

El complemento de destino de los altos cargos y su aplicación a diputados y funcionarios de los parlamentos autonómicos

JOSÉ RAMÓN CÓLERA LEIRADO

Letrado del Parlamento de Galicia. Asesor del Valedor do Pobo

Resumen

La entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público el día 13 de mayo de 2007 significó el cumplimiento de una previsión constitucional y el punto de partida de «un proceso de reforma previsiblemente largo y complejo, que debe adaptar la articulación y la gestión del empleo público en España a las necesidades de nuestro tiempo» (Exposición de Motivos de la Ley).

Entre los muchos problemas que plantea el desarrollo legislativo de sus preceptos básicos, nos vamos a ocupar en este trabajo de la interpretación y aplicación concreta del artículo 87.3 a los diputados de los parlamentos autonómicos y al personal de su administración, precepto condicionado por el artículo 4.ºa) y las disposiciones adicional undécima y final cuarta.2, en conexión con los artículos 16.3 (consolidación del grado personal) y 24.a) (complemento de destino).

La legislación vigente en la materia y la jurisprudencia sentada sobre el artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 1991 –antecedente normativo del citado artículo 87.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, (en lo sucesivo EBEP)–, ponen de manifiesto las distintas soluciones legales adoptadas y la inseguridad jurídica generada por su aplicación.

Resum

L'entrada en vigor de l'Estatut bàsic de l'empleat públic el dia 13 de maig de 2007 va significar el compliment d'una previsió constitucional i el punt de partida d'«un procés de reforma previsiblement llarg i complex, que ha d'adaptar l'articulació i la gestió de l'ocupació pública a Espanya a les necessitats del nostre temps» (Exposició de motius de la llei).

Entre els molts problemes que planteja el desenvolupament legislatiu dels seus preceptes bàsics, ens ocuparem en aquest treball de la interpretació i l'aplicació concreta de l'article 87.3 als diputats dels parlaments autonòmics i al personal de la seua administració, precepte condicionat per l'article 4t.a i les disposicions adicional onze i final quarta.2, en connexió amb els articles 16.3 (consolidació del grau personal) i 24.a (complement de destinació).

La legislació vigent en la matèria i la jurisprudència establerta sobre l'article 33.2 de la Llei 31/1990, de 27 de desembre, de pressuposts generals de l'Estat per a l'any 1991 –anterior normatiu de l'article 87.3 esmentat de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (d'ara en avant EBEP)–, posen de manifest les distintes solucions legals adoptades i la inseguretat jurídica generada per la seua aplicació.

Abstract

The entry into force of the Basic Statute for Civil Servants on May 13 2007 meant the fulfillment of a constitutional provision and the starting point of «a process of reform expected long and complex, to adapt the articulation and management of public employment in Spain to the needs of our time» (Preamble to the Act).

Among the many problems posed by the legislative development of its basic precepts, we are going to deal with the interpretation and a particular application of the article 87.3 to the members of the autonomous parliaments and to their staff. This precept is conditioned by article 4.a and the additional provisions eleventh and final 4.2, in connection with the articles 16.3 (consolidation of staff grade) and 24.a) (extra allowance).

The current legislation and the jurisprudence based on the article 33.2 of Law 31/1990 of December 27, of the state budget for 1991 –preceding regulatory of the aforementioned 87.3 article of the Basic Statute of the Civil Servants (hereinafter EBEP)–, highlight the different legal solutions adopted and the legal uncertainty generated by their application.

Sumario

- I. Introducción
- II. Artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre. Su estructura, naturaleza y características
- III. Legislación autonómica de transposición del artículo 33.2 de la Ley estatal 31/1990
- IV. Sentencias sobre la interpretación y aplicación del artículo 33.2 de la Ley 31/1990
- V. Evolución y estructura del artículo 87.3 EBEP
- VI. Vigencia del artículo 87.3 EBEP para los diputados de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas
- VII. Aplicación del artículo 87.3 EBEP al personal funcionario de las asambleas legislativas autonómicas
- VIII. Recapitulación

I. Introducción

Uno. Casi treinta años después de ser aprobada la Constitución española, el legislador estatal, en el ejercicio de la competencia exclusiva que le ha sido atribuida por el artículo 149.1.18.³ sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las administraciones públicas, ha dado cumplimiento al artículo 103.3 de la CE.

El itinerario legislativo recorrido por el EBEP se resume en el apartado último de la exposición de motivos de la ley: «ha sido elaborado tras un intenso período de estudio y reflexión, encomendado a la Comisión de expertos constituida al efecto y tras un no menos sostenido proceso de discusión y diálogo con los representantes de las Comunidades Autónomas y de otras Administraciones y con los agentes sociales y organizaciones profesionales interesadas.»

El mantenimiento de este espíritu de colaboración se refleja también en el procedimiento de tramitación parlamentaria desarrollado en el Congreso y Senado, con la aceptación e incorporación al proyecto de ley de un número aproximado de doscientas enmiendas.

Y el balance de resultados ha sido cerrado por la doctrina destacando sus aspectos positivos¹ y negativos.² Por ello debemos resaltar que estamos en presencia de:

- Una ley básica incompleta. Deja fuera de ella algunas materias de carácter básico como son el régimen de incompatibilidades para el personal al servicio de las administraciones públicas (Ley 53/1984, del 26 de diciembre) y la prevención de riesgos laborales en lo que esta sea de aplicación a la función pública (Ley 31/1995, de 8 de noviembre).
- Compleja. Al englobar dos regulaciones diferentes con la finalidad de equiparar el régimen jurídico aplicable a los funcionarios y al personal laboral al servicio de las distintas administraciones públicas, la ley configura un marco delimitador en cuyo interior latén tendencias divergentes. Como expresión de esa complejidad, su exposición de motivos anuncia que cada administración «debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes.»

1 Para elaborar el comentario de aspectos generales del EBEP hemos consultado, entre otros, los siguientes trabajos doctrinales:

Comentarios a la ley del Estatuto Básico del Empleado Público. M. Sánchez Morón (director de la publicación). Editorial Lex Nova, marzo 2008.

«El Estatuto Básico del Empleado Público. Un Godot que no ha llegado.» L. Martín Rebollo. *RAP* n.º 174, pp. 129-159.

«El Estatuto Básico del Empleado Público.» J.A. Fuentetaja Pastor. *RAP* n.º 174, pp. 457-499.

«Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público.» R. Jiménez Asensio. La Ley 2008.

Derecho del empleo público, Ley 7/2007, de 12 de abril. R. Parada Vázquez. Editorial Marcial Pons, 2007.

Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las administraciones públicas. En el Estatuto Básico del Empleado Público. J. Cantero Martínez (director L. Ortega Álvarez). Editorial Consultor de los ayuntamientos, 2007.

2 En especial, las críticas formuladas por:

«El estatuto básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público.» Jorge Fernández Miranda. *REDA* n.º 139, pp. 475-500.

Martín Rebollo y Jiménez Asensio, en las obras anteriormente citadas.

- Una ley proyectada en dos planos distintos. Por un lado, suma a la generalidad de conceptos un conjunto de principios y, por ello, está necesitada de una intensa y cualificada legislación de desarrollo en el ámbito autonómico. Por otro, ofrece una regulación extensa y detallada en algunos artículos, por ejemplo, los referidos a la negociación colectiva (Título II, capítulo IV) o a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones (Capítulo V).
- Una ley básica de mínimos. Compatible por las competencias reconocidas a las distintas comunidades en los últimos estatutos aprobados (valenciano, catalán...). Cobra así sentido el contenido de la disposición final segunda al decir que «Las previsiones de esta ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas, respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuye los respectivos Estatutos de Autonomía en el marco de la Constitución.»
- Una ley cuyo desarrollo va a generar significativas disfunciones. No podemos olvidar que más de un veinticinco por ciento de sus artículos sólo entrarán en vigor cuando las comunidades autónomas aprueben las leyes de desarrollo de su función pública, propiciando lo que los letrados parlamentarios Martínez Corral y Visiedo Mazón, aventuran con estas palabras: «Un sistema caracterizado por la flexibilidad que avocará inexcusablemente a asentar la heterogeneidad de regímenes jurídicos de la función pública en el conjunto del Estado. Podría decirse que el EBPE asume la heterogeneidad, la potencia y podría decirse que renunciar a ordenarla.»³

Dos. Fijado en este apartado introductorio el marco programático del EBPE, debemos ahora deslindar el objeto concreto de nuestra aportación: la aplicación del artículo 87.3 del EBPE a los diputados de los parlamentos autonómicos y a los funcionarios de su administración.

Y lo hacemos partiendo de estas premisas:

- El artículo 87.3, enmarcado en el Título VI, situaciones administrativas, goza de eficacia directa e inmediata desde el 13 de mayo del 2007, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final cuarta.1.
- Su aplicación afecta tanto a la consolidación del grado (artículo 17, carrera administrativa horizontal) como al incremento retributivo del complemento de destino (artículo 24, retribuciones complementarias), y está condicionada por la disposición adicional cuarta.2 que, al referirse a los capítulos II y III del Título III (en los que se enmarca los citados artículos), nos dice que su regulación «producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dicten en el desarrollo de este Estatuto».

³ «El Estatuto básico del empleado público y su posible aplicación a los Parlamentos Autonómicos.» J.A. Martínez Corral y F.J. Visiedo Mazón. *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid* n.º 19, año 2008.

- Los diputados de los parlamentos autonómicos que sean funcionarios, al expirar su mandato de legislatura, y los funcionarios de la administración parlamentaria, al cesar en el desempeño de un alto cargo, todos ellos, en el momento de reingresar en el servicio activo de su administración de procedencia, tienen derecho a su reconocimiento y a recibir «como mínimo» el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido directores generales y otros cargos superiores de la correspondiente administración pública.
- Como las normas de desarrollo legislativo en materia de carrera administrativa y de retribuciones complementarias aún no han sido dictadas, habrá que aplicar, para la ejecutividad del artículo 87.3 del EBPE, las vigentes en las leyes de función pública del Estado y de las comunidades autónomas, y en los acuerdos normativos adoptados por los respectivos parlamentos autonómicos.

En resumen, si consideramos correcto el planteamiento antecedente, resulta consecuente que en los sucesivos apartados tengamos que remontarnos al artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, ya citada, determinar su naturaleza y características, estudiar su desarrollo legislativo autonómico y la doctrina sentada por la jurisprudencia, para finalizar cuestionándonos la eficacia directa e inmediata del artículo 87.3 EBPE a los diputados que reingresen en el servicio activo de las comunidades autónomas y a los funcionarios de la administración parlamentaria.

II. Artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre. Su estructura, naturaleza y características

El citado artículo establece: «Dos. Los funcionarios de carrera que, durante más de dos años continuados o tres con interrupción, desempeñen o hayan desempeñado a partir del 5 de julio de 1977 puestos en la Administración del Estado o de la Seguridad Social, comprendidos en el ámbito de la aplicación de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre Incompatibilidades de Altos Cargos, exceptuados los puestos de Gabinete con categoría inferior a la de Director General, percibirán desde su reincorporación al servicio activo y mientras se mantenga en esta situación el complemento de destino correspondiente a su grado personal, incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino que la Ley de Presupuestos del Estado fije anualmente para los Directores Generales de la Administración del Estado.»

Uno. Un análisis descriptivo de la norma transcrita permite la disección de sus elementos estructurales –aquellos que se van a reproducir en las sucesivas leyes autonómicas– cuya integración fundamenta la petición de los interesados en demandar el

reconocimiento del complemento de destino correspondiente a un director general de la Administración. Entre ellos citamos los siguientes:

- *El subjetivo*. Los solicitantes deben ser funcionarios de carrera que se reincorporan al servicio activo. Supone, por exclusión, que no comprende a los funcionarios interinos, al personal laboral ni al personal eventual.
- *El objetivo*. Es necesario que, durante dos años continuados o de tres con interrupción, desempeñen o hayan desempeñado puestos en la administración, cuyos titulares tengan reconocido la categoría de alto cargo. Este contenido material ha sido ampliado a cargos asimilados en otras administraciones mediante leyes autonómicas que extienden esa condición a cargos electivos, autonómicos y locales.
- *El temporal*. La ley 31/1990 impone un plazo *a quo* para reconocer el derecho a partir del 5 de julio de 1977. Este elemento se va a establecer en cada ley autonómica con distintas fechas de retroactividad.
- *El finalista*. Se persigue que el funcionario no sufra menoscabo en su carrera profesional. Para evitarlo, se le reconoce el derecho a percibir el complemento de destino correspondiente a su grado personal, incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento asignado al director general de la administración correspondiente en su presupuesto anual.

La transposición de este elemento finalista a la legislación autonómica ha generado una distorsión del concepto retributivo y la falta de certeza jurídica en su aplicación, como tendremos ocasión de resaltar en algunas sentencias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Dos. La naturaleza jurídica del precepto ha sido debatida de manera interesada en función de estimar o no su extensión o aplicación analógica a otras administraciones públicas.

El interrogante que se abre es el siguiente. ¿Es el artículo 33.2 una norma básica? Si tomamos como referencia la misma ley 31/1990 vemos que no se le reconoce, de forma expresa y formal, esta condición. Ha sido la jurisprudencia la que se ha pronunciado sobre su contenido material para dilucidar si estamos en presencia o no de un precepto general que forme parte de un mínimo común denominador normativo.

El punto de partida se encuentra en dos sentencias del Tribunal Supremo de la Sala Tercera de lo contencioso-administrativo.

La primera, de 24 de septiembre de 1994, nos dice en el fundamento jurídico quinto.³ lo siguiente: «Tampoco es convincente la tesis de que es precepto o norma básica porque así resulta de los artículos 23 y 24, en relación con el 1.3, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto; antes al contrario, un detenido examen de estos preceptos persuade justamente del carácter no básico del tan repetido artículo 33, como no aceptado por aquellos que cita la Sentencia.»

La segunda, de 24 de noviembre de 1997, matiza la anterior afirmación en diversos fundamentos jurídicos:

«[...] sin que se desprenda que la cuantía del complemento de destino sea aplicable al personal de todas las administraciones públicas como norma básica, como se recogía en dicha sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1994» (FJ 5).

«Pero es lo cierto que en esta sentencia se expresaba que tal precepto cuestionado el artículo 33.2 sí podía encontrar carácter básico en consideración a lo que respecto al grado personal establece el artículo 1.3 en relación con el artículo 21, ambos de la ley 30/1984, por cuya razón desestimaba los recursos de apelación en interés de ley promovidos» (FJ 6).

«[...] lo determinante para que proceda o no el reconocimiento del derecho que recoge la sentencia aquí recurrida en casación en interés de Ley no es la Administración concreta, del Estado o de las Comunidades Autónomas, en que se presten los servicios, que se computan a efectos del referido complemento de destino que se cuestiona, sino, muy en concreto, la real equivalencia de los niveles retributivos o del estatuto jurídico de la figura...» (FJ 8.º 1).

«En definitiva, pues, concurre una *eadem ratio decidendi* que impone una interpretación analógica o extensiva de la norma, por si no fueran suficientes los argumentos antes expuestos, y a cuyo tenor procede la aplicación del artículo 33.2 de la Ley 31/1990 a los funcionarios de la Administración del Estado que hayan desempeñado alto cargo en las Comunidades Autónomas» (FJ 9).

Este debate ha quedado cerrado definitivamente con la sentencia del Tribunal Constitucional 202/2003, de 17 de noviembre en cuyo fundamento jurídico 14 se dice lo siguiente: «En consecuencia, habiendo establecido el legislador postconstitucional de manera aparentemente completa e innovadora las “bases del régimen de retribuciones” del estatuto funcional y, en particular, por lo que aquí más nos importa, el complemento de destino en los arts. 21.2a), 23.3 a) y 24.2 de la Ley 30/1984, no cabe atribuir, de conformidad con la doctrina sentada en la SSTC 37/2002, de 14 de febrero (RTC 2002, 37), y 1/2003, de 16 de enero (RTC 2003, 1), naturaleza básica al incremento retributivo que establece el citado art. 33.2 de la Ley 31/1990 sobre el complemento de destino correspondiente al grado personal de los funcionarios que han sido alto cargo, “al no haber sido declarado expresamente como básico por el legislador estatal postconstitucional, ni poder inferirse dicho carácter de su posible consideración como complemento necesario de las normas básicas postconstitucionales, al no existir dato alguno que permita deducir de manera cierta y clara que el legislador postconstitucional no haya pretendido agotar la regulación de los aspectos que ha estimado básicos de la materia.”»

Tres. El derecho, reconocido a los funcionarios que han desempeñado altos cargos para percibir el complemento de destino mencionado, ha sido objeto de constante crítica, tanto por parte de algunas centrales sindicales como por un sector doctrinal minoritario. Y en justa correspondencia, su defensa ha contribuido a fijar sus características definitorias.

a) No vulnera el principio de igualdad ante la ley.

«[...] Sólo cabría apreciar la vulneración del principio de igualdad si los criterios de diferenciación no fuesen objetivos ni generales [...] En el presente caso, el criterio elegido por el legislador para dispensar un régimen retributivo especial (privilegiado según el auto de planteamiento de la sección del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) y distinto al del resto de los funcionarios es un criterio objetivo (haber desempeñado un alto cargo durante un tiempo determinado) y general, es decir, derivado de una circunstancia fáctica que puede afectar a una pluralidad de funcionarios y, en consecuencia, no resulta expresivo de una reserva o preterición *ad personam*. Ello impide apreciar la vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE» (Fundamento jurídico tercero, apartado 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/2000, del 3 de febrero).

b) No contradice los principios de mérito y capacidad que presiden la carrera administrativa.

«[...] Siendo los principios de mérito y capacidad reglas de configuración legal según el artículo 103.3 CE, no pueden llevarse hasta el extremo de impedir al legislador premiar o compensar desde el punto de vista retributivo al funcionario que ha sido alto cargo» (Fundamento jurídico tercero, apartado 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/2000, del 3 de febrero).

c) Prima su contenido económico.

La redacción originaria del artículo 33.2 resalta su carácter de compensación económica. Es la diferencia resultante entre el grado personal consolidado y el valor económico del complemento de destino fijado para los directores generales de una administración pública.

«[...] sus efectos son, pues, conviene insistir, estrictamente de índole económica y, por tanto, sin ninguna consecuencia en la promoción profesional del funcionario, que conserva el grado personal que tuviera consolidado conforme a su carrera funcional» (Fundamento jurídico once de la Sentencia del Tribunal Constitucional 202/2003, del 17 de noviembre).

III. Legislación autonómica de transposición del artículo 33.2 de la Ley estatal 31/1990

Como consideración previa, estimamos procedente invocar el fundamento jurídico tercero.c) de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio, que recuerda la existencia de una reserva legal para regular aquellos elementos estructurales que integran el núcleo esencial de la función pública.

La aplicación de esta doctrina al derecho a percibir el complemento de destino asignado a altos cargos, conlleva, por tanto, la exigencia de una habilitación legal en cuanto afecta tanto a la promoción en la carrera administrativa como a la cuantía de las retribuciones.

Si a esta motivación sumamos la declaración sentada por el Tribunal Constitucional de que el artículo 33.2 de la Ley 31/1990 no es un precepto de naturaleza básica, resulta justificado que la legislación autonómica de las distintas comunidades autónomas llevasen a cabo una traslación de su contenido a su respectivo ordenamiento jurídico, reproduciendo, con perfiles propios, cada uno de sus requisitos. Y el resultado de esa traslación, motiva al operador jurídico a establecer, con un criterio meramente ejemplificador, dos grandes grupos de leyes autonómicas en su desarrollo:

Uno. Aquellas que han reconocido a los funcionarios de carrera el incremento retributivo del complemento de destino de alto cargo sin alterar su grado personal.

En este grupo incluimos:

- Andalucía, artículo 10 de la Ley 3/1991, de 28 de diciembre, de presupuestos generales para el año 1992.
- Aragón, artículo 32 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales..., que modifica el artículo 13 de la Ley 4/1998, de 8 de abril.
- Asturias, artículo 49.8 de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de la función pública del Principado, modificado por la Ley 14/2001, de 28 de diciembre, de medidas...
- Castilla-La Mancha, artículo 13.3 de la Ley 5/1990, de 26 de diciembre, de presupuestos generales para el año 1991.
- Cataluña, apartado segundo del artículo 82 del Decreto legislativo 1/1987, de 31 de octubre de función pública de Cataluña (añadido por el artículo 45.1 de la Ley 21/2001, de 28 de diciembre), y disposición adicional undécima.
- Extremadura, disposición adicional segunda de la Ley 4/1991, de presupuestos generales para el año 1992.
- Illes Balears, artículo 12.5 de la Ley 6/1992, de presupuestos generales para el año 1993.
- Navarra, en el artículo 3 *bis*) de la Ley foral 19/1996, de 4 de noviembre (incluido por la Ley foral 10/2007), se otorga a los funcionarios de la Administración de la Comu-

nidad Foral y de sus organismos públicos el derecho a percibir un complemento de carácter personal equivalente al 25% del sueldo del respectivo nivel.

- Valencia, artículo 51.5 del Texto refundido de la Ley de 24 de octubre de 1995 de función pública de Valencia (modificado por la Ley 14/2005, de 23 de diciembre).

La citada legislación autonómica tiene como elemento aglutinador que el complemento de destino a percibir por el funcionario, que cesa en el desempeño de un alto cargo y se incorpora al servicio activo, sea la diferencia económica entre el correspondiente a su grado personal y aquel que fue asignado a un director general de la administración de su comunidad autónoma. A partir de este elemento común, se detectan algunas singularidades:

- La extensión del reconocimiento de esta percepción a funcionarios estatutarios y de la administración parlamentaria (Cataluña e Illes Balears).
- La fecha a quo para su aplicación. Distinta para cada comunidad autónoma: 5 de julio de 1977, Cataluña; 28 de abril de 1978, Andalucía; 11 de julio de 1983, Illes Balears...
- El límite cuantitativo del complemento de destino. Con carácter general se toma como referencia el asignado a un alto cargo en la Comunidad autónoma respectiva, aunque en alguna comunidad su techo se ha fijado tomando como límite el correspondiente a un director general de la administración del Estado (artículo 12.5 de la Ley 6/1992, de presupuestos de las Illes Balears o el artículo 13.3 de la Ley 5/1990, de 26 de diciembre, de presupuestos generales para la Comunidad de Castilla-La Mancha).

Dos. Aquellas otras que afectan al grado personal de la carrera administrativa de funcionario.

El artículo 13 de la Ley 1/1991, de 15 de enero, de presupuestos generales de la Comunidad autónoma de Galicia dice: «Los funcionarios que desempeñen o hayan desempeñado puestos en la Administración Central e Institucional de la Comunidad Autónoma comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de Altos Cargos consolidarán, con efectos económicos desde la aprobación de la presente Ley, el grado correspondiente al nivel de complemento de destino 30.»

Para nada se habla de la posibilidad de incremento igualatorio del complemento de destino y esa ha sido la directriz de las sucesivas Leyes autonómicas de Presupuestos, así en el artículo 13 de la Ley 15/1991, de 28 de diciembre, y... artículo 9 de la Ley 7/1998, de 30 de diciembre.

Y un criterio similar se acuña en el artículo 23 de la Ley 17/1990, de 29 de diciembre, de Castilla-León «[...] consolidarán... el grado personal que corresponda al nivel más alto del intervalo asignado al grupo en que se encuentre clasificado el Cuerpo o Esca-

la al que pertenezca el funcionario.» Y algo semejante se reitera en el artículo 62.4 del Decreto legislativo 1/2001, de 26 de enero, del texto refundido de la función pública de la región de Murcia.

En la cúspide de esta vertiente nos encontramos con el artículo 20 de la Ley 15/1991, de la Asamblea de Madrid (actualmente derogado por el artículo 11.1 de la Ley 18/2000, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas) que motivó la cuestión de inconstitucionalidad 4783/1999 y la Sentencia del Tribunal Constitucional 202/2003, del 17 de noviembre, la cual, superando su texto literal mediante una interpretación de la norma cuestionada conforme con la Constitución, sienta la doctrina de que el contenido normativo del precepto citado es el otorgamiento de una compensación económica sin afectar a la carrera administrativa, ya que el régimen de grados personales establecido por la Ley 30/1984 es de competencia estatal (artículo 149.1.18 a) CE.

La doctrina expuesta salva la constitucionalidad del artículo 20 de la derogada ley de la Asamblea de Madrid 15/1991. Pero ¿qué ocurre con los preceptos de las restantes leyes anotadas?

Se plantea un problema de sucesión temporal de normas. La disposición derogatoria única de la EBPE –con el alcance establecido en la disposición final cuarta– ha invernado, entre otros, los artículos 21 (promoción profesional); 23 (conceptos retributivos); y 25 (determinación de la cuantía de los conceptos retributivos), y ha diferido su eficacia a las leyes de la función pública que dicten en su desarrollo el Estado y las comunidades autónomas (disposición final cuarta.2).

Ante la situación expuesta ¿cuál es la norma aplicable? La respuesta hay que buscarla no sólo en las reglas de derecho transitorio, sino también en el principio de plenitud del ordenamiento jurídico, que demanda la vigencia de la actual legislación autonómica en la materia, y la supletoriedad de la legislación estatal, ya desprovista de su carácter básico por la derogación de los artículos citados.

Resumiendo, la conclusión que ahora sentamos es doble:

Primera. El EBPE establece una derogación condicionada a término de las normas prestatutarias actuales en esta materia, objeto de nuestro estudio, y no es eficaz hasta que se aprueben y entren en vigor las leyes de desarrollo.

Segunda. Hay que conciliar la aplicación de las leyes vigentes, estatal y autonómica, con la jurisprudencia anteriormente anotada del Tribunal Supremo para hacer efectivo el contenido normativo del artículo 87.3 EBPE.

IV. Sentencias sobre la interpretación y aplicación del artículo 33.2 de la Ley 31/1990

La Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio, configuró la seguridad jurídica como una suma de certeza y legalidad, requisitos, entre otros, que no

estuvieron presentes con el rigor necesario en la aplicación del artículo 33.2 de la citada ley.

La legalidad desarrollada por las comunidades autónomas ofrece alguna contradicción e importantes vacíos, como ya hemos comentado. Un ejemplo más lo tenemos en el artículo 9.1, apartado último, de la ley gallega 7/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales..., que tuvo que fijar como fecha *a quo* –para el reconocimiento del derecho al complemento de destino de los altos cargos–, el primero de enero de 1982 a favor de los funcionarios de carrera y estatutarios que hubieran consolidado dos años consecutivos o tres discontinuos. Además, se vio en la necesidad de reconocer su vigencia permanente en la disposición final primera de la citada ley, rompiendo con el precedente que vinculaba esa norma a la ley anual de presupuestos de la comunidad autónoma.

La consecuencia necesaria de esa legalidad ambigua es que la certeza en su aplicación ha palidecido en los sucesivos pronunciamientos judiciales que traen causa de las sentencias del Tribunal Supremo del 24 de septiembre de 1994 y 24 de noviembre de 1997, unificándose los criterios a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional 32/2000, de 3 de febrero, y 202/2003, de 17 de noviembre.

En este período, la jurisprudencia de trascendencia normativa, reconocida en el artículo 1.6 del vigente Código Civil, se torna en una jurisprudencia creativa –ante el margen amplio abierto para separarse de la letra de la ley–, mediante una interpretación extensiva o analógica del artículo 33.2 de la ley 31/1990, en el que se establece un mandato limitado a funcionarios de carrera que hubieran desempeñado un alto cargo en puestos de la Administración General del Estado o de la Seguridad Social.

Sin profundizar en los distintos fundamentos jurídicos, constatamos que:

- Para algunas sentencias, el artículo 33.2 de la Ley 31/1990 es una norma básica (Sentencias de los juzgados de lo contencioso administrativo de Murcia de 3 de octubre y 10 de noviembre de 2000 y 18 de enero de 2001; de las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia de Extremadura, de 29 de febrero de 2000, de Sevilla, de 13 de febrero de 2002, y de Asturias, de 22 de marzo del 2002). Para otras, el precepto no es básico ni formal ni materialmente (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 19 de septiembre de 2001 y de Castilla-León de 4 de febrero de 2002).
- Su aplicación se extiende a funcionarios de la Administración central o de las entidades locales que han desempeñado, con anterioridad, altos cargos en una comunidad autónoma (Sentencia de los tribunales superiores de justicia de Aragón de 19 de febrero de 1996, y de Andalucía, de 13 de febrero y 30 de julio de 2002), o entre comunidades autónomas (Sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo de Murcia de 30 de octubre de 2000); a funcionarios del Estado trans-

feridos a las comunidades autónomas que han ejercido antes un alto cargo, bien en el Estado, bien en otra comunidad autónoma...

La situación se centra y torna a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/2000, consolidándose una jurisprudencia orientada a afirmar que el artículo 33.2 no es un precepto básico, y que la aplicación de su contenido normativo precisa de una ley autonómica habilitante. Ejemplos de esta tendencia, son las sentencias que anotamos a continuación:

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de septiembre de 2001. Entre otros fundamentos jurídicos transcribimos los siguientes:

«Se establece en este precepto 33.2 una excepción a lo dispuesto en el art. 21.2.c) de la Ley 30/84 conforme al cual el desempeño de un puesto de trabajo en situación de servicios especiales se computa a efectos de consolidación de grado personal, pero el grado que se consolida no es el del puesto de trabajo que se desempeña en situación de servicios especiales, sino el del último puesto desempeñado en la situación de servicio activo o el que posteriormente se obtenga por concurso: excepción en cuanto permite la consolidación, a efectos retributivos, del grado correspondiente al puesto de alto cargo que se hubiese desempeñado. Y esta excepción, como se ha expuesto, únicamente es aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado que hubiesen desempeñado altos cargos en la Administración del Estado o Seguridad social» (FJ 2.º apartado 5).

«[...] siendo necesario para que pudiera acogerse la pretensión del recurrente que en la legislación autonómica gallega existiera una norma similar al tan citado art. 33.2 de la Ley 31/90, lo que no es el caso» (FJ 2.º apartado 6).

«[...] No existe base alguna para considerar complementarias la regulación estatal y la autonómica, asumir compromisos que le obligarían a incrementar sus gastos en materia de personal afectando a su autonomía presupuestaria constitucionalmente reconocida. Si la Administración del Estado contiene una normativa que prevé el incremento en el complemento de destino respecto a quienes han desempeñado determinados altos cargos, bien en la propia Administración del Estado bien en un Ejecutivo Autonómico, lo racional es que, una vez excluido el carácter básico de esa normativa, sólo a ella le afecte en cuanto se beneficie de la prestación de servicios por parte del funcionario (es decir, una vez que éste se reincorpora al servicio activo en la propia Administración del Estado) y no es lógico que se obligue a la Administración Autonómica a asumir aquello a que ella no se ha comprometido ni a que haya de regular de igual manera esa materia que no forma parte de la estructura retributiva básica. Y tampoco existe base para considerar que en este punto haya de prevalecer la legislación estatal, pues, desechado el carácter básico de la norma, no podemos hablar del principio

de jerarquía sino del de competencia, de manera que el legislador autonómico es independiente a la hora de regular el supuesto» (FJ 3.º).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País vasco de 9 de febrero de 2004, fundamento 3.º, apartado último.

«Ello quiere decir que no está contemplando la situación de los funcionarios de carrera de toda España, cuando presten servicios en puestos directivos de las distintas autonomías, pues de haberlo querido así lo hubieran dicho expresamente. Por lo demás, carece de sentido que siendo esta la finalidad del legislador, asigne a dichos funcionarios el complemento de destino que a los Directores Generales se asigne en las Leyes de Presupuestos, ya que lo lógico hubiera sido asignarles los complementos correspondientes a cargos equivalentes de cada autonomía, porque atribuirles el complemento de los Directores Generales por el desempeño de puestos directivos en las autonomías puede romper la lógica de los sistemas retributivos de cada una de las Administraciones autonómicas.»

«En suma, no cabe reconocer carácter básico a dicha norma, ni resulta aplicable al ámbito de la función pública vasca que carece de un precepto semejante» (FJ 3.º País vasco).

V. Evolución y estructura del artículo 87.3 EBEP

1. El artículo 87.3 del Estatuto figura incluido en el Título VI, situaciones administrativas, bloque normativo que presentaba pocos problemas para los redactores del «Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP» de fecha 25 de abril de 2005. Por ello, su propuesta, en relación con la situación administrativa de servicios especiales, era que se simplifique el listado de supuestos en que cabe aplicar la situación de servicios especiales remitiendo la regulación de las situaciones del personal directivo a su regulación propia, y excluyendo la aplicación de dicha situación a la generalidad de los empleados de organismos o entidades determinadas del sector público, por el mero hecho de serlo, salvo excepción estrictamente justificada.

Consecuente con este criterio, e inspirándose en el precedente normativo del artículo 33.2 de la Ley 31/1990, el proyecto legislativo ofrece una redacción abierta, para que cada administración pública pueda establecer los derechos en función del cargo que haya originado el pase a la situación de servicios especiales.⁴

⁴ En la página 14 del *Diario de Sesiones* n.º 728 de la Comisión de Administraciones públicas, el señor Olabarría Muñoz (G.P. vasco), decía: «[...] comentando con el señor Padilla, hemos llegado a una conclusión y a un consenso tácito sobre una circunstancia que concurre en la administración pública y que merita una reflexión ponderada, señor presidente. Vd. sabe que cuando una persona ocupa un cargo público, bien sea electo, bien por

designación, y antes ocupaba otro que le permite consolidar un nivel 30, esa consolidación se respeta. Sin embargo, dicha consolidación no es extensible a las personas que acceden al ejercicio de funciones de carácter electivo. Nos parece que esta es una discriminación no objetiva ni razonable, que vulneraría prolija jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que los funcionarios que abandonan el ejercicio de funciones públicas por acce-

2. Si realizamos un análisis comparativo de los elementos estructurales de los artículos 33.2 de la Ley 31/1990, y 87.3 del EBEP, se pondrían de manifiesto las siguientes diferencias:

- a) Los titulares –a recibir *como mínimo* el mismo tratamiento–, son, además de los funcionarios de carrera que desempeñaron un alto cargo en la Administración pública, los miembros del poder judicial y de otros órganos constitucionales o estatutarios, y los cargos electos relacionados en la norma (alcaldes retribuidos y con dedicación exclusiva, presidentes de Diputaciones, diputados y senadores y miembros de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas).
- b) No se establece en el artículo 87.3 un período mínimo de desempeño de un alto cargo, de cargos electivos o de pertenencia a un órgano judicial, constitucional o estatutario, todo ello en contraste con lo dispuesto en el artículo 33.2 de la Ley 31/1990.

La pregunta –obligada y ceñida a ser miembro de un parlamento autonómico– surge de manera espontánea ¿cuánto tiempo debe el diputado ocupar el escaño para consolidar el derecho al complemento de destino de un alto cargo? La respuesta a este interrogante figura recogida en la disposición adicional segunda de la Ley 15/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Cataluña «durante más de dos años seguidos o tres con interrupciones» o en el artículo 26 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de Andalucía «durante una legislatura completa».

- c) No se determina una fecha *a quo* para que el derecho devengado sea reconocido con efectos retroactivos. Este hecho, y el principio general establecido en el artículo 2.3 del Código civil, obligarán al legislador estatal y autonómico a fijar su retroactividad, tal como hace el artículo 33.2 de la Ley 31/1990, o alguna de las leyes autonómicas reseñadas (entre otras las de las comunidades autónomas de Baleares, Cataluña y Andalucía), tomando, en muchos casos, como referencia la entrada en vigor de su respectivo Estatuto de autonomía o la constitución inicial de su asamblea legislativa.

De no hacerlo de una forma expresa, nos encontraremos con funcionarios sometidos a regímenes jurídicos distintos. Unos tendrán, al amparo de la legisla-

der a funciones representativas, por la obtención de un diputado o de un escaño parlamentario autonómico o de cualquier función representativa con carácter electivo, tendrían que tener el mismo derecho que quienes han estado en la condición de directores generales, consejeros, secretarios, etc., a consolidar automáticamente un nivel 30.»

En el mismo diario en su página 19, el señor Jané y Guasch (G.P. civ) nos dice: «[...] Por tanto, proponemos una modificación en el artículo 87.2 que diga tengan reconocidos, a través de una transacción a nuestra enmienda 463. Así mismo, el artículo 87.3 hace una referencia que ya se introdujo a los cargos electivos junto a los altos cargos. Nos habíamos dejado a los

miembros del Poder Judicial y de otros órganos constitucionales. Nosotros pretendemos introducirlos a través de nuestra enmienda núm. 454. Aquí quisiera agradecer, de manera expresa, a Don Julio Padilla que, en esta comisión, a través de su enmienda 411, trate de cubrir un aspecto que no estaba reflejado. Por ello le ofrecemos una transacción de la que hemos hablado antes, y que también habíamos debatido con el grupo socialista, para que, como mínimo, todos estos funcionarios reciban el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que en él se establece para quienes han sido directores generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración Pública.

ción estatal o autonómica anterior a EBEP, reconocido y estarán percibiendo el complemento de destino de alto cargo. Otros, que cesaron antes de la entrada en vigor del artículo 87.3 EBEP, se les cuestionará su reconocimiento y, por último, los cesados en la situación de servicios especiales a partir del 13 de mayo de 2007, tendrán este derecho reconocido con las peculiaridades que se establezcan en la respectiva legislación autonómica.

- d) El menoscabo que la norma trata de compensar por el desempeño de un alto cargo, o de otros asimilados, será distinto según la proyección temporal de su norma. El artículo 33.2 configura el complemento de destino como una compensación económica: es la diferencia resultante entre el correspondiente al grado personal consolidado y el valor asignado al de un director general de la Administración Pública en cada uno de las leyes anuales de presupuestos. Por contraste, el derecho reconocido en el artículo 87.3 EBEP, tiene un doble contenido. Incide en la carrera administrativa y proporciona un incremento económico en el conjunto de los complementos.

VI. Vigencia del artículo 87.3 EBEP para los diputados de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas

El epígrafe es congruente con el título del trabajo y limita nuestro comentario a la situación administrativa de aquellos diputados autonómicos que, extinguido su mandato de legislatura, se incorporen como funcionarios de carrera a la Administración pública de origen. Ello motiva el establecimiento de tres niveles de reincorporación al servicio activo con una habilitación legal distinta para la percepción del complemento de destino asignado a un alto cargo.

1. Funcionarios de la Administración General del Estado

Un informe de la Secretaría General para la Administración Pública, de 18 de diciembre de 2007, trata de clarificar las dudas existentes, ofreciendo una interpretación resolutoria del artículo 87.3 en cuatro apartados principales:

1. *Ámbito subjetivo de aplicación de la norma*

«Las garantías previstas en el citado apartado 3 se extienden al personal funcionario de carrera al servicio de las administraciones públicas.» También, al personal investigador, al docente, y al estatutario de los servicios de salud, conforme a lo establecido en el artículo 2.1 del EBEP.

Por tanto, un ex diputado autonómico, que se incorpora a la Administración central tiene reconocida una situación equiparable a la de un alto cargo, y está incluido en su ámbito de aplicación.

Respecto al personal restante, se estará a lo establecido en lo disposición adicional undécima del citado Estatuto.

2. Eficacia

Es directa e inmediata «[...] atendiendo a los términos superlativos en que se pronuncia, tales como tendrán derecho, al menos y como mínimo...».

En este punto, nos asalta una duda. La interpretación inicial es correcta si el contenido del derecho al complemento de destino de un director general se limitase a su incremento económico, pero ¿qué ocurre con la consolidación del grado personal? El hasta ahora vigente artículo 21 de la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública, no permite la adquisición *per saltum* de grados entre los intervalos correspondiente a cada grupo, cuerpo o escala. Aún hay algo más ¿cómo se extiende a otros complementos distintos del destino? Y la duda se acentúa si tenemos en cuenta que la regulación contenida en los artículos 17 (carrera horizontal) y 24 (retribuciones complementarias) tiene una eficacia diferida a la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP (disposición adicional cuarta. dos).

La conclusión procedente sería aplicar el incremento económico diferencial entre su grado personal y la cuantía del complemento de destino de un director general. Situación, en todo caso, transitoria hasta que se apruebe la ley de desarrollo.

3. La retroactividad de la norma

«En consecuencia, las garantías del artículo 87.3 son aplicables a los funcionarios de carrera que finalicen su situación de servicios especiales a partir del 13 de mayo del 2007, no resultando de aplicación retroactiva a aquellas situaciones que se hubieran producido con anterioridad a dicha fecha.»

Este criterio interpretativo choca frontalmente con las aspiraciones de algunos diputados autonómicos de legislaturas anteriores a la entrada en vigor de la norma referenciada. Por ello, adelantamos, que la colisión de intereses está servida.

En este momento y en breves líneas situamos el problema. Y lo hacemos partiendo de la lectura del apartado final de una resolución de la Dirección General de la Función Pública de la Administración general del Estado, comunicada a diferentes organismos el 13 de abril de 1998 –en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1997, dictada en recurso de casación en interés de ley–. En aquella se establece que «los funcionarios de la Administración General del Estado que han desempeñado “puesto de Alto Cargo” en las comunidades autónomas, cumpliendo los requisitos temporales que establece el artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, deben percibir el incremento del complemento de destino que les corresponda, hasta equipararse al fijado para los Directores Generales en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año.»

Cierto es que la citada referencia a un puesto de Alto Cargo se limitaba a aquellos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre

incompatibilidades de Altos Cargos, entre los cuales no se incluían a los parlamentarios de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. Ahora, nueve años después, cuando el artículo 87.3 de la EBEP ha ampliado el número de beneficiarios (Altos Cargos... y miembros de las asambleas legislativas), observamos que el citado informe de la Secretaría General del 28 de diciembre de 2007, por un lado, afirma que el precepto básico del Estatuto «despliega su eficacia directa e inmediata» y, por otro, que las garantías previstas en el apartado 3 del artículo 87 se extiende al personal funcionario de carrera relacionado en el apartado 1 del artículo 2 de la EBEP, con un mandato explícito a las administraciones públicas de velar «para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos».

La conclusión correcta sería aplicar al ex diputado-funcionario de carrera el status reconocido a un alto cargo, siempre que reúna los requisitos temporales del artículo 33.2 de la Ley 31/1990.

4. Consolidación del grado y del conjunto de los complementos

En cuanto a la consolidación del grado, el criterio interpretativo que ahora se aplica contradice el otro anteriormente expuesto, al señalar que las garantías previstas «serán aquellas que estuvieran establecidas en el sistema de carrera vigente en la correspondiente administración pública». ¿Cuál? ¿El establecido en el artículo 21 de la Ley 30/1984 por aplicación de la disposición adicional cuarta.2 del EBEP?

De respetar el contenido de este precepto y hasta que no se dicten las leyes de desarrollo, lo coherente será consolidar el grado dentro de cada intervalo de los treinta establecidos por la Ley 30/1984.

Y en lo que concierne al conjunto de complementos, se dice que pueden ser objeto de consolidación aquellos establecidos en la legislación de cada Administración Pública. ¿Cuáles? Entendemos que no los establecidos en el artículo 24 del EBEP, sino los vigentes en la Ley 30/1984, en materia de retribuciones complementarias, con el consabido límite constitucional de que no puedan superar el tanto por ciento anual establecido en cada ley de presupuestos, en relación con el crecimiento de los gastos de personal.

Resumiendo. En relación con este conjunto de funcionarios compartimos la conclusión de que en el ámbito de la Administración Central del Estado sigue vigente el artículo 33.2 de la Ley 31/1990. Ello significa que los ex diputados de parlamentos autonómicos que reingresan al servicio activo en esa administración –siempre que reúnan los requisitos objetivos y temporales establecidos para los altos cargos– tienen derecho al régimen retributivo especial establecido en dicha norma, el cual será revisado cuando el Estado dicte una ley de desarrollo del artículo 87.3 del EBEP.

2. Funcionarios de la Administración autonómica de las comunidades autónomas

Dos consideraciones previas hay que formular en este apartado.

La primera nos impulsa a afirmar que el reconocimiento de ese régimen retributivo especial –privilegiado según el auto de planteamiento de la cuestión de la inconstitucionalidad que motivó el fallo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/2000, de 3 de febrero– exige la existencia de una ley o de una norma con rango de ley, que concreten ese *mismo tratamiento mínimo* establecido para un director general.

La segunda concierne a la aplicación del artículo 87.3 EBEP. El artículo no determina los requisitos temporales de los diputados autonómicos que deben concurrir para el nacimiento del derecho, tanto respecto a la fecha *a quo* como a la duración del cargo electivo desempeñado.

Lo que antecede, nos emplaza a efectuar un repaso sumario de la legislación autonómica vigente en materia de función pública en cada una de las comunidades. A su término, y a la vista de la legislación consultada, verificamos que en cuatro comunidades autónomas existe una habilitación legal expresa a favor de los ex diputados de asambleas legislativas para igualarlos o equipararlos a altos cargos, con la determinación de los requisitos concurrentes para generar el derecho al percibo del complemento de destino referenciado.

En las Illes Balears, el artículo 12.5 de la Ley 6/1992, de presupuestos generales para el año 93, establece: «Los funcionarios de carrera de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears que, durante más de dos años continuados, o tres con interrupción, ocupen o hayan ocupado a partir de 1 de junio de 1983 puestos en la Administración de la Comunidad Autónoma o del Parlamento... o asimilados a los citados puestos “i aixó segons acord de la Mesa del Parlament percibirán...” el complemento de destino correspondiente a su grado personal incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino que la ley de presupuestos generales del Estado fije anualmente a los directores generales de la Administración del Estado.»

En ejecución de esta habilitación legal, la Mesa del Parlamento, por acuerdo de 29 de junio de 1999, reconoció la condición de Alto Cargo a los miembros integrantes del citado órgano, reiterando la asimilación que ya había realizado la Mesa del Parlamento en la III Legislatura.

En Cataluña, antes de la aprobación del EBEP, ya se aplicaba el régimen retributivo de Alto Cargo a los funcionarios reintegrados a la administración pública que hubieren desempeñado el cargo electivo de diputado autonómico.

La habilitación normativa tiene su origen en el artículo 45.1 de la Ley 21/2001, de 28 de diciembre, que añadió un apartado segundo al artículo 82 del Decreto legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba un texto refundido en materia de función pública: «En el supuesto de que la situación de servicios especiales se haya

otorgado a funcionarios de la Administración de la Generalidad o de las entidades locales por ser diputado o diputada al Parlamento de Cataluña, diputado o diputada al Congreso, o senador o senadora o por nombramiento mediante decreto del Gobierno para ocupar puestos con rango orgánico igual o superior a director general, el tiempo transcurrido en el ejercicio de estos cargos computa a los efectos de la consolidación de grado personal, en la forma, los plazos y las condiciones establecidos por la normativa de la función pública, respecto al nivel correspondiente al de clasificación dentro del grupo al cual pertenece el funcionario titular de los mencionados puestos.»

La citada norma se completa a continuación con la disposición adicional segunda de la Ley 15/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, que extiende la disposición adicional undécima del citado decreto legislativo 1/1997 «[...] a los funcionarios de carrera que ejercen o han ejercido durante más de dos años seguidos, o tres con interrupciones, el mandato de diputado del Parlamento de Cataluña...».

El reenvío a la citada disposición adicional undécima, está justificado por la necesidad de completar los requisitos temporales y objetivos exigidos por la norma legal. En concreto, en su punto primero, establece como fecha inicial para la consolidación del grado personal de los funcionarios de carrera la de 5 de julio de 1977.

Y profundizando en esta línea, también reconoce la condición de Alto Cargo a los Rectores de las universidades (artículo 72 de la Ley 31/2002, de 30 de diciembre) y al cargo de Síndico de Cuentas de Cataluña (artículo 33 de la Ley 7/2004, de 16 de julio), siempre que ejerzan o hayan ejercido el cargo durante más de dos años seguidos o tres con interrupción.

En Andalucía, el artículo 26 y la disposición adicional tercera de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos... desarrollan los elementos estructurales del mandato legal. El subjetivo (funcionarios de carrera al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía), el objetivo (que hayan sido diputados del Parlamento de Andalucía durante una legislatura completa, o sea, cuatro años), el temporal (se fija como fecha *a quo* el 1 de enero de 2005 para que opere la retroactividad de la norma), y el finalista (la compensación económica a recibir es la diferencia entre el complemento de destino correspondiente a su grado personal y el valor del complemento de destino fijado anualmente para el cargo de director general de la Junta de Andalucía).

Por último, hay que citar a la Comunidad Autónoma de Galicia. El apartado cuarto del artículo 53 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia, ha sido añadido por el artículo único, número 23, de la Ley 13/2007, de 27 de julio, que reproduce el apartado final del artículo 87.3 EBEP.

«La administración pública velará para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos que fueran nombrados altos cargos, miembros del poder judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios o que fueran elegidos alcaldes, retribuidos y con dedicación exclusiva, presidentes de dipu-

taciones o instituciones equivalentes, diputados o senadores de las Cortes Generales y miembros de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. Como mínimo, estos funcionarios recibirán el mismo tratamiento en la consolidación del grado y en el conjunto de complementos que el que se establezca para los que fueran directores generales y otros cargos equivalentes o superiores de la correspondiente administración pública.»

Para su ejecución se incorpora a la citada ley gallega una disposición adicional décimo séptima con el siguiente texto: «Los funcionarios de carrera que a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/1981, de 6 de abril, por la que se aprobó el Estatuto de autonomía para Galicia, desempeñen o hubieran desempeñado durante más de dos años continuados o tres con interrupción puestos de trabajo como director general o superior, director gerente de órganos o entidades públicas o puestos en la administración pública incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de incompatibilidades de altos cargos percibirán desde su reincorporación al servicio activo, y en cuanto se mantenga esta situación, el complemento de destino correspondiente al puesto de trabajo que desempeñen o, en su caso, al de su grado personal, incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino, o concepto equivalente que la Ley de presupuestos generales del Estado fije para los directores generales, y la suma de ambos conceptos no podrá ser inferior al importe del complemento de destino que perciban los funcionarios que acrediten el nivel máximo establecido legalmente.»

La falta de congruencia entre ambas disposiciones han generado los primeros conflictos en el acto de su aplicación. Algunos diputados de legislaturas precedentes a la VII –en la que se aprueba el citado apartado 4.º del artículo 53–, una vez incorporados a sus puestos de funcionarios de carrera de la comunidad autónoma en la situación de servicio activo, al solicitar el reconocimiento del complemento de destino de un alto cargo, han sido receptores de resoluciones administrativas desestimatorias. Sometidas ellas a recurso contencioso-administrativo, las sentencias dictadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo son dispares. Es desestimatoria la Sentencia número 308/2008, del juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Ourense (FJ segundo) y estimatoria la Sentencia número 304/2008, de 16 de diciembre, del juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de Pontevedra (FJ tercero).

Resumiendo. El reconocimiento, por el artículo 87.3 EBEP, de un tratamiento especial a los ex diputados autonómicos, funcionarios de la Comunidad Autónoma, afecta a dos elementos del núcleo esencial de la función pública, consolidación del grado e incremento de la cuantía de las retribuciones complementarias. Ello exige que su desarrollo y concreción se regule por ley o norma de rango legal, de la respectiva comunidad.

3. Personal funcionario de las entidades locales

El Tribunal Constitucional ha reconocido el carácter bifronte del régimen jurídico de las entidades locales (Sentencias del TC 84/1982, de 23 de diciembre, y 214/1989, de 21 de diciembre). Esa misma línea mantiene el artículo 3 del EBEP que, respetando la garantía institucional de la autonomía local, recuerda que «se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto, y por la legislación de las comunidades autónomas.»

Con este punto de partida, no resulta extraño que la dirección general de Administración local del ministerio de las Administraciones públicas, al contestar a una consulta sobre la aplicación del complemento de destino a un funcionario de habilitación estatal, declarase la vigencia y aplicación al mismo del «beneficio económico contemplado en el artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre» (Resolución de 18 de noviembre de 2005, registro de salida n.º 5.590). Posición también mantenida por la jurisprudencia de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 29 de febrero de 2000.

Y si de la legislación estatal nos trasladamos a la legislación autonómica, ese reconocimiento, expreso y vinculado al antecedente de haber desempeñado el cargo de diputado o diputada del Parlamento de Cataluña, está recogido en el artículo 82, apartado 2.º del Decreto legislativo 1/1997, de 31 de octubre (añadido por la Ley 21/2001, de 28 de diciembre). Precedente ya comentado que inspira la regulación del Estatuto catalán aprobado en materia de régimen local, constituyendo un fundamento legal para habilitar su reconocimiento.

En todo caso, debemos concluir con el siguiente apartado de la exposición de motivos de la Ley 7/2007: «En desarrollo de este Estatuto Básico, el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como las normas aplicables a la Administración local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las entidades locales.»

VII. Aplicación del artículo 87.3 EBEP al personal funcionario de las asambleas legislativas autonómica

En este punto resulta oportuno distinguir entre la situación jurídica reconocida antes de la aprobación de la citada norma legal y su aplicación futura.

1. La lectura de los acuerdos adoptados por las Mesas de algunos parlamentos autonómicos ponen de manifiesto dos hechos:

- el cargo de oficial mayor o del letrado secretario general, en cuanto órgano superior de la Administración parlamentaria, ha sido asimilado o tiene reconocida la

condición correspondiente a la de alto cargo de la Administración autonómica de su comunidad autónoma.

– la habilitación legal de esa equiparación tiene su fundamento en la aplicación supletoria del artículo 33.2 de la Ley estatal 31/1990.

Ante esta realidad de actos administrativos declarativos de derechos y por aplicación de la disposición adicional novena del EBEP, estos funcionarios «tendrán garantizados los derechos económicos alcanzados o reconocidos en el marco de los sistemas de carrera profesional establecidos por las leyes de cada administración pública.»

2. De no existir ese reconocimiento previo, la aplicación actual del artículo 87.3 nos motiva la reflexión dentro del marco normativo vigente.

Una lectura concordada del artículo 4.º a) y de la disposición adicional undécima del EBEP fija el contenido y límite del artículo 87.3: «se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica y resulte compatible con ella».

Dicho de otra forma, a los funcionarios parlamentarios que hayan desempeñado puestos cualificados como alto cargo, se les aplicará su legislación propia, salvo los supuestos de reenvío expreso a la legislación general de la función pública –básica o de desarrollo autonómico– y de aquellos otros en los que se aprecie un vacío normativo, el cual deberá colmarse con la aplicación supletoria del EBEP (artículo 2.5).

La incidencia de este artículo 87.3 en la Administración de los parlamentos autonómicos ha sido estudiada, en profundidad y con rigor, en la obra citada de mis compañeros letrados Martínez Corral y Visiedo Mazón, formulando tres preguntas cuyas respuestas comparto y sintetizo a continuación:⁵

«[...] el EBEP permite específicamente a los parlamentos decidir, mediante una norma con rango de ley, si se aplica o no directamente los preceptos del Estatuto a los funcionarios al servicio del propio parlamento.»

«[...] hasta que dicha decisión no se adopta en tal sentido mediante ese instrumento legal, los preceptos del EBEP no pueden aplicarse directamente a dicho personal del Parlamento, siguiendo los dictados del propio EBEP (artículo 2.5), sus preceptos serían en todo caso aplicables supletoriamente.

«[...]La norma con rango de ley aprobada por el Parlamento para regular el Estatuto de Personal del propio Parlamento, decidirá, en primer lugar si los preceptos del EBEP se aplican directamente al personal funcionario del Parlamento...».

Sentada, por tanto, la doctrina de que el personal parlamentario recibirá, como mínimo, el mismo tratamiento asignado a los que han sido directores generales mediante una norma con rango y fuerza de ley –para no infringir la reserva legal establecida por el artículo 103.3 de la CE– debemos desarrollar los requisitos objetivos y temporales que el artículo 87.3 no enumera y cuyo desarrollo asigna a la potestad legislativa del Estado y de las Comunidades Autónomas.

⁵ Los autores anteriormente citados señores Martínez Corral y Visiedo Mazón, en las páginas 108, 110 y 112 de la *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, ya citada.

Su reconocimiento nos remonta al acto de nombramiento para esos puestos de libre designación o electivos –que la norma legal asimila a un alto cargo–, configurando las dos situaciones administrativas posibles.

En primer lugar, existen funcionarios parlamentarios que han desempeñado un alto cargo en alguna de las administraciones públicas, en el poder judicial o en el poder legislativo. En estos supuestos, se les aplicará la legislación autonómica o la específica y propia contenida en el Estatuto de Personal de su asamblea legislativa. Debemos recordar los ejemplos citados en las leyes autonómicas de Illes Balears, Cataluña, Galicia o Navarra, detallándose en sus respectivos articulados la duración del desempeño del cargo designado o electivo –dos años continuos o tres con interrupciones– y la fecha inicial de su cómputo para poder fijar su retroactividad.

Esa legislación autonómica, por tanto, ha hecho posible que a determinados funcionarios, al retornar a su puesto de trabajo en la asamblea legislativa, les fuera reconocido un régimen retributivo especial con características propias. Un caso singular, por su configuración foral, lo constituye la Comunidad Autónoma de Navarra, con una legislación propia reguladora del régimen de los funcionarios de su administración. La ley foral 10/2007, de 4 de noviembre, ha incluido, en su Ley foral de incompatibilidades, un artículo 3.*bis*), apartado 5, que detalla el ámbito subjetivo de aplicación; los requisitos objetivos y temporales, con una eficacia retributiva limitada; y con una compensación económica que se cifra en el veinticinco por ciento del sueldo del respectivo nivel. Su aplicación concreta a los funcionarios de su Administración parlamentaria ha generado una controversia pendiente de resolución judicial, centrada principalmente en dos puntos: la extensión de la expresión «funcionarios de la Administración de la Comunidad Foral y de sus organismos públicos» y el contenido determinante del concepto «derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos» (artículo 49.1 de la Ley orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral, de 10 de agosto de 1982).

En segundo lugar, hay que referirse al personal funcionario que desempeña, dentro de la administración parlamentaria, un puesto asimilado al de un alto cargo de la administración ejecutiva. Dicha asimilación –bien por norma legal autonómica bien por norma estatutaria expresa– conlleva, al cesar en determinados cargos superiores de la asamblea legislativa, el derecho a percibir un complemento de destino especial o incrementado, reconocido por acuerdo de la Mesa del Parlamento correspondiente. En todo caso, y a nuestro juicio, ello exige:

- La vigencia de una norma con rango y fuerza de ley que faculte a la Mesa del Parlamento para su reconocimiento. Testimonios de esta exigencia encontramos en los parlamentos de Cataluña, Illes Balears, Madrid, Canarias y Galicia. En esta última comunidad, el artículo 37 de su Estatuto de Personal, en su último párrafo dice: «a los puestos de trabajo que tengan la consideración de altos cargos les

será aplicable lo dispuesto en el artículo 33.2 de la ley de presupuestos generales del Estado para 1991» (DOG n.º 248, de 26 de diciembre de 2007).

- La equivalencia de funciones directivas. La Mesa de la respectiva asamblea legislativa, para otorgar el reconocimiento de alto cargo a un puesto de trabajo, con efectos retributivos, debe establecer una correlación entre las funciones asignadas en la relación de puestos de trabajo de su administración con aquellas otras que definen el marco de las funciones directivas en la administración autonómica. Dicho de otro modo, el acuerdo de la Mesa, tendente a calificar un puesto como de alto cargo, debe fundarse en su vertiente interna parlamentaria, en la descripción de las funciones directivas asignadas al puesto de trabajo en relación con las demás, y en la externa, mantener la equivalencia con otros puestos directivos de la administración ejecutiva que justifique su catalogación y movilidad.

VIII. Recapitulación

Ha llegado el momento de fijar unas conclusiones. Labor de síntesis –difícil y oportuna– que debe permitir el deslinde entre la estructura de la exposición y sus aditamentos. Con este propósito, someto al interés de los lectores las siguientes:

Primera. Marco normativo del EBEP

Es una ley básica de mínimos, cuyo desarrollo compete al Estado y a las Comunidades Autónomas (artículo 6), ya que más de un 25% de sus artículos entrarán en vigor cuando se dicten las leyes de desarrollo de la función pública. Entre ellas, las que regulan los derechos a la carrera profesional y a la promoción interna y los retributivos (capítulo II y III del título III). En especial, los artículos 16.3 y 24.a) por su conexión con el contenido del artículo 87.3, todos ellos referidos al EBEP.

Segunda. Ejecutividad del artículo 87.3 EBEP

El artículo 87.3 enmarcado en el título VI, *situaciones administrativas*, goza de eficacia directa e inmediata desde el 13 de mayo de 2007, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta.1. Su aplicación afecta tanto a la consolidación del grado (artículo 17, carrera administrativa horizontal), como al incremento retributivo del complemento de destino (artículo 24. retribuciones complementarias), y está condicionada por la disposición adicional cuarta.2 que difiere su aplicación a una regulación que «producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dicten en el desarrollo de este Estatuto».

Como las normas de desarrollo legislativo –en materia de carrera administrativa y retribuciones complementarias– aún no han sido dictadas, habrá que aplicar, para la ejecutividad del artículo 87.3 del EBEP, las leyes vigentes de función pública del Estado y de las comunidades autónomas.

Tercero. Constitucionalidad y vigencia del artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre

El artículo 33.2 no es básico. Es constitucional y no vulnera el principio de igualdad ante la ley y los de mérito y capacidad en materia de función pública.

Está vigente y los elementos estructurales de la norma, subjetivo, objetivo, temporal y finalista, deben precisarse y desarrollarse en la correspondiente ley autonómica.

Cuarta. Legislación autonómica de transposición del artículo 33.2 de la Ley estatal 31/1990, y jurisprudencia respecto a su interpretación y aplicación

El citado mandato estatal ha sido aplicado a los funcionarios de las comunidades autónomas mediante la aprobación de una norma legal con distinto contenido. Nueve comunidades autónomas han reconocido a los funcionarios de carrera el incremento retributivo del complemento de destino, por su condición de alto cargo, sin alterar su grado personal, y otras cuatro han incidido en la consolidación del grado personal de su carrera administrativa.

Su aplicación ha generado una importante controversia y ha motivado la intervención del poder judicial. La jurisprudencia, en un primer momento, se ha mostrado vacilante al pronunciarse, en el fundamento jurídico principal de su sentencia, sobre el carácter básico del artículo 33.2. Algunas –ya anotadas con anterioridad– han declarado que el artículo citado es un precepto básico y, en consecuencia, mediante una interpretación extensiva o analógica de la norma, han reconocido el derecho a percibir el complemento de destino de un director general del Estado a otros funcionarios que han desempeñado el puesto de alto cargo en la Administración Pública Autonómica.

La situación se centra y torna con la Sentencia del TC 32/2000, que no reconoce el carácter básico del artículo 32.3 y exige la aprobación de una norma legal habilitante para asignar el complemento de destino de alto cargo a los funcionarios autonómicos (Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia de 29 de septiembre de 2001, y del País vasco del 9 de febrero de 2004).

Quinta. Aplicación del artículo 87.3 del EBEP a los funcionarios de carrera, ex diputados de asambleas legislativas autonómicas

Si el funcionario de carrera se incorpora a la administración central, tendrá que probar documentalmente que ha ejercido el mandato de diputado autonómico durante dos años continuos o tres con interrupciones, aplicándose en este caso el complemento de destino previsto en el artículo 33.2 de la Ley estatal 31/1990, norma vigente a tenor del informe emitido por la secretaría general para la Administración pública de 18 de diciembre de 2007.

Si pertenece a la Administración autonómica, observamos que en algunas leyes citadas de Illes Balears, Cataluña, Galicia, Andalucía y Navarra, existen preceptos con-

cretos que facultan para reconocerles el derecho al percibo del complemento de destino de un director general o asimilado. En las restantes comunidades, será necesario que una norma legal desarrolle y precise el mandato contenido en el artículo 87.3 del EBEP.

Y, por último y en relación con el funcionario de las entidades locales, dado el régimen jurídico bifronte de las autonomías locales, podrá acordarse el reconocimiento del derecho cuando concurren los requisitos contenidos en el artículo 33.2 de la Ley 31/1990 o cuando exista una norma legal autonómica concreta. Un ejemplo encontramos en el artículo 82.2 del Decreto legislativo 1/1997, de 31 de octubre, texto refundido de Cataluña en materia de función pública.

Sexta. Aplicación del artículo 87.3 del EBEP al personal funcionario de las asambleas legislativas autonómicas

Si el funcionario parlamentario ha desempeñado, con anterioridad, un alto cargo en alguna de las administraciones públicas, o ha ejercido un puesto de esta naturaleza en el poder judicial o legislativo, siempre que reúna los requisitos temporales establecidos en la correspondiente ley específica o en el Estatuto de Personal de su asamblea legislativa, tendrá derecho a reconocimiento del complemento de destino asignado a un director general. Invocamos como testimonio las leyes autonómicas anteriormente anotadas de Cataluña, Illes Balears, Andalucía, Navarra y Galicia.

Por conexión material, y en su proyección interna, hemos verificado que en determinados parlamentos autonómicos (Cataluña, Illes Balears, Madrid, Canarias y Galicia), la condición de alto cargo asignada a alguno de los funcionarios de su administración, que desempeñan funciones directivas, trae causa para que, al cesar en su desempeño, se le asigne un incremento especial en su complemento de destino. Su atribución, a nuestro juicio, necesita de una norma habilitante integrante de su Estatuto de Personal y que, además, el puesto de trabajo desempeñado tenga atribuidas funciones directivas superiores y determinadas en su correspondiente relación de puestos de trabajo.