

**SEIS AÑOS DE JURISPRUDENCIA SOBRE  
JUBILACIONES ANTICIPADAS:  
LA CONSAGRACION DE LA IMPUNIDAD  
DEL LEGISLADOR  
(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo  
de 30 de noviembre de 1992)**

Por  
**MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO**  
Doctora en Derecho  
Profesora de Derecho Administrativo  
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Jaén

*SUMARIO: 1. Planteamiento.—2. La irretroactividad y la seguridad jurídica como límites constitucionales a las modificaciones normativas: reflexiones sobre la Jurisprudencia.—3. Posición jurisprudencial en materia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en relación con la jubilación anticipada.—4. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992.*

### 1. PLANTEAMIENTO

Podría afirmarse que esta sentencia del TS (STS), la de 30 de noviembre de 1992, es una de esas sentencias no precisadas de una especial presentación. Es por todos conocida la repetida argumentación con que numerosos recurrentes han fundamentado su derecho a ser indemnizados al ver anticipada su edad de jubilación a los sesenta y cinco años por virtud del artículo 33 de la L. 30/84, de 2 de agosto, de Medidas urgentes para la reforma de la Función Pública, así como la persistente resistencia del TS y del TC en reconocer la procedencia de indemnización por entender igualmente improcedente en este ámbito la responsabilidad del Estado legislador; responsabilidad del Estado por «actos legislativos» cuya existencia conocemos gracias a su práctica negación en nuestra jurisprudencia.

Por ello no resulta aventuroso afirmar que pocas son las instituciones que han resistido a tan numerosas acciones y que han sido objeto de un tratamiento jurisprudencial tan unívoco, como sucede en materia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, respecto de la cual tanto el TS como el TC han tenido siempre algún tipo de argumentación en contra de la plena aplicación al caso de la responsabilidad imputable al legislador.

A los Tribunales Supremo y Constitucional no les han faltado, pues, argumentos para justificar las decisiones parlamentarias y su irresponsabilidad. En ocasiones acuden a la negación de que jubilarse a la edad fijada en

la legislación en vigor en el momento de ingresar en la función pública se trate de un derecho; otras, a la afirmación de la constitucionalidad de la norma por la que se establece el adelanto de la edad de jubilación a los sesenta y cinco años, considerando, en consecuencia, respetados los principios constitucionales: la seguridad jurídica, la irretroactividad de las normas no favorables o incluso la igualdad ante la ley.

El resultado ha sido siempre el mismo: la negación de la responsabilidad patrimonial del Estado por causa de anticipación de la edad de jubilación por vía normativa.

Así, pues, el TS no vacila en mantener a toda costa el sacrosanto privilegio de impunidad del Estado legislador. Y resulta no menos sorprendente que a más de diez años desde que fue promulgada la CE, el TS no haya variado en lo más mínimo los planteamientos que manifestaba en sentencias dictadas con anterioridad a la misma.

Ante una sentencia como la de 30 de noviembre de 1992 que vuelve a enjuiciar el tema de la responsabilidad del Estado legislador —precisamente para negarla otra vez— por anticipar la edad de jubilación, no puede evitarse que asalte la pregunta de que hasta qué punto la CE ha dejado intocable esta tan reclamada responsabilidad que deriva de los daños ocasionados por el legislador a través de sus actos normativos; hasta qué punto, pues, sigue siendo permisible que, tras la CE, que principia su articulado reconociendo al Estado como «social» además de democrático y «de Derecho», el TS deje intacta su doctrina sin detenerse a examinar —o, al menos, a repensar— la incidencia de los principios constitucionales, especialmente el de seguridad jurídica, en el ámbito de la responsabilidad, también reclamada constitucionalmente, de todos los poderes públicos: Parlamento, Poder judicial y Administración pública.

Parece, pues, que en el núcleo de estos poderes públicos se halla para el constituyente, por mucho que el TS lo ponga en duda en esta sentencia de 30 de noviembre de 1992, la responsabilidad de todos ellos sin que de la carencia de desarrollo legislativo del artículo 9.3 CE en materia de la responsabilidad que incumbe al Estado legislador pueda colegirse la ausencia de deber de resarcimiento por los daños ocasionados de su actividad normativa.

Como afirma MARTÍN REBOLLO (1), «no hay acción política sin responsabilidad, aunque ésta no sea siempre de orden patrimonial». La responsabilidad no es más que la contrapartida, el reverso, la otra cara de la actuación de los Poderes públicos, ya se trate del legislativo, ejecutivo o judicial, en cualesquiera de las secuelas negativas de su acción.

Pero presupuesta genéricamente esta posibilidad de resarcimiento es preciso reconducirla a un tema menor que ya venimos enunciando, y que ha sido la reiterada *ocassio* de mucha de la jurisprudencia del TS en materia de responsabilidad del legislador, como es la anticipación de la edad de

---

(1) MARTÍN REBOLLO, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas», en el libro colectivo *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, Madrid, Ed. Cívitas, 1991.

jubilación de los funcionarios públicos a los sesenta y cinco años. ¿Es posible su plena aplicación en este ámbito sin forzar los términos?, o contrariamente, ¿es exigible que los ciudadanos sigamos soportando con estoicismo y sin compensación cuantas decisiones parlamentarias acaban frustrando nuestras expectativas, a cuya creación ha contribuido el propio legislador?, ¿es que los principios de seguridad jurídica e irretroactividad no alcanzan a esos derechos «potenciales», esas expectativas, aun cuando puedan ser tan dignas de protección como lo son los derechos adquiridos?

La resolución de esta larga, pero inconclusa, lista de cuestiones no es de fácil alcance. Razones podrían hallarse para dar una respuesta y para afirmar su contraria, y una reflexión acerca del tema, con el correlativo intento de resolución de los problemas aquí planteados, con seguridad dejará la puerta abierta a otros muchos interrogantes. Las palabras con que SANTAMARÍA PASTOR (2) hace más de veinte años, en su magnífico trabajo *La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*, advertía «una elemental prevención contra las calificaciones apresuradas» cobran hoy toda su actualidad.

Sea como fuere, de todos los datos con que contamos en nuestro ordenamiento jurídico y la jurisprudencia del TS y del TC, uno de ellos debe ser tenido permanentemente en cuenta: el Estado de Derecho que reclama la CE trae consigo un importante sistema de garantías; un sistema de garantías de amplio, aunque no ilimitado, alcance; un sistema de garantías susceptible de valorar y preservar cuantas situaciones jurídicas se hacen dignas de protección en un Estado de Derecho a pesar de que tales situaciones no merezcan la consideración ni el tratamiento propio de lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido denominando bajo el término «derechos adquiridos». El Estado de Derecho repudia, en suma, la falta de cortesía de un legislador que, refugiado en la soberanía de la ley, se permite someter a su libérrimo albedrío cuantas expectativas del ciudadano él mismo ha creado, para quedar después exento, en la mayor parte de las ocasiones, de toda responsabilidad.

En efecto, el Estado de Derecho que la CE reconoce exige respeto al principio de seguridad jurídica, y reclama la figura de un legislador más escrupuloso a la hora de reformar sus producciones normativas anteriores; y lo que es más importante: al mismo tiempo que asegura el imperio de la ley, impone desmontar el mito de su soberanía. «La instrumentalización jurídica —afirma SANTAMARÍA PASTOR (3)— de la superlegalidad entraña un

(2) J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*, núm. 68 de esta REVISTA, 1972, pág. 135.

(3) SANTAMARÍA PASTOR, *La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*, op. cit., pág. 124.

Vid. también SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid, Ramón Areces, 1988, págs. 532 y ss., en donde expone brillantemente un serio análisis de «la supremacía de la ley y su crisis».

En este mismo sentido se expresa ARIÑO ORTIZ, *Leyes singulares, leyes de caso único*, núm. 118 de esta REVISTA, 1989, págs. 66 a 69, en donde afirma: «Nadie pone en duda la primacía de la ley, como es lógico, pero sí hay que rechazar la "soberanía de la ley" (como la de las Cortes), que no aparece por ningún lado en la Constitución. Sólo en el Preámbulo

desplazamiento efectivo del plano de la soberanía de la ley a la Constitución; aquélla deja de ser manifestación de una potestad ilimitada para convertirse en una proposición justiciable en la que nada obsta para constatar la existencia de contradicciones con la instancia jurídica superior.»

Aun a riesgo de haber sustituido lo que debería ser la presentación de la STS de 30 de noviembre de 1992, objeto de este trabajo, por un avance de sus conclusiones, prejuzgando, en mayor o menor medida, la valoración que dicha sentencia nos merece, quede así salvada nuestra intención de subrayar los elementos que inciden de forma directa en el análisis de la misma. Seguridad jurídica, irretroactividad de las normas no favorables y la necesidad de ir desmontando el dogma de la soberanía de la ley no es sino el soporte en que se basa todo el entramado de la teoría de la responsabilidad del Estado legislador.

No obstante, el análisis de las cuestiones hasta aquí planteadas no dejaría de evidenciar graves carencias si junto a él no se formulan paralelamente algunas puntualizaciones.

En primer lugar, es preciso advertir que la efectividad de los constitucionalizados principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas no sería lícito alcanzarla a través de la petrificación del ordenamiento jurídico. O más rotundamente, no existe un principio general que garantice en su radicalidad el mantenimiento indefinido de cuanto queda establecido en una norma. La ley es esencialmente cambiante. La cuestión está en armonizar adecuadamente esta posibilidad de modificación normativa con el mínimo de justicia material en que se sustenta y por el que se justifica, en buena medida, la proclamación constitucional —art. 9.3 CE— de los mencionados principios de seguridad jurídica e irretroactividad y responsabilidad de los poderes públicos.

En segundo lugar, si se parte de esta afirmación de principio, está claro que la cuestión se centra en determinar si existe un derecho a ver compensado el detrimento patrimonial que sufre el jubilado anticipadamente; detrimento que se debe —hay que advertirlo— no ya a la anticipación de la edad de jubilación, sino a la diferencia entre las retribuciones activas y pasivas, al no incluir estas últimas los complementos. El problema, por tanto, no es la edad de jubilación —como planteaban los recurrentes—, sino el mantenimiento de ciertas percepciones económicas. En este punto, el primer problema a resolver es conceptualizar la posición jurídica que asume dicho sujeto. ¿Ostenta realmente un derecho a permanecer en la función pública hasta cumplir la edad fijada para su jubilación en el momento en que ingresó en la función pública, para así mantener el mismo nivel de ingresos? ¿Resulta exigible una compensación indemnizatoria en el supuesto de ser jubilado anticipadamente? Y si no se tratara de un auténtico

---

se habla de "consolidar un Estado de Derecho, que asegure el imperio de la ley, como expresión de la voluntad popular", a lo que nada hay que objetar. Pero lo que está por ver es si, a partir de ahora, deben ser mantenidos esos mal llamados "privilegios soberanos" de la ley, a lo que antes me refería. Algunos como el de la irresponsabilidad o el de la ilimitada retroactividad están ya siendo desmontados y otros como el de la derogabilidad (inderogabilidad) singular no deben tardar en serlo (...).»

derecho, ¿existen posiciones jurídicas intermedias entre éste y la mera expectativa dignas de protección y acreedoras de compensación en caso de que queden frustradas?

Aun a riesgo de avanzar lo que después veremos con mayor abundamiento, ya podemos afirmar que la respuesta a este último interrogante es afirmativa. Entre lo que se ha venido conceptualizando bajo la denominación de «derechos adquiridos» y la simple expectativa desprovista de protección alguna por el Derecho, existe una escala de múltiples grados, situaciones jurídicas perfectamente evaluables económicamente en cuya perdurabilidad el ciudadano tiene derecho a confiar, o, al menos, en que no va a producirse sorpresivamente una reacción legislativa inesperada que altere la situación que venía ostentando con cierta estabilidad (4).

La cuestión se complica si a todo ello se le une la circunstancia de la inexistencia de una línea divisoria clara y tajante entre los derechos subjetivos y los intereses legítimos, y entre éstos y las expectativas, así como su indemnizabilidad en caso de privación legislativa. Y aun delimitados tales conceptos, cabría plantearse si todos son expropiables en igual medida, y en caso de serlo, si toda privación por vía legislativa es merecedora de indemnización. La cuestión no es baladí. Frente a las reformas legislativas no existe más límite que los impuestos por el constituyente, entre los que se encuentran, como es sabido, los principios contenidos en el artículo 9.3 CE, pero con el alcance y significado dados a ellos en nuestra jurisprudencia constitucional que no lo hace precisamente en términos amplios y generosos, como después tendremos ocasión de analizar.

Por último, ha de advertirse, por otra parte, que todo resultado jurisprudencial hay que entenderlo a la luz y como fruto de otras muchas sentencias que le han precedido en este u otro sentido. Ello se hace mucho más patente en esta STS de 30 de noviembre de 1992 por cuanto en ella se condensan los razonamientos que ya venía manifestando el TS en otras precedentes con las que comparte un idéntico criterio y, al parecer, no muy dispuesto a modificar en un futuro más o menos cercano.

Es por ello por lo que podría afirmarse que el análisis que aquí se pretende de la STS de 30 de noviembre de 1992 implica el de cuantos pronunciamientos del TS le anteceden. Ningún matiz diferenciador ni ningún punto de singularidad digno de mención separan el fallo de esta sentencia de la nutrida y constante jurisprudencia a cuya línea y fundamentación se remite. Por ello, el examen de la misma implica y presupone el examen o, al menos, el conocimiento de las anteriores.

Y lo mismo puede inferirse de la jurisprudencia del TC que ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Como es sabido, el solo silencio de la ley sobre la obligada indemnización que ha de suponer toda privación de derechos por virtud del artículo 33.3 CE determina la inconstitucionalidad de aquélla. Todo sacrificio patrimonial proveniente de cualquier medida

---

(4) Vid. en este sentido R. GARCÍA MACHO, *Contenido y límites del principio de confianza legítima: Estudio sistemático de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, «REDA», 56, 1987, págs. 557-571.

legislativa sólo será conforme a la CE si contempla su indemnización. El olvido de este deber de resarcimiento en el artículo 33 de la L. 30/84, de 2 de agosto, que acorta la edad de jubilación fijándola en los sesenta y cinco años para todos los funcionarios públicos, y, complementariamente, la consideración de que dicha medida era susceptible de calificarse ablatoria del derecho del funcionario a ser jubilado a la edad establecida en el momento en que ingresó en la función pública, hacían sospechar la inconstitucionalidad de dicha disposición, así como el deber de indemnización por parte del Estado legislador.

Ello sea dicho junto a la afirmación reiterada de que el detrimento patrimonial que sufre el jubilado anticipadamente no se debe realmente al adelanto de la edad de jubilación, sino a la circunstancia de que las retribuciones pasivas no incluyen los complementos.

Ante tal reproche de inconstitucionalidad, la actitud del TC no podía ser más rotunda ni guardar más coincidencia con la jurisprudencia del TS: el funcionario que ingresa al servicio de la Administración pública se coloca en una situación jurídica objetiva, modificable de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de ingreso. Ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional.

La jurisprudencia de uno y otro tipo merece ser analizada a la luz de la CE, y a ella ha de hacerse especial referencia antes de emprender el estudio de la que aquí es objeto de análisis, la STS de 30 de noviembre de 1992.

## 2. LA IRRETROACTIVIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO LÍMITES CONSTITUCIONALES A LAS MODIFICACIONES NORMATIVAS: REFLEXIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA

Como ya ha quedado afirmado más arriba, la jubilación anticipada de jueces y funcionarios públicos, como en su día sucedió con la modificación del régimen de situaciones e incompatibilidades de estos últimos, ha provocado el replanteamiento de los constitucionalizados principios de irretroactividad, seguridad jurídica y responsabilidad de los poderes públicos. La modificabilidad de las normas y su consiguiente posibilidad de alteración y afectación *in peius* de las situaciones más o menos consolidadas en las que el ciudadano tenía derecho, al menos, en confiar no es, por tanto, un tema aislado que no repercuta en la configuración y significado de tales principios.

Por ello, la inconstitucionalidad que para los recurrentes representa la omisión de indemnización en la ley que anticipa la edad de jubilación, de un lado, y de otro, la vulneración de los citados principios, ha provocado

que el TC haya tenido que pronunciarse en torno a estas dos cuestiones capitales en diversas ocasiones (5).

De ahí que un intento de comprensión de la jurisprudencia del TS en materia de responsabilidad del Estado legislador por anticipación de la edad de jubilación exige, sin duda, un acercamiento a la doctrina que el TC ha dejado plasmada en diversas sentencias en las que ha tenido ocasión de enjuiciar esta cuestión.

Una de las más relevantes la constituye la STC 108/86, de 26 de julio (Ponente: don Angel Latorre Segura), dictada con ocasión del enjuiciamiento de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial.

Entre los preceptos impugnados se hallan el artículo 386 de la citada LO, que anticipada a los sesenta y cinco años la edad de jubilación forzosa de todos los Jueces y Magistrados, y la DT 28.1, que establecía un régimen escalonado para la entrada en vigor de aquel precepto.

El reproche de inconstitucionalidad contra tales preceptos se fundamentaba en igual medida tanto por lo que quedaba establecido en el artículo 386 LO 8/85, de 1 de julio, del Poder judicial, como por lo que éste silenciaba. Es decir, de una parte, en la vulneración a los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas no favorables que resultaba del tenor de la norma al anticipar la edad de jubilación de Jueces y Magistrados a los sesenta y cinco años —con la consiguiente disminución de retribuciones pasivas, al no incluirse los complementos—, y de otra, en la falta de previsión de indemnización en dicho precepto, contra lo establecido en el artículo 33.3 CE, en tanto que dicha medida equivalía, según los recurrentes, «a un despido anticipado», a una privación de derechos que requería ser indemnizada.

Desde tales planteamientos, resultaba más que claro el deber de resarcimiento dimanante de la responsabilidad del Estado legislador, cuya aplicación al caso concreto no parecía admitir ningún género de duda. No lo entiende así, sin embargo, el TC, que empieza a rebatir dialécticamente todos y cada uno de los motivos alegados por los recurrentes hasta llegar a la tajante negación del derecho de resarcimiento cuyo reconocimiento era solicitado por los recurrentes.

Para llegar a esta conclusión el TC comienza por negar que se haya producido la vulneración a los principios de seguridad jurídica e irretroactividad que se alega, lo cual, a su vez, presupone dos afirmaciones paralelas: de una parte, la situación estatutaria de los Jueces y Magistrados, y de otra, la insusceptibilidad de la jubilación a una determinada edad para ser calificada como un derecho subjetivo cuya privación a su titular le haga acreedor de un previo y justo resarcimiento.

Consecuentemente, siendo referible la irretroactividad con carácter exclusivo a las normas restrictivas de derechos individuales, y constituyendo

---

(5) Todas ellas han sido analizadas con ocasión del análisis y comentario del artículo 9 de la Constitución por Gonzalo JIMÉNEZ-BLANCO, en el libro colectivo *Comentarios a la Constitución*, junto con los autores A. JIMÉNEZ-BLANCO, P. MAYOR y L. OSORIO, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, págs. 28 a 40.

una simple expectativa la jubilación a la edad establecida en el momento de acceso a la función pública, queda desmoronado, desde su base, el reproche de retroactividad con que los recurrentes enfrentaban el precepto con lo que la Constitución establece en su artículo 9.3:

«sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución cuando incide sobre "relaciones consagradas" y afecta "a situaciones agotadas" (Sentencia 27/1981 cit.) y una reciente sentencia (núm. 42/1986, de 10 de abril) afirma que "lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad". Pues bien, incluso admitiendo por vía de hipótesis la existencia de un derecho subjetivo a la edad de jubilación, esta doctrina conduce a rechazar la supuesta vulneración del principio de irretroactividad, pues las disposiciones impugnadas para nada alteran situaciones ya agotadas o perfectas, sino que se limitan a establecer para el futuro la consecuencia jurídica (la jubilación) de un supuesto genérico (cumplir determinadas edades) que aún no han tenido lugar respecto a los sujetos afectados».

La dicción literal de los términos con que el TC plantea la cuestión no puede sino producir una cierta inquietud con sólo reparar en dos ideas fundamentales:

En primer lugar, el TC parece mostrar una inmovible fidelidad a la clásica teoría de ROUBIER, brillantemente expuesta por LÓPEZ MENUDO (6), pero no deja de evidenciar un uso forzado de sus términos. Lo que ROUBIER afirma es que «la ley nueva debe respetar todos los efectos jurídicos producidos en el pasado, pero debe regular los futuros a partir del día de su promulgación».

Es decir, lo que queda protegido de la nueva ley no es el hecho considerado en sí mismo, sino los efectos jurídicos acaecidos en el pasado como consecuencia de aquél, y en ningún caso, los efectos a que dé lugar en el futuro.

Algo distinto es lo que sostiene el TC, que pretende considerar como hecho jurídico, aún no producido, «cumplir determinadas edades», del cual se producirá la consecuencia jurídica, «la jubilación».

Esta afirmación con que el TC intenta salvar, aunque no con la limpieza ni la claridad deseables, la irretroactividad de la ley por la que queda anticipada la edad de jubilación, si bien resulta, a primera vista, incontestable, adolece de dos graves inconvenientes: de un lado, no se repara en

(6) F. LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad de las normas jurídico-administrativas*, Sevilla, IGO, 1981, págs. 113 a 118.

que la norma ha podido incurrir en retroactividad «en grado mínimo», que, según LÓPEZ MENUDO (7), se produce cuando «la ley se aplica a los efectos de una relación jurídica regulada según la legislación anterior, pero sólo a los que nazcan después de la vigencia de la nueva ley», «la ley nueva —afirma LÓPEZ MENUDO— aun aplicándose sólo a los efectos futuros, viene a modificar lo establecido en la regulación jurídica básica».

Por otra parte, el TC parece olvidar que si bien cumplir una determinada edad no depende de la norma, ni del propio legislador que la modifica, como es obvio, siendo ésta el elemento decisivo para que se produzca la consecuencia jurídica, la modificación de aquélla determinará el momento en que la jubilación se produzca.

El hecho jurídico, el cumplir una determinada edad, se confunde así cronológicamente con la consecuencia jurídica. La imposibilidad de separar ambas circunstancias determina que el argumento en que el TC apoya su doctrina no resulte de recibo. En caso contrario, no se le está sino entregando un cheque en blanco al legislador para que modifique a su arbitrio la edad de jubilación cuantas veces estime oportuno, porque, según el TC, no está afectando a consecuencias jurídicas derivadas de hechos pasados, sino regulando *ex novo* el hecho mismo que aún está por producir (cumplir una determinada edad) y su consecuencia jurídica (la jubilación). ¿Dónde estaría el límite a esta potestad modificadora del legislador?, ¿hasta dónde alcanza el título legitimador que justifica la acción de la ley a situaciones, por muy objetivas y estatutarias que éstas sean, reguladas en el pasado?

La respuesta a estos interrogantes no se halla, desde luego, en esta STC, en donde a toda costa pretende darse justificación a una revisión del pasado con un argumento que no la consigue.

El segundo grave inconveniente es que con esta forma de entender el principio de irretroactividad, su alcance y los presupuestos para considerar que resulta invocable, se está añadiendo un requisito más al que quedaba establecido en el artículo 9.3 CE con relativa claridad.

El TC no está dispuesto a calificar de retroactiva una ley con sólo considerar que restringe un derecho subjetivo, sino que es preciso que incida sobre «relaciones consagradas» y afecte «a situaciones agotadas». Esto es, el TC interpreta que la CE hace referencia a un término que el constituyente ha preferido obviar, como es el de «derecho adquirido» (8).

(7) F. LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad...*, op. cit., págs. 50-51.

(8) Por eso el TC en la sentencia 27/1981, de 20 de julio (FJ 10), afirma que: «Desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión "derechos adquiridos" y es de suponer que los constituyentes la soslayaron, no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el artículo primero de la Constitución; fundamentalmente, porque esa teoría de los derechos adquiridos, que obliga a la Administración y a los tribunales cuando examinan la legalidad de los actos de la Administración, no concierne al Legislativo, ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensa del ordenamiento, como intérprete de la Constitución. Cuando se trata de la defensa del ordenamiento constitucio-

De esta forma, el principio de irretroactividad queda circunscrito a la prohibición de regular «hacia atrás» situaciones —hechos y efectos jurídicos— perfectamente acabadas, íntegramente periclitadas, lo cual viene a significar, *a sensu contrario*, que todas aquéllas latentes aunque hayan sido producidas antes de la entrada en vigor de la nueva ley podrán ser reguladas por ésta. Con ello sigue dejándose sin respuesta al problema de la sucesión normativa; y más en concreto, a aquellos supuestos que se configuran como una situación intermedia entre las que son bastante duraderas y las inmediatas o instantáneas. Prueba de ello es la intangibilidad perpetua que el ordenamiento dispensa a todas esas situaciones «perfectamente acabadas, íntegramente periclitadas», y la posibilidad de modificabilidad normativa sin reproche alguno de irretroactividad cuando la norma afecta a situaciones que no han perdurado durante el suficiente tiempo como para merecer dicha consideración.

El principio, formulado en estos términos, podría concretarse en la mera prohibición de regular *in peius* lo que se ha venido denominando «los derechos adquiridos»; derechos adquiridos que, por qué no decirlo, no necesitaban de esta prohibición constitucional en tanto que éstos se han venido concibiendo «como una especie de refugio seguro frente al poder innovativo de la ley» (9); es decir, siempre inmunes o intangibles para futuras disposiciones (10).

Así las cosas, concibiéndose la jubilación a la edad establecida en el momento de ingreso en la función pública como una mera expectativa (11), quedaría fuera, pues, del alcance y protección del artículo 9.3 CE hasta el extremo en que la edad de jubilación sería susceptible de ser revisada cuantas veces estime oportuno el legislador, sin por ello violentar el citado precepto constitucional.

Cierto es que rotular como derecho jubilarse a la edad que determina-

---

nal, hemos de tener en cuenta que el concepto de "derecho individual" no puede confundirse con el *ius quaesitum* (...).»

(9) F. LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad...*, op. cit., pág. 96.

(10) Con base en esta consideración, F. LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad...*, op. cit., pág. 496, afirma: «Ciertamente, la tesis de los *iura quaesita* a nadie debiera producir excesivo entusiasmo, pues (...) debe notarse, de una parte, que no son ésas precisamente las posiciones que suelen ser objeto de ataque por las leyes; y, de otro lado, que dicha tesis implica arrojar irremisiblemente a la más pura indefensión infinidad de situaciones jurídicas que aun sin llegar al grado de exquisitez formal del *ius perfectus* serían perfectamente equiparables a los clásicos derechos adquiridos a efecto de su más firme protección. Si se tiene en cuenta lo expuesto, cada vez será más inexplicable la adición ciega a una teoría que se diluye en el juego medievalista de las sutiles distinciones formales, excluyendo de sí todo aquello que no cumple los escolásticos requisitos del "derecho perfecto", siendo así que el mundo jurídico actual se monta fundamentalmente sobre el *ius nondum perfectum*; mundo donde imperan los intereses, expectativas, relaciones de tracto sucesivo, situaciones estatutarias..., es decir, todo un universo de situaciones a extramuros del derecho subjetivo cuya alteración o destrucción no pueden quedar a merced del libérrimo albedrío de un Legislador liberado igualmente de toda responsabilidad, por más que la propia teoría de los derechos adquiridos, paradójicamente, venga a otorgar cobertura para ello.»

(11) A. NIETO, *Los derechos adquiridos de los funcionarios*, núm. 39 de esta REVISTA, 1962, pág. 261.

ba la norma vigente en el momento de ingreso en la función pública resulta una afirmación altamente arriesgada (12), y una aplicación correcta y adecuada del término a cada caso concreto exige una utilización estricta y ponderada del mismo. Como afirma NIETO (13), «la grave cuestión de los llamados derechos adquiridos de los funcionarios no puede resolverse nunca con el tajante método de su desconocimiento; pero (...) la actual presión de determinados intereses pretende simplemente cobijar bajo la equívoca etiqueta de los derechos adquiridos una serie de intereses creados, que no merecen o no debieran protegerse jurídicamente».

Tan peligroso e incorrecto es, pues, el total desconocimiento de los derechos adquiridos cuando éstos se revelan existentes en una situación que pretende ser ignorada en el dictado de una nueva ley, como el indebido manejo del concepto amparándose en la inconcreción y versatilidad de su significado que se resiste a ser definido apriorísticamente. De ahí que el TS haya venido siendo especialmente cuidadoso y reticente en su aplicación en cada trama concreta del caso litigioso.

Buena prueba de ello la constituye la STS de 12 de abril de 1984, que afirmaba tajantemente:

«para que un derecho adquirido pueda considerarse existente dentro de una relación intemporal o de sucesión de normas, tiene que haberse producido *la consolidación de una situación jurídica* bajo el imperio del ordenamiento anterior, consolidación que requiere la concurrencia de cuantos requisitos sean necesarios para el perfeccionamiento del acto según la anterior normativa (...). No puede esgrimirse con éxito más que los derechos que por consolidación hayan desembocado en la condición de adquiridos que se viene limitando a los de orden económico o a los relativos al contenido de la función a desarrollar (...), pues pretender que las nuevas o simples expectativas y las facultades legales —aquéllas en cuanto son situaciones de futuro que no pueden ser contabilizadas como elementos del activo patrimonial de una persona, y éstas concebidas como simples posibilidades de hacer a todos los ciudadanos que se hallan en las mismas circunstancias— son susceptibles de protección jurídica frente a la norma posterior que modifica el régimen establecido en la anterior, es desconocer la virtualidad y eficacia de las normas como rectoras de situaciones innovativas de las relaciones jurídicas que han de ser condicionadas por las circunstancias sociales cambiantes».

---

(12) A. NIETO, *Los derechos adquiridos...*, op. cit., pág. 261, mantiene que los funcionarios están obligados a soportar las disposiciones legales que determinen una edad de retiro diferente a la señalada en el momento de su ingreso, y que la fijación de la edad de retiro está siempre por encima de los derechos adquiridos y corresponde libremente a la Administración.

(13) A. NIETO, *Los derechos adquiridos...*, op. cit., pág. 243.

En el mismo sentido se manifestaba la STS de 4 de febrero de 1986 al afirmar:

«el contenido del carácter económico de los derechos adquiridos (...) se limita a la conservación de las retribuciones consolidadas percibidas hasta el momento de que se trate, sin que pueda aducirse frente a la *potestas variandi*, con el límite que acaba de establecerse, el mantenimiento indefinido (...) de determinadas situaciones, implicando lo contrario la petrificación de la relación funcional en un momento dado (...)».

Con mayor rotundidad, si cabe, se expresa la STS de 20 de febrero de 1990, que ofrece un concepto negativo y residual de derecho adquirido al afirmar que no lo son «las nuevas condiciones reglamentarias o las situaciones de ventaja que pudieran derivarse potencialmente del derecho objetivo, ya que tales “derechos” por definición, sólo pueden ser derechos subjetivos o situaciones jurídicas individualizadas de poder concreto cuando hayan ingresado en el patrimonio de la persona que las detenta, y no sólo a consecuencia de la existencia de una norma objetiva, sino a través de un acto jurídico singular que los confiere, no entrañando meras posibilidades o expectativas y, siempre nacidas y constituidas durante la vigencia de dichas normas jurídicas» (14).

El propio TC así lo afirma expresamente en la STC 100/1989, de 5 de junio. Pues bien, con esta base jurisprudencial, que bien pudiera resumirse en la literalidad de los términos en que el TS y TC se expresan en las citadas sentencias, mal puede entenderse e identificarse la jubilación a una determinada edad con lo que se ha venido denominando un auténtico «derecho adquirido».

Pero siendo ello cierto, no lo es menos la circunstancia de que las situaciones jurídicas de los ciudadanos no se basan tanto en esos «etéreos» y «metafísicos» derechos adquiridos —que son cuantitativamente menos de cuantos pudieran vulgarmente calificarse como tales— como en simples expectativas, meras esperanzas de ver consolidadas por la aplicación sucesiva de la normativa vigente mediante actos jurídicos singulares a las situaciones que van creándose progresivamente. Meras expectativas que, a veces, son tan merecedoras de protección como pueden serlo los propios derechos adquiridos.

Dos pudieran ser los argumentos que sirvan de base a esta afirmación: primero, que los derechos, con carácter general, no suelen nacer en un solo acto. La consolidación a que se refieren el TS y el TC para calificar como adquirido un derecho requiere de cierta perdurabilidad temporal de su ejercicio y disfrute. Quiere con ello decirse que lo que comienza siendo una mera expectativa acaba por convertirse en derecho consolidado si

(14) En este mismo sentido se expresan las SSTs de 8 de mayo de 1981, 29 de noviembre de 1986, 14 de diciembre de 1990, 7, 8, 10 y 15 de abril de 1992.

aquella no se interrumpe en su desarrollo con el poder innovativo y normalmente sorpresivo de la ley. En otros términos: las expectativas son derechos en gestación y sólo si son protegidas llegarán a tornarse en verdaderos derechos adquiridos con sólo permitir la continuidad de su ejercicio en el tiempo.

Y segundo, entre la simple expectativa (*ius existens in spe*) insusceptible o poco digna de protección por el Derecho y el derecho adquirido (*ius quasitum firmum*) existe una escala de múltiples grados, situaciones intermedias de naturaleza participativa de ambos, y en este sentido, pudiera hablarse de gradación de las expectativas, distinguiendo entre las simples expectativas que no generan derechos de inmediato si no se producen determinados actos singulares que las conviertan en auténticos derechos y aquellas otras cualificadas que sí los generan.

Desde este punto de vista, no es lo mismo la expectativa a ocupar un puesto en la función pública una vez superadas las pruebas pertinentes para ello a la espera sólo del acto formal de nombramiento, que la expectativa del opositor a superarlas o a que no sea modificado el temario de las mismas. Aunque, en puridad de conceptos, en ninguno de ambos supuestos puede hablarse de derechos incorporados en el patrimonio, la lógica permite entender que el primero no admite margen alguno de incertidumbre respecto a futuras reformas normativas; en definitiva, situaciones jurídicas en cuya consolidación el ciudadano tiene derecho a confiar. En definitiva, ese *tertium genus* entre lo eterno y lo inmediato e instantáneo a que antes nos referíamos.

Pues bien, poco después de la primera de las sentencias del TC, la 108/86, de 26 de julio, ya examinada más arriba, el TS tuvo ocasión de enjuiciar la misma cuestión en la STS de 29 de noviembre de 1986, en la que vuelve a reproducir en su integridad cuanto ya quedaba afirmado por el TC.

El TS no podía ser más tajante en su planteamiento ni mostrar más fidelidad con el ya expuesto por el TC. Buena muestra de ello la constituye la reproducción literal en esta STS de 29 de noviembre de 1986, del razonamiento con que el TC niega la irretroactividad de la norma por la que quedaba anticipada la edad de jubilación a los sesenta y cinco años:

«no se vulnera el principio de retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, pues dado que no se puede limitar derechos que no existen, ya que no alteran situaciones ya agotadas o perfectas sino que se limitan a establecer para el futuro la consecuencia jurídica, la jubilación, que aún no han tenido lugar respecto a los sujetos afectados. (...) No puede argumentarse que la reducción de la edad de jubilación es una medida expropiatoria, ya que sólo son expropiables la privación de bienes y derechos e incluso intereses patrimoniales legítimos pero en ningún caso lo son las expectativas (...).»

Junto a ello, poca es la consideración que al TC le merece la seguridad jurídica a este respecto, que parece pasar de uno de los valores supremos del Estado de Derecho a una simple palabra, un mero enunciado constitucional con escasa aplicación práctica (15).

Para el TC la seguridad jurídica carece de entidad suficiente como para prevalecer ante los cambios legislativos pese a que éstos pudieran afectar, no ya a expectativas por muy cualificadas y cercanas que éstas se encuentren al derecho consolidado, sino a los derechos subjetivos a que hace expresa referencia el artículo 9.3 CE:

«Esta doctrina congruente con la sostenida al tratar de la irretroactividad y de la interdicción de la arbitrariedad, y que se justifica por el *respeto que merece el campo de la acción del legislador y las posibilidades de reforma del ordenamiento* propios de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 de la Constitución), hace que, *aún en hipótesis de la existencia de derechos subjetivos* (y con más razón sin duda tratándose de expectativas) respecto de la jubilación, no podría invocarse el principio de seguridad jurídica para hacerlos valer frente al legislador ante este Tribunal.»

Obvio es que la ley no puede establecer *ab initio* la duración de su vigencia, pues la permanencia o modificación de cuanto ella establece dependerá de la duración o cambio de las circunstancias que la han originado. La movilidad jurídica aparece condicionada, pues, por la necesidad de ajuste y conformación con los acontecimientos de la vida social en cambio. El Derecho, por propia esencia, es cambiante. De ello, en efecto, no cabe duda. Y es al legislador a quien corresponde la decisión del cuándo y del cómo acomodar sus normas a dichos cambios sociales. Pero siendo ello cierto, no lo es menos que son menos frecuentes estos cambios sociales como lo llegan a ser los cambios legislativos que obedecen a opciones políticas cuyo extremado respeto el TC en esta STC 108/86, de 26 de julio, confirma abiertamente en los siguientes términos (16):

---

(15) Afirmaba G. ARIÑO ORTIZ, *Leyes singulares, leyes de caso único*, op. cit., pág. 74, que «nuestro Tribunal Constitucional opera casi siempre con afirmaciones genéricas inde mostradas (veremos más adelante un ejemplo clamoroso) que se formulan con un aire dogmático y como procedentes de la divinidad, sin posible alegación en contrario».

Buen ejemplo clamoroso pudiera serlo la STC 27/1981, de 20 de julio, cuya lectura hace evocar precisamente aquellas palabras de ARIÑO ORTIZ, cuando define en el FJ 10 la seguridad jurídica en los siguientes términos: «La seguridad jurídica (...) es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la dicción de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en la libertad.»

(16) Vid. A. NIETO, *La organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, 1988, 4.ª ed., págs. 141 y 142, cuyas consideraciones al respecto son de capital importancia, por lo que merecen ser reproducidas en su integridad: «La pregonada vinculación de la ley a la Constitución es, en último extremo, etérea y lo único importante es que aquí se hace entrar en

«Ciertamente, en un régimen constitucional, también el poder legislativo está sujeto a la Constitución y es misión de este Tribunal velar por que se mantenga esa sujeción, que no es más que otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta voz como poder constituyente. Ese *control de la constitucionalidad* de las leyes debe ejercerse, sin embargo, de forma que no imponga constricciones indebidas al poder legislativo y *respete sus opciones políticas*.»

Lo cierto es que un legislador cuyas decisiones dependen de meras «opciones políticas» es un legislador de muy dudoso crédito, condicionado en sus decisiones por improvisadas motivaciones puramente ideológicas.

El TC se plantea, pues, la cuestión en sus extremos. De la dicción literal de sus términos se extrae, de un lado, su preocupación y celo en proteger o, al menos, no contravenir frontalmente las opciones políticas que han llevado a adoptar una solución plasmada en una determinada ley, y de otro, parece optar entre la absoluta petrificación y parálisis del ordenamiento jurídico en aras de la seguridad jurídica (17) y la reforma de la legalidad vigente aunque ello sea a costa de los derechos subjetivos, olvidándose de la posibilidad de conciliar ambos extremos, cuando un principio de *prudencia iuris* parece imponer esta solución última.

En este sentido afirmaba COING (18), de una parte, que «el Derecho requiere permanencia, estabilidad, para suscitar ese sentimiento de confianza (...). Se puede y se debe contar con el Derecho como una magnitud fija, sustraída de las transformaciones versátiles», y de otra, que «hay que celar para que la tradición no traiga el enquistamiento ni propicie la subordinación a los poderes políticos y sociales, riesgo que se da, pues el Derecho necesita del Poder para hacerse efectivo; y dado que en parte se ordena a la seguridad de lo existente, es fácil que la relación Derecho-Poder se invier-

---

juego a la libre voluntad interpretativa del Tribunal Constitucional, quien, dicho sea de paso, se ha apresurado a adelantar que las declaraciones constitucionales admiten los desarrollos legislativos más diversos, según la coyuntura política de cada momento.

»Vistas así las cosas, adquiere el sistema normativo unos contornos que pudieran calificarse de hipócritas: formalmente se establece su sumisión a la Constitución, pero, dado el carácter evanescente de ésta, la sumisión desaparece realmente, habida cuenta de que el Parlamento tiene en cierto sentido carta blanca. Y hace uso generoso de ella (...).

»Ahora bien, lo verdaderamente importante es que, como se ha dicho, en el sistema entra el Tribunal Constitucional, quien controla efectivamente las leyes, pero no siempre con criterios jurídicos sino de acuerdo con su propio voluntarismo político, que de hecho resulta imprevisible dada la actual composición del mismo.

»Tal es la realidad descarnada que no es lícito ocultar (...).»

En esta misma consideración ha incidido E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1991, págs. 184-185.

(17) Así lo manifestaba también en la STC 126/87, de 16 de julio (FJ 11): «el principio de seguridad jurídica no puede erigirse valor absoluto por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y progreso».

(18) H. COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, trad. esp. J. M. MAURI, Barcelona, Ariel, 1961, págs. 37 y 43.

ta, y en vez de ser el Poder el que sirva al Derecho, sea éste el que acabe sirviendo a los poderes establecidos».

Este parece ser el criterio que subyace en el, a nuestro juicio, acertado voto particular formulado por los Magistrados Rubio Llorente y Truyol Serra en la STC 208/1988, de 10 de noviembre, en que explícitamente manifiesta:

«En un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), la seguridad jurídica implica también, a mi juicio, la necesidad de que el Estado no pueda abrogar libremente aquellas normas que (...) están precisamente destinadas a dotar de una mínima garantía a determinados grupos sociales. *La seguridad jurídica no exige, ciertamente, la petrificación del ordenamiento jurídico, pero sí, creo, el respeto a las garantías enumeradas explícitamente como tales.* (...) Que esa reducción implica una privación de un derecho patrimonial es cosa que no necesita de mayor demostración. La garantía frente a tales privaciones, recogida en el artículo 33.3 CE, implica, como se sabe, la existencia de una causa justificada de interés público o utilidad social (...). También exige, sin embargo, “la correspondiente indemnización”, de la que nada se dice. Su inexistencia tal vez pueda explicarse por la dificultad de encontrar “un equivalente patrimonial” en una expropiación dineraria, pero esta dificultad no elimina en modo alguno la invalidez constitucional de la norma, aunque *evidencia lo insostenible de la doctrina que no pone más límite que el de los derechos fundamentales a la indefinida irretroactividad de las normas.*»

Pero volvamos, tras estas reflexiones, a la STC 108/86, de 26 de julio. Pese a la manifestada claridad con que se niegan sistemáticamente en ella todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por los recurrentes, y la absoluta desconsideración de cuantos criterios modulan cuanto en ella queda afirmado, curiosamente se observa en esta sentencia un tímido intento de relativizar el dogmatismo de sus considerandos cuando, a pesar de la categorización de todos sus argumentos, y después de todos ellos, reconoce incomprensiblemente la derivación de perjuicios económicos que pudieran merecer «algún género de compensación»:

«Establece esta disposición (la DT 28.1 LOPJ) un escalonamiento de edades para aplicar en forma gradual la nueva edad máxima de jubilación, y en este sentido, su constitucionalidad viene confirmada por todos los razonamientos anteriores. Su finalidad evidente es la de paliar los *efectos negativos* que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origine una *frustración de las expectativas* existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos.

Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que *esos efectos negativos*, de no ser corregidos puedan *merecer algún género de compensación*.»

No se comprende bien en qué consiste este tipo de compensación después de haberse afirmado tajantemente que, ni aun tratándose de un derecho subjetivo (y mucho más, siendo una simple expectativa), no queda vulnerado el artículo 33.3 CE, de cuya dicción literal puede extraerse la voluntad del constituyente de considerar sólo constitucionalmente legítima aquella norma que imponga un sacrificio especial en la medida en que contemple la correspondiente indemnización.

El esquema del artículo 33.3 CE, al menos en su proyección teórica, no contiene ninguna significación equívoca. Si se ha producido lesión en los derechos de los ciudadanos, es claro que existe su correlativo derecho a la indemnización, sin que el precepto prevea, ni de él se deduzca, la posibilidad de sustitución de la misma por género alguno «de compensación».

Este mismo esquema vuelve a reproducirse en su integridad en posteriores sentencias del TC que vuelven así a confirmar la solución adoptada en la ya examinada.

Este es el caso de la STC 99/1987, de 11 de julio (Ponente: don Carlos de la Vega Benayas), dictada a propósito de la resolución del recurso de inconstitucionalidad promovido contra determinados preceptos de la L. 30/84, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, entre ellos el artículo 33, por virtud del cual se anticipa la edad de jubilación a los sesenta y cinco años para todos los funcionarios públicos.

En consecuencia, esta STC 99/87, de 11 de julio, vuelve a partir, de un lado, de la descalificación de la jubilación a una determinada edad (la establecida en la legislación vigente en el momento de ingreso en la función pública) como un auténtico derecho subjetivo, tratándose por ello de una situación desprotegida del amparo y respeto debido por el legislador futuro, y de otro, de la situación jurídica objetiva y estatutaria en que se coloca el funcionario que ingresa en la función pública y, por ello, modificable por ulteriores regulaciones. De esta manera el funcionario queda, por así decirlo, desguarnecido por virtud de la relación de sujeción especial con que queda vinculado a la Administración, lo cual resulta altamente criticable, como ha sido puesto de manifiesto por SANTAMARÍA PASTOR (19), quien afirma que en caso de utilizarse tal diferenciación (entre dos tipos globales y distintos de administrados y de relaciones de poder, de supremacía o de sujeción) no posee «más que un alcance aproximativo, descriptivo y coloquial, sin precisión dogmática alguna: algo así como clasificar a los seres humanos en altos y bajos, gordos y flacos o buenos y malos».

Esta misma línea es la seguida por la STC 70/1988, de 19 de abril (Ponente: García-Mon y González-Regueral), dictada como consecuencia de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el Real Decreto-Ley 17/82, de 24 de septiembre, por el que se anticipaba la edad de jubilación a

(19) J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, op. cit., pág. 870.

los sesenta y cinco años a los funcionarios del Cuerpo de Profesores de EGB.

Pero si bien el punto de partida y el fallo de esta STC es semejante a las anteriormente mencionadas, no obstante introduce una plausible propuesta al legislador que bien puede permitirle soslayar, de manera constitucionalmente adecuada, los perjuicios económicos que ocasiona el adelanto de la edad de jubilación y que abiertamente reconoce el TC en sentencias precedentes:

«al margen de la solución judicial que se dé al caso aquí planteado, es claro que situaciones como las resueltas por el Tribunal Supremo (...) tendrían más fácil y justa solución si el legislador, que constitucionalmente ha rebajado la edad de jubilación, revisara también por medio de ley formal y en términos generales los años de servicio activo necesarios para alcanzar los diversos porcentajes previstos para el cálculo del haber regulador. La legislación sobre derechos pasivos descansa en último término sobre el binomio edad de jubilación-años de servicio, y es de pura lógica (y por tanto *una razonable exigencia de los ciudadanos en términos de justicia material*) que quienes han visto o verán anticipada su jubilación respecto a la edad fijada en el momento de su ingreso en la función pública, y no han podido por ello alcanzar el haber regulador que hubieran podido lograr de haber permanecido cinco años más en activo, encuentren una solución que les permita, mediante un ajuste establecido por el legislador, percibir esos mismos haberes pasivos inalcanzables para cada uno de ellos por una decisión legislativa no contraria a la Constitución, pero *creadora de perjuicios difícilmente justificables.*»

Los términos en que se expresa el TC en esta STC 70/88, de 19 de abril, son altamente expresivos. En definitiva, se trata de buscar un equilibrio, una solución ponderada para que la expectativa a obtener una determinada cantidad en concepto de pensión de jubilación a la edad de sesenta y cinco años, según la legislación vigente en el momento de ingreso en la función pública, no se vea frustrada al ver, en consecuencia, negada la posibilidad de alcanzar el determinado número de años de cotización exigidos para alcanzar aquellas cantidades, ya que existe una correspondencia entre cotización y prestación, tal y como expresa el TC en las sentencias 103/83, de 23 de noviembre; 121/83, de 15 de diciembre, y 134/87, de 21 de julio.

Obviamente, la consecución de ese equilibrio no podría conseguirse si se modifica uno de los instrumentos jurídicos, el regulador de la edad de jubilación, y se deja invariable el regulador de los años de cotización precisos para lograr aquel nivel económico de jubilación. El adelanto de la edad de jubilación dejaría, pues, de ser una medida gravosa para el funcionario

si al mismo tiempo se rebaja en la misma proporción el número de años de cotización exigidos para alcanzar el haber regulador.

Esta solución, cuya constitucionalidad resulta indudable por no afectar negativa sino positivamente a los derechos subjetivos de los particulares, evitaría además cualquier acusación de inconstitucionalidad de la ley por la que se anticipa la edad de jubilación, ya que dejaría esta última de constituir una medida ablatoria y restrictiva.

Ahora bien, con ser elogiable la solución propuesta por el TC, resulta a todas luces insuficiente si no se acompaña de un fallo que no declarara constitucionalmente válida, como lo hace, la anticipación de la edad de jubilación a los sesenta y cinco años sin haberse previsto por el legislador su correspondiente equilibrio, bien por vía de indemnización, bien por vía de disminución de los años exigidos de cotización para lograr el mismo nivel económico de jubilación al que se hubiera alcanzado de haber permanecido cinco años más en activo.

De ahí que pueda incidentalmente afirmarse que los recursos de inconstitucionalidad que dieron lugar a las citadas SSTC estuvieran mal planteados: el problema no era la edad de jubilación, sino el derecho al mantenimiento de ciertas percepciones económicas, dada la diferencia entre las retribuciones activas y las pasivas, al no incluir estas últimas los complementos.

### 3. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN RELACIÓN CON LA JUBILACIÓN ANTICIPADA

El TC no se pronuncia, como hemos visto, en ninguna de sus sentencias, al menos de modo directo, acerca de la responsabilidad del Estado legislador por anticipar la edad de jubilación de los funcionarios públicos. De todos modos, su respuesta al respecto resulta fácilmente previsible —como previsible también lo es la que ofrece el TS— con sólo reparar en la ya examinada inmovible posición que mantiene respecto al adelanto de dicha edad de jubilación. Una medida que, para el TC, resulta legítima constitucionalmente pese a no preverse junto a ella la correspondiente indemnización ni una medida paralela que evitase esos «perjuicios económicos» que abiertamente reconoce, al no incluirse los complementos en las retribuciones pasivas.

De este modo el TC, en buena medida, sienta las bases que justifican al TS en la continua negación respecto a la responsabilidad del Estado legislador en esta misma cuestión en diversas sentencias que precedieron a la de 30 de noviembre de 1992.

Este es el caso de las SSTS de 15 de julio y 25 de septiembre de 1987 que resolvían los recursos interpuestos contra decisiones del Pleno del Consejo General del Poder Judicial sobre jubilación de Jueces y Magistrados.

Dos afirmaciones fundamentales resaltan en la primera de estas sen-

tencias, la de 15 de julio de 1987. Una, referente al reconocimiento de los perjuicios económicos que produce el adelanto de la edad de jubilación, y otra, el planteamiento que ello genera en relación a la responsabilidad del Estado por actos del legislador, haciendo para ello extensible a esta cuestión la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque no llega el TS a pronunciarse sobre su aplicación en el supuesto concreto:

«(la) anticipación (de la edad de jubilación) implica una *notable merma de la retribución* que venían percibiendo por la prestación de sus servicios como tales Jueces y Magistrados y con la que, razonablemente y conforme a la normal y lógica previsión, contaban para sufragar las necesidades y deseos que la vida depara (...). La reparación de los posibles perjuicios que se puedan irrogar a Jueces y Magistrados al establecer la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, una edad de jubilación forzosa, que en relación con la normativa vigente cuando entraron al servicio de la Administración de Justicia, *minora su vida activa*, plantea la cuestión de la *responsabilidad del Estado por los actos del legislador*, problema que la doctrina científica y el Derecho comparado abordó en un sentido favorable a declarar esta responsabilidad, cuando la aplicación de una Ley conforme a la Constitución, produzca unos graves y ciertos perjuicios y que en el ordenamiento legal que rige en nuestra Patria *encontraría su respaldo y cauce legal en los artículos 9 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*».

Sin más razonamientos ni soporte jurídico, el TS deniega el derecho de indemnización solicitado por los recurrentes, sin perjuicio de que la reclamación del reconocimiento del derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios se formule, a través del Ministerio de Justicia, al Consejo de Ministros.

Algo más explícita es la STS de 25 de septiembre de 1987, aunque llega al mismo resultado, cuando afirma la exigencia de que concurren tres requisitos para que resulte procedente el reconocimiento de indemnización que solicitan los recurrentes. Primero, que su reconocimiento derive de la normativa vigente o, al menos, de los principios que la inspiran; segundo, que se den las bases fácticas para ello, y tercero, que la petición indemnizatoria se haya dirigido al organismo administrativamente competente para resolver sobre ella, es decir, al Consejo de Ministros.

Incidentalmente hay que reconocer que causa sorpresa que respecto al primer requisito, el TS en esta sentencia de 25 de septiembre de 1987 haya estimado que existe cobertura legal reconocedora de la responsabilidad del Estado legislador y que, incluso, no existiendo, resulta inadmisibles mantener la irresponsabilidad de aquél, mientras que, como después veremos, en la STS de 30 de noviembre de 1992 se produce un total desconocimiento

de esta afirmación precedente del TS, produciéndose con él un lamentable retroceso.

Afirma textualmente el TS en esta sentencia de 25 de septiembre de 1987:

«(...) como ya se ha indicado en la sentencia de este Tribunal de 15 de julio último, no se puede negar la efectividad de esa responsabilidad, siquiera su declaración presente el problema de su falta de regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, pero de ello *no puede colegirse que de tal ausencia de regulación derive la exención de responsabilidad para el Estado, pues ello implicaría una absoluta falta de ética en sus actuaciones y el desconocimiento de unos valores y principios reconocidos en la Constitución al inspirar preceptos concretos de la misma;* (...) si a nadie le es lícito dañar a otro en sus intereses sin venir obligado a satisfacer la pertinente indemnización, menos puede hacerlo el Estado al establecer sus regulaciones generales mediante normas de cualquier rango, incluso leyes, de lo que se infiere que, si fácticamente se da perjuicio alguno para ciudadanos concretos, económicamente evaluables, ellos deben ser indemnizados si, además, concurren los restantes requisitos señalados (...)».

Pese a ello, el TS desestima la pretensión indemnizatoria al entender que no concurre el tercero de los requisitos que enunciaba primeramente, es decir, por no haberse planteado la petición indemnizatoria ante el órgano competente, habiéndose declarado como tal por el TS al Consejo de Ministros (20).

No obstante este resultado desestimatorio de la pretensión indemnizatoria en ambas sentencias, el TS aportó, no obstante, una doctrina ciertamente seductora, en la que se viene a proclamar que de no haber sido por faltar el requisito formal de la formulación previa de la petición resarcitoria al Consejo de Ministros, en vez de hacerlo al Consejo General del Poder Judicial, ésta hubiese sido acordada por imputación de responsabilidad al Estado legislador, ya que concurrían a un tiempo tanto su reconocimiento en el ordenamiento jurídico como los presupuestos de hecho precisos para su efectiva aplicación práctica.

Con ambas sentencias, el TS dejó abierto un inmenso horizonte de posibilidades para la admisibilidad, teórica y práctica, de la tan discutida responsabilidad del Estado legislador por anticipar la edad de jubilación, aun reconociendo su aplicación a las situaciones objetivas y reglamentarias a las que se hallan sometidos los funcionarios públicos.

---

(20) Con posterioridad a esta sentencia, el TS así volvía a manifestarlo, entre otras, en las siguientes: SSTS de 1 de marzo y 19 de octubre de 1989; 14 de mayo de 1990; 14 de marzo, 12 de julio, 24 y 28 de septiembre, 14, 28 y 31 de octubre, 8 y 25 de noviembre, todas de 1991; y 20 de febrero de 1992.

Pero tan loables intenciones manifestadas por el TS en sus citadas sentencias no tuvieron el resultado apetecido en las que le siguieron, tales como la de 2 de octubre de 1987, 18 de marzo de 1988, 18 de diciembre de 1989, 5 de febrero, 4 de octubre de 1991 y 5 de noviembre de 1992.

En todas estas SSTs, el principio de responsabilidad del Estado legislador, lejos de quedar robustecido, fue diluyéndose en la tan socorrida teoría de los derechos adquiridos y situaciones estatutarias de los funcionarios públicos, hasta prácticamente desaparecer en los Fundamentos de Derecho de tan nutrida jurisprudencia.

Este propósito de dejar reducido a la nada aquel incipiente principio de responsabilidad del Estado legislador o convertirlo en una entelequia repleta de equivocidades fue, por fin, logrado en la STS de 30 de noviembre de 1992, en la que el propio TS no puede remitir a los recurrentes al Consejo de Ministros porque éstos ya lo hicieron, y no le queda más solución que pronunciarse sobre el fondo del asunto, negando categóricamente, esta vez, que en nuestro ordenamiento jurídico exista cobertura para reconocer dicha responsabilidad del Estado legislador, en contra de lo que él mismo había admitido ya en las SSTs de 15 de julio y 25 de septiembre de 1987.

#### 4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1992

Con mayor virulencia que en anteriores sentencias del TS, en ésta de 30 de noviembre de 1992 la responsabilidad del Estado legislador se presenta como un complejo de relativismos, carente de puntos referenciales ciertos y de soportes jurídicos autónomos.

La STS de 30 de noviembre de 1992 no es más que el paradigma del pronunciamiento más radical y negativo de los hasta ahora formulados por el TS, en el que yugula de raíz cualquier posibilidad de reconocimiento de responsabilidad del Estado legislador, no ya al caso concreto de anticipación de la edad de jubilación de los funcionarios públicos, sino respecto de cualquier otro supuesto de daños ocasionados como consecuencia del dictado de una ley.

Lo que comienza singularizando a esta STS y distinguiéndola de cuantas la preceden es que a los argumentos ya conocidos de ellas se suma otro que no puede sino causar cierta inquietud y sorpresa. Así, en el F. D. Tercero el TS comienza negando que sea aplicable directamente el principio de responsabilidad de los poderes públicos enunciado en el artículo 9.3 CE.

Esta consideración del TS se revela insatisfactoria con sólo reparar en dos circunstancias. Primero, que el TS incurre en el error de sustituir el término «responsabilidad del Estado legislador» por «responsabilidad derivada de actos de aplicación de las leyes»; error lamentablemente cometido también por el artículo 139.3 de la L. 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC, si bien en este último caso el legislador opta por desplazar su propia responsabilidad a las Administraciones públicas.

A lo que el TS y el propio artículo 139.3 L. 30/92 se refieren no es propiamente a la responsabilidad del Estado legislador por declarar éste en una ley un sacrificio especial que requiera ser indemnizado, ni tampoco la responsabilidad de las Administraciones públicas por causar de modo objetivo una lesión resarcible como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de sus servicios públicos. Es un *tertius genus*; una extraña responsabilidad que acaba por recaer en la Administración por ejecutar lo que previamente ha previsto el legislador.

Cierto es que la mera aprobación de una ley con un contenido ablatario concreto no supone en sí misma un comportamiento que provoque un daño directo y actual en la esfera jurídica del particular. La lesión efectiva y concreta se producirá cuando entre en juego el acto de ejecución de la ley.

Pero siendo eso así, no debe de inferirse de ahí la obligación de resarcimiento por parte de la Administración —como reconoce el art. 139.3 L. 30/92— por un acto que tiene su origen en otro poder público, como es el legislativo.

Todo ello se vuelve más grave si se tiene en cuenta que ejecutar la ley no es más que a lo que está obligada la Administración pública por virtud del artículo 103 CE y, por qué no decirlo, del propio artículo 9.3 CE, cuya directa aplicación aparece discutida y hasta negada en esta STS de 30 de noviembre de 1992. Sorprende, en consecuencia, que se reproche a la Administración que ejecute determinadas leyes y que además por ello se le impute la responsabilidad que debe corresponder al legislador por dictarlas con un contenido lesivo de derechos.

En segundo lugar, el TS niega eficacia inmediata a lo establecido en el artículo 9.3 CE, apoyándose para ello en dos razones: una, en que la responsabilidad patrimonial de la Administración pública «es objeto de un tratamiento concreto en el artículo 106.2» y la responsabilidad de la Administración de Justicia en el artículo 121 CE, mientras que la «posible responsabilidad por actos de aplicación de las Leyes no tiene tratamiento específico en el texto constitucional». Y otra, en la falta de «antecedente histórico o regulación que posibilite una decisión sobre tales cuestiones». Razones éstas que no impidieron al propio TS admitir, como ya se indicó más arriba, en la STS de 25 de septiembre de 1987 la responsabilidad del Estado legislador por ausencia de regulación específica, pues «ello implicaría una absoluta falta de ética en sus actuaciones y el desconocimiento de unos valores y principios reconocidos en la Constitución al inspirar preceptos concretos de la misma».

Del mismo modo es preciso recordar que el propio TC en la STC 16/82, de 28 de abril (FJ 1.º), afirmaba con toda contundencia que:

«Conviene no olvidar nunca que la CE lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y

en cuanto a tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos (...) están sujetos a ella.»

En este mismo sentido se expresaba en la STC 80/82, de 20 de noviembre (FJ 1.º):

«Que la CE es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1, donde se dice que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución”, sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor (...).»

Por todo ello no deja de ser desconcertante la consideración del TS en virtud de la cual se decide obviar ostensiblemente la garantía constitucional de la responsabilidad de los poderes públicos —menos del Poder judicial y de la Administración pública por contar su responsabilidad con un desarrollo normativo— a la que se refiere el artículo 9.3 CE en presente de indicativo —como dice la STC 80/82, de 20 de diciembre— por faltar una operación legal concretizadora de dicho principio. Ni el propio TC se atrevió a fundamentar en semejante afirmación el fallo denegatorio en las ya examinadas SSTC 108/86, de 26 de julio; 99/87, de 11 de julio, y 70/88, de 19 de abril, en las que tuvo ocasión de enjuiciar esta misma cuestión.

En definitiva, la consecuencia implícita que puede derivarse de esta exigencia del TS de ver desarrollada normativamente la responsabilidad derivada de la actividad legislativa del Estado es dejar inoperativo el artículo 9.3 CE en este extremo ya que sería, según el TS, insusceptible de aplicación por carecer del desarrollo normativo necesario.

Pero a pesar de que el TS entiende ya en el FD 3.º que de la ausencia de tal desarrollo se deriva causa suficiente para desestimar el recurso, continúa, no obstante, aportando otro motivo desestimatorio, como es la insusceptibilidad de aplicación analógica de las normas reguladoras de la responsabilidad de la Administración pública. El TS se basa, en esta ocasión, en la circunstancia de que tal normativa está referida «al funcionamiento de los servicios públicos prestados por la Administración, en cuyo concepto difícilmente tiene cabida la elaboración de Leyes por órganos legislativos o su aplicación en los estrictos términos que en las mismas se establece».

Esta consideración del TS no ha sido compartida por algún sector doctrinal. En este sentido, BLASCO ESTEVE (21) entiende que «existen convincentes argumentos para pensar que la regulación del artículo 106.2 CE y su legislación de desarrollo (LEF y LRJAE hasta ahora) son aplicables a

---

(21) A. BLASCO ESTEVE, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Madrid, Ed. Carperi, 1993, págs. 412 y 421.

los daños causados por todos los poderes públicos que no tengan regulación específica (como es el caso del poder legislativo)». Para BLASCO ESTEVE, la razón estriba en el ámbito general que debe darse a los artículos 9.3 y 106.2 CE; preceptos que «cubren los daños producidos por todos los poderes públicos. Y ello, en primer lugar, por el alcance omnicomprendido del artículo 9.3; segundo, porque la referencia a los “servicios públicos” del artículo 106.2 puede entenderse hecha a los servicios prestados no sólo por la Administración sino también por los restantes órganos y poderes públicos (servicio público de legislación —en palabras de la doctrina francesa—, servicio público de la Justicia, servicio público de la Administración electoral, etc.)».

Desde este punto de vista, puede entenderse que quedan invertidos los términos: para el TS, si no hay legislación específica que desarrolle la responsabilidad del legislador, resulta inaplicable en este extremo el artículo 9.3 CE ya que, al mismo tiempo, se le niega virtualidad analógica a los preceptos reguladores de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. En cambio, para BLASCO ESTEVE, salvo que exista legislación especial, como es el caso de responsabilidad por actuaciones judiciales (arts. 121 CE y 292 y ss. LOPJ), los preceptos que desarrollan la responsabilidad de las Administraciones públicas (en la actualidad el Título X de la Ley 30/92) resultan plenamente aplicables.

Junto a esta consideración, el TS continúa adicionando más motivos determinantes de la desestimación de la pretensión indemnizatoria de los recurrentes. Uno, en la ya declarada por el TC constitucionalidad de los preceptos que adelantaron la edad de jubilación forzosa de los funcionarios públicos; y otro, en el silencio de dichos preceptos respecto de la posible indemnización.

Lo cierto es que, pese a que el TS escinde ambas circunstancias, bien pudiera entenderse que se trata de una sola. La posible inconstitucionalidad de una ley con un contenido ablatorio concreto no estriba en que lo preceptuado en ella sea contrario a algún precepto constitucional, sino precisamente en lo que pudiera silenciarse en la ley junto a la privación de bienes o derechos que aquélla suponga, es decir, su no previsión de la cláusula resarcitoria, por resultar ello contrario a lo establecido, con carácter general, en el artículo 33.3 CE.

Si, por el contrario, se exigiera la inconstitucionalidad de la ley basada en otro motivo distinto, la responsabilidad del Estado legislador no sería objetiva, sino que estaría ligada al concepto de culpa. Como afirma BLASCO ESTEVE (22), si existe «un concepto constitucionalizado de responsabilidad patrimonial de todos los poderes públicos, basado en última instancia en la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, la ley que cause daños de este tipo generará responsabilidad, sin ser por ello inconstitucional (de la misma manera que un acto lícito también puede engendrar responsabilidad). Es posible entonces la responsabilidad del Estado legislador en nuestro sistema, figura que puede ser de gran utilidad en el

(22) A. BLASCO ESTEVE, *Comentario sistemático...*, op. cit., pág. 421.

caso de leyes que causen perjuicios especiales y que no se pronuncien expresamente sobre la indemnización».

Pero con independencia de que la responsabilidad del Estado legislador se halle o no vinculada a la idea de culpa —es decir, condicionada o no por la inconstitucionalidad de la ley por él dictada—, lo cierto es que no toda ley con contenido lesivo ha de ser declarada inconstitucional por no contemplar su correspondiente indemnización. Sólo podrá estimarse precisa esta cláusula resarcitoria, so pena de la inconstitucionalidad de la ley que la omite, si supone una auténtica expropiación material (23), es decir, una privación efectiva de derechos. Es precisamente ahí donde se centra la cuestión y no en la negación de la eficacia inmediata del artículo 9.3 CE ni en la insusceptibilidad de aplicación analógica de los preceptos reguladores de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

Bastaba, pues, con que el TS hubiera fundamentado su fallo desestimatorio —como ya lo hacía el TC en las sentencias examinadas anteriormente—, en la calificación de simple expectativa a lo que se lesiona por la ley que adelanta la edad de jubilación, aunque este argumento no resultase del todo convincente por las razones antes expuestas. Bien es cierto que el TS no deja de aludir a esta cuestión, pero lo hace en el FD Sexto y sólo para el hipotético supuesto de que el artículo 9.3 CE fuera de aplicación directa y que existiera normativa aplicable a la responsabilidad del Estado legislador.

Lo que resalta y, a la vez, decepciona de esta STS no es ya el fallo desestimatorio que, por otro lado, ya era de esperar dada la jurisprudencia del propio TS y TC a este respecto, sino la genérica negación de la responsabilidad del Estado legislador. Con los FF.DD. de esta STS de 30 de noviembre de 1992, sería imposible reconocer que procede dicha responsabilidad aunque hipotéticamente nos encontráramos ante una Ley que privara de auténticos derechos a los ciudadanos. Aun en tal supuesto toparíamos con el grave inconveniente de no contar con desarrollo normativo suficiente que «determinara en qué casos procede y qué requisitos son exigibles» para entender producida la responsabilidad del Estado legislador. Razón más que suficiente, según entiende el TS en esta sentencia (FD 3.º), para la desestimación del recurso.

El único desarrollo legislativo con que cuenta la responsabilidad del propio legislador se halla en el citado artículo 139.3 L. 30/92 y no lo hace en unos términos que pudieran calificarse de generosos.

Por lo pronto, condiciona esta responsabilidad a la concurrencia simultánea de dos requisitos: de un lado, lo que pudiera denominarse la antijuricidad del daño (que no se tenga el deber jurídico de soportar, dice el

---

(23) En este sentido, L. PAREJO ALFONSO en el libro colectivo *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 1992, pág. 357, afirma que «toda medida legislativa que pretenda un sacrificio patrimonial no calificable de carga general sólo es legítima constitucionalmente —por representar una expropiación material— en la medida en que contemple su indemnización. Si la contempla, no existe problema alguno. En otro caso, la medida ha de reputarse inconstitucional, debiendo, además y en su caso, resarcirse los daños y perjuicios que efectivamente se hayan causado».

art. 139.3), y de otro, que se introduzca en la propia ley una cláusula indemnizatoria. Sólo cuando la indemnización se establezca en los propios «actos legislativos» y en los términos que en ellos se establezca podrá ésta exigirse.

Lo primero que sorprende en este precepto es que se exija la antijuricidad del daño, la cual deriva, como es sabido, de la inexistencia de deber jurídico en el lesionado de sufrirlo (24). Pues bien, esta antijuricidad del daño aparece perfectamente predicable de la acción administrativa en tanto que supone la actividad de la Administración causante de un daño no querido jurídicamente, pero deja de serlo en la acción del legislador. Obviamente, la ley que prevé un daño suprime a la vez su posible antijuricidad porque ella en sí misma representa el título jurídico capaz de imponer legítimamente el perjuicio que dispone (25).

Y lo mismo podría afirmarse respecto de la cláusula resarcitoria que se configura como otro requisito *sine qua non* para que el ciudadano que soporta un daño previsto en una ley tenga derecho a indemnización. Ello no es más que otorgarle un cheque en blanco al legislador para que por vía de legislación ordinaria pueda modificar la voluntad que el constituyente ya expresó en los artículos 9.3 y 33.3 CE. ¿Cómo puede el legislador ordinario autolimitar su responsabilidad hasta el extremo de hacerla inviable en la práctica, frente a lo establecido en la propia CE?

Si una ley es lesiva, eso sí, de derechos —no de simples expectativas— debe contemplar su correspondiente indemnización. Si no lo hace, el artículo 139.3 L. 30/92 no la salva de la acusación de inconstitucionalidad. Más al contrario, cabe la posibilidad de sospechar que este precepto sea susceptible de calificarse, justamente por ello, de muy dudosa constitucionalidad.

Pues bien, éste es el primer y único desarrollo normativo con que cuenta la responsabilidad del Estado legislador. Y ya vemos en qué términos: muy acordes, por cierto, con el improbable esfuerzo que el TS ha empleado para negarla en esta sentencia de 30 de noviembre de 1992.

Como decíamos más atrás, lo que desencanta de esta STS es precisamente eso y no su rotunda inaplicación al caso que contempla, al adelanto de la edad de jubilación. Tal vez cabría afirmar, tras las reflexiones que aquí se han reflejado, que ver anticipada la edad de jubilación no suponga privación de un auténtico derecho, pero sí de una expectativa cualitativamente importante, bastante cualificada y bien cercana a aquél. Por ello, aun tratándose de expectativas y no de derecho adquirido, bien pudiera merecer la protección y el respeto del legislador y de los Tribunales.

(24) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, op. cit., T. II, págs. 337-338.

(25) F. GARRIDO FALLA, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva L. 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992*, «REDA», núm. 77, 1993, pág. 128, hace esta apreciación con las siguientes reflexiones: ¿Acaso el efecto inherente a toda ley no es la obligación que surge en el ciudadano de cumplirla (esto es, de soportarla)? ¿Acaso el expropiado, por aplicación de la Ley de Expropiación Forzosa, no tiene el deber jurídico de soportar la expropiación, lo cual no es óbice —sino todo lo contrario— para que surja su derecho a indemnización?

Así, pues, suficientes principios se hallan en la CE para que —sin tener que acudir a la vulneración de un derecho— el legislador se hubiese encontrado en la obligación de mantener la solución que para el mismo supuesto de adelanto de la edad de jubilación se contemplaba en el artículo 47.3 de la Orden de 9 de diciembre de 1975 por la que se establecían nuevos Estatutos de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL) («BOE» de 16 de diciembre de 1975).

El admirable respeto que dicho precepto mostraba a la fundada expectativa del funcionario a jubilarse a la edad que establecían las normas vigentes cuando ingresó en la función pública, le hace merecedor de ser reproducido aquí en su integridad:

«Los asegurados a los que se refiere la letra a) del párrafo anterior que hubieren ingresado con anterioridad a la fecha de publicación de estos Estatutos, así como los comprendidos en la letra c) del mencionado párrafo que hubieran ingresado con anterioridad a la fecha del visado, en el supuesto de futura plantilla, en la que se establezca la repetida edad de *sesenta y cinco años*, *podrán optar* entre continuar en el servicio activo hasta cumplir la edad que para su jubilación forzosa estaba establecida en la legislación anterior, o cesar en el servicio por tener cumplidos sesenta y cinco años de edad. En este último caso, la determinación de la pensión de jubilación se hará incrementando la base reguladora con el importe del trienio o trienios que hubiera podido completar hasta cumplir los setenta años de edad, a los solos efectos de la determinación de la prestación básica que corresponda, con exclusión de la mejora; corriendo de cargo de la Entidad, Organismos o Dependencia afiliada la diferencia que resulte.»

Lamentablemente, este apartado tercero del artículo 47 fue suprimido en su integridad por la Orden de 27 de diciembre de 1984.

Pero si el artículo 47.3 de la Orden de 9 de diciembre de 1975 enseñaba el camino que podrían seguir las ulteriores normas que adelantaban la edad de jubilación, para obtener así una solución acorde con un mínimo de justicia material, otra solución no menos plausible era la aportada, con carácter de principio general, en la STS de 27 de enero de 1990 (Ponente: don Francisco González Navarro) (FD 2.º):

«(...) los principios de buena fe, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, proclamados en el artículo 9 de la Constitución obligan a otorgar protección a quienes legítimamente han podido confiar en la estabilidad de ciertas situaciones jurídicas regularmente constituidas en base a las cuales pueden haberse adoptado decisiones que afecten no sólo al presente sino también al futuro condicionando éste,

lo cual no sólo es legítimo hacerlo sino que es lo que cabe esperar de eso que se ha dado en llamar *la conducta del buen padre de familia*. De aquí que lo que rotundamente no puede aceptarse es que una norma ni reglamentaria ni legal, produzca una brusca alteración en una situación regularmente constituida al amparo de una legislación anterior, desarticulando por sorpresa una situación en cuya perdurabilidad podía legítimamente confiarse. Y por ello esos cambios sólo pueden admitirse cuando así lo imponga el interés público y, en todo caso, ofreciendo medios y tiempo razonable para replantear las situaciones individuales afectadas».

Probablemente, el legislador era buen conocedor de los perjuicios económicos que ocasionaba el adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios públicos, como también lo era de que dicha medida sería tachada de inconstitucionalidad por los afectados si no contemplaba la correspondiente indemnización o, al menos, la medida paralela que neutralizara a aquélla o equilibrara la situación creada con la normativa anterior. Soluciones no le faltaron para evitarlo y ello hace menos disculpable que haya escogido la más lesiva y contraria a la CE.

