que permite el efecto inmediato de las normas sucesivas, por la vía de la superposición de esas normas que se van sucediendo en la tarea de concretar el régimen jurídico de las prestaciones.

En definitiva, ambas opciones denotan que la norma de conflicto emplea un método válido de reglamentación de la transición, pero que resulta complicado aplicar en numerosas ocasiones.

Por último, cabe señalar uno inconveniente añadido a los anteriores, y que se concreta en que, con carácter general, las normas de conflicto suelen ser ambiciosas en su finalidad de reglar el tránsito normativo, y pueden tener incluso pretensiones de solución general⁶³. Sin embargo, no hay que olvidar que los problemas de tránsito son a veces muy concretos. Así, dado que las posibles vicisitudes que puede generar el método directo no aconsejan servirse de éste para solucionar cuestiones muy concretas, quepa atender con interés al otro método de reglamentación. De forma que en concreto se deba analizar la operatividad de las normas sustanciales de transición.

⁶² Si los problemas se multiplican en los supuestos en que se ha de localizar un determinado elemento del hecho o situación intertemporal, se pueden imaginar la complejidad añadida que resultaría si el legislador optara por la localización sucesiva.

⁶³ De hecho suele ser así, de ahí la formulación abstracta y genérica de las disposiciones transitorias; tendencia que arranca especialmente a partir de Código Civil de 1889. No obstante, esa tendencia a la generalidad se ha de ver matizada en Derecho de la Seguridad Social, en la medida en que las manifestaciones concretas de la transitoriedad son muy diversas. Tómese de nuevo el ejemplo de la disposición transitoria primera de la Ley de Seguridad Social de 1966 y sus análogos en normas posteriores. Decir que las *prestaciones causadas se seguirían rigiendo por la legislación bajo la cual se causaron* ofrece una pretendida generalidad susceptible de ofrecer solución a todos los eventuales casos de prestaciones en curso de disfrute. Sin embargo, tal generalidad era sólo parcialmente satisfactoria, en la medida en que determinadas situaciones prestacionales requerían un tratamiento específico. Por ello el legislador de 1966, que suele tender a ofrecer soluciones particulares para aquellas prestaciones temporalmente problemáticas, previó junto a la primera otras disposiciones transitorias. Entre ellas había normas que especificaban soluciones particulares respecto a las prestaciones familiares (DT^o 4^a LSS) y de vejez (DT^o 2^a LSS), por ejemplo.

3.1.2. La norma sustancial de transición

Igualmente tomado del Derecho Internacional Privado, y por contraposición a las normas de conflicto que se limitan a localizar los hechos de dudosa ubicación y les atribuye la cobertura de algunas leyes eventuales idealmente concurrentes (la nueva o la antigua, o ambas, en el caso de localizaciones múltiples), existe un segundo tipo de normas transitorias. Como resultado de la aplicación de una técnica de reglamentación directa, el legislador de la transición puede valerse de la norma sustancial de transición⁶⁴. A través de ese método directo, el legislador transitorio proporciona una solución específica, inmediata y sustantiva al problema de cobertura jurídica planteado por situaciones y hechos intertemporales. En lugar de remitirse previa temporalización de algún elemento a un concreto ordenamiento temporal, el legislador diseña la solución misma a la intertemporalidad, y ofrece una consecuencia jurídica directa para los hechos y situaciones intertemporales que comprende en su presupuesto de hecho.

Puede diseñar en la consecuencia jurídica una solución original. Pero bien puede también retomar materialmente las soluciones materiales ofrecidas por la regulación anterior, o por la nueva. Incluso puede ofrecer una solución mixta a partir de la conciliación de ambas normas.

Con la reglamentación directa de la intertemporalidad, el legislador puede ofrecer verdaderas soluciones ad hoc, algo que la norma de conflicto no permite. En efecto, hay que partir de la visión realista de que remitir la solución globalmente a la norma anterior o a la nueva no es siempre lo más recomendable. Por el contrario, dados los intereses en juego, a veces se necesita establecer una regulación integradora, que no se reduzca a la anterior reglamentación ni a la nueva⁶⁵.

Por contraposición a las normas de conflicto, en estas normas la pretensión de generalidad es inversamente proporcional a la diversidad y especificidad material de las soluciones que ofrecen. Por esta razón, son más operativas. Aunque introducen un cierto grado de complejidad en su diseño,

⁶⁴ Igualmente denominada *disposición transitoria in senso proprio* (RESCIGNO, G. U., "Disposizione transitorie." *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1964, T. XIII, p. 227 y ss), *norma intertemporal no colisional* (POPOLIEV, M., "Droit Civil Transitoire." *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. 1908, p. 468), *regla elusiva del conflicto temporal* (HAGE CHANINE, F., *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription*. Paris: Dalloz, 1977, p. 236), *disposición sustancial de transición* (DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *Dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*. Paris: LGDJ, 1977, p. 205) o *ley de transición* (ROUBIER, P., *Le Droit Transitoire*. 2e. Ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. 147).

⁶⁵ Así sucedía, por ejemplo, en lo que concernía a las prestaciones familiares y de jubilación en el momento de reformarse en 1966 el sistema de Seguridad Social. Ello condujo al legislador a diseñar un régimen material transitorio para aquellos sujetos que estuvieran, bien disfrutando algunas de las prestaciones familiares que se modificaban (DT⁴a LSS y disposiciones transitorias de la Orden de 28 de diciembre de 1966), bien que estuvieran en vías de causación de una pensión de jubilación del mutualismo o del seguro de vejez. (DT²a LSS y DT1^a Orden de 13 de enero de 1967).

permiten en todo caso conjugar todas las eventuales pretensiones enfrentadas a la hora de resolver la intertemporalidad, y no ofrecen problemas de implementación, como sí presentan la norma de conflicto y la localización.

3.2. Los principios de solución

Se ha tendido tradicionalmente a confundir el aspecto metodológico de la solución a los problemas de determinación de la legislación aplicable con el aspecto material de esa solución. Por la vinculación tradicional de algunos métodos con determinadas soluciones materiales, se tiende a identificar con un nexo de necesidad insostenible los tipos de normas con ciertos principios de solución. Cuando en puridad los diferentes tipos de normas de transición son susceptibles de emplear indistintamente los principios materiales de solución. Aclarada la independencia entre métodos y principios materiales, se puede entrar en un breve análisis de éstos.

Se ha de partir nuevamente de una hipótesis: en Derecho de la Seguridad Social la aplicación de los principios de solución de los problemas transitorios presenta dificultades prácticas y teóricas. El hecho de que se den situaciones prestacionales que se prolongan en el tiempo, o el hecho de que haya diferentes grados de consolidación de los derechos, son algunos de los datos fácticos de partida que conducen a la necesidad de la mirada crítica de los planteamientos clásicos en torno a los principios de solución.

3.2.1. El principio de irretroactividad

Como afirmación general respecto de la irretroactividad cabe decir que se trata de un concepto extremadamente equívoco⁶⁶. Ha sido objeto de tanta atención⁶⁷, y ha servido para conceptualizar tantas realidades distintas, que aquí no

⁶⁶ LOPEZ MENUDO, F. "El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional." En AAVV. *Estudios sobre la Constitución. Homenaje al profesor García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991, p. 455.

⁶⁷ LOPEZ MENUDO, F. "El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional." En AAVV. *Estudios sobre la Constitución. Homenaje al profesor García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991, p. 455. Prácticamente todos los civilistas de la doctrina alemana, francesa, italiana y española lo han tratado. Véanse especialmente BACH, L. E. "Contribution a l'étude du problème de l'application des lois dans le temps." *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1969, p. 405-458.; BORDA, G.A. *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*. Buenos Aires: Perrot, 1951, 114 p.; FIORE, P., *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*. 3ª ed. Madrid: Reus, 1927, 635 p.; GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*. Turin, 1891; GAYA SICILIA, R. *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Montecorvo, 1988, 458 p. HERON, J. *Principes de Droit Transitoire*. Paris: Dalloz, 1996, 168 p.; LA TORRE, M., "Sulla efficacia delle leggi nel tempo con particolare riguardo al Diritto Pubblico." *Foro Amministrativo*, 1926, IV, p. 1-50; ROUBIER, P. "Distinction de l'effet immédiat et l'effet rétroactif." *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1928, p. 579-627; SANDULLI, "Il principio della irretroattività." *Foro amministrativo*, 1947, p. 25 y ss., SUAREZ COLLIA, J.M., *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*. Madrid: Actas, 1994, 115 p.; VALDE-CASAS, G., "Sobre la significación del principio de irretroactividad en las leyes." *Anuario de Derecho Civil*, 1966, T. XIX, p. 45-53.

se puede sino sostener que se trata de un principio que ha quedado prácticamente vaciado de sentido. Desde siempre principio clásico de Derecho Transitorio, se formulaba en los términos tradicionales de que las leyes no tiene efecto retroactivo⁶⁸, y no pueden alcanzar a los derechos adquiridos. Con esta formulación como punto de partida es comprensible que la doctrina dirigiera sus esfuerzos a determinar cuándo hay efectos retroactivos, de un lado, y de otro a definir qué es un derecho adquirido⁶⁹.

Dicho principio tuvo una *vis expansiva* tal, que durante mucho tiempo cualquier norma era susceptible de tener elementos de retroactividad según los planteamientos tradicionales. La doctrina se preocupaba, no tanto de definir el principio, sino de señalar en qué supuestos podía el legislador emplear la retroactividad o no. Y con carácter general se concluía que, en la medida en que una norma contuviera cualquier referencia al pasado era retroactiva, y por tanto no estaba permitida por el ordenamiento.

⁶⁸ LOPEZ MENUDO, F. "El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional." En AAVV. Estudios sobre la Constitución. Homenaje al profesor García de Enterría. Madrid: Civitas, 1991, p. 455. La irretroactividad se ha definido siempre a partir de la retroactividad. Ésta, a su vez, se ha definido a partir de su categorización dicotómica en dos tipos: retroactividad expresa/tácita, restitutiva/rehabilitadora, negativa/positiva, censurable / legítima, en sentido propio / impropio, en grado mínimo-medio-máximo. Todas las clasificaciones contemplan los mismos supuestos, de forma que se habla de retroactividad tanto cuando se atenta contra hechos pasados producidos bajo el imperio de otras reglas de Derecho, sometiendo sus efectos pasados y consumados a la nueva ley, como cuando la ley actúa respecto al futuro de relaciones jurídicas nacidas en el pasado, aún no cerradas en el presente, a las que se atribuyen efectos ex nunc pro futuro. (Véanse, entre otros, ALBALADEJO, M., *Derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1989, p. 208; COTE, F. "La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps." *Revue Juridique Thémis*, 1988, vol. 22, n^o2, p. 239 y ss; CASTRO Y BRAVO, F. DE; *Derecho civil de España*. Madrid: Civitas, 1984, p. 649; DIEZ-PICAZO, L., Y GULLON. A., *Sistema de Derecho civil*. Madrid: Tecnos, 1993, T.I, p. 117; GAYA SICILIA, R., *El principio de irretroactividad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Montecorvo, 1988, p. 31; LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1990, p. 162; LOPEZ MENUDO, F., *La irretroactividad de las normas jurídico-administrativas*. Sevilla: Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1982, p. 235; ROUBIER, P., *Le Droit Transitoire*. 2e ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. 279 y ss;)

⁶⁹ LOPEZ MENUDO, F. "El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional." En AAVV. Estudios sobre la Constitución. Homenaje al profesor García de Enterría. Madrid: Civitas, 1991, p. 455. El derecho adquirido se convirtió en el criterio de la irretroactividad de la ley: si la ley no podía afectar retroactivamente un derecho adquirido, se estaba estableciendo un vínculo de causalidad entre el derecho y el principio. Sin embargo, aunque se multiplicaron las definiciones, no se pudo establecer nunca un criterio distintivo único y uniforme, ni se pudieron sistematizar las características intrínsecas de esta categoría. De tal forma que, tras un reflujo de críticas, se consideró que la teoría de los derechos adquiridos era inoperante para resolver el problema de la retroactividad, y además generaba nuevos problemas. (Entre otros, véanse BORDA, G. A., "Portée et limitations du Droit Transitoire." En AAVV. Melanges en l'honneur de Paul Roubier. Paris: Dalloz et Sirey, 1961, Tomo I, p. 75-90.; CAVAGLIERI, A., "La notion de droits acquis et son application en Droit International Public" *Revue Generale Droit International Public*, 1931, p. 257-296; y ROUBIER, P., *Le Droit Transitoire*. 2e. Ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960)

Sin embargo, dentro del ámbito de la normación, se puede mantener hoy que la irretroactividad formulada como prohibición de manejar el pasado es un principio inoperativo⁷⁰. Por la propia naturaleza de su poder normador, el legislador es libre para incluir en los supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, hechos y situaciones pasadas, presentes o futuras, a las que juridifica por primera vez, desjuridifica o rejuridifica⁷¹. El empleo de material del pasado para diseñar una norma jurídica no debe ser considerado por sí mismo constitutivo de retroactividad, en la medida en que el legislador no esté *a priori* limitado en su labor de configuración normativa de la realidad. Es decir, el legislador puede siempre juridificar la realidad en el sentido que estime conveniente, aunque implique revisar elementos del pasado, sin tener que preocuparse de hacerlo exclusivamente *pro futuro*. A menos que haya un principio constitucional positivizado que establezca la imposibilidad para el legislador de dotar a las normas de carácter retroactivo⁷². En el supuesto de que haya una previsión constitucional que plasme el principio de irretroactividad, no hay duda de que esas reglas constitucionales positivas serían formulaciones prescriptivas del principio de irretroactividad, vinculantes para el legislador. Sin embargo, en este caso, no se podría hablar del principio de irretroactividad como principio de solución del problema transitorio. Dirige preventivamente el ámbito legítimo de normación del legislador, pero en ningún caso aporta directrices para resolver los problemas de legislación aplicable a los hechos intertemporales.

⁷⁰ Era operativo en un concreto momento histórico. En el caso francés, la revolución francesa generó un recelo extremo hacia el legislador, de forma que deviene preocupación principal el intentar limitarle. Y el principio de irretroactividad es un modo operativo. Pero desde el momento en que hay un diseño constitucional de la división de poderes y garantías y límites de los mismos, los recelos y sospechas hacia el legislador han de desaparecer, y el principio de irretroactividad ha de reubicarse y refuncionalizarse.

⁷¹ Esa libertad del legislador no se ve constreñida en ningún caso por las eventuales normas incluidas en los códigos civiles de inspiración napoleónica. El artículo 2.3 del Código Civil, el artículo 2.2° del Code Napoleon, o el artículo 2 del Codice Civile, no se han de entender referidos al legislador, sino a los eventuales intérpretes jurídicos, que no pueden aplicar hacia el pasado una norma a menos que así lo haya previsto el legislador.

⁷² LA TORRE, M., "Sulla efficacia delle leggi nel tempo con particolare riguardo al Diritto Pubblico." *Foro Amministrativo*, 1926, IV, p. 10.

En el caso del ordenamiento español, la irretroactividad ha sido constitucionalizada. El artículo 9.3° CE prohíbe expresamente la retroactividad en dos materias concretas: disposiciones sancionadoras no favorables y disposiciones restrictivas de derechos individuales contenidos en los artículos 15-29 CE. Lo que *senso contrario* se traduce en la posibilidad para el legislador de dotar a las leyes que no versen sobre esas materias de efectos retroactivos. (Véanse, entre otros, GAYA SICILIA, R., *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Montecorvo, 1987, 458 p. y LOPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad de las normas jurídico-administrativas*. Sevilla: Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1982, 368 p.)

En la medida en que tampoco es el objeto directo del análisis, se ha de evitar toda tentación de llevar a cabo una exposición descriptiva de todas las teorías de la irretroactividad. Pero se ha de intentar conformar el esqueleto al menos de un eventual nuevo enfoque de este principio. Si bien ya se adelantó algo al hablar de la anticipación del punto cero por el legislador, quizá sea ahora el momento de avanzar en la clarificación de lo que sea la irretroactividad. Y se puede afirmar que la irretroactividad no es un principio de solución del problema transitorio como tal. Por el contrario, la (ir)retroactividad se mueve en un ámbito paralelo al de la intertemporalidad, pero sin integrarse en él. Así, se ha de hablar de retroactividad, además de para hacer referencia, como ya se ha dicho inmediatamente antes, a la utilización de hechos y situaciones del pasado para configurar las normas, para referirse a la *aplicación retroactiva* de las normas. Es decir, la retroactividad consistiría en que la vigencia material de una norma se anticipa a un momento anterior al del inicio de su vigencia formal. De tal forma que la norma es como si hubiera existido antes de su entrada en vigor, y el destinatario de la misma ha por ello de conformarse *a posteriori* a las nuevas previsiones normativas⁷³. La aplicación retroactiva supone una anticipación del llamado punto cero del tránsito, y en ese sentido guarda relación con los hechos intertemporales: adelanta el momento en que los hechos y situaciones adquieren la cualidad de la intertemporalidad. Pero no ofrece solución como tal al problema del Derecho aplicable a los mismos. En plano de la transición normativa, una vez superadas los fundamentos de las teorías de los derechos adquiridos⁷⁴, una vez que se ha desinflado el concepto clásico de irretroactividad sobre la base de las teorías

⁷³ Para diferenciar este caso del anterior sirva la exposición de R. HERNANDEZ MARIN. Distingue los *enunciados jurídicos retroactivos*, en los que hay elementos del pasado en el supuesto de hecho, de los *enunciados jurídicos con efectos retroactivos*, en los que la consecuencia jurídica contiene elementos pretéritos y se refieren al pasado. (*Introducción a la teoría de las normas jurídicas*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 455 y ss.)

⁷⁴ Para solucionar los problemas de transitoriedad, y formando tandem con el principio de irretroactividad, los derechos adquiridos se erigieron como clave principal. A pesar de que las teorías de los derechos adquiridos fueron superadas por la inoperancia final que detectó un sector de la doctrina, no pueden dejar de ser un referente en cualquier tratamiento de la irretroactividad. Véanse junto a los tratamientos tradicionales, los enfoques de AUVRIET, P., "La notion de droit acquis en Droit Administratif Français." *Revue de Droit Public et de la Science économique en France et à l'étranger*. 1969, p. 53-101; BARDE, J. *La notion de droit acquis en Droit International Public*. Paris: PUP, 1981, 349 p.; BORDA, G.A *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*. Buenos Aires. Perrot, 1951, 114 p. ; DESCAMPS, P., "La definition de droits acquis. Sa portée generale et son application." *Revue Generale de Droit International Public*, 1908 p. 385-400; LASSALLE, F., *Das system der erworbene Rechte*. Leipzig: Karl von Braun, 1861, T.I, 424 p; YANNAKOUPoulos, C., *La notion de droit acquis en Droit Administratif français*. Paris: LGDJ, 1997, 604 p.

de inspiración roubieriana⁷⁵, la irretroactividad queda reducida a la intangibilidad de aquel sector del pasado en el que nacieron hechos y situaciones jurídicas, que desplegaron sus efectos y se agotaron antes del punto cero. Los demás hechos y situaciones, aunque nacieran allí, si no se extinguieron antes del cambio normativo, podrían ser afectados por la nueva norma, porque de la formulación “las leyes no tienen efecto retroactivo” ya no se puede deducir la intangibilidad de cualesquiera hechos y situaciones.

Como principio de solución el de irretroactividad sólo se mostraría operativo respecto a aquel sector del pasado agotado y liquidado, al que pertenecen situaciones por esencia no intertemporales en sentido estricto⁷⁶. Respecto a los demás supuestos, que son los que sufren de intertemporalidad, la irretroactividad pierde su fuerza anterior, y se acaba diluyendo en los otros dos principios: en el de *supervivencia* si la nueva ley no se aplica a los hechos pendientes ni a sus efectos y se sigue aplicando la anterior, o en el de *efecto inmediato* si la nueva ley pasa a regir todo el material fáctico existente, sea cual fuere su momento genético. De ahí que no tenga sentido continuar hablando de este principio y sí lo tenga insistir en los otros dos.

3.2.2. El principio de supervivencia de la norma anterior

El principio de supervivencia se traduce en la aplicación a los hechos intertemporales de la ley anterior. Fue tradicionalmente considerado como un principio dependiente del principio de irretroactividad⁷⁷, como su otro haz. Si se predicaba la irretroactividad de la nueva norma, eso implicaba la prolongación

⁷⁵ ROUBIER, P., “Distinction de l'effet immédiat et de l'effet rétroactif.” *Revue Trimestrielle de droit Civil*, 1928, p. 579-627, y *Le Droit Transitoire*, París: Dalloz et Sirey, 1960.; BONNEAU, T., *La Cour de Cassation et l'application de la loi dans le temps*. París: PUF, 1990; DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *Dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*. París: LGDJ, 1977; DOCKES, E., *Application dans le temps des règles transitoires. Contribution à l'étude du Droit du travail*. Tesis: Lyon, 1992.; LEVEL, P., *Essai de systématisation du conflit de lois dans le temps*. París: LGDJ, 1959., 344 p.

⁷⁶ Si en la formulación clásica, se declaraban intocables, en nombre de la irretroactividad, entre otros, los hechos y situaciones constituidos en el pasado y sus efectos agotados y liquidados allí, junto a ellos se promulgaba la intangibilidad de los efectos derivados de hechos y situaciones anteriores al cambio y pendientes de concluirse, así como los efectos futuros de esos mismos hechos y situaciones anteriores, sin embargo, a partir de los planteamientos modernos, se vuelven tangibles tanto los efectos pendientes como los futuros, aunque deriven de situaciones y hechos constituidos con anterioridad al punto cero del cambio. Así, en sentido estricto, decir que una norma no es retroactiva es decir que no se puede aplicar a actos o hechos jurídicos que pasaron en un momento anterior a aquél en el que adquirió fuerza obligatoria, en orden a modificar o borrar los efectos jurídicos producidos bajo el imperio de la ley antigua.

⁷⁷ Ha de tenerse en cuenta que la supervivencia es una de las manifestaciones de la posible ultractividad de las normas, y que se ha deslindado de otras figuras, como la postactividad de las normas o la ultractividad derivada de un diferimento del inicio de la vigencia material de las normas. Sirva la explicación al respecto dada al tratar el punto cero.

de la aplicabilidad de la vieja norma respecto a los hechos intertemporales. Eso supuso que durante mucho tiempo el principio de supervivencia estuviera relegado a un segundo plano y sufriera las vicisitudes del principio de irretroactividad, sus extensiones y contracciones. Con anterioridad a la reformulación roubieriana de los principios de Derecho Transitorio⁷⁸, predicar la intangibilidad de los derechos adquiridos, suponía declarar aplicable a los mismos la norma que los creó. En la medida en que éstos dejan de ser criterio aplicativo de las nuevas normas, se perfila el nuevo concepto de efecto inmediato. Éste se aplica no tomando como base los derechos adquiridos; por el contrario, se construye en torno a las situaciones jurídicas objetivas, bien de origen legal⁷⁹, bien de origen contractual. El efecto inmediato se convierte en la regla general respecto del primer tipo de situaciones, y el segundo se erige como la excepción. Así, los contratos se convierten en el reducto natural de la supervivencia⁸⁰. Sin embargo, en una nueva fase evolutiva, superado el dogma de la autonomía de la voluntad, la supervivencia se ve despojada de cualquier carácter apriorístico exceptuante y naturalmente prescriptivo⁸¹, y se convierte en una opción legislativa más.

En Seguridad Social, esa opción legislativa por la supervivencia de las normas anteriores se concreta en que la supervivencia de la norma que antecede al cambio. Se puede referir tanto a la causación de una prestación en vías de adquisición, como se puede predicar respecto al régimen de disfrute de una prestación, causada o no. Aquellas prestaciones causadas antes del cambio normativo y que se prolongan después, se siguen rigiendo por la norma anterior conforme a la que se causaron, y ello a pesar de que la nueva establezca

⁷⁸ Con independencia de las múltiples aportaciones realizadas por otros autores, la de P. ROUBIER marca el punto de inflexión en la construcción del Derecho Transitorio. Hasta entonces, el Derecho Transitorio se disolvía en la (ir)retroactividad entendida en su sentido más amplio. P ROUBIER, desgaja de ese principio el del efecto inmediato, y saca a la luz el de supervivencia, como haz opuesto a la irretroactividad. Así, presenta con nitidez los que desde entonces se consideran el abanico de principios de solución de los problemas transitorios. (Véanse “Distinction de l’effet immédiat et de l’effet retroactif.” *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1928, p. 579-627, “De l’effet des lois nouvelles dans les contrats en cours.” *Revue Critique de législation et jurisprudence*, 1932, p. 121-224, y *Le Droit Transitoire*. 2e.ed. Paris: dalloz et Sirey, 1960, 590 p.)

⁷⁹ Léon DUGUIT es el primero en formular la distinción entre situaciones individuales o subjetivas y situaciones legales objetivas. Aquellas resultaban de manifestaciones individuales de voluntad como causa eficiente de su formación, lo que les hacía intocables por la nueva ley. Por el contrario, las situaciones objetivas o de origen legal, sufrían todas las vicisitudes de la ley. (*Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing et Cie, 1918, p. 101 y ss.)

⁸⁰ ROUBIER, P. “De l’effet des lois nouvelles sur les contrats en cours.” *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1932, P. 121-224.

⁸¹ DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *Dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*. Paris: LGDJ, 1977, p.103 y ss.

una regulación concurrente⁸². Lo que de facto se traduce en que, causada la prestación antes del punto cero, siga siendo de aplicación la norma anterior para determinar el régimen aplicable a la prestación a lo largo de todo su período de disfrute, aun incluso en el tramo posterior al punto cero del tránsito. En algunos casos, se opta también por la aplicación de la norma previa respecto de las prestaciones en vía de causación. En este caso la supervivencia se traduciría en la causación de la prestación conforme a la legislación anterior, a pesar de que haya una nueva configuración de esa prestación⁸³.

En la medida, sin embargo, en que existen algunas situaciones prestacionales complejas y de larga duración, la opción por este principio en general, no siempre resuelve el problema de la intertemporalidad en su totalidad, a menos que la declaración de supervivencia precise los términos de la misma o se pueda deducir que se pretende una aplicación general. De este modo, si se declara la aplicación de la anterior ley incondicionadamente se podría entender que todo el régimen jurídico (el montante de la prestación, su duración, las causas y los términos de las incompatibilidades, o las causas de suspensión o extinción) de la prestación no se ve afectado por la nueva norma, con todas sus implicaciones y en último término en clave de ineficacia parcial y relativa de la nueva norma⁸⁴.

Tanto en los supuestos en que el legislador se sirve de una norma de conflicto en la que procede a localizaciones sucesivas, como en aquéllos en que emplea una norma sustancial de transición, es habitual que la opción por el principio de supervivencia cohabite con la opción por el otro gran principio de solución, el del efecto inmediato de la nueva norma.

3.2.3. El principio de efecto inmediato de la nueva norma

Se puede hablar de efecto inmediato cuando se aplica la nueva ley a los hechos intertemporales. Desgajado del principio de irretroactividad, se le dota de una cierta autonomía y se le recubre en algunos ordenamientos, como el francés, de las características de regla ordinaria. De este modo, la nueva ley

⁸² Por ejemplo: "1.- *Las prestaciones del Régimen General causadas con anterioridad a 1 de enero de 1967 continuarán rigiéndose por la legislación anterior...*"(DTª 1ª RD-Leg. 1/1994, de 20 de junio. LGSS)

⁸³ Algo que sucede a menudo en los supuestos en que se reforman las pensiones de jubilación, por ejemplo. Y sirva de paradigma la DTª 1ª LGSS.

⁸⁴ No obstante lo dicho, como muestra de que la supervivencia no es nunca una solución apriorística, el ordenamiento de Seguridad Social francés, con excepciones, no ha optado para solucionar los problemas de intertemporalidad por la supervivencia, sino por el efecto inmediato. Y ello guarda una estrecha relación con la naturaleza jurídica dada a las situaciones de prestación. No sería conveniente ir más allá del mero planteamiento de la cuestión, pero parece que subyace a la opción por uno u otro principio la consideración de la prestación como derecho subjetivo adquirido, o como status objetivo dentro de la dinámica de un servicio público.

no sufre el mantenimiento de la ley anterior en lo que se refiere a los hechos y situaciones que nacieron antes del cambio y prolongan sus efectos después, o hechos y situaciones que están en vías de constituirse.

Acuñado por Paul Roubier, el principio del efecto inmediato no deja de ser una representación matizada de las clásicas formulaciones del principio de irretroactividad, en el sentido de que, según la concepción rouberiana, la denominada retroactividad benigna o de grado medio o mínimo, no es más que el efecto inmediato de la nueva ley⁸⁵.

Se trata de un principio generalmente aceptado en la actualidad por la doctrina, que ve en él la manifestación lógica del ejercicio mismo de la potestad legislativa y reglamentaria, si bien ha de aceptarse que se trata de un principio que puede ser objeto de múltiples reticencias aplicativas⁸⁶.

Cuanto más tiempo exija una prestación para ser causada, cuanto más tiempo el sujeto causante lleve reuniendo las condiciones de idoneidad, mayor es la resistencia al efecto inmediato. La misma resistencia directamente proporcional encuentra el principio de efecto inmediato en los supuestos de prestaciones de larga duración (determinada o indeterminada) pendientes de disfrute cuando la nueva legislación introduce reglas de disfrute más gravosas (mayores cotas de incompatibilidad con otras prestaciones, menor duración de la prestación, nuevas causas de extinción o de suspensión...).

Como eventual remedio a los problemas de resistencia, se ha señalado la posibilidad de la localización o temporalidad progresiva de los diferentes momentos prestacionales en disfrute. Sin embargo el recurso a la aplicación inmediata de la nueva norma es sólo una solución al problema primario de la transición, porque, como ya se dijo, se genera un problema político-jurídico derivado, especialmente en los supuestos en que las nuevas legislaciones presentan caracteres regresivos respecto a las anteriores.

⁸⁵ De ahí que sea posible diferenciar el principio del efecto inmediato absoluto, relativo a situaciones pendientes, sus efectos pendientes o futuros (o retroactividad de grado medio para los civilistas), y el efecto inmediato en sentido relativo, respecto a situaciones futuras y sus efectos (o retroactividad de grado mínimo).

⁸⁶ Serían dos los supuestos problemáticos de la aplicación de este principio: se resisten los llamados derechos a prestación causados y, en cierto grado, las expectativas según sea el grado de causalidad en que se encuentre. En otros términos, es posible que haya una relación de Seguridad Social o de protección (afiliación, alta, cotización) que se inicia en el período previo al del punto cero de la transición, y es posible que el hecho generador de la prestación se produzca después del cambio normativo, de tal modo que el hecho causante acontece después del cambio. Si se entiende que es la nueva ley la que ha de regir la prestación, porque se entiende causada bajo su imperio, la resistencia al efecto inmediato se desencadenaría desde el momento en que la nueva ley exigiera al sujeto causante el cumplimiento de requisitos más gravosos cualitativa o cuantitativamente a fin de causar la prestación, o estableciera normas de cálculo de la base reguladoras de la prestación regresivas respecto de las anteriores. Las reticencias serían mínimas en lo que concierne a las normas relativas a la gestión y al sistema económico-financiero del sistema, a menos que haya implicados organismos privados de gestión, pero, en lo que aquí compete, son máximas referidas a ciertos elementos del engranaje prestacional.

3.3. Conclusiones

El esquema operacional de los principios de solución se puede resumir del siguiente modo. Respecto de los hechos y situaciones pasadas, tanto en lo que se refiere a su constitución, como al despliegue de efectos agotados de esas situaciones, siempre que constitución y realización de efectos no atraviesen el punto cero y tengan lugar antes del cambio normativo, rige el principio de irretroactividad, que se traduce en la no-aplicación de la nueva ley, sino en la aplicación de aquélla vigente en el momento de la constitución o del desarrollo de efectos. En este caso no sería correcto hablar ni siquiera de supervivencia, porque siendo ésta un género de ultractividad, en sentido estricto, en el supuesto de material pasado que no atraviesa el punto cero no se puede decir que sean intertemporales, y la ley anterior se mantiene en su ámbito temporal normal de aplicación. Respecto a los hechos intertemporales en sentido estricto (bien se trate de hechos pendientes de constitución, bien se trate del despliegue de efectos pendientes de hechos constituidos ya, que atraviesan el punto cero) se puede predicar tanto la supervivencia de la anterior norma, como el efecto inmediato de la nueva, de forma que no existen soluciones apriorísticas. Son sin embargo opciones dependientes de lógicas legislativas concretas.

Se puede afirmar pues que, en la determinación de la solución a estos problemas derivados de la intertemporalidad de las situaciones prestacionales, el período de causación así como la duración o vida de la prestación son elementos de complicación. Si la prestación se ha de causar en un periodo relativamente breve, o una vez causada es de corta duración, la cuestión de la intertemporalidad no es que no exista, sino que deviene intrascendente, dada la brevedad de la situación de protección. El problema se complica en los supuestos de prestaciones que requieren mucho tiempo para causarse o, causada, es de larga duración, determinada o indeterminada. Es allí donde la fijación de la legislación aplicable presenta problemas teóricos de mayor envergadura.

En todo caso, con independencia de la duración de la causación o del disfrute de la prestación, el legislador puede establecer como solución que las prestaciones causadas antes del punto cero se sigan rigiendo por la legislación bajo la cual se empezaron a causar o se causaron. Sin embargo esta solución deviene de nuevo aparente si no se establecen los términos de la supervivencia de esa legislación, hipótesis en la que surge una nueva complicación, a saber, la de la determinación del alcance de la ultractividad de la legislación anterior. Igualmente podría afirmarse la competencia de la nueva legislación para regular, en los momentos posteriores al punto cero, la situación prestacional, sin que sea esa opción incompatible con respeto de los segmentos anteriores al cambio normativo. Una y otra opción tienen inconvenientes importantes. Aceptar la aplicación de la anterior legislación se puede traducir

en la inmovilidad y complejidad del sistema jurídico de un lado⁸⁷, y aceptar la aplicación de la nueva ley puede traducirse en la pérdida de situaciones más favorables para los beneficiarios⁸⁸. Como pretendida solución ecléctica, se ha presentado la posibilidad de fragmentar en varios momentos el proceso de causación, así como la vida de la prestación, de forma que se pueda proceder a temporalizaciones o localizaciones sucesivas⁸⁹.

Por último, y dado el número limitado de métodos y técnicas de solución del problema transitorio, se constata la necesidad del legislador de Seguridad Social de combinar los técnicas y principios para resolver los múltiples problemas que se le pueden presentar a partir del cambio normativo que lleva a cabo. Así, en el diseño de cada régimen transitorio particular, termina por acumular las técnicas y principios a fin de optimizar los elementos existentes, y poder conseguir la integración de todas las prestaciones en pugna. Lo que ofrece, desde un punto de vista empírico, un panorama complejo que refleja la imposibilidad de pretender sistematizar soluciones apriorísticas al problema de la intertemporalidad en Seguridad Social.

4. LOS PRINCIPIOS ÚLTIMOS DEL DERECHO TRANSITORIO DE SEGURIDAD SOCIAL

En las líneas precedentes se han expuesto las técnicas y principios de solución con los que contribuye el Derecho Transitorio para resolver los problemas de intertemporalidad en Seguridad Social. Sin embargo, por sí solos, no ofrecen ese elemento necesario transversal a todo cambio en esta materia.

Hasta ahora, se consideraba que la existencia en sí misma de un conjunto de medios de reglamentación y de principios sustanciales de solución, era suficiente para ordenar las reformas que pudiera sufrir un ordenamiento. Sin embargo, aquí se ha de partir de la premisa opuesta: las normas de transición, así como los principios de irretroactividad, supervivencia y efecto inmediato, son instrumentos al servicio del legislador transitorio. En el momento de

⁸⁷ En el caso de prestaciones de larga duración, defender la supervivencia de la legislación bajo la que se causaron para regular la vida de la prestación hasta su eventual extinción, se traduce en que, en la medida en que los cambios legislativos se suceden, rigen multitud de normas distintas al mismo tiempo para regular las correspondientes prestaciones causadas antes del correspondiente tránsito normativo.

⁸⁸ Ello sucede en los casos en que las nuevas legislaciones resultan regresivas respecto a las anteriores, en la medida en que reducen el montante de las prestaciones, reducen la duración de la prestación, establecen condiciones de mantenimiento de la prestación más estrictas o flexibilizan las condiciones de extinción, por poner algunos ejemplos.

⁸⁹ Idea esbozada por P. A. COTE, y que no presenta demasiados inconvenientes cuando se trata de una prestación cuyo disfrute es duradero pero de manifestación periódica, en las que el devenir puede ser un óptimo punto de localización o temporalización. ("La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps." *Revue Juridique Thémis*, 1988, n° 2, p. 207-240).

introducir nuevas normas de Derecho de Seguridad Social que deroguen o no normas anteriores, total o parcialmente, el legislador emplea normas de transición, en las que opta por el efecto inmediato o la supervivencia, con o sin aplicación retroactiva. Y se servirá de unas o otras normas con unos u otros principios, atendiendo a una determinada lógica.

La cuestión radica en determinar en qué consiste esa lógica, o esas lógicas si no hay sólo una. Porque que a todo cambio normativo le subyace una determinada lógica no es discutible. Lo que se puede cuestionar es que exista una única lógica para todos los cambios, e incluso, que cada cambio normativo tenga sólo una. Eso lleva a plantear el tránsito normativo en clave de una pluralidad lógica. De un lado habría una lógica propia de cada reforma concreta, y de otro, habría una lógica común a todas las reformas: la Lógica del Cambio Normativo de Seguridad Social en abstracto.

Las lógicas de cada reforma, si bien en la práctica suelen responder a finalidades semejantes, al menos en un plano ideal, diferirían de un tránsito a otro, por cuanto son el reflejo de la coyuntura concreta que está en el origen de la necesidad de alterar en un momento determinado el subordinamiento de Seguridad Social. Y junto a esa lógica, en cada proceso de cambio ha de constatarse la presencia de una lógica subyacente que habitualmente ha pasado inadvertida, si no ignorada voluntariamente por los legisladores. Se trataría de una Lógica Común a todas las modificaciones legislativas, que actuaría como eje del mantenimiento de la coherencia del sistema de Seguridad Social de que se trate, y relativizaría las lógicas coyunturales de los cambios sucesivos. En definitiva, esta lógica se identificaría con la lógica misma del sistema de Seguridad Social.

La construcción de ambas lógicas se construye a partir de coordenadas principales. De tal forma que hayan que diferenciarse netamente, de un lado, los principios de cada reforma concreta y, de otro, los principios del sistema de Seguridad Social. Esa diferenciación es el primer paso de un proceso de clarificación de los principios últimos del Derecho Transitorio de Seguridad Social. Que no son ya los que se pensaba. En efecto, adyacentes a ambas pléyades de principios, se encuentran los que tradicionalmente fueron los únicos principios visibles del Derecho Transitorio. Sin embargo, los principios de irretroactividad, supervivencia y efecto inmediato se han revelado principios sustanciales de solución de la intertemporalidad, pero desprovistos de la esencia universal-iusnaturalista de la que se les dotó en otro tiempo. No obstante lo cual han de ser considerados como el tercer eje del Derecho Transitorio. Con la precisión de que su aportación es meramente instrumental y se subordinan a los otros dos grupos de principios.

4.1. Los principios de solución del tránsito

Ejes del Derecho Transitorio en la doctrina clásica, se ha podido comprobar que los principios de solución del tránsito (irretroactividad, supervivencia

y efecto inmediato) se revelan insuficientes para remediar apriorísticamente y con carácter general todos problemas transitorios en materia de Seguridad Social. Por el contrario, se han de concebir como instrumentos que ofrece el Derecho Transitorio para afrontar los problemas de intertemporalidad derivados del cambio normativo. Y ese carácter instrumental les dota de altas dosis de contingencia jurídico-política; sobre todo desde el momento en que se ha verificado como constante histórica la ideologización de los principios de solución a los problemas de transición normativa⁹⁰.

En efecto, la decisión de emplear unos u otros métodos, optando por uno u otro principio de solución, está guiada por otros principios materiales⁹¹. Por ejemplo, el principio de supervivencia de la norma anterior sirvió al interés de mantener los derechos tal y como fueron adquiridos. Y es ese un interés claramente iusprivatista, tras el cual se encuentra la idea de propiedad. Sin embargo, en materia de Seguridad Social, el mantenimiento de los derechos se ha de formular ya no desde un punto de vista meramente patrimonialista, sino que debe ser reformulado en clave de protección, sin que para ello se requiera necesariamente la supervivencia de la legislación anterior. En efecto, lo importante no sería tanto mantener la legislación anterior cuanto mantener el derecho a la prestación en su esencia protectora, asegurando la continuidad de la protección dispensada bajo el régimen anterior, y eludiendo pues eventuales situaciones de desprotección derivadas de un radical efecto inmediato. Por ello, evitando la posibilidad de conservar los derechos adquiridos/prestaciones causadas tal y como las configuró la norma anterior, se permite en

⁹⁰ Detrás del principio de irretroactividad y de supervivencia, se encontraba el dogma de la seguridad jurídica al servicio de la conservación de derechos, así como el recelo de una sociedad conservadora por el eventual dinamismo legislativo. Detrás del principio del efecto inmediato tampoco se puede negar que existan subyacentes de tipo reformista y rupturista. Sin embargo, no se puede negar que se trata en todo caso de una visión tópica tanto de la bondad de la legislación anterior, como a la bondad del progreso legislativo.

⁹¹ Se evidencia, por ejemplo, la ductilidad del principio de supervivencia de la legislación anterior, que se habría de dejar de ver como un principio abstracto y universalmente válido de solución al problema transitorio, para ser considerado como un principio acreedor de razones más profundas. El respeto por los hechos y situaciones nacidos en el pasado, a los que se permite seguir teniendo en el presente y en el futuro los mismos efectos que tuvieron en el pasado, no se puede considerar una regla absoluta. Por el contrario, es una de las posibles soluciones que el legislador puede ofrecer al problema transitorio, atendiendo al contexto del cambio. En efecto, en la construcción de la teoría clásica de los derechos adquiridos se mantenía una perspectiva simplista: se partía de que la ley antigua es óptima para los derechos e intereses creados, y la renovación era una amenaza. Sin embargo, de un análisis de la nueva legislación es, en ocasiones, posible extraer una conclusión contraria, especialmente cuando se establecen determinadas normas transitorias que modulan el nuevo régimen. Y a una conclusión en esta línea llega el legislador cuando dota de virtualidad a la autonomía de la voluntad de los sujetos que reúnen determinados requisitos. Ellos pueden excluir la aplicación de la legislación anterior a favor de la nueva en aquellos supuestos en que es posible que la nueva legislación sea más beneficiosa que las anteriores.

determinadas condiciones optar por la aplicación inmediata de la nueva legislación en los supuestos en que el nuevo régimen resulta más beneficioso. En estos supuestos, se hace patente un hecho: se permite la opción, en aras a hacer regir la legislación más favorable, la que mejor proteja al sujeto. Y en el mismo sentido es posible permitir la opción por la legislación anterior en los supuestos en que el efecto inmediato es la norma general, y se percibe un perjuicio eventual en los niveles de protección disfrutados por determinados sujetos. A partir de estos ejemplos, es posible demostrar que la elección de los principios transitorios no tiene siempre una justificación en sí misma, sino que le subyacen otras lógicas particulares.

4.2. Los principios de la reforma legal concreta

En Derecho Transitorio de Seguridad Social se ha de comprobar la impronta de un segundo grupo de principios: los principios de la reforma. De considerar que no existen principios iusfilosóficos que justifiquen la supervivencia de las normas o de los derechos adquiridos en términos absolutos, o el efecto inmediato de la nueva regulación, se sigue que la elección de uno u otro principio de solución de los problemas transitorios es algo contingente, que depende, en primer lugar, de los propósitos reformadores que subyacen al cambio legislativo. Y si se analizasen las exposiciones de motivos de los textos normativos que han reformado los sistemas de Seguridad Social en los últimos tiempos, se podría concluir que afirmar el protagonismo de los *principios de la reforma* conlleva, en definitiva, a argumentar en términos de *conveniencia y coyuntura política, económico-financiera y social*.

Sin entrar con detenimiento en ello, porque supondría introducir en el discurso un objeto de estudio susceptible de un tratamiento específico, cierto es que no se puede obviar en ningún caso que, en primer lugar, la Seguridad Social es un elemento esencial y constitutivo de una concreta concepción política del Estado⁹². La Seguridad Social nace en el marco de un Estado Social incipiente, y se ha ido desarrollando con la cadencia con que el Estado de Bienestar ha evolucionado. El problema surge en el momento en que se habla de la Crisis de este tipo de Estado⁹³. De tal suerte que la recesión del

⁹² Véanse, entre otros, DURAN LOPEZ, F “Origen, evolución y tendencias del Estado de Bienestar.” *Relaciones Laborales*, nº9, p. 549-558; VALDES DAL-RE, F., “Estado Social y Seguridad Social (I) y (II)”, *Relaciones Laborales*, 1994, Tomo II, p. 63-78.

⁹³ Véanse, por todos: GONZALO GONZALEZ, B., “La Seguridad Social en la encrucijada: entre los saldos del Estado del Bienestar.” *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1991, nº 50, p. 397 y ss.; LOPEZ GANDIA, J y OCHAND CLARAMUNT, C., “Crisis económica y Estado de Bienestar.” *Revista de Derecho Social*, 1998, nº 1, p. 75 y ss.; MONEREO PEREZ, J.L., “La Política Social en el Estado de Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización”.” *Revista de Trabajo y de Seguridad Social*, 1995, nº 19, p. 7-45, y ROSANVALLON, P., *La nouvelle question sociale*. Paris: Ed. Du Seuil, 1995.

modelo se pretende trasladar a los sistemas de Seguridad Social. En segundo lugar, y conectado con lo anterior, tampoco se ha de olvidar que la Seguridad Social se ha convertido en un elemento determinante de la Economía de un Estado, tanto desde el punto de vista macroeconómico como microeconómico⁹⁴. Y a su vez, los sistemas mismos requieren la aplicación instrumental de las técnicas econométrico-financieras para conseguir sus finalidades. De nuevo desde el ángulo de la Economía, la crisis económica se ha trasladado a la Seguridad Social, y se pretenden racionalizaciones y consolidaciones de los sistemas como respuesta a la aparente imposibilidad de sostener la viabilidad y equilibrio económico-financiero en términos de eficiencia con las características con que existen los sistemas de protección⁹⁵. Además, en último lugar, en ese marco neoliberal, se pide desde la Sociedad una reformulación del papel de la iniciativa privada en la solución de las necesidades sociales. Reformulación que alcanza a la estructura misma de los sistemas de

⁹⁴ Véanse, entre otros: BACHOT, J., *Economie de la protection sociale*. Paris: Armand Colin, 1992, 333p.; CARRIN, G., *Economic aspects of Social Security*. Leuven: Katholieke Universiteit Leuven. Faculteit der Economische en Toegepaste Economische Wetenschappen, 1979; CONSAEL, R., "Aspectos económicos y financieros de la Seguridad Social." *RISS* 1966, n° 4, p. 799-813; FERAUD, L., *L'économie de la Sécurité Sociale*. Paris: Dunod, 1971, 79 p.; LARQUE, P. "Seguridad Social y economía." *Revista de Seguridad Social* 1961, n°10, p. 41-54; McCLEMENTS, L. D., *The economics of Social Security*. London: Heinemann, 1978, 238 p.; MILLS, C.L., *L'économie de la Sécurité Sociale*. Paris: LGDJ, 1981, 510 p.; UZCATEGUI, R., "Economía y Seguridad Social." *Revista Iberoamericana de Seguridad Social* 1970, n° 5, p. 1029-1032; VELDKAMP, G.M.J., "Aspects économiques de la Sécurité Sociale." *Revue Internationale de Sécurité Sociale*. 1972, n°1-2, p. 77-88.

⁹⁵ Entre otros, véanse, referidos al caso español: CHOZAS BERMUDEZ, A., "La crisis económica y las reformas de estructuras en la Seguridad Social." En *Anuario IEISS 1980-1981 (II)* Madrid: MTSS, 1984, p. 131-155; CRUZ ROCHE, I., DESDENTADO BONETE, A. Y RODRIGUEZ CABRERO, G., *Política social y crisis económica: una aproximación a la crisis española*. Madrid: Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales, TS y Siglo XXI, 1985, 213 p.; FERNANDEZ GONZALEZ, V., "La Seguridad Social y su futuro." *Revista de Seguridad Social*, 1982, n° 15, p. 205-210; GARCIA DE BLAS, A., "Seguridad Social y crisis en España." *Relaciones Laborales*, 1985, Tomo I, p. 60-66; GONZALEZ RABANAL. M.C., "La crisis de la Seguridad Social en el marco de la Constitución." *Revista de Política Social*, 1985, n° 148, p. 63-90; GONZALEZ-SANCHO LOPEZ, E., "Crisis económica y crisis de la seguridad social." *Revista de Trabajo*, 1985, p. 9-24; PESO Y CALVO, C.DEL, "Presente y futuro de nuestro vigente sistema de seguridad social." *Revista de Seguridad Social*, 1982, n° 15, p. 341-359;

⁹⁶ Especialmente interesante resultan respecto del sistema español los planteamientos de J.L. MONEREO PEREZ. ("El futuro de los sistemas de pensiones: sistema público y sistemas privados (I y II)". *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1998, n° 88, p. 197-223 y n° 89, p. 457-483). Por su parte, quédese en un mero apunte, en Derecho Comparado, los ejemplos de "complementarización" de la protección social se han multiplicado, y sirven de ejemplos el caso francés u holandés, en los que la protección social se ha ido trasladando de algún modo al mercado. Con una consiguiente "mercantilización de derechos". (MOLINA NAVARRETE, C., "Algunas reflexiones sobre la ley y los principios generales en el Derecho de la Seguridad Social." *Relaciones Laborales*, 1998, Vol. I, p. 338.)

Seguridad Social⁹⁶.

En contextos con estas características se fraguan las reformas de los subordenamientos de Seguridad Social. De tal forma que los argumentos económico-financieros que se erigen como las piedras angulares de las reformas legislativas concretas⁹⁷ es previsible que se trasladen a las soluciones de la problemática de la transición. La traducción de opciones de este tipo en la solución de la intertemporalidad sería, en último término, la aplicación de la nueva norma con efecto inmediato. De tal forma que, si las necesidades económico-financieras requiriesen una disminución de la protección en términos cuantitativos y cualitativos, tanto los derechos en vías de causación como los derechos a prestación ya causados sufrirían la regresividad protectora en toda su amplitud.

Podría argumentarse, *sensu contrario*, que también fueron los principios de la reforma los que, en contextos de expansión económica y de preocupación por la llamada “cuestión social”, propiciaron ampliaciones del campo subjetivo y objetivo de aplicación, así como mejoras cuantitativas y cualitativas de los niveles de protección de los sistemas de Seguridad Social. Y sin embargo, en estos casos no se cuestiona la operatividad de los principios de la reforma, que se plasman en la normación sustantiva y en la transitoria, aún a pesar de estar dotados del mismo carácter coyuntural.

Sin embargo, este razonamiento no sólo no desmantela los argumentos en contra de la virtualidad única de los principios de cada reforma como sustrato a la solución de la intertemporalidad, sino que ofrece una prueba más de que, detrás de la lógica de cada reforma hay otra lógica más profunda. En efecto, si una coyuntura favorable permite la mejora de los sistemas de Seguridad Social, la lógica del sistema concibe como deseable la extensión de ese perfeccionamiento a las situaciones intertemporales. De suerte que, en el sentido opuesto, subordinar la elección de la solución material de los problemas transitorios exclusivamente a una coyuntura económico-política de crisis o de recesión, se estaría perdiendo de vista el fin último de la Seguridad Social: el de la garantía pública de las situaciones de necesidad en sentido amplio.

Por estas razones, ha subirse un nuevo peldaño conceptual en la búsqueda de la lógica última del tránsito de Seguridad Social. Una vez que los principios de solución del problema transitorio se revelan instrumentales, y no

⁹⁷ Véanse, en el caso de la reforma del sistema español, como meros ejemplos, entre otros: CABANILLAS BERMUDEZ, J.M., *El Pacto de Toledo*. Madrid: Tecnos, 1997, 212 p.; GONZALEZ RABANAL, C., *La reforma financiera de la seguridad social*. Madrid: Montecorvo, 1988, 204 p.; HERCE, J.A., “La reforma de las pensiones en España: Aspectos analíticos y aplicados.” *Moneda y crédito*, 1997, nº 204, p. 105-159; MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. *Informe de la ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de seguridad social y de las principales reformas que deben acometerse*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, 151 p.

determinables apriorísticamente; una vez que los principios de la reforma coyunturalmente dirigidos en clave económico-financiera, y por ello no susceptibles de constituir una lógica única válida para los cambios normativos, parece necesario fundamentar la lógica de resolución de los problemas transitorios en otro género de principios. Así, los principios del sistema mismo de Seguridad Social se han de situar en la cúspide principal informadora de todo cambio.

4.3. Los principios del Sistema de Seguridad Social

Ante la inoperatividad última de los principios anteriores, se puede afirmar que han de ser los principios materiales últimos de cada particular sistema de Seguridad Social⁹⁸ los que subyazcan a las transiciones normativas. Afirmarlo conduce, como ya se ha dicho, a entender que el Derecho Transitorio de Seguridad Social no puede tener una razón última distinta de las finalidades de protección frente a situaciones de necesidad que dirijan cada uno de los Derechos de Seguridad Social. Es más, son las manifestaciones concretas del principio de protección en la configuración del sistema las que han de ofrecer las directrices de solución del problema transitorio. De tal suerte que se opte por uno u otro principio, en clave de supervivencia o efecto inmediato, y ello sin que los principios de la reforma concreta puedan neutralizar el efecto irradiado de la lógica de los sistemas de protección. El principio de protección, corporeizado específicamente en cada ordenamiento jurídico se convierte en el elemento principal de la Lógica del Cambio, en el hilo conductor de todos los cambios en orden al mantenimiento de la coherencia de cada sistema pese a la sucesión de los tránsitos normativos.

En lo que al Derecho Transitorio se refiere, la lógica del sistema se traduce, en primer lugar, en el desvanecimiento en términos concretos de la confrontación abstracta entre los principios de solución de efecto inmediato de la nueva regulación y de supervivencia de la anterior. Como ya se vio, normalmente la confrontación se diluye en lo que a las prestaciones causadas se refiere, pero es acuciante respecto de las expectativas de determinados derechos. Respecto de las prestaciones causadas, parece haberse asumido que, salvo por razones excepcionales, deben respetarse éstas. Si no tanto el régimen jurídico concreto con el que fueron creadas, su constitución no debe ser cuestionada. En el caso de las expectativas *amplo sensu*, la tensión cobra

⁹⁸ En todo caso ha de hacerse distinción entre las lógicas contributivas y no contributivas de protección. En efecto, en la medida en que se defiende la infiltración de los principios materiales del sistema de Seguridad Social en el Derecho Transitorio de Seguridad Social, habrá de estarse al fundamento principal de cada uno de los sistemas concretos. En definitiva, de lo que se trata es de que el régimen transitorio que el legislador diseñe para cambio normativo no sea incoherente con el sistema mismo. De ahí que se haya de buscar la coherencia *in concreto* de cada tránsito en cada sistema reformado, según se trate de un sistema asistencial, contributivo o mixto.

mayor fuerza si el derecho en potencia se encuentra en un avanzado estadio de actualización. Lo cual se traduce en un avanzado estadio de necesidad potencial⁹⁹ tras un prolongado período de relación de Seguridad Social. Así pues, la tirantez entre supervivencia y efecto inmediato, es susceptible de resolverse siempre en clave de protección o de no-desprotección¹⁰⁰.

En términos prácticos, pretender que el principio de protección sea el sustrato último de las soluciones a los problemas transitorios de Seguridad Social implica, por ejemplo, que la modificación regresiva de los requisitos para obtener una prestación bajo el nuevo régimen requiera la previsión de mecanismos atemperantes basados en la supervivencia parcial de la legislación anterior, en el caso de que el legislador transitorio optara por un eventual efecto inmediato¹⁰¹; que la supresión de determinada prestación, o la introducción de nuevas reglas de cálculo de las prestaciones o de nuevos requisitos de carencia regresivos, se sometan a un período progresivo de desaparición, en el primer caso, y a un período progresivo de implementación en

⁹⁹ Se ha de aclarar que dentro del concepto de estado de necesidad *amplo sensu* se ha de entender no solo la situación de indigencia o de necesidad en sentido estricto, sino aquellas otras situaciones en las que la actualización de una contingencia supone una variación negativa de la disponibilidad de recursos económicos del asegurado. En definitiva esta concepción extensiva de la situación de necesidad permite el tratamiento dual de la protección, en términos contributivos y no contributivos.

¹⁰⁰ Uno y otro son, en todo caso, términos equivalentes, que responden a una misma idea: no privar a un beneficiario actual de su situación de protección, ni despojar a un asegurado de la posibilidad de que, acontecida la contingencia legalmente prevista, pueda ser protegido por el sistema. De ahí que, por ejemplo, se establezcan las modalidades cuantitativas y cualitativas en materia de cotización o se flexibilicen los requisitos de edad, con independencia de que esas modulaciones se acompañen de correcciones en las cuantías de las prestaciones. Y ello aunque se haya negado la existencia de un principio positivo de irregresividad. (Véase el fundamento Jurídico 5º de la STC 134/1987, 21 de julio BJC 76-77).

No se ha de olvidar, sin embargo, que un sector doctrinal defiende, no obstante la postura del Alto Tribunal, la existencia de ese principio de irregresividad, que formaría parte del bloque de moralidad legalizada (ZORRILLA RUIZ, M., "Lectura sistemática de los artículos 41 y 50 de la Constitución Española." *Revista de Seguridad Social*, 1985, nº 25, p. 126), y que se expresaría en el sentido de no permitir que el desarrollo del artículo 41 CE pueda ir a favor de disminuir los grados de intensidad protectora del sistema actual. (ALVAREZ DE LA ROSA, J.M., "El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales" *Revista de Seguridad Social*, 1982, nº 15, p. 81)

¹⁰¹ El legislador puede decidir la supervivencia de la legislación anterior respecto a las expectativas, y así lo hace el legislador de 1966 en no pocas ocasiones. Pero si no lo hace, y predica el efecto inmediato de la nueva regulación para tener derecho a prestaciones a tenor de hechos causantes que se produzcan bajo su imperio temporal, en estos supuestos so pena de generar flagrantes situaciones de desprotección ha de prever instrumentos que dulcifiquen la aplicación inmediata, en orden a tomar en cuenta el cumplimiento, en el momento del tránsito, de los requisitos exigidos por la anterior regulación. Y ello se puede manifestar en modulaciones cuantitativas o cualitativas de los requisitos de edad, de cotización, de permanencia en el sistema, etc. (véase NETTER, F., *La Sécurité Sociale et ses principes*. París: Sirey, 1959, p. 112 y ss.)

los dos últimos.

En definitiva, desde un punto de vista individualista, el criterio básico de la Lógica del tránsito debería girar en torno a la búsqueda del máximo respeto posible de las situaciones de protección previamente consolidadas en mayor o menor grado¹⁰². Sin embargo, el principio de protección frente a las situaciones de necesidad tiene una también una vertiente colectiva: la de la suma de las protecciones concretas de los sujetos protegidos por el sistema. Tener presentes ambas vertientes, permite relativizar tanto los cuestionamientos generales del sistema a partir de argumentos económico-financieros, como las reticencias particulares basadas en razonamientos de (ir)regresividad del sistema de Seguridad Social. Es decir, la viabilidad del sistema a través de racionalizaciones varias, no puede llevar a situaciones flagrantes de desprotección de determinadas categorías de sujetos.

Así, el principio de protección puede relativizar ese otro complejo de principios del sistema que hace referencia a la viabilidad y eficiencia económica financiera del sistema. En cierto modo son los que subyacen, en la mayoría de las últimas reformas, a los principios declarados de las mismas. Sin embargo, y sin entrar con detenimiento en ello, aunque esos factores sean instrumentos importantes de la configuración y desarrollo de los sistemas de Seguridad Social, no pueden erigirse en ningún caso como los fundamentos de éstos, en la medida en que la Seguridad Social se asienta en el principio verdaderamente sustancial de protección. De esta suerte los principios de eficiencia económica y viabilidad financiera deben ceder ante la lógica de tutela¹⁰³. Y a la inversa, el carácter regresivo respecto a determinados colectivos de ciertas medidas, no puede impedir el perfeccionamiento del sistema en su conjunto¹⁰⁴.

Ha de aclararse que este principio de protección frente a las situaciones de necesidad, en sí mismo, puede resultar tan denso como difuso. A menos que se concrete en otros principios, y se vincule a un concreto subordinamiento de Seguridad Social. Así, se trata de un principio susceptible de ser integrado

¹⁰² CRUZ VILLALON, J., "La reforma de la Seguridad social y Derecho Transitorio." En *II Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, p. 388.

¹⁰³ Se sigue la tesis de S. GONZALEZ ORTEGA, plasmada en "La reforma de las pensiones públicas a través de la definición de sus principios organizativos." En *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 1998, n° 12, p. 35-53.

¹⁰⁴ Véase, referido al sistema español, ZORRILLA RUIZ, M.M. "Lectura sistemática de los artículos 41 y 50 de la Constitución Española." *Revista de Seguridad Social*, 1985, n° 25, p. 123-138; ZORRILLA RUIZ, M.M., y MANRIQUE LOPEZ, F., "Panorama del Derecho de la Seguridad Social: un futuro incierto para el año 2000." *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1986, n° 28, p. 547-587; y MANRIQUE LOPEZ, F., "Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TCT ante las reformas regresivas en el sistema de Seguridad Social." *La Ley*, 1985 Tomo IV, p. 188-207. En un sentido contrario, véase VALDES DAL-RE, F., "Sobre la constitucionalidad del establecimiento de topes máximos a las pensiones." *Relaciones Laborales*, 1987, n° 17, p. 32-38.

con otros dos principios generales en la base de los sistemas de Seguridad Social: el de contributividad y el de solidaridad. Y tendrán uno y otro mayor o menor peso según se haya positivizado uno u otro modelo ideal de Seguridad Social. Por su parte, la Lógica Contributiva puede aportar algunos parámetros para resolver los problemas de intertemporalidad vinculados con las aportaciones de los sujetos protegidos al sistema¹⁰⁵. Y la Lógica de la Solidaridad resulta operativa no sólo para resolver los problemas transitorios vinculados al eje asistencial o no contributivo, sino también para corregir o complementar las soluciones en el nivel contributivo, tanto si coexiste o no con un nivel asistencial. En un primer supuesto *in genere*, o en un segundo en su concreción profesional, la solidaridad ofrece directrices para optar por el efecto inmediato, la supervivencia o una hibridación de ambos. En los dos casos, las ideas de protección *suficiente*¹⁰⁶ frente a *situaciones de necesidad*, aportan en sus manifestaciones concretas, según rijan una u otra lógica, las cla-

¹⁰⁵ Con o sin violación de un eventual principio de suficiencia, se puede estar incurriendo en un teórico enriquecimiento injusto en la medida en que varíe la relación primera de contributividad. En el ordenamiento español, la lógica contributiva ha sido matizada por el Tribunal Constitucional que ha negado la virtualidad del principio contributivo para canalizar el carácter limitativo del legislador reformista del principio de protección en los supuestos tradicionalmente encuadrado en la lógica de base profesional del sistema de seguridad social. Así ha afirmado que “*la prestación de Seguridad Social y entre ellas las de jubilación, no se presentan ya como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las cotizaciones y contribuciones de afiliados y resultantes de un acuerdo contractual: el carácter público y la finalidad constitucional reconocida por el sistema de Seguridad Social supone que ese se configure como un régimen legal, en que todas las aportaciones de los afiliados como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones viene determinadas no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el Ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca*” (STC 65/87 de 21 de mayo), así como ha mantenido que, sin negar que el régimen de Seguridad Social se asienta de algún modo en el principio contributivo, conviene tener en cuenta que la relación cotización-prestación no puede trasladarse automáticamente en forma automática al régimen de Seguridad Social, de tal forma que “*los afiliados a la Seguridad Social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, es decir de las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa.*” (STC 134/87 de 21 de julio). Todo ello conlleva que la adecuación entre cuota y prestación no puede utilizarse como criterio para determinar la validez de las normas. (STC 103/83, de 22 de noviembre.)

¹⁰⁶ La idea de suficiencia es especialmente operacional en los supuestos en que la prestación se halla en vía de adquisición cuando sobreviene un cambio normativo regresivo referido tanto a los requisitos de idoneidad para causar la prestación, como a las reglas de cálculo de las prestaciones se refiere. En estos supuestos el legislador puede estar generando situaciones de desprotección. El legislador, si bien es en apariencia libre para juridificar la realidad a su voluntad, ha de tener en cuenta que, al hacerlo trastoca determinados elementos importantes. En materia de Seguridad Social, cuando el legislador configura las prestaciones y exige un determinado período de carencia, habría de tener en cuenta el período que se exigía en la regulación anterior. Y debería prestarle atención porque, en cierto modo, tanto en los supuestos de expectativas, como de situación expectante, el sujeto protegido prevé, teniendo en cuenta las prescripciones vigentes, alcanzar una situación de protección sobre la base de un cálculo personal de su esfuerzo contributivo.

ves de solución a las cuestiones concretas de intertemporalidad.

El principal inconveniente que presenta el principio de protección, y los demás principios derivados de él, y que configuran la lógica del cambio, es que requieren un punto de referencia. Es decir, la protección en abstracto es algo insustancial en sí mismo, y necesita un contorno que lo circunscriba. Ese contorno puede diseñarlo la evolución misma de cada sistema concreto. Sin embargo, en tanto en cuanto los sistemas evolucionan contextualizadamente, y por tanto sujetos a los principios particulares de cada reforma, es posible debilitar el principio de protección por la vía de la subordinación a las necesidades coyunturales del sistema. Por el contrario, los contornos del principio de protección se robustecen en la medida en que haya una norma de rango constitucional que prevea una protección suficiente de determinado sujetos frente a situaciones de necesidad. En los supuestos en que la Seguridad Social se ha constitucionalizado de algún modo, la Lógica del Cambio como lógica de tutela resulta ser la guía necesaria del legislador transitorio, que ha de tener en cuenta el margen de maniobra que le permite el respeto del principio de

¹⁰⁷ En concreto, en el sistema español la lógica última de los cambios de Seguridad Social habría de buscarse en la configuración del sistema español mismo. Búsqueda que no resulta nada fácil desde el momento en que la configuración del sistema legal de Seguridad Social se ha de conjugar con el diseño que del sistema de Seguridad Social diseña la Constitución. Las reformas normativas en Derecho de la Seguridad Social habrían de tener presente, como se ha dicho en general para cualquier cambio normativo en cualquier ordenamiento, la lógica material que subyace al sistema. En el caso español, la dificultad radica en que habría dos lógicas materiales distintas, que se habrían de integrar para sustentar el Derecho Transitorio español en materia de Seguridad Social. Si bien no se puede abordar aquí este aspecto, sí sería conveniente esbozar esa complejidad particular que se manifiesta en este ordenamiento concreto. De un lado, se ha de partir de la existencia de un Sistema de Seguridad Social legalmente diseñado, en el que rige una lógica material llámese de partida. Mas, de otro lado, la Constitución ha dibujado la institución de la Seguridad Social desde una lógica también de partida. Y sirva aquí mencionar la existencia del concepto de *garantía institucional*, que permite comprimir los elementos estructurales de la institución de Seguridad Social. (Véase la STC 6/1981, de 28 de julio, así como ALVAREZ DE LA ROSA, J.M., “El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales” *Revista de Seguridad Social*, 1982, n° 15, p. 7-86, y GONZALEZ ORTEGA, S. y RODRIGUEZ-PIÑERO, M., “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante de su reforma.” En PRADOS DE REYES, F.J., (Coord.) *II Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: MTSS, 1985, p. 26-287). Pero siempre de llegada, en la medida en que se predica la existencia de un modelo constitucional de Seguridad Social por construir, la que debe tender el legislador ordinario. (Véanse respecto a la configuración del modelo Constitucional, entre otros: BORRAJO DACRUZ, E., “La Seguridad Social en la Constitución Española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional.” *Documentación Laboral*, 1990, n° 30, p. 11-39; GONZALEZ RABANAL, M.C., “La Seguridad Social en la Constitución.” *Revista de Trabajo*, 1988, n° 92, p. 443-468; PALOMEQUE LOPEZ, M. C., “Los derechos a la seguridad social y a la salud en la Constitución.” En AAVV, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Madrid: CEC, 1980, p. 303-336; SUAREZ GONZALEZ, V. “La Seguridad Social en la Constitución.” *Papeles de Economía Española*, 1982, n° 12/13, p. 119-128; VISA SORIA, J., “Artículo 41. Seguridad Social.” En LAZAGA VILLAAMIL, O., (Coord.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Cortes Generales y EDR, 1996, p. 103-131; ZORRILLA RUIZ, M., “Lectura sistemática de los artículos 41 y 50 de la Constitución Española.” *Revista de Seguridad Social*, 1985, n° 25, p. 123-138;)

protección a la hora de introducir cambios normativos¹⁰⁷.

En definitiva, en lo que al Derecho de Seguridad Social se refiere ha de abandonar la aproximación clásica al Derecho Transitorio. Se ha de proceder a un análisis integrador de las soluciones del problema transitorio propio de la Seguridad Social, de tal forma que se resuelvan las cuestiones de intertemporalidad dentro de cada sistema de protección mismo, como *conditio sine qua non* para conservar la coherencia final del sistema de que se trate. El Derecho Transitorio se habría de impregnar así de la lógica protectora que hubiera asumido cada sistema concreto para dejar de ser un conjunto formal de solución de los problemas jurídicos de la intertemporalidad. Se convertiría en un elemento más del Derecho de la Seguridad Social, comprometido a evitar que las reformas sustantivas del sistema desemboquen en la aniquilación del fin último del mismo, es decir, la finalidad de protección, sea en clave de contributividad, de no contributividad, o de ambas. Aniquilación que equivaldría, en definitiva, no a reformar el sistema, sino a reinventar otra estructura distinta a la Seguridad Social.