

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

J. A. SANTAMARÍA PASTOR

Caducidad del procedimiento
(art. 44.2 LRJAP)

**M. REBOLLO PUIG
y M. IZQUIERDO CARRASCO**

Las competencias estadísticas del Estado
y de las Comunidades Autónomas

M.^a J. ALONSO MAS

El discutible régimen jurídico
de los concejales no adscritos

M. CARLÓN RUIZ

Casación y cuestión de ilegalidad:
una propuesta *de lege ferenda*

168

Madrid
Septiembre/Diciembre
2005

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA
ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 168,
Madrid, septiembre-diciembre (2005)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaría:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*
Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*
Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*
León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*
Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*
Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*
Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*
Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*
Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*
José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*
Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*
José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

LA FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. CONSECUENCIAS SOBRE EL NUEVO VÍNCULO JURÍDICO: ¿UN *TERTIUM GENUS* TRANSITORIO FUNCIONARIAL?

XAVIER BOLTAINA BOSCH

Letrado del Área de Recursos Humanos de la Diputación de Barcelona
Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona
y de la Escuela de Administración Pública de Cataluña

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA AFECTACIÓN DE LA FINALIZACIÓN DEL PROCESO SELECTIVO DE FUNCIONARIZACIÓN EN EL NUEVO VÍNCULO FUNCIONARIAL: II.1. *La provisión del puesto de trabajo readscrito a régimen funcionarial*: II.1.1. La funcionarización como fórmula *ad hoc* de provisión de puestos de trabajo. II.1.2. El deber de permanencia en el nuevo puesto y el reconocimiento de los derechos preexistentes. II.2. *La garantía de indemnidad retributiva*: II.2.1. Retribuciones consolidadas como trabajador. II.2.2. La estructura retributiva funcionarial: la dificultad de equivalencia con el régimen laboral. II.2.3. Alcance de la garantía de indemnidad. II.2.4. El real alcance de la articulación de la garantía retributiva: el denominado «*complemento personal transitorio*» (CPT). II.3. *El vínculo laboral del trabajador funcionarizado: pervivencia o extinción*.—III. EL ESTATUS ESPECIAL DE TRABAJADORES FUNCIONARIZADOS INMERSOS EN UN PROCESO DE TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El estudio analiza el denominado proceso de funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, concretamente desde la perspectiva de las consecuencias que tal proceso supone sobre los trabajadores que asumen el nuevo estatus de funcionario, dado que la funcionarización es un proceso restringido y excepcional, al cual sólo pueden optar los trabajadores de la Administración con contrato laboral fijo. Se describe cómo el conjunto de normas legales, reglamentarias, acuerdos y pactos de funcionarios y otras disposiciones estatales, autonómicas, locales, universitarias y del sector sanitario afectan al nuevo vínculo que nace y lo mediatiza en gran medida, como no sucede en otros procesos de acceso a la condición de funcionario.

Palabras clave: funcionarización; función pública; funcionarios; Administración pública; personal laboral Administraciones públicas.

ABSTRACT

The survey analyses the process of transformation of a labour contract into a civil (public) servancy linkage in respect of staff serving Spanish Public Administrations. More specifically, the survey is undertaken from the perspective of the consequences of the transformation of a labour contract into a civil servancy linkage on workers who assume the new condition of civil servants; the transformation is a restricted and exceptional process, to which only those workers that have a fixed labour contract can apply, with a description of legal norms, regulations, agreements and civil servancy accords as well as other provisions regulating the transformation of a labour contract into a civil servancy linkage in Spain, in respect of State employees and Autonomous Communities, local, academic and National Health Service employees.

Key words: transformation of a labour contract into a civil servancy linkage; civil service; labour contract; public administration; public jobs.

I. INTRODUCCIÓN

La funcionarización es una institución jurídica fruto de la necesidad de adaptar el vínculo, laboral, de los empleados públicos que ocupan puestos de trabajo que, de conformidad con la ley, corresponde su cobertura por funcionarios públicos¹. El origen de la institución aparece con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP), que optó por un criterio claramente laboralizador, limitado en gran medida por la STC 99/1987, de 11 de junio. El nuevo artículo 15.1.c) de la Ley, según redactado dado por Ley 23/1988, estableció que con carácter general se adscribían a régimen funcional los puestos de la Administración pública e instituyó una lista tasada de puestos de posible cobertura laboral. Este modelo ha sido seguido por todas las Comunidades Autónomas, a excepción de Navarra, y en gran medida debe aplicarse a las Corporaciones locales, pese a que para ellas sigue vigente² el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, según el cual deben ser cubiertos por funcionarios determinados puestos que implican ejercicio de función pública y que son descritos en tres bloques: las funciones propias de los Cuerpos de habilitación nacional, las funciones que implican ejercicio de autoridad y aquellas otras que, finalmente, deben ser ejercidas por funcionarios para una mayor garantía de independencia, imparcialidad y objetividad. La Ley 23/1988 añadió a la LMRFP una Disposición Transitoria, la decimoquinta, según la cual podría articularse un procedimiento para incorporar al régimen funcional a los trabajadores afectados por el cambio de distribución de puestos, modelo que ha sido seguido también por las Comunidades Autónomas.

En cualquier caso, el proceso de funcionarización se conforma como un procedimiento selectivo *ad hoc*, restringido al máximo, al cual únicamente puede acceder el trabajador afectado por ocupar un puesto readscrito a funcional. En teoría, una vez finalizado el proceso, a este nuevo funcionario le es de aplicación, sin mayor complejidad, el régimen jurídico de la función pública. En cuanto al o a los trabajadores que no participan, por propia voluntad, en el proceso selectivo, o no lo superan, mantienen su ocupación en ese puesto, en una situación de transitoriedad indefinida, con garantía de continuidad y de promoción profesional. También, en teoría, la no funcionarización no les afecta en sus expectativas futuras profesionales como trabajadores por cuenta de la Administración.

Sin embargo, tal presunción, en uno y otro sentido, es falsa. El nuevo

¹ Un estudio sobre el régimen jurídico y el proceso selectivo restringido *ad hoc* de la funcionarización del personal laboral puede consultarse en nuestra monografía *La funcionarización del personal laboral de las Administraciones Públicas. Régimen jurídico y proceso selectivo restringido*, Cedecs-Diputación de Barcelona, 2005.

² Y cuya constitucionalidad, puesta en duda en el año 1993 por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que elevó una cuestión al Tribunal Constitucional alegando su contravención con la Carta Magna, fue aceptada por la STC 37/2002, de 14 de febrero.

estatus de trabajador funcionarizado supone un haz jurídico complejo. También para el trabajador que no se funcionariza. Por ello hemos osado en calificar a tal estatus con el calificativo de *tertium genus transitorio*, hasta el punto que entendemos que durante un período transitorio, que según la Ley no debería prolongarse indefinidamente en el tiempo, el nuevo funcionario incorpora a su estatuto muchas de las circunstancias y vicisitudes del previo vínculo laboral. Y si bien referirnos a este marco jurídico como *tertium genus* entre laboral y funcionario sería muy discutible, sí tendremos ocasión de plantear que, *de iure* y *de facto*, el trabajador funcionarizado mantiene un estatus muy singular, con un haz de derechos vinculados a su condición previa de laboral, que le aleja en no pocos aspectos de la ordinaria relación funcionarial de sus compañeros de Administración.

Es importante destacar, al respecto, que se trata de un aspecto en absoluto estudiado hasta el momento presente, a pesar de que, según nuestros cálculos, más de 400.000 empleados laborales han adquirido un vínculo administrativo a través de la funcionarización durante el período 1989-2005, y que los procesos de tal índole continúan plenamente vigentes en la práctica, a pesar de la STC 38/2004, de 11 de marzo, que ha puesto en grave tela de juicio la funcionarización tanto en las Comunidades Autónomas (no así en el Estado) como también en las Corporaciones locales y Universidades públicas. La concordancia de intereses de la Administración, de los trabajadores —que ven en el vínculo funcionarial una inmejorable estabilidad que el contrato de trabajo hoy en día no ofrece— y de las organizaciones sindicales supone que sea imprescindible una aproximación sosegada *al día después* de la toma de posesión y juramento o promesa del nuevo funcionario.

II. LA AFECTACIÓN DE LA FINALIZACIÓN DEL PROCESO SELECTIVO DE FUNCIONARIZACIÓN EN EL NUEVO VÍNCULO FUNCIONARIAL

La funcionarización, desde una perspectiva subjetiva, es un proceso selectivo *ad hoc*, específico y restringido, pero proceso selectivo a fin de cuentas. Ello implica que el trabajador afectado participa en el mismo y, finalizado, debe llevar a cabo los actos que conforman toda adquisición de funcionario: juramento o promesa y toma de posesión, a partir de los cuales pasa a ostentar la condición de funcionario de carrera.

Sin embargo, esta nueva condición se ve mediatizada por numerosos precedentes derivados del vínculo laboral. El primero y más fundamental es el puesto a ocupar, cuyas reglas no se rigen en absoluto por las habituales de la provisión de puestos de trabajo, pues la legislación vigente supone *de iure* una derogación expresa de tales fórmulas cuando el trabajador es funcionarizado.

II.1. *La provisión del puesto de trabajo readscrito a régimen funcionarial*

Todos los textos legislativos, reglamentarios y normas convencionales analizados parten de una consideración común: el proceso de funcionarización finaliza, en cuanto al trabajador que lo supera, con el mantenimiento de su anterior puesto laboral, ahora en la condición de funcionario.

Nos hallamos, pues, ante una fórmula *ad hoc* de provisión de puestos de trabajo, por cuanto no sólo este principio legal viene recogido para aquellos trabajadores funcionarizados que ocupen puestos de trabajo base o no singularizados, sino también para los singularizados o los que supongan algún tipo de especificidad: puestos de dirección, jefatura, mayor responsabilidad, etc., y también con independencia absoluta sobre la fórmula de provisión del mismo, ya sea bajo el régimen laboral, ya sea bajo la nueva fórmula funcionarial: concurso, concurso específico o libre designación.

Es evidente que tal planteamiento legal está plenamente justificado, por cuanto la funcionarización, como proceso restringido y excepcional, tiene por finalidad adaptar el régimen jurídico del vínculo del trabajador a la nueva naturaleza estatutaria del puesto que ocupa. Una respuesta distinta desvirtuaría la finalidad constitucional de la funcionarización si, una vez adquirida tal condición por el trabajador, éste debiera, de nuevo, concursar a la plaza que ocupaba por el sistema de provisión que prevea la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) o el catálogo de puestos, con el riesgo de que tal opción no diera el resultado deseado y el nuevo funcionario quedaría expulsado de su anterior puesto de trabajo.

Esta previsión es, como ya hemos señalado, unánime en la normativa consultada, con redacción similar o idéntica a la que prevé el artículo 10.1 de la Orden estatal de 27 de marzo de 1991, según la cual «*el personal laboral que supere las pruebas selectivas de acceso, quedará destinado en el puesto de trabajo de personal funcionario en que su puesto se haya reconvertido...*», que asume la redacción, idéntica, instituida por el artículo 37.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre; la DT 10.^a de la Ley de Función Pública de Cataluña de 1997 prescribe que el personal fijo «*queda destinado al puesto de trabajo de personal funcionario en que se ha reconvertido el puesto que ocupaba (...) aplicándose a todos los efectos la normativa sobre régimen estatutario*» (apartado 5.^o). En idéntico sentido —huelga su repetición y cita—, la práctica totalidad de las normas autonómicas y locales, así como las bases y convocatorias específicas de funcionarización, que se expresan en términos tales como que «*el personal que supere el proceso selectivo de funcionarización será nombrado funcionario de carrera y quedará destinado en el puesto de trabajo que tuviera asignado con carácter definitivo, sin solución de continuidad*»³, o que «*el personal que supere el proceso selectivo deberá permanecer en su actual puesto de trabajo*»⁴, por mencionar algunas.

³ Base 1.^a.1 de la Resolución de 20-10-2004 sobre funcionarización del personal laboral de la Universidad de Zaragoza. BOA 29-10-2004.

⁴ Resolución de 4-5-2004 de funcionarización del personal laboral de la Universidad de Castilla-La Mancha. DOCM 18-5-2004.

Al respecto son dos las cuestiones que entendemos necesario plantear: por un lado, el carácter excepcional de esta fórmula de provisión, que legalmente no aparece recogida en los textos legales o reglamentarios que regulan con carácter general la provisión de puestos de trabajo y, por otro, el factor de permanencia; en este último caso, la norma estatal y, en gran medida, muchas de las autonómicas establecen una obligación añadida para el trabajador funcionarizado: la permanencia por un período mínimo de tiempo en ese puesto una vez haya tomado posesión, que tanto la legislación estatal como la autonómica fijan en dos años, aunque en algún supuesto puntual se ha reducido a un período menor o se ha suprimido tal condicionante.

II.1.1. *La funcionarización como fórmula ad hoc de provisión de puestos de trabajo.*

La *provisión de puestos de trabajo* es una institución jurídica que pretende dar tutela a diversas necesidades: la cobertura de vacantes en los puestos de trabajo y la gestión racional de los efectivos de personal, desde la perspectiva de la Administración, y la articulación de una parte de la carrera administrativa y del derecho de acceso a cargos y funciones públicos, desde la perspectiva del empleado público. Son diversas, pues, las finalidades que a través de la institución pueden pretenderse alcanzar; no necesariamente todas al mismo tiempo. Por ello, nos parece adecuada la definición descriptiva aportada por la doctrina más reciente en el sentido de plantear la provisión de puestos como un procedimiento o mecanismo que el Derecho de la función pública ha instituido al objeto de cubrir vacantes y reordenar los puestos de trabajo con los efectivos de personal funcionario existentes, cuando tengan la cualificación adecuada para el ejercicio de estos puestos o funciones⁵, lo que implica también considerar a la institución de la provisión de puestos de trabajo desde la perspectiva de un derecho concreto del funcionario público, inserto en uno más genérico, esto es, el del desempeño de un puesto concreto y específico⁶.

La LMRFP no establece ninguna clasificación de los diferentes sistemas de provisión, y el RD 364/1995, de 10 de marzo⁷, tampoco lo hace, si bien una aproximación al mismo, y a sus homólogos de la función pública autonómica, permite señalar que el concurso y la libre designación son las

⁵ Xavier FERREIRA FERNÁNDEZ, *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, INAP-MAP, Madrid, 2002, pág. 47.

⁶ Juan B. LORENZO DE MEMBIELA, *Provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública —Estudio normativo, jurisprudencial y doctrinal—*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 34.

⁷ Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso, de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de la Administración Civil del Estado. Si bien todas las Comunidades Autónomas han regulado tales aspectos, el Reglamento estatal tiene carácter supletorio para el personal de las restantes Administraciones públicas (autonómica, local y personal de administración y servicios de las Universidades públicas, art. 1.3).

formas normales y ordinarias de provisión, frente a otras fórmulas temporales —comisión de servicios y adscripción provisional— o aquellas sujetas a las necesidades del servicio, como son el traslado o la reasignación de efectivos, si bien con la tal descripción tampoco se finaliza la relación de posibilidades, por cuanto también existe la permuta.

La doctrina ha planteado una distinción básica entre la provisión en función de su origen o causa determinante y la provisión en función de su duración. La funcionarización es enmarcable en esta clasificación, pero con trazos muy singulares. A nuestro entender, debemos distinguir claramente dos momentos en la provisión de puestos de trabajo cuando un puesto ha sido afectado por su adscripción a régimen funcionarial y su titular se ha funcionarizado.

El primer momento supone que, por prescripción legal, el trabajador que supera el proceso, independientemente de la mayor o menor puntuación final que obtiene, continúa adscrito, con carácter definitivo, en el puesto de trabajo afectado. Tal sistema no puede calificarse de ordinario, pues ello implicaría la simple existencia de una vacante dotada presupuestariamente a cubrir, por lo general, por concurso o libre designación. En nuestro caso, tal vacante propiamente no existe; está ya ocupada, por un trabajador que cambia de vínculo jurídico.

Por consiguiente, la funcionarización, como sistema de provisión, debe enmarcarse en los denominados sistemas extraordinarios de provisión, definidos como aquellos cuya utilización requiere la concurrencia de circunstancias excepcionales y distintas de la mera existencia de un puesto vacante⁸, si bien la doctrina no ha planteado tal singularidad en cuanto a la funcionarización y por parte de los entes públicos parece obviarse esta consideración, al entender que superado el proceso la adscripción es automática, sin mayor reparo⁹.

Las notas que caracterizan un sistema extraordinario son diversas y, a nuestro juicio, todas ellas se dan en la funcionarización:

En primer término, como sistema propiamente dicho no puede figurar en la RPT, sino que son las circunstancias derivadas de su elaboración las que lo instituyen de forma eventual. En nuestro caso, se trata de la adscripción a funcionario de un puesto laboral, que puede ser o no ocupado

⁸ Xavier FERREIRA FERNÁNDEZ, *La provisión...*, *ob. cit.*, pág. 74. Manuel FÉREZ FERNÁNDEZ, en «Movilidad y carrera en la función pública local: reflexiones en torno a su reformulación», en AA.VV., *¿Quina funció pública volem per als nostres Ajuntaments?*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2004, se refiere a la general «*regulación jurídica confusa y deficiente de los denominados supuestos atípicos o extraordinarios de provisión de puestos*», reflexión que extendemos a la provisión del puesto tras un proceso de funcionarización, habida cuenta que, sin dudar de su carácter singular y excepcional, la norma —como criterio mayoritario— nada alcanza a prever más allá de la necesaria permanencia del empleado funcionarizado en el nuevo puesto por un plazo mínimo, generalmente, de dos años.

⁹ Sólo en algún supuesto aislado hemos podido localizar una definición de tal adscripción como fórmula específica de provisión de puestos de trabajo; así, en la base duodécima de las bases de funcionarización del personal laboral de la Diputación Provincial de Salamanca (BOCyL 12-7-2002).

por un trabajador fijo. Debemos destacar que la RPT indicará si tal o cual puesto se cubre por concurso o libre designación, con independencia del proceso de funcionarización; sin embargo, si su titular es un trabajador fijo tendrá derecho, al amparo de la DT 15.^a de la LMRFP, a participar en un proceso restringido cuya consecuencia será, de superarlo, su adscripción definitiva al nuevo puesto. Formalmente, puede ser que ni tan siquiera ello conste en la RPT aprobada o modificada: el derecho nace *ex lege*, y la Administración no podrá obligar a aquellos que superen la funcionarización a concursar de nuevo y, lo que es más significativo, tampoco los nuevos funcionarios podrán reclamar ese derecho.

En segundo lugar, es un procedimiento específico, que nosotros incluimos dentro de los sistemas extraordinarios, que siempre son tasados. La Administración no puede establecer nuevas formas de provisión, y la funcionarización es una de ellas, aunque legalmente no se haya definido como tal, a pesar de que en relevancia e importancia cuantitativa ha superado en la práctica a todos los legalmente existentes, a excepción del concurso y la libre designación.

En tercer término, la funcionarización, como fórmula de provisión, viene motivada por una causa de naturaleza organizativa, esto es, por la existencia en la entidad pública de una circunstancia o problema específico¹⁰.

Debe tenerse en cuenta, al respecto, que el puesto asignado al nuevo funcionario no necesariamente es de nivel básico, sino que puede estar inmerso en cualquiera de los niveles de la Administración, incluidos los más elevados, ostentando puestos de jefatura o dirección. En nuestro Derecho de la función pública, sólo una circunstancia excepcional puede validar que se quiebre el sistema general de provisión de puestos de trabajo y que se dé un trato preferente y privilegiado a un empleado sobre el resto de colectivo con expectativas a acceder a tal puesto: si tal circunstancia no se diera, supondría, en expresión de la jurisprudencia, un desprecio absoluto a los principios de mérito y capacidad (STSJ Galicia 25-3-1998). El supuesto de la funcionarización, en este sentido, no es extraño a nuestro Derecho, como ejemplariza la Ley de Función Pública de Cataluña de 1997: los funcionarios que han superado un proceso selectivo por promoción interna y que ocupaban de forma definitiva un puesto clasificado en las RPT como propio del grupo de procedencia, pero de contenido sustancialmente coincidente con el del puesto al cual han sido promovidos, pueden optar por permanecer en ese mismo puesto (art. 60.1). En la funcionarización tal permanencia es clara, se deduce de la misma Ley y del mismo objeto del proceso funcionarizador.

Las circunstancias excepcionales se residencian en la propia justificación constitucional del carácter restringido de la funcionarización. Desta-

¹⁰ FERREIRA FERNÁNDEZ define a estos sistemas como aquellos que vienen determinados «por el surgimiento en el seno de la organización o del servicio de unas especiales circunstancias o problemas, cuya resolución resulta imposible con los sistemas ordinarios» (La provisión..., *ob. cit.*, pág. 75).

caremos aquí, en cuanto a la fórmula de provisión, dos particularidades: la garantía del funcionamiento normal y eficaz del servicio público, que podría verse quebrado por una reordenación de efectivos masiva o de menor alcance cuantitativo, pero ciertamente desorganizadora, si la nueva provisión fuera por los sistemas ordinarios, y el derecho reconocido por la Ley al trabajador funcionarizado de continuación en el ejercicio de sus funciones o cargo anterior. No existe, pues, en la funcionarización el otorgamiento a la Administración de una facultad discrecional: todo lo contrario. Con la funcionarización no hay ningún margen de actuación para ella en el momento de toma de posesión del puesto, pues cualquier actuación orientada a desvirtuar la previsión de la Ley sería una desviación de poder jurisdiccionalmente censurable.

Por otro lado, entendemos que tal previsión legal es perfectamente proporcionada a la finalidad perseguida, y supone que, habida cuenta su finalidad de adecuación del personal a los puestos, prevalece sobre el procedimiento ordinario de provisión de vacantes y ascensos¹¹. Creemos que acontece tal proporcionalidad por cuanto, en primer lugar, es adecuado o congruente con el proceso de funcionarización, que es adaptar el régimen jurídico del trabajo al puesto que ocupa y no orquestrar un trasvase masivo de empleados y puestos, y, en segundo término, como fórmula de provisión se agota en sí misma, pues se dirige únicamente a superar una situación específica e irrepitable: el trabajador funcionarizado continúa en el mismo puesto anterior; ello garantiza sus derechos preexistentes como trabajador y a la ocupación efectiva, y de existir unos efectos lesivos —en especial, el impedimento de que otros funcionarios puedan acceder al puesto a través de las fórmulas ordinarias— deben calificarse como menores frente a la solución racional y equilibrada que supone que los beneficios para la Administración y el empleado sean superiores que aquellos otros, pues priman los principios de eficacia administrativa y la gestión óptima de los intereses colectivos: este principio de eficacia debe «*presidir (...) el régimen de la función pública*» (STSJ Castilla y León/Burgos 23-11-1998, RJCA 4259/1998). La Administración es titular, en consecuencia, de potestades administrativas para organizar sus servicios de forma eficaz y, en uso de esa potestad, es legítimo que se instauren fórmulas excepcionales para, en unos casos, integrar el personal transferido de una entidad pública ajena a las estructuras de la Administración pública receptora de la transferencia, coordinándolo con el propio personal existente, de lo que ha sido ejemplo por antonomasia la transferencia de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas, y en esta reflexión igualmente incorporamos la adscripción de puestos de trabajo tras un proceso de funcionarización; ambos supuestos, en donde la adscripción al puesto sigue una fórmula *ad hoc* excepcional, tienen razón de ser y justificación constitu-

¹¹ María José RODRÍGUEZ RAMOS, «La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: la constitucionalidad de la medida y la limitación de sujetos», en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas*, vol. I, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2001, pág. 799.

cional siempre y cuando no se incurra en desviación de poder o se atente al principio de igualdad.

En otro orden de cosas, con esta fórmula se cumple también un requisito que informa la institución de la provisión de puestos de trabajo, cual es el de determinar objetivamente la idoneidad de una persona para un puesto en la Administración. Si bien el procedimiento ordinario es a través de una valoración por Tribunal, ya sea en el concurso o en la libre designación, en nuestro caso confluyen dos argumentos igualmente significativos: la lógica de la idoneidad del trabajador que ocupa el puesto funcionarizado, por cuanto lo ocupaba en régimen laboral, y la superación de un proceso, que aunque restringido es selectivo, para la adquisición de la condición funcionarial, lo que justifica aún más el concurso-oposición como fórmula idónea, siempre —debe insistirse— sin olvidar que se trata de una *interpretación progresiva* de la normativa de provisión de puestos de trabajo, y de ahí que concordemos con la doctrina teórica más reciente en torno a la reflexión que efectúa¹², que la fórmula más adecuada —ante supuestos como el presente o similares— es una interpretación realista de la normativa de provisión de puestos de trabajo y, en el caso aquí estudiado, la particular habilidad que el trabajador funcionarizado ha adquirido en su puesto, lo que es garantía objetiva de una gestión eficaz del servicio público.

Es posible plantear, finalmente, si puede acontecer una cierta colisión en la provisión excepcional derivada de la funcionarización con los artículos 23.2 y 103.3 de la CE. Es cierto que tales principios se aplican a la provisión de puestos de trabajo, pero con desigual intensidad si se trata del acceso a las funciones y cargos públicos o cuando ya, inserto en ellos, se desarrolla la carrera administrativa funcionarial; así, se ha validado que la Administración puede tener en cuenta en la provisión de puestos otros criterios distintos a los del mérito y capacidad (STS 28-1-1997, Ar. 543), pero siempre «*en atención precisamente a una mayor eficacia en la organización de los servicios o a la protección de los bienes constitucionales...*» (STC 192/1991, de 14 de octubre), y de respeto a los principios de objetividad y razonabilidad que evitan el desplazamiento de los nuevos funcionarios de unos puestos y centros de trabajo de destino inicial a otros (STS 11-6-1999, Ar. 5497), que, a nuestro juicio, se cumplen plenamente en el ámbito aquí estudiado¹³.

En todo caso, no podemos obviar una cierta doctrina jurisprudencial que ha optado por ignorar tal proceso de provisión de puestos de trabajo,

¹² Juan B. LORENZO DE MEMBIELA, *Provisión...*, *ob. cit.*, pág. 44.

¹³ Entre los pronunciamientos y decisiones judiciales que han validado tal fórmula *ad hoc* de provisión se encuentran el ATC 177/1999, de 12 de julio; la SAN 18-10-2001 (JUR 2002/9856) y la STS 28-1-1997 (Ar. 541), esta última afirmando que la intangibilidad del hecho de que tales puestos ya estaban ocupados por personal laboral fijo y, por tanto, con o sin funcionarización de su titular, vedados ya inicialmente a su provisión por concurso o libre designación por otros funcionarios públicos, coarta cualquier derecho que los funcionarios preexistentes al proceso de funcionarización pudieran arrogarse para optar a los mismos.

como sistema peculiar y único resultante de la funcionarización, y que ha planteado la cuestión como una simple «consecuencia jurídica insita en las pruebas restringidas (...) que no puede ser otra sino que el contratado laboral fijo que supere dichas pruebas ocupe el opuesto de trabajo de personal funcionario en que su plaza se había convertido, finalidad única de las repetidas pruebas» (SSTS 20-3-2001, Ar. 2533; 5-4-2001, Ar. 3416, y 14-5-2001, Ar. 4476). Sin embargo, por coherencia del sistema de empleo público y habida cuenta la previsión expresa, muy general, de que tal adscripción comporta la obligación de mantenimiento en el puesto por un plazo mínimo de dos años, entendemos que la más ajustada consideración jurídica es insertar tal adscripción como una fórmula de provisión de puestos de trabajo, singularísima y *ad hoc*, eso sí, plenamente justificada constitucional y legalmente.

Dicho lo cual, debemos retomar lo expuesto anteriormente, al señalar que como fórmula de provisión, extraordinaria y única, se extingue con su primera aplicación. Una vez el trabajador funcionarizado toma posesión del puesto, esta provisión *ad hoc* fenece, y en modo alguno podrá volver a ser alegada por la Administración para este mismo puesto, el cual, en el futuro, se deberá proveer, de quedar vacante, a través de los procedimientos ordinarios, o extraordinarios si fuera el caso, de la legislación de empleo público, pero en modo alguno por el derivado de la funcionarización. Ello cierra de forma perfecta el ciclo como sistema excepcional de cobertura y justifica plenamente este calificativo.

II.1.2. *El deber de permanencia en el nuevo puesto y el reconocimiento de los derechos preexistentes.*

Derivadas de tal provisión, se plantean por lo general dos circunstancias de gran trascendencia en la carrera profesional del nuevo funcionario: la existencia o no de un deber de permanencia mínima en el nuevo puesto y el hipotético cómputo de su historial como laboral a los efectos de carrera administrativa posterior.

Tanto la legislación estatal como la mayoría de las normas autonómicas establecen un deber de permanencia en el puesto del trabajador funcionarizado. Este deber, concretado en el artículo 37.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, para el ámbito estatal, instituye que el personal laboral que supere las pruebas selectivas no sólo quedará destinado en el puesto de trabajo de personal funcionario en que su puesto se haya reconvertido, sino que además deberá permanecer en el mismo un plazo mínimo de dos años, conforme a lo dispuesto en el artículo 20.1.f) de la LMRFP¹⁴.

¹⁴ La legislación catalana, a través de la reforma operada por Ley de acompañamiento del año 2000, también ha fijado tal plazo en la DT 10.^a5 de su Ley de Función Pública (Texto Refundido 1/1997), y el modelo puede localizarse en la mayoría de las normas autonómicas. Entre otras, artículo 14.2 de la Ley 5/1990, de 26 de diciembre, de Castilla-La Mancha; DA 10.^a de la Ley 16/1990, de 26 de diciembre, de Presupuestos de Canarias para 1991, o DA 1.^a de la Ley 10/1992, de 23 de diciembre, de Presupuestos de Canarias para 1993.

Discrepamos de las razones que avalan ese deber de permanencia y la adopción acrítica que la normativa autónoma ha hecho del mismo. Su razón de ser se fundamenta en el referido artículo 20.1.f) de la LMRFP, cuya finalidad es establecer un régimen de permanencia y estabilidad en la provisión de puestos, evitando que un funcionario pueda reiteradamente concursar a otro puesto de trabajo distinto al conseguido, sin ninguna cadencia temporal, afectando con ello a la estabilidad del servicio público y a la buena continuidad del mismo. En concreto, el mencionado apartado f) indica que los funcionarios deben permanecer en cada puesto de trabajo un mínimo de dos años para poder participar en los concursos de provisión de otros puestos de trabajo.

Sin embargo, el artículo 20.1.f) de la LMRFP establece diversas excepciones, que no aparecen en las normas que regulan los procesos de funcionarización. Así, tal deber de permanencia se exceptúa si el concurso es en el ámbito de una Secretaría de Estado, de un Departamento ministerial en defecto de aquélla, en el supuesto de supresión del puesto de trabajo o por remoción por causas sobrevenidas derivadas de una alteración en el contenido del puesto de trabajo llevada a cabo a través de una modificación de la RPT que suponga una modificación de los supuestos que sirvieron de base para la convocatoria de provisión, o una falta de capacidad del funcionario para el desempeño de tal puesto a consecuencia de un rendimiento insuficiente que no comporte inhibición y que implica ineficacia de las funciones atribuidas al puesto.

Por el contrario, según nuestro parecer, el deber de permanencia en la funcionarización no establece un derecho al cargo, infranqueable para la Administración, durante esos dos años; al contrario, entendemos que el artículo 20.1.f) de la LMRFP es plenamente aplicable al nuevo funcionario, como también lo será el cese para el supuesto de que tal puesto sea de libre designación. La funcionarización, como fórmula especial de provisión del puesto, no impide el ejercicio por parte de la entidad pública de todas las facultades que de ordinario la ley le atribuye. Por el contrario, el deber de permanencia juega únicamente en contra del trabajador funcionarizado, salvo las excepciones mencionadas, porque no podrá concursar a otros puestos, ya sea por la vía del concurso o de la libre designación, y ello por un mal entendido principio de estabilidad que no se justifica en este supuesto. A nuestro juicio, el período de dos años debiera computarse desde el momento en que cubrió el puesto como laboral fijo, y sólo si ese período más el que pueda acumular en la nueva condición de funcionario fuera inferior a los dos años sería lógica la aplicación de la restricción; este criterio que postulamos ha sido refrendado, aunque no mayoritariamente, por algunas normas de empleo público autonómico¹⁵ y también por no pocas bases reguladoras del proceso selectivo de funcionarización¹⁶.

¹⁵ El artículo 12 de la Ley de Función Pública de Galicia de 1988, según redactado dado por Ley 3/2002, de 29 de abril, establece que el nuevo funcionario «podrá participar en concursos de traslados sin necesidad de permanecer dos años en el puesto en que está destinado...».

¹⁶ Entre las más recientes, las bases reguladoras del proceso de funcionarización de Educadores de Menores de la Diputación Provincial de Segovia (Acuerdo de 4-12-2003,

Idéntico criterio mantenemos para todos aquellos supuestos en donde la legislación de función pública requiere un período de permanencia mínima en el puesto de trabajo o, como es el supuesto del acceso a un Cuerpo o Escala superior, de permanencia mínima en el de inferior grupo de clasificación, generalmente también cifrado en dos años. En este sentido, obligar al trabajador funcionarizado a permanecer dos años para poder participar en el proceso específico nos parece que instituye una distinción no justificada con el personal laboral que no se haya funcionarizado y que —éste sí— mantendrá todos los derechos de antigüedad a los mismos efectos, dentro de su carrera profesional como trabajador. Por ello, creemos que las garantías en las expectativas de promoción interna del personal funcionarizado deben ser como mínimo iguales a las de los que no optaron al proceso, lo que implica una respuesta lógica, a juicio de la escasa doctrina que ha planteado la cuestión, y que supondría establecer un principio según el cual la Administración computaría el ejercicio o desarrollo de categorías laborales idénticas en contenido funcional a los Cuerpos y Escalas de funcionarios, no sólo para establecer el tiempo de servicios prestados a efectos de consolidación de la antigüedad mínima necesaria para la promoción interna¹⁷ o como mérito para la provisión de otros puestos de trabajo, sino también para otros supuestos, como es el de consolidación del grado personal del funcionario¹⁸. Este criterio ha sido adoptado por algunas normas autonómicas, como es el caso de Navarra y Murcia¹⁹, y ha sido validado por los Tribunales, al razonar que no quiebra el principio de igualdad, con respecto a otros funcionarios, porque supone dar una solución distinta a una situación también distinta, cual es que se trata de un proceso de funcionarización; siendo «*justa y coherente*» una respuesta legal que no reconociera tal antigüedad como laboral²⁰, también puede cali-

BOCyL 23-12-2003), según las cuales los aspirantes que superen la selección continuarán prestando servicios en sus mismos puestos, pero «*todo ello, sin perjuicio de que posteriormente puedan optar a otros puestos de trabajo de Educador de Menores que, en su caso, se creen o queden vacantes en otros centros, dependencias o servicios de la Corporación...*» (base 2.^a.3.^o).

¹⁷ En este sentido se pronuncia Joan MAURI MAJÓS, en *La selecció dels funcionaris al servei de les entitats locals de Catalunya*, EAPC, Barcelona, 2002, pág. 131.

¹⁸ Así, expresamente lo aplican las bases de selección de la funcionarización del área tributaria de la Diputación de Barcelona, con remisión directa del artículo 70.3 del RD 364/1995, de 10 de marzo (*BOP de Barcelona* 17-1-1997). En el mismo sentido, la funcionarización del Ayuntamiento de Trujillo (*BO de Cáceres* 6-7-2004). En sentido contrario, computándose el inicio de la consolidación a partir de la toma de posesión, la Resolución de 24-4-2002 de la Universidad de Zaragoza, cuyo artículo 9 prevé literalmente que «*desde la toma de posesión como funcionario de carrera le será de aplicación, a todos los efectos, la normativa sobre funcionarios aplicable en la Universidad, comenzado a consolidar desde esa misma fecha el grado personal correspondiente al nivel del puesto...*».

¹⁹ Entre las normas legales puede destacarse la DT 10.^a.5.^a de la Ley de Función Pública de Murcia de 2001, según la cual el personal laboral que adquiera la condición de funcionario verá respetados «*los derechos que se deriven en materia de consolidación de plus de destino a efectos de reconocimiento de grado*».

²⁰ No son pocos los supuestos. Así, el Acuerdo de Gobierno de 7-3-2003 de la Ciudad Autónoma de Melilla prevé expresamente que «*el personal que adquiriese la condición de funcionario no podrá optar a procesos de promoción interna hasta transcurridos dos años desde la toma de posesión del puesto adquirido por el citado proceso, que en todo caso será el mismo que viniere ocupando bajo la condición de laboral fijo*» (art. 10, BOME 13-5-2003).

ficarse de «*prudente*» y adecuada al principio de igualdad la que aquí hemos propuesto (SSTSJ Navarra 12-5-2000, RJCA 1314, y 22-10-2001, RJCA 1278).

II.2. *La garantía de indemnidad retributiva*

La segunda gran cuestión que plantea el resultado de la funcionarización es la garantía de indemnidad retributiva que, con carácter también muy mayoritario, las normas establecen a favor del nuevo funcionario, en relación a su anterior estatus laboral.

Evidentemente, el nuevo puesto de trabajo, funcional, tiene atribuidas unas retribuciones que, en cuanto a su estructura, pueden ser perfectamente distintas a las que tenía el trabajador y, en cuanto a su monto total, mensual o anualmente, por lo general inferiores. Mientras el personal laboral, de acuerdo con el artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), percibe una retribución distribuida entre salario base y complementos salariales —agrupados en tres grupos, pero conceptualmente definibles por negociación colectiva o contrato individual—, en el régimen funcional, y con carácter de norma básica, los conceptos retributivos vienen fijados por ley: sueldo, trienios, complemento específico y complemento de destino, más circunstancias específicas como son el complemento de productividad y las gratificaciones por servicios extraordinarios. Aunque no son pocas las Administraciones que por vía de negociación colectiva o contrato de trabajo han asimilado los conceptos de uno u otro —o, mejor dicho, han adaptado el régimen laboral al previsto en la LMRFP—, también son numerosas en las que ello no sucede o que, bien siendo de aquella primera forma, la realidad práctica ha supuesto la creación de nuevos conceptos retributivos, sobre todo a partir de los complementos salariales (nocturnidad, peligrosidad, jefatura, etc.), que en el supuesto funcional se concretan —y concentran— en el complemento específico.

Consecuentemente, el resultado de la nueva inserción del trabajador en su puesto de trabajo funcional conlleva: la necesidad de incorporar a su régimen retributivo la estructura retributiva funcional que se deriva de la RPT o catálogo de puestos, fundamentalmente centrada en un sueldo, fijado por ley de presupuestos y que dependerá del grupo de clasificación (A, B, C, D o E de su Cuerpo o Escala); un complemento de antigüedad, también fijado en su cuantía y cómputo por la ley estatal; un complemento de destino que se deriva del nivel de puesto de trabajo que ocupa, en donde el margen de actuación de la Administración es mayor, pero no en cuanto a su cuantía, por cuanto desde el nivel 1 al 30 los importes son fijados por vía presupuestaria y en base a un abanico de niveles que, según el grupo de clasificación, pueden ocuparse fijados también por norma estatal, y, finalmente, el complemento específico, cuyo monto se concreta por la Administración a través de la RPT, sin que haya norma estatal o autonómica que establezca límites económicos al mismo, pudiéndose incluso no percibir si no se acreditan las razones que según la ley lo justifican.

En cualquier caso, la especificidad del grupo de clasificación, los niveles de destino y el complemento específico son un paso previo que forma parte del proceso de elaboración de las RPT o el catálogo de puestos.

En cuanto a la garantía de indemnidad económica, el legislador ha pretendido evitar que la funcionarización suponga una pérdida del nivel retributivo del nuevo funcionario, cuanto menos de forma inmediata. Así, en el ámbito estatal se señala que «*sus retribuciones serán las propias del puesto de funcionario*», para, acto seguido, indicar que «*en todo caso, las retribuciones que perciba el funcionario en el puesto de ingreso no podrán ser inferiores a las consolidadas por el contratado laboral en el puesto que como tal venía desempeñando*» (art. 10.2 de la Orden de 27-3-1991). Es un criterio común a las normas autonómicas y, así, la Ley de Función Pública de Cataluña indica que se garantiza el nivel económico anterior, que suponga que entre las retribuciones como trabajador y las funcionariales haya una total equivalencia: «*deberá percibir un complemento personal (...) por importe equivalente a la diferencia entre las retribuciones del puesto de trabajo que ocupaba como personal laboral, incluidos los trienios, y las que le correspondan como consecuencia de la clasificación y la valoración del puesto de trabajo reconvertido*» (DT 12.^a.2, según redactado dado por Ley 15/2000, de 29 de diciembre).

Sin embargo, tal garantía de indemnidad no es en absoluto pacífica. Es cierto que se establece mayoritariamente por parte de la práctica totalidad de las normas consultadas, y deducimos que aquellas que nada señalan también lo llevan a cabo en sus Administraciones respectivas. Pero algunas cuestiones son complejas y entendemos que es preciso analizar en detalle. En concreto, debemos plantear los siguientes aspectos:

- 1.º Definir qué se entiende por retribuciones consolidadas como trabajador.
- 2.º La estructura retributiva del personal funcionario: dificultades de equivalencia con el régimen laboral.
- 3.º Alcance de la garantía de indemnidad: fórmula específica empleada, temporalidad o permanencia de la misma y afectación de la movilidad funcional sobre tal garantía.

II.2.1. *Retribuciones consolidadas como trabajador.*

En primer término, el concepto de salario sobre el cual debemos operar es única y exclusivamente el propio del ordenamiento laboral, y no el que pueda aparecer en otros ámbitos, incluso próximos a la disciplina laboral pero no homologables al citado ordenamiento, como es el salario desde la perspectiva fiscal o de la Seguridad Social.

En segundo lugar, hay también una pluralidad conceptual, que las propias leyes y normas de funcionarización recogen. De forma indiscriminada, tanto las normas laborales como las normas sobre funcionarización utilizan los términos «*remuneración*», «*retribución*», «*salario*» u «*obligación*

de naturaleza salarial». El término más usual es el de salario, pero los otros son también empleados. A nuestros efectos, siguiendo la doctrina teórica y judicial, entendemos que todas estas expresiones son sinónimas a la del concepto legal de salario, esto es, se refieren a nociones distintas, aunque haya excepciones a tal principio general. La «*común pluralidad de términos*», que revela una imprecisión terminológica, se suma al calificativo que acompaña a estos términos: salario, retribución o remuneración «*mínima*», «*garantizada*» o, como indica la Orden Ministerial de 27-3-1991, «*consolidada*». Todo ello ha permitido afirmar que la diversidad de términos y calificativos es un elemento propio y característico del régimen jurídico del salario²¹.

En todo caso, la definición de salario que lleva a cabo el artículo 26.1 del ET supone la asunción de los elementos esenciales que caracterizan la prestación salarial: es una contraprestación en una relación contractual laboral. El concepto es totalizador, porque comprende a todo el conjunto de partidas económicas que cobra el trabajador del empresario, lo que no impide que sea uno o diversos los conceptos retributivos.

Ello implica una presunción, *iuris tantum*, de que toda la retribución que perciba el trabajador de la Administración sujeto a funcionarización es salario, según los términos planteados en la STS 25-10-1998, Ar. 8152, lo que supone asumir un concepto *amplio* de salario, si bien serán posibles determinadas excepciones previstas por la ley y siempre que pueda probarse tal existencia (STS 12-2-1985, Ar. 636).

En consecuencia, a la hora de plantear la cuestión en el proceso de funcionarización, el salario subsumirá todas las percepciones económicas del empleado laboral, salvo que haya prueba que acredite que se trata de una de las excepciones previstas en el artículo 26.2 del ET²²; lo que percibiera el trabajador funcionarizado es salario y corresponderá a la Administración probar que tal o cual concepto económico no tiene naturaleza salarial, traslado de la carga de la prueba a la que deberá someterse la entidad pública (STSJ Andalucía/Sevilla 26-7-1996, AS 2658).

El segundo aspecto sobre el cual debemos centrarnos es la estructura salarial del trabajador funcionarizado. La ordenación del salario del empleado público viene determinada por la negociación colectiva de la respectiva Administración o, en su defecto, por el contrato individual: una u otro establecerán la estructura del salario (art. 26.3 ET). En aquellas Administraciones en donde tal estructura es equivalente a la del personal funcionario, esto es, que partan de una estructura según grupos de clasificación y que se atribuyan los mismos conceptos retributivos e importes iguales referidos a la Ley de Presupuestos, la complejidad de adaptación

²¹ María Luisa MOLERO MARAÑÓN, «Estructura y cuantía de la retribución del trabajo», capítulo XIII, en AA.VV., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 2401.

²² No tienen la consideración de salario las cantidades derivadas de indemnizaciones o suplidos por gastos realizados a causa de la actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones por traslados, despidos o suspensiones contractuales.

será infinitamente menor y la garantía de indemnidad será mucho más clara en su plasmación específica. Por el contrario, en aquellos supuestos —numerosísimos— en que no haya tal equivalencia, o esté más o menos desvirtuada, la traslación será ciertamente compleja.

Desde el punto de vista jurídico, todo trabajador de una Administración pública percibe un salario constituido por dobles conceptuales: el denominado salario base y los complementos salariales. La ley no permite otros componentes.

En el primer supuesto, el salario base, éste aparece de forma obligatoria. Es el eje central de la estructura salarial del trabajador público, lo que no implica que su monto sea el más importante. No necesariamente el importe mensual del salario base coincidirá, más bien al contrario, con el salario previsto por la Ley de Presupuestos para cada grupo de clasificación funcional. El salario base podrá ser fijado por unidad de tiempo o de obra (art. 26.3 ET): en el primer supuesto, será una cuantía fija que percibe el trabajador de la Administración según una referencia temporal concreta —día, mes, año—, y que depende de la clasificación profesional del trabajador, ya sea a través del grupo o la categoría. Supone ello que trabajadores de diversas categorías o grupos laborales pueden percibir salarios base diferentes, pero una vez se integren en la condición de funcionario, si el grupo de clasificación es idéntico, el salario —no llamado técnicamente *base*— será idéntico, por exigencia de la Ley de Presupuestos²³.

La negociación colectiva de las Administraciones públicas opta, de forma prácticamente unánime, por el salario base por unidad de tiempo, siendo anecdóticos los supuestos de unidad de obra, que implica que la cuantía se determina según el resultado obtenido por el trabajador público en su prestación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que lo destacable para calificar a una partida retributiva como salario base no es la descripción nominal, sino la realidad: ello supone que en el convenio colectivo o contrato de trabajo se establezcan denominaciones distintas, tales como salario, salario base, o complementos de índole diversa (complemento convenio, complemento mensual, etc.), que tendrán todos ellos naturaleza jurídica de salario base si su razón de ser es la retribución por unidad de tiempo.

En cuanto a los complementos salariales, son tres los grupos posibles:

a) Complementos personales, que vienen fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador. Dependen de una cualificación personal o profesional del empleado. En las Administraciones públicas españolas, el complemento personal por excelencia es el de antigüedad, cuya cuantía no tiene por qué ser equivalente al complemento por igual concepto percibido por los funcionarios.

b) Complementos por trabajo realizado. Dependen del aspecto material del trabajo que lleve a cabo el trabajador público. Pueden ser muy di-

²³ Para el año 2005, la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, regula en su artículo 25.1.a) los importes por el concepto de sueldo y trienios de los cinco grupos de clasificación establecidos en el artículo 25 de la LMRFP.

versos, fundamentalmente agrupados en complementos de puesto de trabajo y complementos de cantidad y calidad del trabajo.

En los complementos de puesto de trabajo, la negociación colectiva pública incluye al complemento de jefatura o de mayor responsabilidad, penosidad, toxicidad, peligrosidad, trabajo nocturno o cualquier otro supuesto en donde se tengan en cuenta las características del puesto de trabajo o el modo de llevar a cabo la actividad profesional. Entre los complementos de cantidad y calidad podemos ubicar las primas, incentivos o cualquier otro supuesto que dependa de una mejor calidad del trabajo efectuado o de su mayor cantidad. Su equivalente, en el ámbito funcional, se articula a través del único complemento específico, si bien con muchas reservas que hacen compleja una traslación literal.

c) Complemento según los resultados y situación de la Administración pública. Es una fórmula prototípica del mundo laboral privado, pues depende de los beneficios o incrementos de valor de una empresa; de ahí que habitualmente se concrete en una paga o participación de beneficios, de difícil encaje en el ámbito funcional.

En el segundo supuesto, los complementos salariales, éstos pueden darse o no en la retribución. En todo caso, el artículo 26.3 del ET establece tres tipos de complementos salariales y su hipotética consolidación, factor este último muy importante a la hora de efectuar la traslación al régimen retributivo funcional y la garantía de indemnidad.

Se entiende por complemento consolidado aquel que es permanente o inextinguible, cuanto menos en principio, aunque se experimenten cambios en el desarrollo de las funciones que desarrolle el trabajador. El carácter consolidable o no de un complemento dependerá de la negociación colectiva o, en su defecto, del contrato individual. Ambos instrumentos serán nuestras referencias básicas, por ser los que el ET instituye como normas en el sistema laboral español. No es extraño así que en los convenios colectivos de entidades públicas que aplican un sistema retributivo idéntico al funcional se hayan instituido fórmulas de consolidación de niveles retributivos parecidos al funcional en cuanto al grado personal y complemento de destino por el desempeño continuado durante dos años, o interrumpido durante tres, de un puesto de nivel de destino superior al grado consolidado; pero también es bien cierto que una gran mayoría de normas convencionales públicas siguen esquemas muy distintos a sus homólogas funcionariales.

Si el convenio colectivo o el contrato de trabajo nada instituyen sobre la consolidación, debemos remitirnos a las previsiones del artículo 26.3 del ET, según el cual no son consolidables los complementos que estén sujetos al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa. Ello permite comprobar que el ejercicio de un puesto de trabajo de jefatura, por citar un ejemplo, en la Administración pública por parte de un trabajador no supone consolidación de parte o total de ese complemento, en tanto que para un funcionario sí podrá acontecer, a través del desarrollo de un puesto de mayor nivel de destino.

La consecuencia de lo anterior es que los complementos vinculados al trabajo realizado y a los resultados de la empresa están vinculados, en cuanto a su cobro, a las circunstancias objetivas en el desarrollo del puesto de trabajo; si cambian las funciones, la percepción podrá verse modificada o desaparecer.

Es importante, pues, a la hora de establecer tal carácter consolidable o no, una primera aproximación a lo que prevea el convenio colectivo de la Administración o, en su defecto, el contrato de trabajo y, en ausencia de éstos o por una regulación parcial, remitirse a la norma estatutaria laboral. Debemos señalar que la jurisprudencia es especialmente restrictiva en la aplicación del carácter consolidable de los complementos, incluso cuando así lo prevé la norma convencional, pues exige que la consolidación o garantía de mantenimiento, en supuestos de movilidad funcional, ya sea ordinaria o extraordinaria (cambio de puesto de jefatura, ausencia de peligrosidad, etc.), debe estar expresada en el texto del convenio de forma *«clara e inequívoca, pues las excepciones deben interpretarse restrictivamente y las cláusulas equívocas deben interpretarse según el artículo 1286 del Código civil en el sentido más acorde a la naturaleza del objeto del contrato, y siendo el contrato de trabajo de carácter sinalagmático es claro que las retribuciones asignadas a determinadas circunstancias concurrentes en la prestación de trabajo no deben abonarse cuando estas circunstancias son inexistentes»* (STS 7-7-1999, Ar. 6798).

Por el contrario, aparecen como complementos generalmente consolidables los denominados personales, fundamentalmente la antigüedad, pues son vinculados a la persona del trabajador; lo que implica que su cambio de puesto de trabajo o de sus funciones, de forma temporal o definitiva, no le afectarán, de tal manera que le seguirán a lo largo de su relación laboral, independientemente del ejercicio del puesto o su clasificación profesional.

II.2.2. *La estructura retributiva funcionarial: la dificultad de equivalencia con el régimen laboral.*

Sin duda, tal régimen jurídico-laboral, excepción hecha de que por vía convencional o contractual se haya trasladado con absoluto mimetismo la estructura funcionarial a la laboral —y, aun así, ello es difícil de que se mantenga en el tiempo, por la tendencia, bastante irrefrenable en las relaciones laborales, de crear algún que otro complemento salarial fruto de circunstancias específicas o de pactos en la negociación colectiva—, no es coincidente con el establecido para todos los funcionarios estatales, locales y universitarios.

Brevemente, señalaremos en una primera aproximación que los conceptos retributivos actuales de los funcionarios se dividen en retribuciones básicas, complementarias y las indemnizaciones por razón de servicio, división legal que no impide, como luego tendremos ocasión de plantear, la existencia de otros conceptos no clasificables.

Como retribuciones básicas debemos indicar el sueldo, los trienios y las pagas extraordinarias, en tanto que las complementarias son el complemento de destino, el complemento específico, la productividad y las gratificaciones extraordinarias.

El sueldo es una cantidad prefijada por la Ley de Presupuestos según el grupo de clasificación a que corresponda el Cuerpo, Escala, clase o categoría funcional. Es idéntico para todos los funcionarios españoles, con algunas excepciones lógicas (Fuerzas Armadas, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, entre otros) y con la singularidad de Navarra, que tiene su específica estructura retributiva. Será, por tanto, una primera dificultad a la hora de establecer una equivalencia con el personal laboral, en donde la negociación colectiva o el contrato de trabajo pueden fijar, libremente, un salario base sin restricción alguna.

Los trienios consisten en una cantidad atribuida a cada uno de los cinco grupos por tres años de servicio en la función pública. El importe de cada uno de ellos y la fórmula de cálculo vienen igualmente prefijados por la norma estatal, que además obliga al reconocimiento de la antigüedad de los servicios prestados en cualquier otra Administración pública, incluida la funcionarizante, en régimen administrativo o laboral. Por el contrario, la antigüedad es un concepto que puede o no existir en el régimen laboral; de darse, puede no coincidir en cuanto a su importe y fórmula de cálculo; de no existir, el trabajador funcionarizado verá incrementada su nómina, por cuanto sus servicios como laboral serán reconocidos al amparo de la ley²⁴ y, por tanto, perfeccionará unos determinados trienios.

Las pagas extraordinarias son dos al año, por un importe mínimo cada una de ellas de una mensualidad de sueldo y trienios, más un 60 por 100 del complemento de destino —según normativa aprobada con efectos de 1 de enero de 2005 por la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado [art. 19.2., segundo párrafo, y art. 25.1.b)]²⁵—. También aquí puede haber una importante disfunción con el régimen laboral, pues es muy usual que la negociación colectiva pública reconozca las referidas pagas extras por un importe equivalente a una paga ordinaria²⁶. También las fechas de devengo vienen prefijadas por ley (el primer día há-

²⁴ Ley 70/1978, de 26 de diciembre, sobre reconocimiento de servicios previos en la Administración pública. Por Real Decreto 1461/1982, de 25 de junio, se dictaron las normas de aplicación de esta Ley, para el ámbito estatal.

²⁵ Hasta el 31 de diciembre de 2002, las pagas extraordinarias de los funcionarios públicos no incorporaban más que el sueldo y los trienios, sin ninguna referencia al complemento de destino. El artículo 25.1.b) de la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos del Estado para 2003, incorporó a las pagas extras un 20 por 100 de tal complemento. La Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos para el 2004, lo elevó al 40 por 100. Para el 2006 se prevé un nuevo incremento.

²⁶ Aunque en el ámbito estatal parece deducirse del redactado de la Ley que ello no debiera ser así, al establecerse, mediante un críptico redactado de la norma, un incremento de la paga extraordinaria del personal laboral equivalente al funcional: *«asimismo, la masa salarial del personal laboral experimentará el incremento necesario para hacer posible la aplicación al mismo de una cuantía anual equivalente a la que resulte para los funcionarios públicos, de acuerdo con lo dispuesto en los dos párrafos anteriores del presente apartado...»* (art. 19.2, último párrafo, de la Ley 2/2004).

bil de los meses de junio y diciembre), lo que tampoco coincide habitualmente con el régimen laboral, que permite incluso también el prorrateo mensual a lo largo del año.

El complemento de destino —art. 23.3.a) LMRFP— es una cantidad prefijada a cada puesto de trabajo de funcionario en razón de un determinado nivel (del 1 al 30) que tenga atribuido. La fijación del nivel del puesto viene derivada de la RPT, previo análisis y valoración del mismo, y permite establecer un cierto juego de consolidación de grados personales en función del desempeño de niveles superiores.

El complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad, penosidad, dirección o jefatura, etc. Sólo puede asignarse un monto mensual o anual de complemento específico por puesto de trabajo, como también puede darse el caso de no asignarse ningún importe; en el primer supuesto, el cálculo comprenderá una o diversas circunstancias. Ello lo diferencia en gran medida del régimen laboral, en donde los complementos salariales pueden ser diversos, con denominaciones prefijadas por convenio colectivo o contrato de trabajo.

La dificultad de traslación en la práctica será evidente en cuanto a los complementos salariales del personal laboral y su equivalencia con el complemento de destino y complemento específico. Piénsese, por ejemplo, que un único complemento de jefatura de un trabajador, en la RPT puede verse concretado con un determinado nivel, que da a pie a un determinado complemento de destino y a uno de los elementos integrantes de su complemento específico.

Finalmente, debemos referirnos a tres conceptos cuya aplicación supondrá menos dificultades: el complemento de productividad, que retribuye el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa del funcionario; las gratificaciones extraordinarias, que retribuyen el equivalente a las horas extras del personal laboral, y las indemnizaciones por razón de servicio.

Ello comportará una conclusión que entendemos relevante: no necesariamente el nuevo puesto de trabajo de personal funcionario tendrá asignadas unas retribuciones básicas y complementarias que, en importe total, mensual o anual, sean iguales a las que se obtenían con el mismo puesto como laboral; además, la estructura misma de tales retribuciones puede producir fuertes desencajes, más a veces formales que materiales, pero igualmente existentes²⁷. Todo ello obligará a aplicar un principio, previsto

²⁷ Disfunciones evidentes cuando se pasa de un salario base fijado por convenio colectivo o contrato de trabajo a otro preestablecido por ley, por lo común inferior en el ámbito público a aquellos primeros. Igualmente, la dificultad de adaptación en el régimen de reconocimiento de la antigüedad, en donde la pérdida económica puede ser evidente, al ser no pocos los convenios colectivos o prácticas ordinarias en donde la antigüedad de los trabajadores se calcula en base a un porcentaje sobre el sueldo total a percibir, siendo escasísimas las Administraciones que hayan suprimido por vía de convenio el cómputo de la antigüedad. El desglose de determinados complementos salariales, percibidos bajo epígrafes únicos pero claros (complemento de peligrosidad, complemento de jefatura, complemento

en las leyes funcionariales, que establece una garantía de indemnidad retributiva, a fin de que el trabajador funcionarizado no sufra una pérdida económica total global, cuanto menos en un primer momento tras su toma de posesión.

II.2.3. Alcance de la garantía de indemnidad.

La problemática, en absoluto menor, aparece cuando la legislación de funcionarización establece una garantía de indemnidad retributiva para el nuevo funcionario, en el sentido de garantizarle determinados niveles retributivos (en principio, el mismo que tenía en su anterior situación laboral, pues desempeñará el mismo puesto, generalmente por un período mínimo de dos años). Deben tenerse en cuenta en el estudio de esta garantía dos notas fundamentales:

1) El puesto de trabajo reclasificado como funcionario tendrá asignadas unas retribuciones, que constan en la RPT, según la lógica y la norma funcionarial: un sueldo derivado del grupo de clasificación (A, B, C, D y E, según un importe prefijado para todas las Administraciones por la Ley presupuestaria); un nivel de destino que dará pie a un complemento de destino determinado, que dependerá en cuanto a su monto también de la Ley de Presupuestos estatal, y un complemento específico, que podrá constar o no, pues no todos los puestos de trabajo lo tienen asignado. Éstas serán las retribuciones que percibirá el nuevo funcionario, entendidas como derivadas de su puesto de trabajo. A ello se añade el complemento por antigüedad, denominado «*trienios*» en la legislación de función pública, por la prestación de servicios en cualquier Administración pública, bajo régimen funcionarial o laboral, con unos importes prefijados también por la Ley estatal presupuestaria. Es muy factible, pues, que la funcionarización implique un cambio total o parcial de la anterior estructura retributiva laboral, excepción hecha de los muy pocos supuestos en que el mimetismo retributivo, vía convenio colectivo, fuera idéntico y que la hipotética consolidación también siguiera las reglas funcionariales.

2) La segunda nota es que no existe un régimen homogéneo de garantía de indemnidad en nuestro sistema de funcionarización, habiendo optado el Estado por una redacción en su legislación que ha sido modulada, cambiada o transformada en la legislación autonómica, normas reglamentarias e incluso en las bases y convocatorias efectivas. Ello nos permite formular nuestra tesis de que tal garantía de indemnidad no es total, salvo excepciones, por cuanto la garantía es, en principio, inicial, pero con

de nocturnidad, etc.), en dos únicos posibles: el de destino y el específico, con un régimen singular de consolidación del primero, ciertamente lento, y la no consolidación del segundo, conlleva también una dificultad añadida en la necesaria función *pedagógica* de explicación, y no sólo jurídica, de su concreción del traspaso retributivo del antiguo al nuevo régimen jurídico.

fórmulas que dan pie a una pérdida modulada o progresiva de la misma a lo largo del tiempo.

Del estudio llevado a cabo podemos concluir que la normativa fija una pluralidad de posiciones frente a lo que vendríamos a denominar «*estabilidad*» o «*permanencia*» de la garantía, esto es, si tal garantía se extiende indefinidamente en el tiempo o se ve acotada por un espacio temporal específico, generalmente vinculado al ejercicio del puesto funcionarizado.

La normativa estatal, para la funcionarización de la Administración civil y la Seguridad Social, concreta la indemnidad en el artículo 10.2 de la Orden de 27-3-1991, que establece no obstante, a nuestro juicio, una garantía ambivalente. Literalmente, las retribuciones que percibirá el funcionario en el puesto de ingreso «*no podrán ser inferiores a las consolidadas por el contratado laboral en el puesto que como tal venía desempeñando*»²⁸; algunas normas autonómicas han empleado términos mucho más imprecisos, como es el supuesto de la Ley de Función Pública de Extremadura de 1990, que únicamente garantiza que no acontezca una disminución de «*ingresos*» (DT 3.^a.3), o la normativa de la Ciudad de Melilla, que prevé un CPT absorbible «*por futuros incrementos de las retribuciones, incluidas las derivadas del cambio de puesto de trabajo*» (art. 10 de la Orden de 24-4-2003²⁹). La ligazón entre retribución consolidada y puesto desempeñado nos parece incongruente: más bien, la garantía se extendería, en una interpretación integradora del Derecho laboral, ya expuesto, y del régimen retributivo funcionarial, a garantizar el nivel retributivo que por convenio colectivo o contrato de trabajo tenía consolidado en función de su categoría o grupo profesional (esto es, el salario base) más aquellas otras retribuciones que pudieran estar consolidadas derivadas de complementos personales o aquellas otras que, por circunstancias derivadas del convenio o contrato, también sean consolidadas, y en este sentido, por ejemplo, la DT 2.^a.4 *in fine* de la Ley 1/1999, de 4 de marzo, de Castilla-La Mancha extiende la garantía a la disminución en el cómputo anual de las retribuciones consideradas fijas, periódicas y de devengo mensual.

Sin embargo, entendemos que la poco afortunada redacción estatal va más allá: la garantía supondrá que aunque el antiguo-nuevo puesto de trabajo funcionarizado implique, a través de las RPT, un nivel retributivo total inferior al anterior como laboral, la Administración le garantiza al trabajador funcionarizado, y en tanto en cuanto lo continúe desempeñando, el mismo monto retributivo. La justificación de esta ambivalencia cabría buscarla, quizá, en la dificultad de definir lo que se entiende por retribución consolidada desde la doble perspectiva del Derecho del trabajo y del Derecho de la función pública, pues si bien es cierto que existe una equivalencia entre las retribuciones laborales y funcionariales que, desde una ló-

²⁸ Tal redactado literal ha servido de modelo para otras normas de rango autonómico. Así, entre otras, el artículo 7 del Decreto 69/1994, de 17 de marzo, de funcionarización del personal de la Junta de Comunidades de Castilla y León.

²⁹ Orden de 24 de abril de 2003. *BOME* 13-5-2003.

gica laboralista, corresponden a retribución por unidad de tiempo (sueldo base/sueldo) más la antigüedad (complemento por antigüedad/trienios) y pagas extraordinarias, mucho más complejo es cuando se trata de complementos derivados del puesto de trabajo, pues el Derecho laboral permite un margen amplísimo de actuación (convenio colectivo, contrato de trabajo), en tanto que en el Derecho de la función pública el complemento específico no se consolidará en ningún caso (salvo excepciones muy puntuales, derivadas del ejercicio de altos cargos que reingresan en su anterior puesto de trabajo) y sí, limitadamente, el complemento de destino.

Esta garantía, entendemos, no es permanente: dependerá de la efectiva prestación de servicios en ese puesto, y no en otro. La adscripción a otro puesto distinto en el futuro supondrá que se pierde la garantía retributiva en cuanto a aquel puesto y únicamente se conservan aquellas derivadas de una consolidación vía convenio colectivo o contrato de trabajo más los complementos personales consolidados, aunque también se prevén regulaciones específicas que, en todo caso y con independencia del nuevo puesto, garantizan una retribución mínima idéntica a la percibida anteriormente como laboral, pese a la movilidad funcional o geográfica resultante³⁰.

Con mayor claridad expositiva, la garantía de indemnidad se asume en la DT 12.^a.2.^a, según redactado dado por artículo 12 de la Ley 15/2000, de 29 de diciembre, de reforma de la Ley de Función Pública de Cataluña de 1997. En este supuesto, la garantía implica que el funcionario percibirá un importe equivalente a la diferencia entre las retribuciones del puesto de trabajo que ocupaba como laboral, incluidos los trienios, y las que puedan corresponderle como consecuencia de la clasificación y valoración del puesto reconvertido. Es significativo que tal garantía no constaba en el texto reformado de la Ley catalana de 1994 ni en el texto originario de 1997.

La fórmula catalana destaca porque supone considerar diversos aspectos que la norma estatal obvia: en primer lugar, que la RPT que adscribe un puesto de laboral a funcionario implica, más allá de un simple cambio de régimen jurídico de aquel puesto, una imprescindible clasificación y valoración del puesto; en segundo lugar, que la garantía alcanza al total de las retribuciones que se percibían en el puesto laboral, independientemente de su carácter consolidado o no; y, finalmente, no necesariamente de menor importancia, la garantía de percepción del importe por complemento de antigüedad, generalmente de superior cuantía en los convenios colectivos laborales que el previsto para los funcionarios en la Ley de Presupuestos.

En todos los casos analizados (Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones locales), esa garantía se articula a través de un «*complemento personal transitorio*» (CPT) que, sin embargo, tiene legal y reglamentariamente también la calificación de «*absorbible*», pese a que en no pocos supuestos, en la práctica, ello no sea así.

³⁰ Tal garantía se instituye en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Islas Baleares de 19 de octubre de 2001 (apartado 10.7, *BOIB* 30-10-2001).

II.2.4. *El real alcance de la articulación de la garantía retributiva: el denominado «complemento personal transitorio» (CPT).*

El CPT es un complemento retributivo específico que no se integra en ninguno de los dos grupos de conceptos retributivos ordinarios de la función pública: retribuciones básicas y complementarias, y de ahí que doctrinalmente se le clasifique bajo el epígrafe de «*otros conceptos retributivos*», como pueden ser los incentivos, las indemnizaciones por razón del servicio, las retribuciones en especie (fundamentalmente, la vivienda), los premios en metálico, los pagos compensatorios del IPC, la ayuda familiar, las indemnizaciones por residencia o las ayudas por comida³¹.

Strictu sensu, el CPT es una consecuencia del principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos, diseñada para que el funcionario no se vea sujeto a pérdidas retributivas tras la aprobación inicial o modificación de una RPT (STS 4-4-1992, Ar. 3831). La misma jurisprudencia incide en este carácter, como propio de los funcionarios, al calificar al CPT como fórmula para conseguir que «*los funcionarios que pudieran resultar perjudicados económicamente por consecuencia del nuevo régimen retributivo, mantengan su capacidad económica*», y la doctrina lo califica como una aplicación en el ámbito retributivo de los funcionarios del principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos³². A nuestro entender, los CPT están diseñados más desde una lógica pre y postfuncionarial, esto es, que afectan a quien ya era funcionario y que, a consecuencia de un cambio en el régimen retributivo, puede verse afectado con posterioridad, generalmente derivado de un proceso de integración de unos Cuerpos y Escalas en otros distintos, o la más habitual de aprobación inicial de una RPT.

La finalidad de un CPT, reiterada anualmente por la Ley de Presupuestos, es que se apliquen como consecuencia de la entrada en vigor de un nuevo sistema retributivo —así aconteció tras la promulgación de la LMRFP de 1984—, por lo que fue el artículo 13.3 de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos estatales para 1985, el que los definió, indicando que serían absorbidos progresivamente por cualquier mejora retributiva, incluidas las derivadas de cambio en el puesto de trabajo, si bien limitando tal mejora a unos determinados conceptos, de los que quedaron excluidos los trienios, el complemento de productividad y las gratificaciones por servicios extraordinarios; excepción plenamente lógica, habida cuenta el carácter personal de los primeros y la singularidad de los segundos.

A pesar de ello, el CPT ha sido la fórmula empleada en los procesos de funcionarización, tanto estatales como autonómicos, universitarios y locales. Sin embargo, la razón de fondo, aunque similar, no es idéntica. No se

³¹ Rafael MANZANA LAGUARDA, *Derechos y deberes de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 88 a 110.

³² Rafael MANZANA LAGUARDA, *Derechos...*, *ob. cit.*, pág. 105.

trata de establecer una garantía a favor del funcionario por un cambio de régimen en la retribución, sino de garantizar a un trabajador fijo un determinado nivel económico cuando asuma la condición de funcionario. Ello no acontece en ningún otro supuesto, y la razón de tal garantía cabe buscarla en la propia excepcionalidad del proceso funcionarizador y en el interés objetivo de la Administración de que cuantos más trabajadores se funcionaricen, más y mejor se cumplirá la reserva a funcionarios de los puestos así calificados en las RPT. A través del CPT se incentiva la funcionarización, pues de otro modo no cabría aplicar *ex lege* un CPT en base a las normas ordinarias, ya que el acceso de un laboral a un Cuerpo o Escala funcional, y que ello implique pérdida retributiva aunque desempeñe idéntico puesto, no está configurado como uno de los supuestos de garantía del CPT diseñado por la Ley 50/1984.

Pero existe una segunda justificación, que supone una ósmosis entre los derechos consolidados en la esfera laboral y en el Derecho administrativo. Las leyes de funcionarización no desconocen que el régimen estatutario de los funcionarios supone que están sometidos a normas que regulan sus derechos y obligaciones en cada momento histórico, pudiendo ser modificadas y por ello aplicadas en función del estatuto jurídico vigente en cada momento; sin embargo, lo que también acogen es un reconocimiento de determinados derechos adquiridos en la previa esfera laboral, por un lado, y del nivel retributivo —consolidado o no— del empleado laboral al momento de funcionarizarse: estas leyes especifican, en nuestro ámbito, lo que es una doctrina consolidada en el estricto ámbito funcional, cual es que sólo es posible argüir como derechos consolidados los de orden económico o los referidos al contenido de la función a llevar a cabo.

Ello nos permite señalar la singularidad del CPT en los supuestos de funcionarización, como reconoce la STSJ Andalucía/Granada 23-6-2003³³, pues si por definición éste es un complemento con el cual el legislador pretende respetar las situaciones jurídicas nacidas bajo un régimen funcional y retributivo, que puede verse afectado en su cuantía a menos³⁴, en el proceso de funcionarización tal respeto no lo es respecto de una relación funcional, sino de una laboral.

En el momento presente, la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos para 2005, establece que los CPT se rigen por su normativa específica y por lo que dispone la propia Ley de Presupuestos, pero ya fija en primer término que no se verán afectados por los incrementos retributivos (2 por 100, para el año 2005) fijados en aquélla —art. 21.1.c—. Esa normativa específica es la señalada en 1984 por el artículo 13.3 de la Ley 50/1984, que hemos de entender de aplicación a los procesos de funcionarización, salvo disposición legal expresa en otro sentido. Ello implica que un CPT es absorbible por cualquier mejora retributiva, incluidas las derivadas del cambio de puesto de trabajo, pero manteniéndose las excepciones fijadas

³³ *Actualidad Administrativa*, núm. 5, 2004, págs. 568-571.

³⁴ Federico A. CASTILLO BLANCO, *El sistema retributivo en la función pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 278.

en el artículo 13.3 y que en el momento presente aparecen reproducidas en la DT 5.^a.1 *in fine* de la Ley 5/2004.

Por consiguiente, en el trabajador funcionarizado, en el ámbito estatal, el CPT podrá verse absorbido anualmente y, además, no se verá incrementado por las revalorizaciones porcentuales fijadas para los restantes conceptos retributivos; no compartimos en este sentido las valoraciones efectuadas por un sector de la doctrina según el cual el CPT derivado de la funcionarización es fundamentalmente injusto porque no supone previsión alguna de absorción futura e instaura una discriminación evidente con los restantes funcionarios³⁵. Por otro lado, está plenamente justificada tal absorción y el no correspondiente incremento anual, pues la finalidad es conservar globalmente el monto de las retribuciones percibidas en la anterior condición de laboral, pero no puede defenderse un mantenimiento indefinido o su actualización, pues ello supondría, desde la perspectiva administrativa, una «petrificación» de la relación funcionarial a un momento dado, el de la toma de posesión del trabajador funcionarizado, obstaculizando su desarrollo futuro y haciendo caso omiso a las diversas circunstancias cambiantes que, en el devenir de la relación funcionarial, pueden condicionar la actuación de la entidad pública (por todas, SSTs 26-10-1994, Ar. 8232, y 4-10-1996, Ar. 7447).

Sin embargo, en la funcionarización debe aplicarse también una cierta garantía en la absorción, consistente en que el futurible cambio de puesto de trabajo no implique, por sí mismo, la desaparición del CPT, pues ello supondría la inamovilidad forzosa del trabajador funcionarizado, que, ante la perspectiva de pérdida económica, no concursaría ni desearía ver mejorado su estatus profesional, si ello implica tal pérdida. En este sentido, la DT 5.^a, segundo párrafo, de la Ley 2/2004 establece (para el año 2005) que en los cambios de puestos de trabajo que pudieran suponer disminución retributiva se mantendrá el CPT, a cuya absorción se imputará cualquier mejora retributiva ulterior, incluso las que se deriven de un cambio del CPT.

Igualmente, al CPT por funcionarización deben aplicarse los límites de absorción fijados en la Ley presupuestaria: los incrementos retributivos que anualmente se fijen por Ley de Presupuestos sólo se computarán en el 50 por 100 de su importe, en base al sueldo (referido a catorce mensualidades), el complemento de destino y el complemento específico. Sólo una excepción a este régimen, que nos parece claramente discriminatorio: si el trabajador funcionarizado presta servicios en el extranjero, verá absorbido su CPT según las reglas expuestas, pero tal CPT quedará suprimido si cambia de país de destino (DT 5.^a.3.^a Ley 2/2004).

Con este complejo sistema, el CPT acredita una doble función en el proceso funcionarizador: por un lado, sirve de garantía en el objetivo de evitar el agravio comparativo entre trabajadores funcionarizados, que en caso contrario perderían nivel retributivo, y trabajadores que no optaron o no superaron el proceso, que sí tienen garantizados ese nivel retributivo;

³⁵ Federico A. CASTILLO BLANCO, *El sistema...*, *ob. cit.*, pág. 164; Rafael MANZANA LAGUARDA, *Derechos...*, *ob. cit.*, págs. 106-107.

pero, a su vez, sirve también, a través del régimen de absorción, evitando su mantenimiento indefinido, de límite a otro tipo de agravio: el que acontece entre los trabajadores funcionarizados y aquellos otros funcionarios que ingresaron en el Cuerpo o Escala por un procedimiento de acceso libre o promoción interna. La absorción evita tal distorsión y permite que unos mismos puestos, a la larga, se vean retribuidos de forma igual, con independencia de que los ocupen funcionarios afectados en su momento por el artículo 15 y la DT 15.^a de la LMRFP y funcionarios de otro origen (STS 2-12-1994, Ar. 10011). No obstante, no en todos los supuestos, incluso *contra legem*, se ha previsto tal régimen de absorción, quebrando la propia definición del CPT como transitorio: ello se ha llevado a cabo a través de las bases de las convocatorias o de la negociación colectiva, con limitaciones parciales³⁶ o totales a la absorción del CPT³⁷, o deduciéndose tal voluntad³⁸, lo que supone en la práctica la consideración de éste como una retribución fija, incluso revalorizable³⁹, en no pocos procesos de funcionarización.

II.3. *El vínculo laboral del trabajador funcionarizado: pervivencia o extinción*

Finalizado el proceso de funcionarización y para el supuesto más común de que el trabajador tome posesión de su puesto de funcionario, cabe plantearse en qué situación queda su vínculo jurídico-laboral. Dos son las opciones legalmente posibles: el pase a la situación de excedencia voluntaria, que por aplicación de los artículos 3 y 10 de la Ley 53/1984 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 13-12-1990, Ar. 978) podría ser calificada de voluntaria por incompatibilidad, con un carácter suspensivo de índole extraordinaria, por derivarse de la Ley de Incompatibilida-

³⁶ El CPT no es absorbible en aquello que implique diferencias económicas por el concepto de antigüedad para el personal funcionarizado en la Universidad de Zaragoza, aunque no revalorizable (BOA 10-5-2002); el mismo criterio es seguido por la Resolución de 9-9-2002 de la Universidad Rey Juan Carlos (acuerdo 9.º.3.º, BOCM 16-10-2002); por el contrario, el carácter de absorbible se aplica al CPT por antigüedad del personal laboral del área tributaria de la Diputación de Barcelona, pero no así en los restantes CPT, que son no absorbibles y además son revalorizables, garantizándose así siempre una preeminencia económica derivada de la antigua condición de laboral.

³⁷ Se prevé el carácter no absorbible en ningún caso del CPT resultante del proceso de funcionarización del Ayuntamiento de Azepeitia, aprobado por Pleno de 6-3-2003 (apartado 9.º, BOP de Guipúzcoa 19-3-2003), que incluso institucionaliza su actualización anual; con idéntico régimen jurídico, el CPT previsto por el Pleno de 30-11-1998 de La Cuadrilla de Laguardia-Rioja Alavesa (BOTH de Álava 29-1-1999). En otros supuestos parece desprenderse de forma indirecta, al no señalarse el régimen de absorción ni tan sólo calificar al CPT como tal, sino simplemente como retribución garantizada (Resolución de 4-10-2002 del Ayuntamiento de Benataea, base 8.ª, BOP de Jaén 30-10-2002).

³⁸ Reconociendo «los mismos derechos económicos derivados de su relación anterior» al nuevo funcionario (proceso de funcionarización del Instituto de Cultura del Ayuntamiento de Elche, DOGV 8-9-2004).

³⁹ Así, en la base novena del Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Usurbil se prevé la absorción, pero también su actualización (BOP de Guipúzcoa 23-5-2003).

des y no del ET (STSJ Baleares 13-10-1999, AS 4230) y, por consiguiente, sin plazo máximo de duración, o la extinción del vínculo laboral de manera definitiva.

Nuestro parecer es que la opción más coherente, en base a los principios que informan el proceso funcionarizador, es que la nueva condición de funcionario supone la extinción de la relación laboral previa, y no su suspensión.

La opción por la excedencia voluntaria parece minoritaria en la aplicación práctica y en el cuerpo normativo de la funcionarización. Así, el artículo 8 *in fine* de la Ley 1/1996, de 28 de abril, de la Comunidad Valenciana establece el pase a la situación de «*excedencia automática*».

La extinción del contrato de trabajo ha sido incorporada por normas legales, reglamentarias⁴⁰, normas colectivas o paccionadas⁴¹, y muy especialmente a través del texto de las bases o convocatorias específicas de funcionarización.

Ambas respuestas jurídicas pueden ser correctas, si bien, a nuestro juicio, la más adecuada es la segunda, por las razones que a continuación expondremos.

La excedencia implica una suspensión contractual —aunque no toda la doctrina está de acuerdo con este carácter propiamente de suspensión—, bajo requerimiento de unos requisitos mínimos de antigüedad en la empresa y de fijeza de la relación laboral, concediéndose por un plazo no menor a dos años y no mayor a cinco (art. 46.2 ET). Su finalidad es la de evitar que el trabajador encuentre determinados impedimentos a la hora de tomar decisiones de tipo familiar, profesional o personal, como es el supuesto de ocuparse en otro trabajo o actividad. Frente a la opción de la extinción del contrato de trabajo, la suspensión que se deriva de la excedencia voluntaria permite aquilatar o disminuir el riesgo de la decisión, aun a pesar de que la excedencia voluntaria únicamente establece una expectativa de reingreso para el supuesto que, pedido el reingreso, exista vacante de igual o similar categoría; de ahí que un sector de la doctrina no la considere propiamente suspensión contractual, sino una figura próxima a ésta, configurándose en este juicio como un premio a la antigüedad en la empresa⁴².

Entendemos que la finalidad y contenido de la excedencia voluntaria no casan con el proceso de funcionarización, por cuanto acontece una auténtica colisión de esos fines, aun desde la única perspectiva de la excedencia voluntaria, criterio que nos lo reafirma desde la siguiente óptica, la voluntaria por incompatibilidad.

⁴⁰ Así, artículo 10.1 *in fine* del Decreto 163/1998, de 15 de septiembre, de la Comunidad de Aragón, o artículo 5.3 del Decreto 87/1994, de 9 de diciembre, de la Región de Murcia; Real Decreto 1055/2002, de 11 de octubre, que regula las funciones y la integración en el Cuerpo Especial Facultativo de Marina Civil (art. 5, en aplicación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante).

⁴¹ Entre otros muchos, artículo 35 del Acuerdo entre la Diputación General de Aragón y los sindicatos para modernizar y reordenar la Administración aragonesa, de 24 de junio de 1996 (*BOA* 28-6-1996).

⁴² Luis Antonio FERNÁNDEZ VILLAZÓN, en «*Ordenación del tiempo de trabajo*», en AA.VV., *Tratado práctico...*, *ob. cit.*, pág. 844.

La excedencia voluntaria por incompatibilidad se derivaría de la realización de más de una actividad, en este caso una en régimen laboral y otra en régimen funcionarial, dentro del sector público, situación ésta prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, salvo muy contados supuestos en que la Administración debe declarar la compatibilidad de actividades. Si esto último no acontece, y se accede a un nuevo puesto en la Administración incompatible con el que se venga desempeñando, el empleado público deberá optar por uno de ellos dentro del plazo de toma de posesión. De no efectuarse tal opción, la norma presume que se opta por el nuevo puesto, produciéndose el paso del afectado a la situación de excedencia voluntaria respecto del puesto que desempeña (art. 10 Ley 53/1984). Esta excedencia voluntaria por incompatibilidad es un supuesto muy singular y diferente de la simplemente voluntaria por interés particular, por cuanto aquella primera se impone obligatoriamente al trabajador, si bien, en contrapartida, aunque sólo otorga al trabajador afectado un simple derecho de reingreso preferente si hubiera un puesto vacante de igual o similar categoría, no tiene plazo de vencimiento, en tanto en cuanto el empleado continúe en servicio activo en el nuevo puesto de trabajo.

De optar por este criterio, para el trabajador que supera un proceso de funcionarización implica que, a partir de la toma de posesión, su inicial y único vínculo laboral ha pasado a ser doble: una relación laboral en situación de suspensión y un vínculo jurídico-funcionarial en servicio activo —o en posteriores situaciones administrativas que a lo largo del tiempo puedan acontecer—. No es ésta la finalidad de la funcionarización, sino todo lo contrario: más que validar el nacimiento de una nueva relación jurídica *ex novo* y sin antecedentes, el proceso de funcionarización supone partir de un vínculo laboral preexistente, validar un procedimiento selectivo excepcional y de máxima restricción en la participación, con un claro objetivo: armonizar o, en expresión literal de algunas leyes, *adaptar* el vínculo laboral a la clasificación del puesto como funcionario por aplicación de la correspondiente Ley de Función Pública.

Nos parece contradictorio que un proceso tan singular y de tan complejo encaje con los artículos 23.2 y 103.3 de la CE pueda permitir el nacimiento de una relación funcionarial y la pervivencia de la anterior laboral; al contrario, entendemos, en buena lógica, que las razones que amparan la excedencia voluntaria, y más específicamente la voluntaria por incompatibilidad, quiebran en el supuesto aquí analizado. El trabajador no ha optado al ingreso a un Cuerpo o Escala funcionarial a través de un sistema de promoción interna, o libremente en función de su también libre decisión, en cuanto a sus intereses profesionales, como es el caso del trabajador fijo de una Administración que opta al ingreso en un Cuerpo o Escala funcionarial de esa misma Administración; al contrario, la ley le permite con carácter restringido participar en una prueba selectiva *ad hoc*, para adaptar su vínculo y así dar cumplimiento a la nueva adscripción funcionarial de su puesto, de acuerdo con la doctrina emanada de la STC 99/1987. Además, la ley parte de la consideración que el nuevo funcionario se incorpora con unas determinadas condiciones, fundamentalmente la garantía de per-

manencia en el mismo puesto de trabajo que ocupaba y una garantía de indemnidad retributiva, en base a su condición de laboral. Esta extensión del vínculo preexistente a la nueva relación funcional permite afirmar que aquél debe extinguirse para que el nuevo nazca, matizado o modulado. Por consiguiente, a nuestro juicio, la respuesta jurídica no puede pasar por la excedencia, en ninguno de sus supuestos, sino por la extinción del vínculo laboral preexistente y el nacimiento de uno nuevo, funcional.

Esta posición ha sido incorporada a la funcionarización del personal laboral de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales; un cierto vacío normativo se deriva de la legislación estatal, si bien entre la normativa más reciente también se opta por ello, estableciéndose con mayor claridad un triple supuesto⁴³:

a) Imposibilitando el pase a la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad del contrato de trabajo del empleado funcionarizado, cuando el nuevo puesto de funcionario se corresponde en cuanto a categoría y nivel retributivo al anterior puesto de laboral. La pervivencia del vínculo laboral, si así lo requiere el trabajador, impide formalizar la toma de posesión y supone la renuncia a la condición de funcionario de carrera.

b) A la inversa, tampoco se permite, si se trata del mismo puesto, que se tome posesión como funcionario y a continuación se solicite la excedencia por incompatibilidad como tal, continuando en la condición de trabajador. Si se desea tal última circunstancia, igualmente debe renunciarse a la funcionarización.

c) Una única excepción a esta regla general prevé la norma estatal: si no hubiera correspondencia exacta entre categoría y nivel retributivo laboral y funcional, será posible tomar posesión como funcionario, pasar a la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad y continuar vigente el vínculo laboral. Por el contrario, si la opción es a favor de continuar la prestación de servicios como funcionario, la normativa impone la «baja» como personal laboral, término que entendemos equivale a extinción del vínculo y no a la suspensión.

Pese a esta triple posibilidad que ha previsto para un muy específico ámbito el RD 1055/2002, en la práctica, la funcionarización supone la extinción del vínculo laboral, por cuanto precisamente su fundamento es el desempeño de un puesto adscrito a funcionario, y la continuación en el mismo del trabajador afectado, por un período mínimo de dos años, según la normativa mayoritaria. Solamente en la hipótesis de una dificultosa adaptación entre la categoría o grupo laboral y el Cuerpo o Escala funcional cabría el juego de la excepción mencionada, pero aun así es más que dudoso que no haya correspondencia entre puesto laboral y funcional desde la perspectiva de la categoría y régimen retributivo, por cuanto en la primera la normativa establece la tabla de equivalencias —y siempre será

⁴³ Vid. artículo 5 del Real Decreto 1055/2002, de 11 de octubre, que regula las condiciones de funcionarización del personal laboral de la Administración marítima.

más amplia la cobertura de un Cuerpo o Escala de carácter general que una categoría específica, por lo que en aquél podrán incluirse pluralidad de categorías o incluso grupos sin mayor dificultad, al venir definidas las funciones del Cuerpo o Escala por norma legal o reglamentaria— y, en cuanto al régimen retributivo, la ley estatal y autonómica establece siempre una garantía de indemnidad, que prácticamente cierra las posibilidades a una funcionarización que suponga pérdida de «*nivel retributivo*».

Esta segunda opción de la extinción de la relación laboral es por la que determinadas normas legales y reglamentarias han optado, pero muy especialmente las bases de las convocatorias. Mientras en aquellas primeras se ignora en no pocas ocasiones la problemática, la mayoría de las bases consultadas establecen esa consecuencia, articulándose al amparo del ET.

Tres son las posibilidades que el Estatuto de los Trabajadores nos ofrece, basadas en el artículo 49. En el primer supuesto, el artículo 49.1.b) ET establece que son causas de resolución laboral las consignadas válidamente en el contrato: su fundamento es la autonomía de la voluntad, siempre que no constituyan abuso de derecho. Sin embargo, creemos que ésta no es la fórmula más apropiada, tanto porque requiere una voluntariedad que impide que pueda estar específicamente prevista en una norma —y ello acontece a menudo en la funcionarización— como por el hecho de que deben pactarse en el contrato, bajo la nota de la incertidumbre, esto es, ante un hecho futuro e incierto, o pasado pero ignorado (STSJ Cataluña 13-9-1993, AS 3823). La doctrina y la jurisprudencia, a la hora de validar cláusulas de este tipo, no parece que hayan localizado ningún supuesto que, ni remotamente, pueda servir de símil al aquí expuesto; acaso, someter la pervivencia del contrato a los resultados derivados de un estudio organizativo o de gestión de un servicio (STS 28-2-1996, Ar. 2738) podría ser una figura relativamente próxima. Quizá, con mayor consistencia, si aceptáramos la tesis de que puede haber condiciones resolutorias implícitas sin pacto escrito en el contrato⁴⁴, sería posible entender que la hipotética adscripción futura de un puesto de trabajo a funcionario fuese causa de resolución si el trabajador supera el proceso restringido que se convoque.

Un segundo criterio, que ha encontrado amparo en algún pronunciamiento judicial, entiende que la extinción del vínculo laboral fijo deriva del artículo 49.1.c) del ET («*por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato...*»). La jurisdicción andaluza ha postulado que tal sería el soporte jurídico, al considerar que la reconversión de las plazas laborales en funcionariales es un supuesto de amortización de aquellas primeras⁴⁵.

⁴⁴ En este sentido lo plantea FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ con el ejemplo de la anulación en vía contenciosa del concurso-oposición que determinó una contratación temporal.

⁴⁵ «... por tanto, la plaza de laboral (...) no tenía por qué ser cubierta por medios de provisión propios de plaza laboral, sino que se amortizó por funcionarización. Todo ello supone la inexistencia de despido, concurriendo la causa extintiva ex artículo 49.1.c) ET» (STSJ Andalucía/Sevilla 17-3-2000).

Al respecto, cabe señalar que el término resolutorio previsto en un contrato de trabajo es un acontecimiento futuro, objetivamente cierto, del que se hace depender la extinción, tal como expone el artículo 1255 del Código Civil; su diferencia con la condición resolutoria es que el término expresa a ciencia cierta que el contrato se extinguirá por transcurso del tiempo, ya sea determinable de forma precisa (*certus an et certus quando*) o, cuando no es posible, es indubitado que sucederá (*certus an et incertus quando*); en la condición resolutoria no debe precisarse si el hecho o el acto resolutorio acaecerán. El supuesto aceptado por la STSJ Andalucía/Sevilla 17-3-2000 (AS 3655) se ampara en un caso de término resolutorio indirecto, pues quedaría fijado por remisión al concreto objeto o causa del contrato, del que es ejemplo ilustrativo el contrato de interinidad por vacante o la interinidad por sustitución. Entendemos, sin embargo, que la STSJ confunde la funcionarización con una modalidad de interinidad en donde tal contrato se extingue por amortización.

Discrepamos por completo de tal planteamiento; en primer lugar, porque creemos que con la funcionarización no acontece una amortización, sino una transformación de la naturaleza jurídica del puesto de trabajo, y, en este sentido, aunque en otro orden de cosas, se ha establecido que la extinción por amortización es válida si tal amortización acontece realmente y no si las funciones del trabajador afectado se continúan realizando por otra persona (STS 14-6-1999, Ar. 6157), que en nuestro caso significativamente será la misma pero bajo vínculo estatutario; en segundo término, porque la previsión del artículo 49.1.c) del ET, aunque pueda incardinarse en una extinción por conjunta voluntad de las partes, implica previamente que el contrato de trabajo hubiere incorporado el plazo, término o, para nuestro caso, la condición resolutoria —esto es, la adscripción del puesto a funcionario—, inaceptable jurídicamente habida cuenta que tal contrato fijo debió formalizarse en base a una RPT en donde la figura laboral tuviera cabida según la ley vigente en ese momento, siendo a todas luces impropcedente formalizar un contrato fijo sometido a condición resolutoria para el cumplimiento *sine die* por parte de la Administración pública de la obligación constitucional y legal de que ese puesto sea cubierto por funcionario público, pues también quebraría el principio de estabilidad para los no funcionarios, que verían resuelto su contrato de trabajo, opción no asumida ni tolerada por la DT 15.^a o sus equivalentes autonómicos.

Por ello, a nuestro entender, es en el artículo 49.1.a) del ET donde se localiza la solución de la cuestión, no sin alguna dificultad. El contrato de trabajo puede extinguirse por mutuo acuerdo de las partes: se acepta que esa resolución se asiente en la autonomía individual, aunque también su contenido pueda verse tamizado por la ley o por la negociación colectiva. Permite el artículo 49.1.a) que trabajador y Administración resuelvan el contrato de trabajo, aun sin mediar causa alguna que lo justifique, pero lo cierto es que, como causa de extinción, lo habitual es que subyazca otra causa. Este mutuo disenso implica la ruptura del vínculo laboral, bajo una coincidencia de voluntades. En nuestro supuesto, supone que el trabajador que opta a la funcionarización, y la logra, asume que su vínculo laboral

preexistente se extingue en el momento en que toma posesión de su nueva condición funcionarial.

Como norma general, se defiende que en el mutuo disenso no tiene significación de quién es la iniciativa o la propuesta de resolución. Ello debe matizarse en la funcionarización: si la opción es la del artículo 49.1.a) del ET existe previamente una razón muy clara y determinante y, además, viene prefijada ya sea por ley, reglamento o, más generalmente, por las bases de la convocatoria.

Evidentemente, la Administración no puede imponer la extinción, pues ambas voluntades deben expresarse libremente. La opción, por consiguiente, no es puramente de mutuo disenso: lo que acontece es que se subordina la efectiva consolidación de la condición de funcionario de carrera, una vez superado el proceso selectivo, a esa manifestación del trabajador de estar conforme con la opción de extinción de su contrato. Por ello, a nuestro juicio, aunque se canaliza tal extinción a través de la fórmula del artículo 49.1.a) del ET, creemos que estamos ante una especialidad muy singular de ese mutuo disenso, por cuanto el trabajador únicamente puede adoptar dos decisiones: mantener el vínculo laboral, con lo que pierde todos sus derechos como funcionario, o pasar por la cláusula extintiva, y tomar posesión. Efectivamente, manifiesta su voluntad, pero ello se requiere para ser funcionario.

Como hemos señalado, esta referencia legal es la que mayoritariamente han adoptado las normativas de aplicación y las bases y convocatorias consultadas. No nos parece incorrecta; al contrario, plenamente válida y conforme con la finalidad del proceso de funcionarización, pero acaso nos parece también forzada, porque la coincidencia o conjunción de voluntades, que es la esencia de esta causa, está muy matizada y viene impuesta ya inicialmente por la Administración.

Las normas consultadas establecen tal extinción con carácter mayoritario, aunque en algunos casos con expresiones ambivalentes o etéreas⁴⁶ y en otros con una referencia expresa al artículo 49.1.a) del ET⁴⁷, pero mantenemos serias dudas sobre la corrección legal de algunas fórmulas empleadas cuando se articulan a través del texto de las bases o de las convocatorias, opción ésta muy habitual en el ámbito local, en donde se hace más evidente la falta de cobertura de una norma indubitada al respecto; así, aunque por lo general la extinción se plantea en términos generales sin

⁴⁶ Así, el artículo 6 del Decreto 69/1994, de 17 de marzo, de funcionarización de Castilla y León, establece que se adquirirá la nueva condición «perdiendo su condición de personal laboral fijo...». El artículo 5.2 del Decreto 102/1991, de 7 de noviembre, de funcionarización en la Región de Murcia, ya derogado, establecía literalmente que «quedará extinguida la vinculación laboral...»; el artículo 17 del Decreto 149/2002, de funcionarización de la Comunidad de Madrid, establece que «la toma de posesión conllevará la rescisión de la relación laboral por mutuo acuerdo». Las bases de funcionarización del Instituto de Cultura del Ayuntamiento de Elche se refieren al «cese como personal laboral fijo, quedando extinguida la relación laboral anterior» (base 8.^ª, DOGV 8-9-2004).

⁴⁷ Es el caso del artículo 45.3 del Decreto 87/1994, de 9 de diciembre, de funcionarización en la Región de Murcia, que sustituye al derogado Decreto 102/1991, anteriormente citado.

mayor especificación formal⁴⁸, en otros supuestos se obliga a formalizar un acuerdo escrito, al amparo del artículo 49.1 del ET, de extinción del contrato antes del propio nombramiento⁴⁹ —esto es, en una fase incluso anterior a la toma de posesión y juramento—, lo cual nos parece contrario a Derecho, pues el nombramiento, como acto administrativo, es un acto obligado de la Administración derivado de una propuesta del Tribunal o Comisión de selección; en el mismo sentido, los supuestos en que las bases prevén la resolución simultánea del contrato laboral para cuando se produce el acto de nombramiento⁵⁰: en primer lugar, porque tal extinción debería acontecer en el momento de toma de posesión del puesto y no el antecedente nombramiento, pues puede transcurrir un lapso de tiempo de incluso un mes, o más, si hay razones de fuerza mayor que impidan la toma de posesión, y, en segundo término, porque unas bases selectivas no pueden establecer, *per se*, la extinción del vínculo laboral sin vincularla, cuanto menos, al artículo 49.1.a) del ET, y con idéntica conclusión, en cuanto sólo a la primera consideración, si se prevé el acuerdo de extinción con carácter inmediatamente previo al nombramiento. En estos supuestos, la respuesta pasa por considerar que la extinción se producirá efectivamente —esto es, quedará condicionada— a la toma de posesión como funcionario de carrera⁵¹, por lo que también es desacertado prever que el mutuo disenso puede acontecer en cualquier momento desde el acto de nombramiento a la toma de posesión⁵².

En este sentido, aunque con el mismo resultado, entendemos que el legislador estatal, al regular la funcionarización, debiera haber previsto tal extinción *ex lege* para tales trabajadores, sin haber de recurrir al artículo 49.1.a) del ET, o, en todo caso, como una especificidad singular del precep-

⁴⁸ Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de León de 23 de junio de 2000 aprobando la funcionarización del personal laboral; base 8.ª: «los aspirantes que superen las pruebas selectivas y se acojan al procedimiento de transformación del vínculo jurídico para su funcionarización perderán la condición de personal laboral...» (BOCyL 4-7-2002).

⁴⁹ Orden de 25 de marzo de 2003 (BORM 3-4-2003) sobre funcionarización del personal laboral fijo de las Escuelas Oficiales de Idiomas de la Comunidad de Murcia (base 9.ª); Resolución de la Universidad de Murcia 211/2002, de 29 de julio (base 10.ª.4, BORM 6-9-2002).

⁵⁰ Acuerdo plenario de 7-4-2004 del Ayuntamiento de Ciudad Rodrigo (base 10.ª, BOCyL 10-9-2004); Acuerdos del Pleno de la Diputación Provincial de Salamanca de 1-8-1997, 22-12-1997, 10-1-2000, 27-12-2000 y 18-1-2002 sobre funcionarización del personal laboral. En el sentido reseñado, *vid.* Decreto 1783/2002, de 26 de junio, de la Presidencia de la Diputación (base 12.ª, BOCyL 12-7-2002).

⁵¹ Bases para la funcionarización del personal laboral fijo de diversos Organismos Autónomos del Ayuntamiento de Cartagena (BORM 17-4-2001), siguiendo el esquema que prevé el artículo 5.3 del Decreto 87/1994, de 9 de diciembre, de funcionarización en la Región de Murcia. A través de un «*acta única e individual*» se concreta la extinción de forma simultánea al inicio del vínculo funcional en el Ayuntamiento de Segovia (base 13.ª de la convocatoria unitaria y bases de funcionarización, BOCyL 30-9-2002); en el mismo sentido, la Resolución de 9-9-2002 de la Universidad Rey Juan Carlos, según la cual la suscripción del acuerdo de extinción deberá efectuarse en el plazo de presentación de la documentación acreditativa por parte de los aspirantes que han superado el proceso, condicionada a la toma de posesión (art. 7.2, BOCM 16-10-2002).

⁵² Bases reguladoras de la funcionarización de los Ayuntamientos de Lorca (base 9.ª, BORM 4-2-2003) y de Trujillo (base 8.ª.2, BO de Cáceres 6-7-2004).

to laboral de referencia. Ello no impide, insistimos, en que consideremos que la extinción del vínculo sea la respuesta más lógica y acorde con la finalidad constitucional que persigue la funcionarización, y así parece también haberlo asumido la jurisprudencia, si bien es una cuestión que no ha trascendido al ámbito judicial salvo contadas ocasiones⁵³: una respuesta distinta implicaría una multitud de contratos en situación de excedencia, tantos como trabajadores funcionarizados, con derecho a optar al reingreso en su anterior condición si hay vacante —y, por consiguiente, con derecho a pasar a situación de excedencia por incompatibilidad como funcionario— y, además, también con derecho a mantener dos vínculos —laboral y funcional— en situación de excedencia, si ingresa en otro Cuerpo o Escala o es contratado por distinta Administración pública, dando pie a una elección a la carta ante un hipotético reingreso, en función de lo que más le convenga individualmente y no al interés público.

Sí que hemos de matizar, en todo caso, que nuestra opción pasa por la no aceptación de una tesis, asumida por numerosos procesos de funcionarización, en el sentido de que propiamente no hay una extinción del vínculo laboral ni tampoco su pervivencia, sino que lo que acontece es una «*transformación*» de laboral a funcionario. Como ya hemos podido señalar, es frecuente establecer la dicción de que «*los aspirantes que superen las pruebas selectivas y se acojan al procedimiento de transformación del vínculo jurídico para su funcionarización perderán la condición de personal laboral...*»⁵⁴, amparándose tal circunstancia en la ausencia de un real acceso *ex novo* a la función pública, sino un cambio de vínculo jurídico sin solución de continuidad⁵⁵. Criterio jurídico que entendemos no correcto, tal como hemos expuesto.

III. EL ESTATUS ESPECIAL DE TRABAJADORES FUNCIONARIZADOS INMERSOS EN UN PROCESO DE TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Un supuesto que ha acontecido en numerosas ocasiones, especialmente entre el Estado y las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, aunque extensible a otras esferas públicas, es el de que, iniciado un proceso de funcionarización, aquellos puestos afectos se

⁵³ Aunque referido al supuesto muy específico de la integración del personal laboral en el régimen estatutario de la Seguridad Social, la STS 1-3-1993, Ar. 1695, establece que el supuesto es de extinción de aquel primer vínculo, si bien, habida cuenta que en la *estatutización* no hay proceso selectivo, la fórmula civilista adoptada por la sentencia de referencia es la de «*novación extintiva del contrato de trabajo*». A nuestro juicio, en la funcionarización no hay novación entre vínculo laboral al funcional, sino simplemente extinción, una vez tomada posesión del cargo.

⁵⁴ Acuerdo del Pleno de 23-6-2000 de funcionarización del Ayuntamiento de León (BOCyL 4-7-2002). La misma «*transformación*» es postulada en numerosas otras bases y convocatorias (Diputación de León, BOP 2-12-1994).

⁵⁵ Acuerdo del Pleno municipal de 5-10-1999 del Ayuntamiento de Benigembla (BOP de Alicante 17-8-2002), que, sin embargo, entiende que la relación no se transforma, sino que se extingue (base 10.^a.1).

ven incursos en una fase política de transferencia de competencias entre dos Administraciones, lo que implica, desde la perspectiva jurídica, la afectación para la Administración receptora de una decisión tomada previamente por la entidad que transfiere.

En este supuesto el marco jurídico ha sido confuso, por cuanto los trabajadores que participan en el proceso de funcionarización lo hacen en relación a una Administración específica y un puesto concreto, pero en el ínterin la adscripción orgánica y funcional de este puesto se ve modificada, ya no dentro de la propia entidad, sino por su traspaso a otra Administración, que sería, en hipótesis, en donde deberá tomar posesión de su condición de funcionario, aunque no necesariamente, pues el traspaso o transferencia puede suceder tanto antes como después de finalizar el proceso de funcionarización.

Fundamentalmente, desde el punto de vista jurídico, las mayores dificultades surgirán cuando el traspaso o transferencia acontece cuando el trabajador aún ostenta la condición de laboral y el proceso selectivo no ha finalizado; en menor grado, cuando ya ha superado el proceso de funcionarización y se plantea la negativa o renuencia del nuevo funcionario a tomar posesión como funcionario de la entidad pública receptora de las transferencias o traspasos, prefiriendo la de origen.

En este último supuesto debe tenerse en cuenta que las dificultades que, por lo general, surgen se derivan del deseo de los nuevos funcionarios de pertenecer a una u otra Administración en función de expectativas que creen más factibles según parámetros muy distintos —así, p. ej., la mayor movilidad que permite la Administración central frente a una autonómica—, o incluso por los derechos y deberes que se derivan de normas de función pública diferentes (como es el supuesto de Navarra, en donde la integración en su función pública foral supone un *plus* muy significativo de mejores condiciones de trabajo y derechos reconocidos).

Deben efectuarse, no obstante, algunas precisiones previas, especialmente desde la perspectiva del traspaso o transferencia de servicios cuando el personal afectado mantiene aún estatus laboral; téngase en cuenta al respecto que la construcción del Estado autonómico y la constitucionalización de un ámbito amplio de autonomía local han supuesto que, desde el inicio mismo de la transición política en 1976, este proceso de transferencia haya sido constante, sin haber finalizado todavía, al ampliarse progresivamente el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, pero también debido a la reestructuración de la organización territorial de estas últimas, mediante la potenciación —y consiguiente transferencia de servicios— entre éstas y los entes locales, ya sean tradicionales —Ayuntamientos, fundamentalmente— o de nueva creación —Comarcas—, sin obviar los traspasos entre Diputaciones provinciales y Comunidades Autónomas, en ambos sentidos.

Ante esta realidad evidente, la doctrina judicial ha sido clara al señalar que los posibles problemas de coordinación y de aplicación de normas a los recursos humanos transferidos deben resolverse en primer término mediante la necesaria normalización de su vínculo estatutario, y ésta pasa por

regla general por la integración plena y sin reparos ni secuelas en la nueva función pública, en base a los principios de economía y de mayor estabilidad del servicio público, valorándose que el mantenimiento de regímenes privilegiados particulares y de prerrogativas o derechos originarios de entidades públicas que transfieren o traspasan —en este supuesto, la convocante de la funcionarización— acaba distorsionando el empleo público al perpetuarse de forma indefinida. De ahí que se haya postulado como solución más coherente y que mejor vela por el interés público que los nuevos funcionarios se integren en la función pública finalmente receptora de las competencias, aunque no sea la misma que convocó las plazas a funcionarizar, asumiéndose que tal solución puede tener beneficios e inconvenientes en cuanto al estatuto individualizado del trabajador funcionarizado, pero permite superar opciones individualistas «*particulares*» y «*egoístas*» (STSJ Navarra 9-5-1995, AS 1828) al hacer prevalecer el principio de eficacia y de supremacía del interés público general.

Para solventar esta circunstancia, ciertamente compleja, no se ha promulgado ninguna norma legal en el ámbito estatal que clarifique la situación, aunque sí existen unos acuerdos no publicados adoptados en 1998, que han sido asumidos por el texto de diversas convocatorias, que marcan el régimen aplicable al caso y que, pese a su nulo rango normativo⁵⁶, permiten atisbar algunos puntos de solución al problema que comentamos, según los siguientes criterios:

1.º Si el traspaso de efectivos humanos acontece a lo largo del proceso selectivo de funcionarización —esto es, entre su aprobación como tal y su finalización—, se reconoce el derecho del trabajador afectado a continuar participando en el mismo. Se evita con ello que la necesidad de que los requisitos exigidos al momento de presentación de la instancia, que deben mantenerse al momento de toma de posesión, impida tal continuación, por cuanto, *strictu sensu*, tal trabajador ya no ostentará la condición de laboral fijo en la Administración convocante ni ya ocupará un puesto adscrito a funcionario en esa misma entidad.

2.º Aunque el proceso de funcionarización no se haya iniciado expresamente, pero el derecho a funcionarizarse se deriva de una decisión o norma previa, como sería el supuesto de que así lo adoptara un Plan de

⁵⁶ En concreto, estos acuerdos son fruto de unas Jornadas convocadas por el Ministerio de Administraciones Públicas en 1998, denominadas XXXII Jornadas de la Comisión de Coordinación de la Función Pública. Las Jornadas, celebradas en Villagarca de Arousa en fecha 28 de mayo de 1998, dieron como resultado una decisión que se califica como «*Acuerdo por el que se adoptan diversas medidas en relación con el personal de la Administración General del Estado que, durante el proceso de transferencia, se encuentre participando en procesos de promoción interna, consolidación de empleo temporal o funcionarización*». Nuestro parecer es que este Acuerdo no tiene mayor valor jurídico que el de ser unos meros criterios orientativos de aplicación interna para la Administración del Estado, sin eficacia frente a otros entes públicos, al no estar ni tan siquiera publicados formalmente y únicamente asumidos por algunas bases y convocatorias como parte integrante de las mismas. Sin embargo, ello no impide que valoremos positivamente su carácter esclarecedor de la problemática que se origina en una situación de traspaso de competencias con trabajadores afectados por un proceso de funcionarización.

Empleo o un sistema de racionalización de recursos humanos, el trabajador afectado podrá igualmente participar en el momento en que se convoquen las plazas.

3.º Finalizado el proceso selectivo, los trabajadores fijos se integran no en la función pública originaria, sino en la función pública de la entidad receptora de las transferencias, por lo que será en ella en donde adquirirán la condición de funcionario de carrera, e integrándose en sus Cuerpos y Escalas⁵⁷. Para ello, es preciso establecer —así lo hace el Acuerdo— que la Administración receptora queda vinculada por los resultados del proceso de funcionarización.

4.º Sin embargo, puede suceder que tal última previsión no sea oportuna jurídicamente. En concreto, puede darse una colisión entre esa funcionarización y la política de recursos humanos de la Administración a la cual se han transferido competencias. Sin embargo, el Acuerdo no resuelve el procedimiento de actuación ante esta circunstancia y de ahí que determinadas normas autonómicas hayan previsto el derecho incondicionado a proseguir con el proceso de funcionarización en la Comunidad Autónoma de los que iniciaron el proceso en el ámbito estatal⁵⁸.

5.º En cualquier caso, se instituye la necesaria participación de las Comisiones mixtas de transferencias que estuvieran creadas, las cuales deberán relacionar en el Real Decreto que prevea el traspaso el personal afectado por tal proceso de funcionarización.

6.º Una vez concluida la funcionarización, debe procederse a actualizar el coste efectivo del traspaso —lo que acontece en el seno de la Comisión mixta—, muy especialmente cuando la funcionarización implique cambio del grupo de titulación y la modificación de los derechos retributivos que, de no haberse llevado a cabo el traspaso, hubiera supuesto para el Estado tal proceso.

7.º Si nada impide la incorporación de los nuevos funcionarios, se prevé que el órgano competente —en el ámbito estatal, la Dirección General de la Función Pública— comunicará el resultado del proceso de funcionarización al órgano competente autonómico o local, para que éste regularice la relación de servicios del personal afectado. Entendemos, en este caso, que los trabajadores aprobados tomarán posesión como funcionarios de carrera de la nueva Administración.

Si la incorporación como funcionarios de aquellos trabajadores afectados no es posible porque colisiona con la política de recursos humanos de la nueva Administración, nada se ha previsto en la normativa vigente: la solución, incorporada en algunas bases de convocatorias⁵⁹, es que la Admi-

⁵⁷ Es la opción mayoritariamente acogida en los acuerdos de transferencias. *Vid.* apartado G.2 del RD 373/1999, de traspaso de funciones y servicios del Instituto Social de la Marina a la Xunta de Galicia, o RD 846/1999, de traspaso del ISM a la Generalitat Valenciana.

⁵⁸ DT 1.ª de la LFP Comunitat Valenciana de 1994, según aquella primera normativa estatal; más recientemente, Decreto 137/1999, de 9 de junio.

⁵⁹ Es el supuesto previsto en la funcionarización de la Escala técnica de gestión de Organismos Autónomos del Ministerio de Sanidad y Consumo (*BOE* 30-12-1998).

nistración cedente procede a la toma de posesión como funcionarios de los trabajadores afectados, que se integran como funcionarios de carrera de aquélla, y acto seguido, de forma simultánea, pasan a la situación de excedencia por incompatibilidad, al amparo del artículo 29.3.a) de la LMRFP, al darse su transferencia a la Administración receptora.

8.º Finalmente, indicar que el personal transferido tiene garantizada en la mayoría de normas la posibilidad de funcionarización si en el futuro su puesto laboral es adscrito a funcionario, a pesar de que el ámbito temporal no se cumpla, pues en ese caso prevalece la fecha de transferencia⁶⁰, o respetándose el régimen selectivo de la Administración transferente si a la fecha de traspaso ya hubiera finalizado el plazo de finalización de presentación de instancias, aplicándose el Derecho autonómico sobre procesos selectivos en los restantes supuestos⁶¹. Sí que al respecto hemos de señalar que menores dificultades aplicativas de la norma hemos localizado cuando el traspaso de competencias acontece en el ámbito autonómico y local, entre aquél y éste, o entre entes locales, en donde la proximidad de las entidades afectadas y de los sujetos intervinientes parece solventar con mayor agilidad normativa la dificultad que se deriva⁶².

Es evidente que la primera valoración que puede efectuarse a la regulación mencionada, en el ámbito estatal, es la ausencia de una norma jurídica que pueda considerarse como tal, habida cuenta la insustancialidad formal —aunque no de contenido— del Acuerdo de Villagarcía de Arousa de 1998. En este sentido, postulamos *de lege ferenda* una regulación jurídica formalmente con rango de ley, con carácter general, tal como ha sucedido en otros muchos supuestos, especialmente en el traspaso o transferencia de servicios sanitarios.

En segundo lugar, acordamos con la doctrina⁶³ y la jurisprudencia que cuando acontece un traspaso o transferencia de competencias, la mejor fórmula para establecer el régimen aplicable —y, en nuestro supuesto, la afectación del proceso de funcionarización— debe canalizarse a través de

⁶⁰ En este sentido, *vid.* la DT 12.ª LFP Murcia. Más recientemente, la DA 3.ª de la Ley 9/2003, de 23 de diciembre, de medidas administrativas de Galicia, habilita un turno especial de funcionarización para el personal laboral fijo docente en los Conservatorios de música, tomándose como fecha de referencia «el momento en que fueron integrados en la red pública de la Comunidad Autónoma».

⁶¹ Es el caso regulado por la DT única del Decreto 163/1998, de funcionarización de Aragón, y por el artículo 41 del Acuerdo firmado entre la Administración y los sindicatos aragoneses de 24-6-1996 (*BOA* 28-6-1996).

⁶² Uno de los supuestos más recientes acontece en las Islas Baleares, en donde la Ley respectiva ha previsto que el trabajador en proceso de funcionarización mantendrá el derecho a continuar participando en el mismo y se instituye un compromiso *ex lege* para los Consejos insulares receptores de asumir el cambio de régimen jurídico (DA 3.ª.2, sobre mantenimiento de los derechos de los funcionarios transferidos según la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, de atribución de competencias a los Consejos insulares de Baleares en materia de carreteras; en igual sentido, DA 8.ª.1 de la Ley 14/2001, de 29 de octubre, sobre atribución de competencias en servicios sociales y Seguridad Social).

⁶³ María del Pilar MARTÍN RAMÍREZ, «La sucesión empresarial en la Administración pública», *Actualidad Administrativa*, núm. 36, 2001, pág. 1209.

la propia ley reguladora, evitando así las discusiones existentes, tanto al amparo de las Directivas comunitarias europeas como del ET, del que es buen reflejo nuestra propia doctrina judicial, sobre la aplicación del instituto de la subrogación laboral en estos supuestos⁶⁴. En la normativa legal y reglamentaria específica deben establecerse los efectos de dicho traspaso o transferencia en relación al personal afectado por un proceso de funcionarización en marcha, concluido o no, o que debe iniciarse en el futuro; nuestro criterio es que, recogiendo el criterio de la jurisprudencia laboral y extrapolada a un ámbito distinto como es el aquí estudiado, lo adecuado es que la normativa reguladora fije las necesarias cláusulas de garantía para respetar los derechos que el trabajador transferido o traspasado tenga reconocidos; pero, es más, también deben garantizarse las expectativas legales o futuras sobre su funcionarización —que en principio, al amparo de la Ley laboral y de la propia jurisprudencia, no se tutelan—, salvo que, como bien señala el Acuerdo de 1998 mencionado, ello sea incompatible con la política de recursos humanos de la Administración receptora del traspaso o transferencia.

IV. CONCLUSIONES

Nos hemos permitido titular el presente artículo con una referencia al hipotético carácter de *tertium genus* de la relación funcional surgida del proceso de funcionarización, con un ánimo en cierta medida provocador. Es evidente que el nuevo funcionario no puede calificarse como de relación funcional especial, como así efectúa la legislación vigente en cuanto al personal estatutario de la sanidad pública, y tampoco —debemos reconocerlo— como un *tertium genus*, pero creemos haber acreditado que el nuevo vínculo jurídico no es, en modo alguno, «virgen» en cuanto al haz de derechos y obligaciones que en torno a él se configuran, y que estas especialidades son, en algunos aspectos, muy relevantes y que la hipotética transitoriedad en algún caso no es tal, sino que se mantiene a lo largo de la vida administrativa del nuevo funcionario.

La razón misma del presente artículo que ofrecemos al lector se basa en el hecho de que no puede localizarse en el panorama de las relaciones funcionariales actuales un supuesto de igual equivalencia y trascendencia, en lo que se refiere a un nacimiento mediatizado del nuevo vínculo administrativo, como el que acontece con el trabajador funcionarizado. Es cier-

⁶⁴ Si bien referidas al antiguo redactado del artículo 44 del ET, que fue modificado posteriormente por Ley 12/2001, las SSTs 3-5-1999, Ar. 4299, y 14-1-2000, Ar. 552, entendieron que en el traspaso o transferencia de servicios no acontece subrogación, mientras que otros pronunciamientos (STS 15-12-1998, Ar. 1012/1999) razonaron que «la subrogación se produce en los supuestos en los que el nuevo empresario es un órgano de las Administraciones públicas, habiéndose declarado que al personal laboral transferido del Estado a una Comunidad Autónoma le es de aplicación el artículo 44 ET, por lo que tienen derecho al mantenimiento de las condiciones de trabajo existentes en el momento de la transferencia, y que el hecho de ser sucesor un ente público no excluye la aplicación de dicho precepto...».

to que el funcionario interino cuando consolida su situación afecta al nuevo vínculo permanente, pero en cuestiones menores: reconocimiento de la antigüedad a efectos de trienios y algunos aspectos más. En cambio, el trabajador funcionarizado, al alcanzar el nuevo estatus, incorpora, por imperativo legal, importantes modulaciones, que hemos tenido ocasión de analizar, que afectan a aspectos claves de la relación funcionarial y que tienen su origen o nacimiento en el Derecho laboral o en el individual contrato de trabajo: la retribución, la provisión de puestos de trabajo, las garantías de indemnidad, el reconocimiento de específicos derechos laborales —no sólo económicos— a través de fórmulas jurídicas transitorias, la necesidad de una previa clarificación de los puestos de trabajo ocupados, la situación de pendencia o extinción del contrato laboral preexistente, por citar los expuestos a lo largo de este artículo. Pero podrían incorporarse otros: la afectación del vínculo en relación a la Seguridad Social y las consecuencias hacia el futuro (el más evidente supuesto es el pase desde el régimen general, cual es el caso de los trabajadores del Estado, al de la MUFACE o MUGEJU, una vez funcionarizados), la modificación en la estructura y composición de los órganos de representación colectiva y sindical —tanto laborales como funcionariales— y de la propia condición de representante del trabajador funcionarizado, o la estructura de la nueva carrera administrativa del funcionario. Nos parece significativo resaltar, así pues, que el Derecho laboral alcanza, en la funcionarización, una virtualidad sobre el nuevo vínculo funcionarial que no acontece en ningún otro supuesto, comportando una *invasión* o *contaminación* en la relación administrativa que ha surgido, que, siendo lógica y garantista para que el funcionario no pierda condiciones consolidadas que supondrían de lo contrario absurda su participación en el proceso de funcionarización, no deja de ser única y posiblemente irreplicable en el Derecho de la función pública española. Mediatización, profunda en algunos casos, que afecta al propio funcionamiento de la Administración pública, que debe sin duda reflexionar sobre su alcance antes de aprobar un proceso de funcionarización.

Estos aspectos no habían sido analizados hasta el momento y nuestra voluntad ha sido ponerlos cuanto menos sobre la mesa, a fin de plantear y cuestionar algunas soluciones legales y comprobar el alcance de su cumplimiento, o adaptación *ad hoc* por la vía de los hechos, de aquéllas. Ello nos lleva a formular, como conclusión final, que la legislación y el desarrollo reglamentario o convencional han ignorado a menudo ese «*día después*» del proceso de funcionarización, cuando el trabajador ya es funcionario, y que las soluciones arbitradas en muchas ocasiones no son coherentes, o poco prudentes, o requieren, si son acertadas, que el operador jurídico —especialmente, la Administración y las organizaciones sindicales con las cuales aquélla pacta— las asuma, lo cual no acontece a menudo, de lo que es buena prueba la disfunción entre el carácter absorbible del complemento personal transitorio *ex lege* y la realidad práctica, en donde de forma *contra legem* se pacta con carácter muy habitual no sólo la no absorción, sino específicamente el incremento anual de tal complemento como cualquier otro concepto retributivo. Precisamente por el carácter

distorsionador que tal afectación supone, de influencia del Derecho laboral en el nuevo vínculo, se hace preciso, a nuestro juicio, ser especialmente prudente y respetuoso con la normativa para evitar, *ad eternum*, situaciones desiguales entre funcionarios de un mismo colectivo pero con orígenes distintos, unos funcionarizados y otros incorporados a la Administración por los procedimientos ordinarios.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su reseña, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos anónimos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista* los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



00168

9 770034 763905

18,00 €