

**EL NIVEL RETRIBUTIVO CONSOLIDADO POR
EL FUNCIONARIO COMO DERECHO ADQUIRIDO
EN EL CONTEXTO DE LA REDUCCIÓN SALARIAL OPERADA
POR LOS DECRETOS-LEYES 8/2010, DE 20 DE MAYO, Y 20/2012,
DE 13 DE JULIO**

Antonio Cayero González

*Vocal de la Junta de Personal de los Servicios Periféricos de la
Administración General del Estado en Huesca*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don FRANCISCO MONTERDE FERRER, don JOSÉ LUIS MARTÍNEZ MORALES, don JOSÉ MANUEL PALAU NAVARRO, doña REMEDIO SÁNCHEZ FERRIZ y don RICARDO DE VICENTE DOMINGO.

EXTRACTO

El presente trabajo tiene por objeto analizar en clave jurídica, en el contexto de la actual recesión económica, la posibilidad de calificar el nivel retributivo consolidado en cada momento por los funcionarios como derecho adquirido merecedor de respeto a través del principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

Con tal fin, se lleva a cabo un estudio del concepto de derecho adquirido, se aborda la cuestión relativa a la existencia de derechos adquiridos en el ámbito funcional, y se expone y somete a crítica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional elaborada en torno a la teoría de los derechos adquiridos, en general, y a los derechos adquiridos de los funcionarios, en particular, con especial atención a la que se refiere a los derechos de contenido económico de los empleados públicos surgida con ocasión del enjuiciamiento de la reducción salarial operada por el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo.

Palabras claves: derecho adquirido, funcionario y nivel retributivo consolidado.

Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013

THE CIVIL SERVANTS' CONSOLIDATED SALARIAL LEVELS. THEIR CONSIDERATION AS ACHIEVED RIGHTS IN THE CONTEXT OF THE SALARY REDUCTION OPERATED BY DECREE-LAW 8/2010, OF 20 MAY, AND 20/2012, OF 13 JULY

Antonio Cayero González

ABSTRACT

In the current context of economic recession, this work drives to a clear goal: to determine, from a legal perspective, if it is possible that the civil servants' salarial levels, which have been consolidated during their respective careers, can be considered as achieved rights. Moreover, this possibility would be supported by a well known constitutional principle which says that legal prescriptions, which restrain individual rights, cannot be retroactive.

Consequently, the approach is focused on studying the concept of achieved rights, and specifically, the existence itself in public employees' sphere. At the same time, this essay criticises. The Constitutional Tribunal's jurisprudence in relation to the above mentioned issue. Particularly this work emphasizes a sentence, concerning to a Spanish Government's controversial economic decision, which was released by the Constitutional Tribunal. This specific measure-supposed, in fact, an important reduction of civil servants' salarial status, and was implemented by Decree-Law 8/2010 of 20 may.

Keywords: achieved right, civil servant and consolidated salarial level.

Sumario

1. Introducción
2. Concepto de derecho adquirido
 - 2.1. En la doctrina
 - 2.2. En la legislación positiva
 - 2.3. En la jurisprudencia
3. ¿Existen derechos adquiridos en el ámbito funcional?
- 3.1. Los derechos adquiridos de los funcionarios como proyección del derecho transitorio del Código Civil. Referencia a otros preceptos del ordenamiento jurídico
- 3.2. Los derechos adquiridos de los funcionarios en la legislación de función pública
- 3.3. Los derechos adquiridos de los funcionarios en la jurisprudencia
- 3.4. Reelaboración del concepto de derechos adquiridos de carácter económico de los funcionarios con ocasión del enjuiciamiento de la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 8/2010
4. Crítica jurídica
 - 4.1. Los derechos adquiridos en la Constitución española
 - 4.2. Derechos adquiridos y evolución del ordenamiento jurídico
 - 4.3. Naturaleza de la relación funcional y teoría de los derechos adquiridos
 - 4.4. El ejercicio como criterio identificador de la presencia de un derecho adquirido. Exposición y réplica
 - 4.5. El devengo como criterio de consolidación del derecho a la percepción del importe consolidado de las retribuciones de los funcionarios
5. Conclusiones generales
6. Conclusiones específicas sobre el nivel retributivo consolidado por los funcionarios
7. Epílogo

Bibliografía

«Con este desbarajuste que ahora hay no se sabe ya por dónde anda cada uno... aquí se hacen mangas y capirotos de los derechos adquiridos».

Benito PÉREZ GALDÓS, *Fortunata y Jacinta*.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los ámbitos en que tradicionalmente ha venido incidiendo la actuación de los poderes públicos en épocas de crisis económica es el relativo a las retribuciones de los funcionarios, actuación que hasta el 1 de junio de 2010 se había hecho efectiva en nuestro país en diversas ocasiones mediante el recurso a la congelación salarial, en el marco del objetivo general de contribuir a la contención del gasto público.

Sin embargo, a partir de aquella fecha, al cobijo de la recesión económica, y de manera reincidente, la reacción gubernamental ha traspasado el límite hasta entonces representado por la congelación y ha impactado en el colectivo funcional de forma más gravosa con el recorte de su salario (lo que ha ocurrido en dos ocasiones: en 2010, a través del Real Decreto-Ley 8/2010, de 24 de mayo, y en 2012, mediante el Real Decreto-Ley 20/2012, de 14 de julio).

Esta nueva manifestación del comportamiento del poder público ha hecho surgir la duda acerca de su conformidad o no con el principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, ya que, si bien la congelación parece no contradecir el mencionado principio, al respetar las condiciones retributivas consolidadas de los funcionarios, no ocurre lo mismo con una medida, como la que ahora nos va a ocupar, que supone, para el colectivo afectado, una percepción salarial inferior a aquella en cuyo goce y disfrute efectivos se encontraba con anterioridad.

Todo lo cual nos conduce al tema fundamental de los derechos adquiridos, pues, como se verá, es con referencia a ellos como puede y debe entenderse el principio constitucional ahora en controversia, de manera que, de acuerdo con esta interdependencia, la irretroactividad hunde sus raíces y encuentra un límite infranqueable en el respeto a los derechos adquiridos. El principio de irretroactividad, decía el Tribunal Supremo, se asienta «en los deseos de certeza y seguridad jurídica y el respeto a los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas beneficiosas» (STS de 30 de mayo de 1984).

La afirmación anterior se muestra más evidente si se repara en que el respeto a los derechos adquiridos ha trascendido nuestro derecho interno y se ha instalado, de manera definitiva, como principio general propio del sistema normativo de la Unión Europea a la que España pertenece. Así se recuer-

da, por ejemplo, en el considerando décimo de la Directiva 2006/116/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, a tenor del cual «el respeto a los derechos adquiridos constituye uno de los principios generales del derecho protegidos por el Ordenamiento jurídico comunitario».

Tan determinante resulta a la postre aquella correspondencia, que bien puede decirse, como expresaba MERLIN, que una ley es retroactiva, y vulnera por tanto el principio constitucional, «cuando modifica o desconoce los derechos adquiridos de acuerdo con una ley anterior», y que no lo es «cuando aun obrando sobre el pasado, solo rige lo que conforme a la ley derogada constituye una simple expectativa o facultad».

2. CONCEPTO DE DERECHO ADQUIRIDO

En el contexto de lo explicado en la introducción, es fácil entender que, en el empeño de encontrar una solución aceptable y aceptada al problema que supone concretar el significado y el ámbito de actuación propio del principio de irretroactividad de las leyes, la remisión a la noción de derecho adquirido haya sido una constante en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia de nuestro país.

Como se verá, unas veces la referencia ha sido expresa (Código Civil, Reglamento de los Funcionarios de la Administración Local, jurisprudencia del Tribunal Supremo), otras tácita, mediante la incorporación de previsiones que implicaban su reconocimiento y respeto (Ley 30/1984, Estatuto Básico del Empleado Público) y en ocasiones, en fin, a través de expresiones perifrásticas que evitaban la denominación, pero que conducían irremediabilmente al concepto (jurisprudencia del Tribunal Constitucional). En resumidas cuentas, de una u otra manera, los derechos adquiridos aparecen en el marco jurídico español como la medida de la retroactividad o irretroactividad de las leyes.

De ahí lo inevitable de comenzar esta exposición con un estudio del concepto de derecho adquirido a través de las definiciones e interpretaciones que han ofrecido la doctrina, la legislación y la jurisprudencia.

2.1. EN LA DOCTRINA

Al ser numerosas las definiciones que se han elaborado, no resulta posible atender a todas, razón por la cual se van a transcribir solo algunas que se consideran útiles para ilustrar la tesis que se sostiene en este trabajo.

Según GABBA, «derecho adquirido es todo aquel que aparece como consecuencia de un hecho idóneo para producirlo, conforme a la ley del tiempo en que fue realizado, y que ha entrado a formar parte del patrimonio de la persona, aun cuando la ocasión de hacerlo valer se presente solo bajo la ley nueva».

FIORE caracteriza el derecho adquirido como «el derecho perfecto, aquel que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho, pero que no fue consumado enteramente antes de haber comenzado a entrar en vigor la ley nueva».

BONNECASE contrapone que el concepto clásico de derecho adquirido debe sustituirse por el de situación jurídica concreta, entendida como «la manera de ser de una persona determinada, derivada de un acto jurídico o de un hecho jurídico que ha hecho actuar, en su provecho o en su contra, las reglas de una institución jurídica, y el cual al mismo tiempo le ha conferido efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esta institución», es decir, nos encontramos ante una situación jurídica concreta cuando el texto legal que la establece ha desplegado ya, desde un punto de vista jurídico, sus efectos a favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado en vigor la ley nueva.

Federico A. CASTILLO BLANCO explica que «con la expresión derechos adquiridos se hace referencia, con carácter usual, a aquellos derechos, que aun no habiendo agotado sus efectos, sin embargo pueden considerarse que han surgido al mundo del derecho y, en este sentido, están plenamente perfeccionados con arreglo a la norma».

Todas estas definiciones aglutinan un mismo concepto de derecho adquirido que puede sintetizarse en cuatro notas características:

- 1.^a Se trata de derechos –o situaciones en la tesis de BONNECASE– nacidos bajo el imperio de la antigua ley por haberse realizado durante su vigencia el hecho idóneo para hacerlos surgir.
- 2.^a La realización del hecho idóneo produce la consolidación del derecho, y consiste en el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para que el derecho se reconozca efectivamente en favor de un sujeto determinado poniéndolo en condiciones de poder ejercerlo.
- 3.^a Han ingresado en el patrimonio del afectado, circunstancia que tiene lugar en el momento en que se verifica el hecho idóneo.
- 4.^a Cumplidas estas condiciones, no priva al derecho de su cualidad de adquirido la circunstancia de que no se haya hecho valer, de que no haya sido ejercido durante la vigencia de la ley que lo ha creado y ello tenga lugar posteriormente, una vez ha entrado a regir la ley nueva.

2.2. EN LA LEGISLACIÓN POSITIVA

En nuestra legislación positiva, el concepto que analizamos aparece desarrollado en el Código Civil, cuerpo legal que considera plenamente admitida la existencia de derechos adquiridos me-

recedores de respeto y los protege mediante la consagración del principio de irretroactividad, al establecer, al efecto, que «las variaciones introducidas por este código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo» (disp. trans. preliminar).

La concreción de ese respeto se lleva a cabo a través de las reglas contenidas en las disposiciones transitorias siguientes, cuyo alcance y significado se nos ofrecen de manera diáfana en la exposición de motivos publicada en la *Gaceta de Madrid* en cumplimiento de la Real Orden de 29 de julio de 1889.

De acuerdo con ella, las mencionadas reglas se dictan con la finalidad de «determinar cuáles son las variaciones de ley que perjudican derechos anteriormente adquiridos y que no deben, por tanto, aplicarse con efecto retroactivo», y así «determinar con regularidad y justicia, el paso de la antigua legislación a la nueva, de modo que esta no tuviera efecto retroactivo y quedaran a salvo todos los derechos legítimamente adquiridos bajo el anterior régimen jurídico».

Para esta labor en protección y defensa de los derechos adquiridos, no era suficiente la prescripción transcrita al inicio de este epígrafe. Como requisito previo, o cuando menos simultáneo, se hacía menester también determinar qué debía entenderse por derecho adquirido.

Imprescindible iba a ser, por tanto, llevar a cabo la tarea de definir y caracterizar esos derechos que, por considerarse legítimamente adquiridos, debían quedar a salvo de la modificación normativa, definición y determinación que se cumplen en las disposiciones transitorias, que son objeto de interpretación auténtica en la exposición de motivos.

Conforme ella, la definición del derecho adquirido viene configurada por las siguientes afirmaciones:

- 1.^a Derecho adquirido es todo aquel derecho nacido, conforme a una legislación determinada, de hechos realizados durante su vigencia.

De acuerdo con la exposición de motivos, «como todo derecho nace necesariamente de un hecho voluntario o independiente de la humana voluntad, la fecha de este hecho, que puede ser anterior o posterior a la promulgación del Código, es la que debe determinar la legislación que ha de aplicarse al derecho que de aquel hecho naciera».

Esta acepción del concepto de derecho adquirido es la que se postula en la disposición transitoria primera, conforme a la cual «se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca».

- 2.^a En la definición precedente quedan comprendidos aquellos derechos que, surgidos al amparo de la legislación anterior de hechos realizados bajo su vigencia, no hayan sido ejercidos por su titular durante ella y, por tanto, su ejercicio tenga lugar bajo la nueva regulación.

De acuerdo con la exposición de motivos, no es necesario que «el derecho originado por un hecho ocurrido bajo la legislación anterior se halle en ejercicio para que merezca respeto, pues si existía legítimamente según la ley bajo la cual tuvo origen [...] es un derecho tan adquirido como el que hubiera ya producido o estuviera produciendo su debido efecto». Por tanto, «es justo respetar los derechos adquiridos bajo la legislación anterior, aunque no hayan sido ejercitados».

La afirmación que antecede encuentra cobijo en la disposición transitoria cuarta, en la que se establece que «los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente», disposición que salvaguarda, entre otros, los derechos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución no tiene lugar de una vez, en un solo acto, sino que se prolonga en el tiempo en virtud de actos que se repiten de manera continuada y sucesiva, pero que tienen el mismo fundamento, el nacimiento previo y efectivo del derecho, como ocurre con las retribuciones de los funcionarios.

De todo lo dicho, se desprende que la definición que encuentra acomodo en el Código Civil coincide, en lo sustancial, con las mantenidas por GABBA, FIORE y BONNECASE y, en definitiva, conforme a todas ellas, el concepto de derecho adquirido abarca tanto los derechos que nacen y producen todos sus efectos durante la vigencia de la ley que los reconoce (ley antigua) como aquellos otros que, habiendo surgido al amparo de la regulación anterior, producen o siguen produciendo sus efectos a partir del momento en que comienza a regir la ley nueva. En consecuencia, la prohibición de la retroactividad debe alcanzar a todas sus manifestaciones, cualquiera que sea su grado.

2.3. EN LA JURISPRUDENCIA

2.3.1. Una consideración previa. Significado de la expresión «derechos individuales»

El Tribunal Constitucional, mediante jurisprudencia temprana, identificó los derechos individuales a los que se refiere el artículo 9.3 de la Carta Magna con los derechos fundamentales que en ella se consagran y declaró, literalmente, que «el art. 9.3 –en todo o en parte– alude a los derechos fundamentales del Título I» (STC 27/81).

Sin embargo, no se puede estar de acuerdo con esta interpretación por las razones que se explican a continuación.

En relación con los derechos fundamentales, y en el contexto de la protección que reciben de la Constitución, que constriñe la libertad del legislador al imponerle el deber de respetar su contenido esencial, la garantía que representa el principio recogido en el artículo 9.3 deviene innecesaria.

En palabras de GARRIDO FALLA, «la restricción de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución no puede hacerse por ley ni siquiera para el futuro, por lo que plantear el tema de su retroactividad se convierte en algo rigurosamente ocioso».

No parece razonable, además, admitir que el Constituyente, pudiendo haberlo hecho si estaba pensando en ellos, no empleara directamente la expresión «derechos fundamentales» y prefiriera referirse a estos con otra diferente en detrimento de la certeza y la claridad.

A lo que hay que añadir que nuestra Carta Magna alude siempre a los derechos fundamentales nombrándolos expresamente o señalándolos a través de una referencia a su ubicación constitucional, nunca con otras denominaciones.

Por tanto, no es de recibo la pretensión de forzar una interpretación que trascienda la literalidad de aquello que se ofrece de manera clara en la letra de la norma que se quiere interpretar, pues *in claris non fit interpretatio*.

Por ende, resulta incontestable que el artículo 9.3 de la Constitución no establezca ninguna distinción que permita diferenciar entre unos derechos individuales, los fundamentales, y otros, los demás, circunstancia esta que reclama la aplicación de la regla fundamental de hermenéutica que prescribe que «donde la ley no distingue no debemos distinguir».

En definitiva, como lo argumentaba GARRIDO FALLA, «la expresión "derechos individuales" como límite a la retroactividad de las leyes ha de interpretarse en su propia literalidad; donde se restrinjan derechos individuales amparados en la legislación vigente, no es posible la retroactividad de la nueva legislación que se promulgue».

A mayor abundamiento, es el propio Tribunal Constitucional el que en numerosas sentencias se desdice, al menos implícitamente, de la inicial identificación de los derechos individuales *ex* artículo 9.3 con los derechos fundamentales, al admitir, dentro del ámbito de protección propio del principio de irretroactividad, a los derechos adquiridos, que resultan así comprendidos en la expresión «derechos individuales».

Sirva de ejemplo la Sentencia 99/1987, en la que el Alto Tribunal declara que «la eficacia y protección del derecho individual [...] dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo. Por eso se ha dicho que la doctrina –y la práctica– de la irretroactividad solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto, y no los pendientes, futuros, condicionados y expectativas, según reiterada doctrina del TS».

2.3.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional rehúye el empleo de la expresión «derechos adquiridos» y se sirve en su lugar, a modo de eufemismo, de otros términos que, sin embargo, sugieren el mismo

significado, como si de esta manera pretendiera justificar, cambiando las palabras empleadas, lo que percibe como injustificable desde la óptica del sentido atribuido tradicionalmente a aquella expresión.

En este contexto, dos son las notas que aparecen como características de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que interpreta el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales considerado en el artículo 9.3 de la Constitución:

- 1.^a El intento de prescindir de «la huidiza teoría de los derechos adquiridos, que no puede enfrentarse a las normas legales porque la Constitución no emplea la expresión derechos adquiridos y es de suponer que los constituyentes la soslayaron no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, fundamentalmente, porque esa teoría de los derechos adquiridos, que obliga a la Administración y a los Tribunales cuando examinan la legalidad de los actos de la Administración, no concierne al legislativo, ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensa del ordenamiento, como intérprete de la Constitución [...]» (STC 27/1981).

Tentativa que le precipita a concluir que «[...] la teoría de los derechos adquiridos no está acogida deliberadamente en la Constitución» (STC 108/1986).

- 2.^a El fracaso en el que desemboca su intento, pues, en definitiva, no consigue resolver las cuestiones que se someten a su conocimiento sin recurrir a la distinción clásica entre derecho adquirido y expectativa de derecho.

De tal manera, en su Sentencia 108/1986, el Tribunal Constitucional concluye que los funcionarios no tienen un derecho adquirido a jubilarse a la edad fijada en la normativa vigente en el momento en que ingresan en la función pública, sino únicamente una expectativa de que así ocurra.

En palabras del Alto Tribunal, «quien accede a la función pública como Juez no es titular de un derecho subjetivo a ser jubilado a la edad establecida para ello en el momento de su acceso, sino una expectativa a ser a tal edad» (FJ 19).

Argumento que reitera en el fundamento jurídico 20, esta vez sí, haciendo mención de la expresión «derecho adquirido». Así, según el órgano constitucional, «la doctrina y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que solo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales y futuros. En la medida en que, como se ha dicho reiteradas veces, no existe un derecho adquirido a que se mantenga una determinada edad de jubilación, debe concluirse que de lo que se ha privado a jueces y magistrados es de una expectativa, pero no de un derecho actual consolidado [...]».

Por tanto, cuando el Tribunal Constitucional invoca los derechos subjetivos, ciertos, efectivos, actuales y consolidados como ámbito propio de actuación del principio constitucional de irretroactividad, se refiere, en definitiva, a los derechos adquiridos.

Y a la par que alude a ellos con expresiones diferentes, expone a través de estas últimas su particular concepto de derecho adquirido, al que caracteriza como un «derecho actual consolidado», como un derecho cierto y efectivo.

De este modo, el Tribunal Constitucional se refiere a los derechos adquiridos cuando afirma que «la eficacia y protección del derecho individual [...] dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo. Por eso se ha dicho que la doctrina –y la práctica– de la irretroactividad solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto, y no los pendientes, futuros, condicionados y expectativas, según reiterada doctrina del TS» (STC 99/1987).

Y en relación con el caso concreto debatido, en la misma sentencia se concluye que «[...] las disposiciones impugnadas para nada alteran situaciones agotadas o perfectas» –es decir, no afectan a derecho adquirido alguno– «sino que se limitan a establecer para el futuro la consecuencia jurídica [...] de un supuesto genérico [...] que aún no ha tenido lugar respecto a los sujetos afectados». (A contrario sensu, estaríamos ante un derecho adquirido si su nacimiento se manifestara como la consecuencia jurídica de un supuesto genérico que ya ha tenido lugar respecto al sujeto involucrado).

En resumen, de la noción de derecho adquirido que despunta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cabe concluir lo siguiente:

- 1.º Tal derecho surge como consecuencia de un hecho idóneo para provocarlo que se realiza durante la vigencia de la ley que sanciona la idoneidad.
- 2.º El supuesto genérico o de hecho (hecho idóneo) al que la norma aplicable anuda la consecuencia jurídica en que el nacimiento del derecho adquirido consiste ha tenido ya lugar respecto a los sujetos afectados, y ha ocurrido, precisamente, durante la vigencia de dicha norma.
- 3.º Por tanto, se trata de un derecho consolidado, asumido e ingresado en el patrimonio de su titular, en cuyo disfrute efectivo se encuentra, que se configura como una situación perfecta y agotada.
- 4.º No constituyen derechos adquiridos los derechos pendientes, futuros, condicionados ni las expectativas de derecho.

Del conjunto de todas estas afirmaciones, y en relación con la teoría clásica, surge una nueva característica atribuible al derecho adquirido que representa una nota discordante respecto de aquella, su consumación, es decir, la realización efectiva y plena del derecho durante la vigencia de la ley antigua. En la interpretación elaborada por el Tribunal Constitucional, no existe derecho adquirido si la ocasión de hacerlo valer tiene lugar bajo el imperio de la ley nueva.

Y, al mismo tiempo y con idéntico fundamento, hace acto de presencia una categoría intermedia entre el derecho adquirido y la expectativa, el derecho en cuanto a su proyección al futuro (pendiente, eventual, condicionado...) que, en definitiva, se refiere a aquellos derechos que nacen

durante la vigencia de la ley que los reconoce, pero que no han sido ejercidos en el momento en que ocurre el cambio normativo y respecto a los cuales la ocasión de hacerlos valer va a tener lugar en plena vigencia de la ley nueva.

Una interpretación que parece responder a la aceptación del concepto de derecho adquirido como facultad legal regularmente ejercitada durante la vigencia de la norma que la establece, por oposición a la expectativa como facultad legal no ejercitada en el momento en que sobreviene el cambio legislativo, a la que el juez constitucional asimila los derechos que, a pesar de poseer un grado superior a la expectativa, no llegan a la categoría de adquiridos por no haber sido ejercidos por su titular.

De las consecuencias que el intérprete de la Constitución entresaca de este entramado taxonómico, resulta que, en cuanto a sus efectos, el derecho futuro o pendiente se distancia del derecho consolidado o adquirido y se aproxima a la expectativa hasta equipararse con ella, o incluso reducirse a tal, de manera que, en la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho pendiente muta su naturaleza para perder su condición de derecho y adquirir la de simple expectativa, lo que, a la postre, significa atribuirle idénticos efectos en cuanto a la protección que merece se refiere, o sea, ninguno.

Como se verá, el traslado de esta teoría clasificatoria al ámbito de la relación funcionarial, y como consecuencia de su carácter estatutario, incompatible, según el Tribunal Constitucional, con la teoría de los derechos adquiridos, arroja como resultado práctico que el contenido de esa relación comprenda, únicamente, derechos futuros y expectativas, a los que, como se ha explicado, el Alto Tribunal sitúa al mismo nivel, vía equiparación de sus efectos, vía reducción del uno a la otra, hasta el punto de que ambas categorías se confunden hasta difuminarse las diferencias que pueden existir entre una y otra, lo que transmite la idea de que el intérprete de la Constitución utiliza indistintamente una u otra denominación para referirse a la misma cosa.

En fin, una vez reservada por el Tribunal Constitucional la condición de derecho adquirido para aquellos y solo para aquellos derechos que nacen y despliegan todos sus efectos bajo la ley antigua, y que, por tanto, se ejercen y se consuman enteramente durante su vigencia, derechos que, en todo caso, deben permanecer inmunes a la nueva regulación, el Alto Tribunal va a circunscribir el problema de la retroactividad a los derechos nacidos durante la vigencia de la ley anterior cuyos efectos se siguen produciendo una vez en vigor la ley nueva.

Cuestión esta que resolverá el intérprete de la Constitución mediante la aceptación de las tesis de ROUBIER y PLANIOL, conforme a las cuales, y de manera resumida, puede concluirse que una ley tiene efecto retroactivo, es retroactiva, cuando actúa sobre el pasado, ya sea para repercutir en el derecho reconocido por una ley anterior en sí mismo considerado, ya para incidir sobre aquellos de sus efectos consumados durante su vigencia. Y tiene efecto inmediato, y no es, por tanto, retroactiva, cuando se aplica a los efectos jurídicos que se producen o se ejecutan a partir de su entrada en vigor, aunque procedan de un derecho o situación jurídica nacidos conforme a una ley precedente. Según esta interpretación, en palabras de François OST, «la nueva ley se apodera inmediatamente de la situación jurídica en curso, pero no puede modificar, so pena de actuar retroactivamente, las consecuencias que ya produjeron esas situaciones».

Como resultado de esta interpretación ecléctica que pretende integrar, con dudoso éxito, las diferentes explicaciones que se han dado a lo largo de la historia sobre el tema de la irretroactividad, el Tribunal Constitucional hace suya la teoría de los diferentes grados de retroactividad.

De acuerdo con ella, y concentrada en el tema de los derechos, existen tres clases de retroactividad, a saber:

- **Retroactividad auténtica, propia o de grado máximo**, que es aquella que surge cuando la ley nueva incide sobre los derechos nacidos conforme a una ley anterior o sobre aquellas de sus consecuencias agotadas durante su vigencia.

En palabras del Tribunal Constitucional, nos encontramos frente a este tipo de retroactividad «cuando la disposición pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia Ley y ya consumadas» (STC 182/1997).

- **Retroactividad impropia o de grado medio**, que tiene lugar siempre que la ley nueva se aplica a aquellos efectos que, producidos durante la vigencia de la disposición precedente, se ejecutan a partir del cambio normativo.

El Alto Tribunal la identifica con aquellos supuestos en los que «la Ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no consumadas» (STC 182/1997).

- **Retroactividad de grado mínimo o retroactividad atenuada**, que se refiere a los casos en los que la ley nueva repercute en las consecuencias de derechos reconocidos por la ley anterior, que tienen lugar con posterioridad a su derogación, es decir, en los que la nueva ley «alcanza a los efectos futuros de las situaciones generadas bajo la Ley anterior».

Una vez realizada esta distinción, el Tribunal Constitucional reduce el ámbito de actuación de la prohibición establecida en el artículo 9.3 de la Constitución a los supuestos de retroactividad en grado máximo, que es aquella que afecta, única y exclusivamente, a los derechos adquiridos tal y como los concibe el Alto Tribunal, es decir, a los derechos nacidos y ejercidos al amparo de la legislación que los reconoció y, que, por tanto, desplegaron todos sus efectos posibles durante su vigencia.

En cambio, declara la constitucionalidad de la retroactividad en los grados medio y débil, lo que legitima la aplicación retroactiva de las normas desfavorables a aquellos derechos nacidos al amparo de la ley anterior no ejercidos durante su vigencia, es decir, cuyos efectos se manifiestan o siguen produciéndose a partir de la entrada en vigor de la ley nueva, con la justificación de que, en estos supuestos, no se está ante auténticos derechos adquiridos, sino frente a simples expectativas y que, por tanto, respecto a ellas, no existe efecto retroactivo sino efecto inmediato.

En resumen, para el Tribunal Constitucional «no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas y cuyos efectos no se han consumado, pues una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución, cuando incide

sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, ya que lo que prohíbe el artículo citado es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad» (STC 227/1988).

El resultado práctico de toda esta reconstrucción del concepto de derecho adquirido va a ser que la realización del hecho idóneo o hecho causante, que en la teoría clásica se situaba en el momento del nacimiento, cuando quedaba acreditado el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para que se reconociera a favor de un sujeto determinado, con independencia de su ejercicio efectivo, se traslada al momento en el que el derecho se ejerce, al instante en que produce sus efectos, y, en lo que a los derechos de tracto sucesivo se refiere, al tiempo de cada acto de ejecución. Lo que, a la larga, lleva a identificar el nacimiento del derecho con su ejercicio.

2.3.3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Al contrario que el Tribunal Constitucional, el Supremo no elude el empleo de la expresión «derechos adquiridos», sino que se refiere a ella de manera reiterada.

Sus sentencias transmiten, tanto por vía positiva como por vía negativa, un concepto propio de derecho adquirido.

Desde una óptica positiva, este órgano judicial ha afirmado que «para que un derecho adquirido pueda considerarse existente dentro de una relación intertemporal o de sucesión de normas, tiene que haberse producido la consolidación de una situación jurídica bajo el imperio del ordenamiento anterior, consolidación que requiere la concurrencia de cuantos requisitos sean necesarios para el perfeccionamiento del acto según la anterior normativa» (STS de 12 de abril de 1984).

De acuerdo con ello, define los derechos adquiridos como «derechos subjetivos o situaciones jurídicas individualizadas de poder concreto cuando hayan ingresado en el patrimonio de la persona que los detente, y no solo a consecuencia de la existencia de una norma objetiva, sino a través de un acto jurídico singular que los confiere, no entrañando meras posibilidades o expectativas y siempre nacidos y constituidos durante la vigencia de dichas normas jurídicas» (STS de 20 de febrero de 1990).

Conforme a una descripción negativa, el Tribunal Supremo declara que no constituyen derechos adquiridos «las nuevas condiciones reglamentarias o las situaciones de ventaja que pudieran derivarse potencialmente del derecho objetivo» (STS de 20 de febrero de 1990).

Y también que «no es jurídicamente correcto hablar de derechos reconocidos, con referencia a la norma de su posible reconocimiento, pues tales derechos, como derivados de la misma, solo serán auténticamente reconocidos, cuando se hayan dado todos los elementos de los que, conforme a dicha norma, depende su nacimiento, no pudiéndose confundir las simples expecta-

tivas, concebidas en contemplación de una norma mientras esta está vigente, con los auténticos derechos adquiridos» (STS 24 de marzo de 1997).

Como puede verse, el Alto Tribunal reproduce la distinción clásica entre derecho adquirido y expectativa y expone un concepto del primero que asume las notas características que hemos descubierto en la doctrina y en el derecho transitorio del Código Civil.

De acuerdo con tal concepto, para decidir sobre la presencia o no de un derecho adquirido habrá que atender a su nacimiento, a si el hecho idóneo o hecho causante del derecho se produce antes o después de la entrada en vigor de la nueva ley, que es lo mismo que determinar si el derecho se consolidó o no durante la vigencia de la normativa anterior, y en definitiva, indagar sobre el momento de «la concurrencia de cuantos requisitos sean necesarios» según la ley aplicable.

La Sentencia de 24 de junio de 1996 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ilustra lo que se sostiene con más detalle:

«Como acertadamente se dice en la sentencia recurrida es la sucesión en el tiempo de ambas normativas lo que constituye la razón de ser del tema objeto de debate, que estriba precisamente en decidir si el hecho causante de la prestación reclamada se ha producido antes o después del día [...]. O lo que es lo mismo, si el derecho que se reclama obtuvo o no su consolidación bajo el imperio de la normativa anterior [...]».

A mayor abundamiento, diversas sentencias del Tribunal Supremo contienen la idea de que, ante una sucesión de normas en el tiempo, la nueva disposición debe respetar como derechos adquiridos no solo las consecuencias consumadas al amparo de la legislación anterior, sino también aquellos efectos que, ligados al supuesto de hecho que en ella se establece, se manifiestan una vez se ha verificado el cambio normativo (SSTS de 20 de diciembre de 1990, de 17 de septiembre de 1998 y de 28 de enero de 2000, entre otras).

En ellas se reconoce el derecho de los afectados a seguir disfrutando de las ventajas conferidas por la legislación que se deroga aun después de la entrada en vigor de la ley nueva. Admiten, de esta manera, la existencia de un deber de respeto a los efectos no consumados de derechos nacidos al amparo de la ley anterior, por haberse verificado durante su vigencia el hecho idóneo para producirlos, que alcanza a los derechos de tracto sucesivo, de tal manera que los diferentes actos de ejecución que tengan lugar con posterioridad a la vigencia de la nueva ley deberán seguir rigiéndose por la norma derogada que los reconoció.

Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha visto obligado a abandonar sus propias convicciones y a asumir el concepto de derecho adquirido sostenido por el Tribunal Constitucional, en cumplimiento del deber impuesto por el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Y como manifestación de la observancia del mencionado deber, ha terminado por asumir la clasificación de la retroactividad de las normas según su grado de acogida por el Tribunal Constitucional y ha entresacado de ella idénticas consecuencias (STS de 21 de noviembre de 2006).

3. ¿EXISTEN DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL ÁMBITO FUNCIONARIAL?

Lo característico del funcionario es que se encuentra sujeto a una relación unilateralmente definida por el poder público a través de normas legales y reglamentarias.

Según el Tribunal Constitucional, «el funcionario que ingresa al servicio de la Administración pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo [...]» (STC 99/87).

Esta circunstancia ha querido ser aprovechada por los detractores del régimen funcional (en cuanto estatuto jurídico que atribuye y garantiza a los funcionarios una posición de imparcialidad e independencia respecto al Gobierno de turno) para argumentar que el funcionario carece de derechos adquiridos y, por ende, que el poder público (a la postre las instancias políticas) puede disponer respecto a ellos lo que le venga en gana (cesarlos, sustituirlos por otros, modificar a peor la cuantía de sus retribuciones consolidadas...).

Sin embargo, nada más lejos de la realidad, como se explica a continuación.

3.1. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS DE LOS FUNCIONARIOS COMO PROYECCIÓN DEL DERECHO TRANSITORIO DEL CÓDIGO CIVIL. REFERENCIA A OTROS PRECEPTOS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como hemos podido ver, el derecho transitorio del Código Civil incorpora unos principios generales de naturaleza intemporal que se fundamentan en el respeto a los derechos adquiridos y en su protección a través de la irretroactividad de las nuevas disposiciones que les afecten de manera negativa.

Y para asentarlos de una manera efectiva en el conjunto del ordenamiento jurídico, la disposición transitoria decimotercera contiene una cláusula de cierre, según la cual «los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento».

Nos encontramos ante unos principios que expanden su influencia allende las materias reguladas en el Código Civil y extrapolan su aplicación a los demás sectores del ordenamiento jurídico, a los que impregnan con su filosofía, de forma que, de igual manera que las normas de derecho civil contenidas en el Código sirven de derecho común, por mor de lo dispuesto en el artículo 4.3 («las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes»), las disposiciones transitorias funcionan como derecho transitorio común, tal como ha sido recalcado por la jurisprudencia de las distintas salas del Tribunal Supremo.

En definitiva, se trata de principios generales del derecho que expresan un ideal de justicia y que, vigentes en el momento de promulgarse la actual Constitución, la informan y no pueden

ser ignorados por esta ni por la interpretación que de ella se haga. Unos principios que tienen también su reflejo en lo que a los derechos de los funcionarios se refiere y que, de hecho, estaban siendo acogidos en la legislación de función pública que hasta el momento se iba produciendo, como se verá a continuación.

Pero antes de entrar en el detalle de la normativa específica de función pública mencionada, lo que se hará en el siguiente apartado, conviene hacer referencia a dos preceptos jurídicos que, por su relación con la temática que nos ocupa, ponen de manifiesto en qué medida la protección de los derechos adquiridos, a través de la interdicción de la retroactividad de las disposiciones no favorables, funciona en nuestro derecho positivo como un principio general del derecho que informa el ordenamiento jurídico en su conjunto. Dos preceptos que, por su enunciado genérico y su vocación universal, extienden también su influencia al ámbito de la relación funcional.

Uno de estos preceptos se encuentra ubicado en la propia Constitución. Me refiero al artículo 83, que constituye una muestra más de que en nuestra Carta Magna se encuentra firmemente asentado el principio de irretroactividad y establece límites precisos a la actividad legislativa al disponer, respecto a la legislación delegada, que «las leyes de bases no podrán en ningún caso facultar para dictar normas con carácter retroactivo».

El segundo de los preceptos se nos presenta inserto en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, según el cual «serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas [...] que establezcan la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho individuales».

3.2. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS DE LOS FUNCIONARIOS EN LA LEGISLACIÓN DE FUNCIÓN PÚBLICA

El Reglamento de los Funcionarios de la Administración Local (Decreto de 30 de mayo de 1952), imbuido de la filosofía que inspira el derecho transitorio del Código Civil, la aplica al ámbito del derecho público funcional y reconoce y protege los derechos adquiridos de los funcionarios, de manera que en el apartado 1 de la disposición adicional primera prescribe que «los preceptos de este Reglamento no lesionarán en modo alguno los derechos legítimamente adquiridos por los actuales funcionarios».

Y a renglón seguido, en los apartados 2 y 3, enumera expresamente los derechos adquiridos de que es titular el funcionario y distingue entre derechos adquiridos actuales y derechos adquiridos para el futuro, todos ellos merecedores de respeto y protección.

Así, en el apartado 2 se precisa que constituyen actual derecho adquirido:

- 1.º La cuantía absoluta íntegra del sueldo consolidado.
- 2.º La propiedad de la plaza desempeñada con tal carácter, así como el derecho a ocupar en propiedad las que se hallaren vacantes con anterioridad a la entrada

en vigor de este Reglamento, siempre que el acceso a las mismas tuviere, hasta ahora, carácter rigurosamente automático.

- 3.º La categoría administrativa, y consiguientes honores y tratamiento, en cuyo disfrute se halle el funcionario.

Y en el apartado 3, se considera derecho adquirido para el futuro la cuantía absoluta íntegra del sueldo y de los derechos pasivos que si hubiera subsistido el régimen anterior se habrían llegado a consolidar en forma automática por el mero transcurso del tiempo.

En resumen, el reglamento, fiel al derecho transitorio del Código Civil, asume la teoría clásica de los derechos adquiridos y reconoce como tales no solo los derechos funcionariales ejercidos y, por tanto, agotados al amparo de la disposición que los ha creado, sino también aquellos otros que, surgidos bajo la regulación anterior, se hacen valer una vez vigente la nueva reglamentación, a los que se refiere como «derechos que si hubiera subsistido el régimen anterior se habrían llegado a consolidar por el mero transcurso del tiempo».

El reglamento explica, igualmente, la forma de salvaguardar los derechos adquiridos de contenido económico, al señalar, en el apartado 4, que «la integridad de los derechos económicos se garantizará, si en algún caso fuese necesario, con un sobresueldo de carácter personal y de cuantía equivalente, en todo momento, a la diferencia exacta entre el nuevo que corresponda al funcionario y el que habría disfrutado de permanecer en la misma plaza, con arreglo al conjunto de normas anteriores», sistema este que va a ser una constante en nuestra legislación de función pública.

Por su parte, la Ley 30/1984 admitía como derecho adquirido la percepción salarial consolidada por los funcionarios de acuerdo con la legislación anterior, e imponía su respeto a través del reconocimiento de un complemento personal y transitorio que cubriera la diferencia que aquella pudiera acusar como consecuencia de la aplicación del régimen retributivo contenido en la nueva ley.

Para ello, la disposición transitoria décima disponía: «Los funcionarios que como consecuencia de la aplicación del régimen retributivo establecido en la presente Ley experimenten una disminución en el total de sus retribuciones anuales [...] tendrán derecho a un complemento personal y transitorio por la diferencia, que será absorbido por cualquier futura mejora retributiva según los criterios que establezcan las sucesivas leyes de presupuestos».

En la práctica, estas previsiones suponían la importación al derecho público, desde el derecho del trabajo, del instituto de la condición más beneficiosa con sus componentes esenciales: su conservación frente a las modificaciones posteriores, por una parte, y su carácter compensable o absorbible, por otra.

También el Estatuto Básico del Empleado Público acoge la teoría de los derechos adquiridos y la aplica al régimen funcionarial, en concreto en el ámbito de los derechos retributivos, al exigir su respeto en dos disposiciones, a saber:

La disposición transitoria primera, intitulada «garantía de derechos retributivos», dirigida a los empleados públicos en general, aclara que el «desarrollo del presente Estatuto no podrá comportar, para el personal incluido en su ámbito de aplicación, la disminución de la cuantía de los derechos económicos y otros complementos retributivos inherentes al sistema de carrera vigente para los mismos en el momento de su entrada en vigor, cualquiera que sea la situación administrativa en que se encuentren».

La disposición adicional novena, con relación específica a los funcionarios de carrera, expresa que «los funcionarios de carrera tendrán garantizados los derechos económicos alcanzados o reconocidos en el marco de los sistemas de carrera profesional establecidos por las leyes de cada Administración».

3.3. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS DE LOS FUNCIONARIOS EN LA JURISPRUDENCIA

3.3.1. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite la existencia de derechos adquiridos a favor del funcionario cuando se dan los requisitos para ello.

Así, en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 2008, asunto T-47/05, el órgano judicial declara que un funcionario «puede invocar un derecho adquirido si el hecho generador de este se ha producido durante la vigencia de disposiciones estatutarias que posteriormente se hayan modificado». (En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea, de 26 de septiembre de 2011, caso F-23/06).

De donde se desprende que los derechos atribuidos a los funcionarios en el marco de su relación jurídica se convierten en adquiridos cuando el hecho idóneo para hacerlos surgir tiene lugar durante la vigencia de la normativa que los reconoce (legislación anterior).

3.3.2. La contradictoria jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El interés de los detractores del régimen funcional por negar los derechos adquiridos de los funcionarios, al que me referí en un apartado anterior, encuentra cierto apoyo en la contradictoria jurisprudencia emanada al respecto del Tribunal Constitucional.

Desde un enfoque negativo, el Alto Tribunal traslada a la relación funcional su desconfianza en la «la huidiza teoría de los derechos adquiridos» y concluye que «resulta inapropiado el intento de aplicar la controvertida teoría de los derechos adquiridos en el ámbito estatutario» (STC 99/1987).

Por el contrario, desde una perspectiva positiva, en la misma sentencia, 99/1987, el intérprete de la Constitución declara que «en el campo de la relación funcional, el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la ley ha de respetar [...]».

Para fundamentar esta afirmación, entra a concretar las características que deben acreditarse en esos derechos subjetivos y precisa que «la doctrina –y la práctica– de la irretroactividad solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto [...]», en este caso del funcionario.

En conclusión, según el Tribunal Constitucional, «no se trata, claro es, de que el legislador pueda menoscabar derechos consolidados, especialmente los de contenido económico. No es este el caso» (STC 178/1989 –a contrario sensu, el funcionario es titular de derechos consolidados, especialmente de contenido económico, que el legislador no puede menoscabar–).

De acuerdo con este enfoque del Tribunal Constitucional, se puede afirmar lo siguiente:

- 1.º El funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la ley ha de respetar.
- 2.º En concreto, es portador de derechos, los denominados por el Alto Tribunal «consolidados», significativamente los de contenido económico, que la ley no puede menoscabar.
- 3.º El Alto Tribunal distingue entre derechos adquiridos, consolidados o actuales, por un lado; derechos pendientes o en cuanto a su proyección al futuro, por otro; y expectativas de derecho, por último. Y apoyado en esta distinción, niega que los derechos en cuanto a su proyección al futuro y las expectativas de derecho estén amparados por el principio de irretroactividad, que queda así constreñido a los derechos consolidados o actuales.
- 4.º En definitiva, la Constitución, conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, a pesar de su carácter restrictivo, contrapone una barrera a la actividad reguladora del órgano legislativo respecto a la definición de las condiciones de servicio de los funcionarios, de tal manera que la inicial variabilidad, a través de normas legales y reglamentarias, de la relación a la que el servidor público está sujeto no es total y absoluta, sino que se encuentra limitada por la intangibilidad de determinados derechos subjetivos adquiridos por el funcionario, específicamente los de contenido económico, que la ley no puede menoscabar y que, por el contrario, debe respetar.

Todo lo cual significa que la intangibilidad de determinados derechos de los que es titular el funcionario se impone como una condición a priori de la producción normativa del órgano legislativo en materia de función pública.

Téngase en cuenta, a los efectos de lo que se está diciendo, como argumento de autoridad que refuerza la tesis que se mantiene, que, como se explica en el siguiente apartado, el Tribunal

Supremo, obligado a seguir la jurisprudencia del Tribunal Constitucional por el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, había admitido la existencia de derechos adquiridos en el ámbito funcional, específicamente los de contenido económico.

3.3.3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

La interpretación del Tribunal Constitucional transcrita más arriba se pierde en la indefinición, la inconcreción y la confusión, habida cuenta de que no aclara qué derechos en concreto ostentados por los funcionarios merecen la consideración de adquiridos.

En este contexto, va a ser el Tribunal Supremo el que ponga luz en la oscuridad generada por el Constitucional, al identificar los derechos de que es titular el funcionario, que constituyen derechos adquiridos.

Así, el Alto Tribunal comienza por otorgar carta de naturaleza a la existencia de derechos adquiridos en el ámbito funcional, de tal suerte que, en su sentencia de 8 de mayo de 1981, no encuentra ningún impedimento en afirmar que las facultades de las corporaciones locales no pueden ignorarse, «siempre que no afecten a la categoría escalafonal de los funcionarios, ni a su inamovilidad, ni al sueldo consignado en Presupuestos, únicos derechos adquiridos que vinculan a la Administración».

Y concluye que «la doctrina jurisprudencial consolidada en materia de derechos funcionariales viene manteniendo que, frente al poder organizatorio de la Administración, no pueden esgrimirse con éxito más que los derechos que por consolidación hayan desembocado en la condición de adquiridos, concretados en los de orden económico y los relativos al contenido de la función a desarrollar [...]» (STS de 7 de abril de 1993).

Asimismo, el Tribunal Supremo reconoce la cualidad de derecho adquirido del funcionario al disfrute de un determinado régimen de Seguridad Social y declara que «el acceso a función distinta dentro de la misma administración no puede comportar la pérdida de un derecho adquirido ni restringir las expectativas de ascenso dentro de la misma» (STS de 17 de junio de 1991).

En lo que a los derechos adquiridos de carácter económico de los funcionarios en concreto se refiere, en el fundamento jurídico 4 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1995, se especifica que, «aunque no puede incluirse entre los derechos adquiridos el mantenimiento de una determinada estructura de las retribuciones, sin embargo sí merece aquella calificación el montante consolidado de las mismas, al que normalmente suele atenderse mediante la técnica de los complementos personales y transitorios, absorbibles por futuros aumentos [...]».

Este órgano judicial no se conforma con reconocer derechos adquiridos funcionariales en el ámbito económico, sino que procede, además, a aclarar su significado. De esta manera, en la

Sentencia de 26 de octubre de 1994 explica que «los derechos adquiridos de carácter económico no suponen otra cosa que la conservación global de las retribuciones consolidadas percibidas hasta el momento de que se trate».

A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo analizada hasta el momento, resulta indudable que para el Alto Tribunal:

1. Los funcionarios también gozan de derechos adquiridos. El Tribunal Supremo enumera como tales los derechos a la inamovilidad, al nivel retributivo consolidado, a la categoría administrativa y al disfrute de un determinado régimen de Seguridad Social.

En concreto, señala el montante consolidado de las retribuciones percibidas por el servidor público y se refiere a él expresamente como derecho adquirido de carácter económico.

2. En definitiva, el Tribunal Supremo advierte en el nivel retributivo consolidado por el funcionario la concurrencia de todas y cada una de las notas esenciales que el Tribunal Constitucional reclamaba para la consideración de un derecho como adquirido.

De esta manera, teniendo en cuenta la jurisprudencia evacuada por el Tribunal Constitucional hasta el momento por exigencia del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial («los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos»), el Tribunal Supremo entendía que, de acuerdo con la interpretación que el juez constitucional estaba haciendo de los preceptos y principios constitucionales relacionados con los derechos adquiridos y con la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, el nivel retributivo consolidado por los funcionarios merecía la consideración de derecho adquirido de obligado respeto *erga omnes*.

3. El respeto a los derechos adquiridos de carácter económico de los funcionarios exige «la conservación global de las retribuciones consolidadas percibidas hasta el momento de que se trate».
4. En consecuencia, al poner en relación la jurisprudencia de ambos tribunales, una vez identificados por el Tribunal Supremo los derechos adquiridos por los servidores públicos que la ley ha de respetar, a los que se refería el Tribunal Constitucional de manera genérica, se imponía la conclusión de que el montante global de las retribuciones consolidadas percibidas por los funcionarios hasta el momento de la eventual entrada en vigor de una normativa nueva debía ser respetado como verdadero derecho adquirido, y se erigía, así, como límite infranqueable para la potestad reguladora del órgano legislativo, más aún para la actuación legislatora

ejercida por vía de excepción por un órgano esencialmente no legislativo como es el Gobierno, a pesar del rango de ley constitucionalmente atribuido a los decretos-leyes del Ejecutivo.

3.4. REELABORACIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHOS ADQUIRIDOS DE CARÁCTER ECONÓMICO DE LOS FUNCIONARIOS CON OCASIÓN DEL ENJUICIAMIENTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL REAL DECRETO-LEY 8/2010

El Tribunal Constitucional ha precisado su concepto de los derechos adquiridos en lo que a las retribuciones de los funcionarios se refiere al entrar en el conocimiento de diversas cuestiones de inconstitucionalidad que, respecto al Real Decreto-Ley 8/2010, remitieron a su consideración los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Tomando como punto de partida la filosofía, ya expuesta, que defiende el Alto Tribunal respecto a los derechos adquiridos, según la cual se reconoce su existencia y el respeto que la ley les debe, pero se matiza que no todo derecho es un derecho adquirido, la consecuencia no podía ser otra que llegar a la conclusión de que la solución a los problemas que el tema pueda plantear precisa determinar, en cada caso, si el derecho cuestionado es o no un derecho adquirido, es decir, si se trata de un derecho que aparece ingresado en el patrimonio del afectado por haberse realizado ya el hecho idóneo para producirlo, lo que requiere, en última instancia, identificarlo (el hecho idóneo).

Pues bien, en el asunto de las retribuciones de los funcionarios, el Tribunal Constitucional llega al razonamiento de que el hecho idóneo para hacer surgir una determinada cuantía retributiva como derecho adquirido es el devengo, como manifestación de su ejercicio efectivo, o lo que es lo mismo, que corresponda a una prestación de servicios efectivamente realizada.

De acuerdo con este criterio, y en relación con la reducción de los salarios de los funcionarios que imponía el Real Decreto-Ley 8/2010 a partir del 1 de junio de 2010, en el fundamento jurídico 7 del auto 179/2011, el intérprete de la Constitución postula con claridad que dicha reducción «afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado servicio público y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio del funcionario, por lo que no cabe hablar de derechos adquiridos de los que los funcionarios hayan sido privados sin indemnización, ni de una regulación que afecta retroactivamente a derechos ya nacidos».

Esta doctrina se distancia definitivamente de la práctica legislativa tradicional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo emitida hasta entonces, y se instala como patrón de resolución de impugnaciones similares, no solo en sede constitucional, sino también en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, al haber sido aceptada finalmente por el propio Tribunal Supremo.

Antes de este momento, el estado en que se encontraba la cuestión, tal como se ha descrito, puede recapitularse en las siguientes afirmaciones:

- 1.^a La legislación de función pública, en el marco de y en consonancia con el derecho transitorio del Código Civil y de la tradición jurídica precedente, consideraba el montante consolidado de las retribuciones de los empleados públicos como un derecho adquirido de carácter económico que el legislador se sentía obligado a respetar a través, principalmente, de las normas de derecho transitorio incorporadas a los sucesivos textos legales, lo que, en definitiva, suponía la conservación del nivel retributivo disfrutado hasta el momento de la entrada en vigor de la nueva normativa.
- 2.^a El Tribunal Supremo, al compás de la legislación mencionada, de la que infería un principio general, había llegado a la conclusión de que el nivel retributivo consolidado constituía efectivamente un derecho adquirido por los funcionarios, al interpretar, en tal sentido, la abundante jurisprudencia emanada al respecto por el Tribunal Constitucional, conforme a lo previsto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 3.^a Existía un consenso generalizado de admisión de la conservación del nivel retributivo disfrutado por los funcionarios como un principio general del derecho, del que derivaban dos consecuencias:
 - a) Que dicho nivel constituía un derecho adquirido de carácter económico.
 - b) Que, por tal causa, se encontraba integrado en el ámbito de protección del principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

En este contexto y con estos antecedentes, las razones que han provocado el cambio drástico operado en la calificación del nivel retributivo consolidado por los funcionarios son difíciles de entender si no es recurriendo a un trasfondo extrajurídico de imperativos de naturaleza político-económica.

Al no ser dicho trasfondo el objeto de este trabajo, nos limitamos a continuación a realizar un análisis jurídico de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, una doctrina, como decía el exmagistrado Rubio Llorente y se considera en este trabajo, «ya discutible por su sentido extremadamente restrictivo».

La metodología que se va a emplear será someter a una crítica jurídica las premisas que conducen al Tribunal Constitucional a su conclusión, desde el convencimiento, fiel a la ortodoxia de la lógica aristotélica, de que únicamente si se parte de premisas verdaderas es posible llegar a conclusiones del mismo signo, y al contrario, si las premisas de las que se parte son falsas, no se puede desembocar en conclusiones verdaderas.

Pues bien, desde esta perspectiva, como ya se ha adelantado, para llegar a su conclusión, el Tribunal Constitucional se sirve de cinco premisas, cuatro de carácter general contenidas en su doctrina anterior, y una de naturaleza particular, referida a las retribuciones de los funcionarios, que se arguye por primera vez.

Las premisas de carácter general son las siguientes:

- 1.^a La teoría de los derechos adquiridos no está acogida deliberadamente en la Constitución.
- 2.^a La defensa de los derechos adquiridos conduce a la petrificación del ordenamiento jurídico.
- 3.^a La relación funcional presenta una naturaleza estatutaria intrínsecamente modificable, de manera unilateral, por el poder público mediante normas legales y reglamentarias. Como consecuencia, es inapropiado el intento de aplicar la teoría de los derechos adquiridos en el ámbito estatutario.
- 4.^a El criterio para decidir sobre la calificación de un derecho como adquirido es su consumación, es decir, su ejercicio efectivo y pleno durante la vigencia de la ley que lo reconoce, de tal manera que los efectos que tengan lugar con posterioridad al cambio normativo deberán regirse por la ley nueva.

La premisa de orden particular es el resultado de aplicar las premisas generales al derecho específico a la percepción del importe consolidado de las retribuciones de los funcionarios, y consiste, en definitiva, en la identificación del hecho idóneo para producirlo y del momento en que tiene lugar el ingreso en su patrimonio con su devengo, es decir, con la prestación de servicios a que cada importe retributivo corresponde.

Veamos cada una de ellas.

4. CRÍTICA JURÍDICA

4.1. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Respecto a la afirmación de que «la teoría de los derechos adquiridos no está acogida en la Constitución deliberadamente», debe negarse la mayor, ya que se encuentra implícitamente incorporada a la Norma Suprema a través de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derecho individuales (art. 9.3 CE), toda vez que estos principios presuponen y reclaman aquella teoría, pues, en caso contrario, ¿a qué otros derechos individuales puede referirse el precepto que no sean, precisamente, los derechos adquiridos? El mismo tribunal reconoce esta circunstancia, como se ha explicado más arriba, al declarar que «la eficacia y protección del derecho individual [...] dependerá de su naturaleza y de su asunción más

o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo. Por eso se ha dicho que la doctrina –y la práctica– de la irretroactividad solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto [...]».

Luego el Alto Tribunal cae en la contradicción, habida cuenta de que, a la vez que niega que la Constitución española se refiera en su articulado a los derechos adquiridos, por otra parte, en consonancia con lo que se sostiene en este punto, admite que los derechos individuales a los que alude la prohibición de la retroactividad recogida en el artículo 9.3 de la Carta Magna («disposiciones restrictivas de derechos individuales») son los ingresados en el patrimonio de su titular, es decir, los adquiridos, y que a dichos derechos es plenamente aplicable la teoría de la irretroactividad, por lo que son inmunes a su contrario, la retroactividad. Lo que, en última instancia, demuestra que la Norma Suprema sí incluye, como parte de su contenido, el respeto a los derechos adquiridos.

De acuerdo con esta interpretación, el Constituyente habría asumido plenamente la compatibilidad de los principios de seguridad jurídica e irretroactividad, por una parte, traducidos en lo que aquí afecta en el respeto a los derechos adquiridos y a la confianza legítima, y de solidaridad, por otra, que reclama la evolución del ordenamiento jurídico y, con ello, su transformación a medida que lo requieren las circunstancias económicas y sociales y que, en el marco del Estado social, necesita la intervención del legislador para que la libertad y la igualdad de los individuos sean reales y efectivas.

Y esto, al haber constatado, como no podía ser de otra manera, que el tradicional respeto a los derechos adquiridos, que, remontándose nada menos que al derecho romano, se perpetuó a través del derecho canónico y del movimiento codificador para acabar echando raíces en el derecho transitorio de nuestro Código Civil, se había mantenido constante en el ordenamiento jurídico español hasta el momento de promulgarse la Constitución sin provocar la petrificación de dicho ordenamiento, que, lejos de ello, y esto es una realidad incontestable, había evolucionado y se había transformado a su compás, lo que había permitido, a la vez, relajar la tensión existente entre los principios mencionados, seguridad jurídica e irretroactividad, por un lado, y solidaridad, por otro, y conciliar así dos necesidades inherentes a un Estado social y democrático de derecho: la certeza y estabilidad de las normas que demandan los dos primeros principios, y su insoslayable adaptación a las exigencias de cada momento histórico que reclama el tercero.

A mayor abundamiento, esta es la interpretación que mejor se compeadece con los criterios hermenéuticos ofrecidos por el artículo 3.1 del Código Civil, pues resulta de la que se desprende del sentido propio de sus palabras –se habla de derechos individuales y los derechos adquiridos lo son–, en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos –repárese en la permanencia en el derecho patrio, desde el derecho romano hasta la promulgación misma de la Constitución, de la filosofía del respeto a los derechos adquiridos, por lo que son estos el contexto histórico y los antecedentes legislativos que estaban presentes en el momento de promulgarse–, y la que atiende a su espíritu y finalidad –que no parece ser otra que evitar la injusticia intrínseca que supondría que la sucesión normativa pudiera causar perjuicio a un sujeto amparado

por la legislación anterior en la que había depositado su confianza y en vistas a la cual ha podido programar su vida y sus intereses futuros, lo que, en definitiva, constituye una exigencia del ideal de justicia presente también en el texto constitucional—.

Porque no hay que olvidar que la Constitución española consagra como valor superior del ordenamiento jurídico la justicia, cuya realización efectiva, en lo que a la sucesión de leyes en el tiempo se refiere, requiere la observancia del principio general del derecho, que consiste en el respeto de los derechos adquiridos. Principio contenido en el derecho transitorio del Código Civil, manifiesto antecedente legislativo informador de la Carta Magna, cuya finalidad era, como se ha explicado, regular con justicia el paso de la antigua legislación a la nueva. Principio asentado también en el ordenamiento jurídico comunitario como expresión del ideal de justicia incluso más allá de nuestras fronteras que, en virtud del principio de primacía, se impone a la legislación nacional cualquiera que sea su rango.

Desde esta perspectiva, el concepto de derecho adquirido y su respeto se presentan incorporados a la Norma Suprema a través de la consagración que en ella se hace de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.

4.2. DERECHOS ADQUIRIDOS Y EVOLUCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En relación con el razonamiento según el cual la defensa de los derechos adquiridos podría dar lugar a una indeseable petrificación del ordenamiento jurídico, cabe contraponer que la experiencia y el devenir histórico han demostrado lo contrario, es decir, que, como se ha razonado en el apartado anterior, el derecho positivo se ha mostrado dinámico en su desarrollo a pesar de la permanencia en el tiempo de la filosofía del respeto a los derechos adquiridos. Más aún, el desenvolvimiento que ha manifestado el ordenamiento jurídico, acompañado en su discurrir de aquella teoría, ha permitido conciliar la certidumbre y la permanencia de las normas con el progreso y la transformación jurídica y social.

Concretamente, en lo que a los derechos económicos de los funcionarios se refiere, cada nueva disposición (Reglamento de los Funcionarios de la Administración Local, Ley 30/1984, Estatuto Básico del Empleado Público) ha modificado el régimen retributivo anterior sin afectar al montante consolidado en cada momento, bien tomando este como punto de partida del nuevo régimen retributivo (disps. trans. primera y adic. novena del Estatuto Básico), bien estableciendo complementos personales transitorios con el objetivo de compensar las eventuales diferencias (Ley 30/1984, Reglamento de los Funcionarios de la Administración Local).

Ambos principios, respeto a los derechos adquiridos y evolución y transformación del ordenamiento jurídico a medida que lo demandan las necesidades sociales de cada momento, son compatibles.

4.3. NATURALEZA DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL Y TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

A la afirmación mantenida por el Tribunal Constitucional de que el carácter estatutario de la relación funcionarial impide la aplicación en su ámbito de la teoría de los derechos adquiridos, se le pueden contraponer las siguientes objeciones:

- 1.^a En primer lugar, no es posible salvar la contradicción que supone mantener al mismo tiempo afirmaciones que postulan que «en el campo de la relación funcionarial el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la ley ha de respetar», o que el legislador no puede menoscabar «derechos consolidados, especialmente los de contenido económico», y otras de sentido contrario según las cuales «resulta inapropiado el intento de aplicar la controvertida teoría de los derechos adquiridos en el ámbito estatutario» y «la teoría de los derechos adquiridos no concierne al legislativo».

Porque, en definitiva y de manera resumida, el Alto Tribunal viene a decir, al mismo tiempo, que la ley ha de respetar derechos que el funcionario adquiere (adquiridos), y que los derechos que adquiere no vinculan al legislador.

Tal contradicción no se salva, a mi juicio, con la aclaración efectuada por el intérprete de la Constitución (STC 99/1987) de que una cosa es el derecho en sí mismo considerado y otra el contenido concreto de ese derecho, pues tal distinción puede ocultar en realidad la presencia de derechos diferenciados.

Así, en lo que a la retribución del funcionario se refiere, habría que distinguir entre el derecho a ser retribuido por su prestación de servicios, por un lado, y el derecho a percibir como retribución del servicio prestado una cuantía determinada y no otra, por otro lado; derechos que, a la postre, conforme a la tesis que aquí se mantiene, el Tribunal Constitucional confunde al considerar el segundo de los derechos mera parte del contenido del primero.

- 2.^a No existe consenso acerca de la naturaleza de la relación funcionarial, lo que ya es indicativo de la posibilidad de cuestionar incluso la premisa mayor, y es lo cierto que, conforme a la opinión que aquí se defiende, la relación que vincula al funcionario con la Administración ofrece una naturaleza doble, pues en ella cabe distinguir dos momentos: el de su constitución, por una parte, y el de su definición, por otra, ya que el funcionario está sujeto a una relación estatutariamente definida, como proclama el Tribunal Constitucional, pero contractualmente constituida.

BOQUERA OLIVER lo explica cuando afirma que la relación que une al funcionario con la Administración tiene un origen contractual, aun cuando su contenido, en su totalidad o en gran parte, esté fijado legal y reglamentariamente. Según este autor, la relación jurídica funcionarial brota de «un acuerdo de voluntades entre el individuo y la Administración».

Circunstancia a la que se refiere también Ramón PARADA al recordar que «en nuestra tradición legislativa lo normal era partir de la existencia, en la relación funcional, de algunos elementos contractuales y, en consecuencia, respetar en los procesos de reforma la situación o derechos adquiridos de los funcionarios cuando dicha modificación tuviera trascendencia en sus derechos económicos».

Desde esta perspectiva, es parecer que inspira este trabajo que, si bien es cierto que la definición estatutaria de la relación funcional permite al poder público fijar unilateralmente su contenido a través de normas legales y reglamentarias, también lo es que su origen contractual demanda que, una vez configurado aquel contenido, se respeten las condiciones sustanciales (derechos adquiridos) vigentes en el momento del acuerdo de voluntades y que fueron el motivo decisivo y decisorio de que el afectado aceptara ser funcionario y que, de haber sido otras, significativamente las que ahora introduce una eventual novación legislativa, podrían haberle conducido a la decisión contraria.

Lo cual reclama, en palabras de GARRIDO FALLA, «hacer una distinción fundamental entre: 1) alteración de las condiciones objetivas del servicio (de las que surgen, eso sí, expectativas), y 2) intereses del funcionario jurídicamente protegidos y que forman parte del núcleo esencial de la oferta que la Administración le hizo –y a la cual quedó vinculada– para decidirle a ingresar en el servicio público».

En lo que se refiere a la percepción salarial del empleado público, lo anterior significa que a través del instrumento normativo procedente el poder público puede determinar el nivel retributivo concreto que le corresponde percibir, pero, una vez establecido, se consolida a favor del funcionario que lo es en ese momento como derecho adquirido que exige respeto incluso por parte del instrumento normativo que lo ha fijado.

- 3.^a Más trascendente resulta reparar en que, aun si se acepta la teoría de la naturaleza exclusivamente estatutaria de la relación funcional, de ello no puede concluirse, sin más, que el régimen estatutario al que el funcionario se encuentra sometido sea incompatible con la aplicación en su ámbito de la doctrina de los derechos adquiridos, conclusión que, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se presenta como una simple afirmación huérfana de argumentos que la avalen.

En otras palabras, el aserto de la naturaleza estatutaria de la relación funcional no es, por sí y solo por sí, un argumento válido que excluya la existencia de derechos adquiridos en pro del funcionario.

GARRIDO FALLA calificó como falsa y precipitada la conclusión de que el acto condición a través del cual el funcionario accede a la relación estatutaria «no genera derechos subjetivos, en el sentido más estricto de la expresión, a favor del funcionario nombrado».

Por otro lado, opera como aval de lo que se está afirmando la circunstancia de que la compatibilidad entre el régimen estatutario y los derechos adquiridos ha sido tradicionalmente aceptada sin dificultad en la doctrina, en la legislación de

función pública y en la jurisprudencia, incluida la del propio Tribunal Constitucional, como se ha apuntado con anterioridad, que también se contradice en este punto (ver epígrafe dedicado los derechos adquiridos de los funcionarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional).

- 4.^a En cualquier caso, la distinta naturaleza de la relación laboral del funcionario no justificaría una diferencia de trato que ofreciera como resultado la negación de la existencia de derechos adquiridos merecedores de respeto en favor del servidor público, y el reconocimiento de esos mismos derechos en pro del resto de los ciudadanos.

En primer lugar, porque la conclusión que subyace a esta distinción tiene que desembocar necesariamente en el absurdo. Una interpretación que admita la idea de que una misma situación pueda considerarse en un caso expectativa de derecho y en otro derecho adquirido no puede generar más que perplejidad.

Tal como lo expresa GARRIDO FALLA, «entender que, si la situación del funcionario con respecto al Estado fuese contractual este estaría jurídicamente vinculado a respetar el conjunto y cada una de las cláusulas del contrato [...] y que tal vinculación jurídica no existe cuando los derechos y obligaciones están establecidos por Ley, conduce a una situación de absurdo jurídico absolutamente rechazable».

En segundo lugar, porque semejante tratamiento diferenciado supone una confrontación con el ordenamiento constitucional al menos por tres razones:

1. Porque la fuente de la que brota cualquier derecho es la dignidad de la persona, tal como proclama el artículo 10 de la Constitución, y todas las personas, funcionarios y no funcionarios, están dotadas de la misma dignidad que, por tanto, merece igual respeto y protección.
2. Porque el respeto a los derechos adquiridos es una cuestión de justicia que no admite distingos. Precisamente la realización del valor justicia constituye el fundamento de la teoría de los derechos adquiridos a la que, como se ha insistido, se adhiere nuestro Código Civil a través de las disposiciones transitorias.
3. Porque esa diferencia de trato resultaría manifiestamente discriminatoria al introducir una distinción desprovista de justificación objetiva y razonable. Mucho más cuando existe también al servicio de Administración un personal vinculado mediante una relación de naturaleza contractual que, por estar regida por el derecho del trabajo, dispensa la máxima protección a los derechos adquiridos de los trabajadores.

Ramón PARADA se refiere a las consecuencias discriminatorias de la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional respecto a la naturaleza de la relación funcional, y a su repercusión en la aplicación en su ámbito de la teoría de los derechos adquiridos, cuando afirma que «la aplicación a la relación funcional de la tesis estatutaria y la negación consiguiente de derechos adquiridos empieza a no tener

sentido y, en todo caso, a ser gravemente discriminatoria para los funcionarios, desde el momento en que se admite al servicio de la Administración la contratación de personal fijo en régimen laboral, cuya relación con la Administración entraña, por consiguiente, un respeto máximo a los derechos adquiridos, que es el que impone el Derecho del trabajo».

4.4. EL EJERCICIO COMO CRITERIO IDENTIFICADOR DE LA PRESENCIA DE UN DERECHO ADQUIRIDO. EXPOSICIÓN Y RÉPLICA

4.4.1. El hecho idóneo o presupuesto de hecho. Significado

En la doctrina del Tribunal Constitucional, el acaecimiento del hecho idóneo para provocar la adquisición de un derecho significa que el derecho en cuestión ha sido ejercido y ha producido sus efectos.

En consecuencia, el derecho no se entenderá en los términos con que se ha caracterizado el derecho adquirido cuando, a pesar de haber sido reconocido por la ley anterior en favor de un sujeto determinado, su ejercicio tiene lugar durante la vigencia de la ley nueva.

Lo relevante, así, en relación con el momento en que se verifica el hecho idóneo, es el tiempo en que se ejerce el derecho, y es en ese instante cuando tiene lugar su ingreso en el patrimonio del titular y, a la par, su consolidación.

4.4.2. El elemento temporal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Una vez identificado el hecho idóneo o presupuesto de hecho con el momento en que se realiza el derecho, el Alto Tribunal adopta la entrada en vigor de la nueva ley como acontecimiento base constitutivo del presente, de tal manera que todo lo que sucede antes queda situado bajo el imperio de la ley antigua y todo lo que ocurre después se atribuye al ámbito de la ley nueva. En otras palabras, solo los derechos ejercidos antes de la entrada en vigor de la nueva ley están comprendidos en el campo de protección de la irretroactividad. Por el contrario, todos los efectos generados por el derecho que tengan lugar con posterioridad pueden ser afectados por la ley nueva sin que ello suponga vulneración alguna del principio constitucional de irretroactividad.

Por tanto, el criterio para determinar el pasado o el futuro de un determinado derecho a efectos de considerarlo adquirido y otorgarle la protección que dispensa el principio de irretroactividad es el momento de su ejercicio, por lo cual, en relación con los derechos de tracto sucesivo, aquellos que no se realizan en un solo acto sino que su ejercicio se desenvuelve en una pluralidad de actos continuados y sucesivos, para determinar si ha existido o no la retroactividad prohibida, se atienden a cada acto concreto de ejercicio del derecho en cuestión, lo que viene a significar que un mismo derecho puede considerarse adquirido y no adquirido según la posición que ocupa cada acto de realización respecto a la entrada en vigor de la nueva ley.

Así, en relación con los actos de ejercicio realizados antes del cambio normativo, el derecho se presenta como adquirido, mientras que en lo que atañe a los actos de realización futuros el derecho se impone como no adquirido.

No obstante, el Tribunal Constitucional olvida que la consideración del elemento temporal de los derechos puede hacerse desde una doble perspectiva: material, por un lado, y jurídica, por otro.

Desde una perspectiva material, tal y como explicaba BONNECASE, «quien dice pasado [...] dice todos los acontecimientos anteriores a un acontecimiento determinado base y constitutivo de la noción del presente, quien dice futuro en sentido material, dice todos los acontecimientos susceptibles de producirse a contar desde el acontecimiento presente tomado como punto de partida».

Desde una valoración jurídica, y en relación con un momento adoptado como presente, el pasado puede atraer y arrastrar hacia su ámbito acontecimientos posteriores que, no obstante, hallan en él su causa.

Teniendo en cuenta esta distinción, parece impropio realizar una interpretación jurídica que tome como referencia la idea de pasado en sentido material, pues como defendía BONNECASE, «la realidad jurídica no corresponde rigurosamente a la realidad material en cuanto al orden sucesivo de los acontecimientos. Cuando una situación jurídica concreta ha nacido, lleva en sí virtualmente una porción del porvenir que ella somete racionalmente a la ley del pasado, en el sentido de que todas las consecuencias susceptibles de surgir de esta situación jurídica concreta pueden considerarse perfectamente producidas por anticipado, porque están incorporadas en ellas».

Por tanto, puesto que se trata de una cuestión jurídica, hablar de irretroactividad de una ley implica asumir la noción de pasado, no en su acepción material, sino conforme a su significado jurídico y, en correspondencia con ello, concluir que la nueva disposición será retroactiva si incide de manera desfavorable no solo en los efectos pasados, sino también en los efectos futuros de los derechos o situaciones jurídicas concretas creados al amparo de la regulación precedente, toda vez que, al incidir en sus efectos, incluso futuros, repercute en el derecho o en la situación jurídica de los que traen su causa.

No es otra la filosofía que inspira la disposición transitoria cuarta del Código Civil, en la que se hace una interpretación jurídica, y no meramente material, del elemento temporal de los derechos adquiridos y cuyo fundamento reside, como se ha explicado más arriba, en que no es necesario que el derecho originado por un hecho ocurrido bajo la legislación anterior se halle en ejercicio para que merezca respeto.

4.4.3. La posición del sujeto respecto a la ley

Por otro lado, y aunque el Tribunal Constitucional no repare o no se refiera a esta cuestión, para concretar el concepto de derecho adquirido y determinar su presencia en cada caso, es necesario recurrir a la posición en que se encuentra la persona respecto a la ley antigua. Por tanto,

se hace preciso completar la teoría de los derechos adquiridos con otra de la situación jurídica, entendida, según BONNECASE, como «la manera de ser de cada uno, relativamente a una regla de derecho o a una institución jurídica».

De acuerdo con este autor, a quien se va a seguir en este epígrafe, respecto a una determinada ley, la persona puede encontrarse en una situación jurídica abstracta o en una situación jurídica concreta.

La situación jurídica abstracta es la manera de ser eventual o teórica de cada uno respecto de una ley determinada, y la segunda, por oposición a la primera, es una manera de ser derivada, para una persona determinada, de un acto jurídico o de un hecho jurídico que hace jugar en su favor o en su contra las reglas de una institución jurídica y le confiere efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución.

De la combinación de ambas teorías, de los derechos adquiridos y de la situación jurídica se desprende que, para saber si el derecho conferido por la ley antigua debe considerarse adquirido por una persona, hay que examinar si se ha cumplido en su favor el presupuesto de hecho en virtud del cual la ley es aplicable a la persona concernida. A su vez, para decidir si el hecho jurídico idóneo para hacer surgir el derecho ha tenido lugar respecto a un sujeto, procede determinar si la ley que lo reconoce se aplica ya al sujeto en cuestión y produce efectos en su favor. Y en definitiva, se impone la conclusión de que, si una ley que confiere un derecho como consecuencia jurídica se está aplicando a una persona determinada y está generando efectos a su favor, es porque el hecho idóneo para producir el derecho se ha manifestado durante la vigencia de dicha ley y, por lo tanto, se trata de un derecho adquirido.

Todo esto, trasladado al ámbito de la relación funcionarial, exige el respeto como adquirido de todos aquellos derechos atribuidos por una ley respecto a la que el funcionario se encuentre en una situación jurídica concreta.

Es decir, constituyen derechos adquiridos todos aquellos derechos funcionariales que aparecen como la consecuencia jurídica establecida por una norma legal que ha empezado a desplegar, desde un punto de vista jurídico, sus efectos en favor del funcionario en el momento en que entra en vigor la nueva ley.

4.5. EL DEVENGO COMO CRITERIO DE CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO A LA PERCEPCIÓN DEL IMPORTE CONSOLIDADO DE LAS RETRIBUCIONES DE LOS FUNCIONARIOS

4.5.1. Exposición del criterio

Para el Tribunal Constitucional, el nivel consolidado de las retribuciones del funcionario que no correspondan a mensualidades devengadas en función de una prestación de servicios efectivamente realizada no comporta un derecho adquirido.

Así lo expresaba el Alto Tribunal en el auto 179/2011, de 13 de diciembre de 2011, al estimar que la reducción salarial operada por el Real Decreto-Ley 8/2010 «afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado servicio público y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio del funcionario, por lo que no cabe hablar de derechos adquiridos de los que los funcionarios hayan sido privados sin indemnización, ni de una regulación que afecta retroactivamente a derechos ya nacidos».

De tal manera, declaraba infundado el razonamiento del juzgado a quo, según el cual «el Real Decreto-Ley 8/2010 es una norma que no afecta a meras expectativas de derechos, sino que se trata de una norma que afecta retroactivamente a derechos ya nacidos, aunque los mismos no hayan sido todavía ejecutados, por no haberse devengado aún las correspondientes nóminas».

Y reproducía los argumentos de la fiscalía, conforme a los cuales «la consideración de los derechos retributivos como derechos adquiridos se contradice con lo afirmado en el propio Auto de que se trata de derechos aún no ejecutados por no haberse devengado», ya que «no es posible considerar que las retribuciones no devengadas por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado servicio público, se encuentren incorporadas al patrimonio del funcionario y tengan el carácter de derechos adquiridos, tratándose, por el contrario, de meras expectativas de derechos».

4.5.2. Contestación al criterio

La argumentación del Tribunal Constitucional avala la afirmación mantenida con anterioridad de que la reconstrucción que hace de la teoría de los derechos adquiridos conduce a una confusión entre el nacimiento y el ejercicio del derecho que desemboca en su identificación, habida cuenta de que, en definitiva, acaba haciendo depender la existencia del derecho de su ejercicio.

En contra de lo que se desprende del auto del Tribunal Constitucional, hay que reparar en que puede existir derecho adquirido al margen de su ejercicio, pues, como explica GARCÍA MÁYNEZ, no es válido concluir, como lo hace la fiscalía y se deduce de la conclusión del Tribunal Constitucional, que «las facultades legales de una persona solo se convierten en auténticos derechos adquiridos en virtud del ejercicio, pues el derecho no deriva de su ejercicio ni, por consiguiente, puede depender de él». Razón por la cual «es posible tener derechos y no ejercitarlos, como también lo es tener obligaciones y no cumplirlas». Conclusión que, como se ha insistido en ello, aparece postulada de manera categórica en nuestro Código Civil.

Como expresa el autor mencionado, «hacer depender la existencia de un derecho del hecho real de su ejercicio resulta tan absurdo como pretender derivar del hecho del cumplimiento la existencia de una obligación».

En consecuencia, no existe contradicción en la afirmación del juzgado promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, sino desconocimiento por el fiscal y por el Tribunal Constitucional

de la disposición transitoria cuarta del Código Civil, en la que se explica que no es necesario que un derecho originado por un hecho ocurrido bajo la legislación anterior se haya ejercido para que merezca respeto, por lo que también constituyen derechos adquiridos, tal como postula el juzgado actuante, los derechos nacidos y no ejercidos.

Olvida así el Tribunal Constitucional el sentido jurídico del elemento temporal del derecho adquirido, de acuerdo con el cual todas las consecuencias, aunque sean futuras, susceptibles de derivarse del derecho deben considerarse producidas por anticipado y retrotraerse al momento del nacimiento de aquel por estar integradas en él.

Finalmente, la interpretación del Tribunal Constitucional pasa por alto la situación en la que se encontraba el funcionario en relación con la ley que establecía el importe concreto de sus retribuciones, que no era abstracta sino concreta, pues dicha ley estaba desplegando, desde un punto de vista jurídico, sus efectos favorables para el servidor público, ya que se hallaba en el goce actual y efectivo del derecho, al disfrutar, actual y efectivamente, en el momento de la entrada en vigor de la nueva ley, del importe retributivo fijado por la norma anterior.

4.5.3. Un resultado contradictorio

El razonamiento que realiza el Tribunal Constitucional contiene dos afirmaciones que se contradicen, como consecuencia de la confusión que padece entre nacimiento y ejercicio del derecho a la que nos hemos referido, de la subordinación a la que somete la existencia del derecho respecto de su ejercicio.

En efecto, por un lado el Alto Tribunal se refiere a unos derechos económicos, objeto del debate procesal, que por no haber sido aún devengados no merecen la protección que se reclama. De esta manera reconoce expresamente la existencia de esos derechos, a pesar de su cualidad de no devengados («afecta a derechos económicos aún no devengados»), pero derechos al fin y al cabo, cuya realidad da así por descontado, y relega la discusión a su caracterización a efectos de calificarlos y determinar la protección que merecen.

Pero, al mismo tiempo, niega que se esté infringiendo el principio recogido en el artículo 9.3 de la Constitución española, ya que no se está ante una regulación «que afecta retroactivamente a derechos ya nacidos», y concluye, de esta forma, que la razón por la que no se infringe el precepto mencionado es que los derechos que se invocan no han nacido todavía, es decir, no existen.

Así, de lo que en un principio se reconoce existente (derechos económicos afectados por la disposición impugnada), luego se dice no haber nacido, que es lo mismo que afirmar que algo es y no es al mismo tiempo, sin reparar en que, si un derecho no ha nacido no puede ser tal derecho, y si el derecho es tal es porque ha nacido. Nada puede existir sin haber nacido previamente, pues el nacimiento es lo que permite el tránsito del no ser al ser.

5. CONCLUSIONES GENERALES

- 1.^a La Constitución reconoce el deber de respeto a los derechos adquiridos mediante la consagración de determinados principios, cuyo significado no puede entenderse sin referencia a aquella exigencia.

Concretamente, los derechos adquiridos hacen acto de presencia en la Carta Magna, y se impregnan de relevancia constitucional, mediante la constitucionalización de los principios contenidos en el artículo 9.3, especialmente los de seguridad jurídica e irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, del principio de justicia incardinado en el artículo 1 y del principio indemnizatorio que resulta de lo dispuesto en el artículo 33.3.

Del conjunto de todos ellos dimana otro principio general, de acuerdo con el cual, en todo cambio normativo, debe atenderse a la protección de aquellos derechos incorporados a la esfera jurídica de la persona por haberse cumplido en ella los requisitos a los que la ley que se sustituye condiciona el nacimiento del derecho a su favor, es decir, debe atenderse a la protección de los derechos adquiridos, cuyo desconocimiento únicamente puede fundarse en razones de interés público mediante la correspondiente indemnización.

Por ende, como se ha dicho, el propio Tribunal Constitucional acaba invocando los mencionados principios para inferir de ellos un deber general de respeto a los derechos adquiridos, derechos que la ley no puede menoscabar y que, por tanto, deben quedar salvaguardados en los supuestos de sucesión normativa.

- 2.^a El respeto a los derechos adquiridos no conduce necesariamente a la congelación del ordenamiento jurídico. Permite, eso sí, su transformación orientada por el valor de la justicia y por el principio de seguridad jurídica.
- 3.^a Independientemente de la naturaleza que se atribuya a la relación funcionarial, el respeto a los derechos adquiridos no solo es compatible con el régimen jurídico al que se encuentra sujeto el funcionario, sino que también resulta una exigencia de la dignidad de la persona, de los principios de justicia y de igualdad, y, en definitiva, de la naturaleza misma de las cosas.
- 4.^a Tal como se postula en las disposiciones transitorias del Código Civil, no es necesario que un derecho haya sido ejercido para que pueda considerarse adquirido y merecer la protección que depara el principio constitucional de irretroactividad.

Basta con que se haya originado por un hecho ocurrido bajo la legislación anterior, para que se consolide a nuestro favor como derecho adquirido.

Como se ha dicho, el surgimiento del derecho adquirido no deriva de su ejercicio ni puede depender de él, como tampoco puede subordinarse la existencia de una obligación a su cumplimiento.

- 5.^a Una vez surgido el derecho adquirido, no va a ser posible invocar la separación entre el derecho en sí mismo considerado y sus consecuencias, pues ello se fundamenta en una interpretación del tiempo elaborada desde parámetros estrictamente materiales extraños a la vida jurídica, cuyo dominio reclama interpretaciones también jurídicas. Por tanto, es preciso interpretar el elemento temporal del derecho adquirido conforme a su acepción jurídica y abandonar la puramente material.

Y en el contexto de tal interpretación, encontramos que las consecuencias jurídicas atribuidas al presupuesto de hecho por una ley que reconoce un determinado derecho no solo comprenden el derecho reconocido, sino que incluyen, además, todos sus efectos jurídicos, de tal manera que el momento en que estos se manifiestan debe retrotraerse al instante en que tuvo lugar el presupuesto.

Como explica GARCÍA MÁYNEZ, «las consecuencias del derecho existen desde la realización del supuesto, aun cuando la realización efectiva de tales consecuencias dependa de la producción de otros hechos jurídicos».

- 6.^a Los derechos de tracto sucesivo, como consecuencia jurídica determinada por la norma legal que los reconoce, nacen en el momento en que se cumple el presupuesto de hecho que la norma establece, aunque esos derechos, ya nacidos, no tengan una realización inmediata, sino que requieran otros hechos jurídicos posteriores en forma de sucesivos y continuados actos de ejecución, razón por la cual la interpretación jurídica del elemento temporal de los derechos exige que el momento en que se realizan los sucesivos actos de ejecución deba retrotraerse a aquel en que surgieron los derechos de los que reciben la causa y de los que son resultado directo y necesario, pues, en cuanto efectos de los derechos en sí mismos considerados, deben considerarse incorporados en ellos.

En consecuencia, y de acuerdo con GARCÍA MÁYNEZ, si un derecho nace bajo la vigencia de una ley, y «su ejercicio puede prolongarse durante cierto tiempo o se haya diferido de algún modo, la modificación o supresión de tales consecuencias por una ley posterior es necesariamente retroactiva, ya que modifica o destruye lo que existía ya antes de la iniciación de su vigencia».

- 7.^a El Tribunal Constitucional se ha esforzado para encontrar una respuesta puramente formal al funcionamiento del principio de irretroactividad que permita la aplicación de un tratamiento único y automático, válido para cualquier supuesto que pueda plantearse, lo que ha desembocado en un entendimiento de la cuestión en términos de lo que LÓPEZ MENUDO denomina un «puro juego de efectos y límites formales».

Pero más allá de los aspectos formales inherentes al problema de la sucesión de leyes en el tiempo, es preciso atender al contenido concreto de las situaciones jurídicas que subyacen en cada caso, pues no todas ellas merecen la misma consideración.

Se trata de aplicar un criterio axiológico que, sin soslayar la dimensión formal de la cuestión, atienda a los valores involucrados en cada supuesto planteado.

La abolición de la esclavitud requirió una aplicación inmediata de la ley abolicionista, pues el respeto a las situaciones jurídicas creadas al amparo de la legislación anterior, en nombre de derechos adquiridos de los antiguos esclavistas, habría atentado contra los fundamentos mismos de la dignidad humana.

En el otro extremo, piénsese en una situación definida por las siguientes circunstancias:

1. Una persona recibe de otra una brutal paliza que la deja en una situación que hace temer por su vida.
2. La ley penal vigente en el momento de la agresión establece una pena determinada para el delito de homicidio.
3. Dicha ley es sustituida por otra que fija para el homicidio una penalidad superior.
4. Con posterioridad a la entrada en vigor de la ley penal nueva, el agredido fallece como consecuencia de la paliza y el agresor es condenado por un delito de homicidio.

Como puede verse, la situación planteada no puede recibir el mismo trato que la abolición de la esclavitud. En el caso que ahora nos ocupa, el principio de justicia rechaza dotar a la nueva legislación de los efectos inmediatos que reclamarían la teoría de ROUBIER, según la cual, en palabras de François OST, «la nueva Ley se apodera inmediatamente de la situación jurídica en curso», y la doctrina del Tribunal Constitucional, a cuyo tenor «no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas y cuyos efectos no se han consumado».

Al contrario, pese a tratarse de una situación jurídica en curso cuyos efectos no se habían consumado en el momento del cambio normativo, la aplicación inmediata de la nueva legislación supondría una infracción del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables que exige la retroacción de las consecuencias posteriores al momento en el que tuvo lugar el hecho que las produjo, y, por tanto, la aplicación de la ley vigente cuando se realizó la acción típica y no la que impera al tiempo de manifestarse el resultado final.

Ciertamente, entre uno y otro extremo existen situaciones intermedias, cada una de las cuales reclama un trato y una solución individualizados y adaptados a las circunstancias que las individualizan, trato y solución que, en mi opinión, deben adoptar como punto de partida una teoría fundada en el respeto de los derechos adquiridos que atienda al momento del nacimiento del derecho y que comprenda los efectos futuros ligados al presupuesto de hecho de una manera inmediata y necesaria.

Todo ello con excepción de aquellos casos en los que, como ocurría con la esclavitud, la aplicación del principio de respeto de los derechos adquiridos repugne a

los principios y valores más elementales de un ordenamiento justo y democrático, asentado sobre la dignidad de la persona.

De esta manera, el principio de respeto de los derechos adquiridos funcionaría como norma general y su desconocimiento como excepción, reservada para aquellos supuestos en los que el mantenimiento de situaciones jurídicas preexistentes produciría un resultado manifiestamente injusto.

- 8.^a Sentado lo anterior, cuando los valores en presencia reclamen por sí mismos el respeto de los derechos adquiridos, solo debería admitirse su sacrificio si concurren razones de interés público que lo justifiquen y que pongan de manifiesto la proporcionalidad y la legitimidad de la medida restrictiva que finalmente se adopte con la finalidad de atender a las razones de interés público concurrentes.

6. CONCLUSIONES ESPECÍFICAS SOBRE EL NIVEL RETRIBUTIVO CONSOLIDADO POR LOS FUNCIONARIOS

- 1.^a El importe retributivo que los funcionarios tienen reconocido a la entrada en vigor de una ley que lo modifica constituye un derecho perfecto y actual a que el Estado les satisfaga una determinada cuantía, y no otra, expresada en unidades monetarias, a cambio de su prestación de servicios a medida que se vaya produciendo, y se manifiesta, así, como un verdadero derecho adquirido asumido tanto por el Estado como por el funcionario, en cuyo disfrute efectivo se encuentra ya el servidor público, de manera que:
- a) La norma aplicable establece como consecuencia jurídica la percepción de una cuantía determinada por la prestación de servicios del funcionario.
 - b) Esa consecuencia jurídica se ha hecho efectiva, ha empezado ya a desplegar sus efectos a favor del funcionario, de tal manera que el empleado público ha iniciado la percepción de su retribución en la cuantía determinada establecida por la norma de referencia, en cuyo goce y disfrute se encuentra.
 - c) No hay consecuencia jurídica sin supuesto de hecho previo que la ocasione. Si se está aplicando la consecuencia jurídica es porque ha tenido lugar el hecho que estaba previsto en la ley como presupuesto de ella.
 - d) Luego, el supuesto genérico o de hecho (hecho idóneo) al que la norma aplicable (norma anterior) anuda la consecuencia jurídica en que el nacimiento del derecho adquirido consiste (la percepción de la retribución en un determinada cuantía y no otra) ha debido tener ya lugar respecto a los sujetos afectados (los funcionarios), y ha ocurrido, precisamente, durante la vigencia de dicha norma y, por tanto, antes de la eventual entrada en vigor de una disposición que pretende modificar el importe de sus retribuciones.

- e) Expresado en forma negativa, el nivel retributivo consolidado por el funcionario no es la consecuencia jurídica de un supuesto genérico que aún no ha tenido lugar respecto a los sujetos afectados, sino que constituye el resultado necesario dispuesto por la ley para un presupuesto de hecho que se ha cumplido ya, de manera plena, respecto a los servidores públicos.
- 2.^a En este contexto, el derecho de los funcionarios a percibir como retribución un importe concreto, como consecuencia jurídica que determina la norma que lo establece, es un derecho nacido durante su vigencia por haberse realizado bajo su imperio el hecho idóneo del que depende su nacimiento, lo que lo convierte en un derecho adquirido con independencia de las circunstancias atinentes a su ejercicio. Es decir, en relación con el momento en que entra en vigor la ley nueva, el importe retributivo reconocido por la regulación anterior constituye derecho adquirido respecto a los funcionarios actuales, que lo son en ese instante.

En efecto, la conversión en subjetivo del derecho genérico de los funcionarios a la percepción del nivel retributivo legalmente fijado es el resultado de acreditarse, en un sujeto determinado, la titularidad de la condición de funcionario en el momento en que entra en vigor la norma que establece aquel importe o durante su vigencia.

- 3.^a Desde el punto de vista de la posición que ocupa el sujeto respecto a la ley aplicable, resulta que el texto legal que ha creado la situación del funcionario, materializada en este caso en la percepción de una cuantía retributiva determinada, ha empezado a jugar ya su papel jurídico en beneficio de aquel en el momento del cambio normativo, razón por la cual la situación en la que se encuentra el funcionario no es abstracta, sino concreta o individualizada.

En otras palabras, la ley que fija en un momento determinado el importe retributivo de los funcionarios está siendo objeto de aplicación en favor de los que lo son durante su vigencia, lo que significa que el presupuesto de hecho en cuya virtud aquella ley es susceptible de aplicarse a los servidores públicos se ha cumplido respecto a ellos y en su favor.

- 4.^a El derecho del funcionario a percibir un nivel retributivo determinado por la prestación de sus servicios es un derecho adquirido de tracto sucesivo nacido durante la vigencia de la ley, que lo establece como consecuencia jurídica, aunque requiera ulteriores actos de ejecución en el marco de una prestación continuada de servicios, actos de ejecución que, en todo caso, deben retrotraerse al momento en que se realizó el supuesto de hecho que dio lugar al nacimiento del derecho.
- 5.^a En definitiva, el nivel retributivo consolidado por el funcionario es un auténtico derecho adquirido, ya que, aunque no haya agotado todos sus efectos en el momento en que tiene lugar el cambio normativo, sin embargo, puede considerarse que ha surgido al mundo del derecho y está plenamente perfeccionado con arreglo a la norma que lo estableció.

- 6.^a En resumen, si ponemos en relación las sentencias del Tribunal Supremo que contienen la definición de «derecho adquirido» con las que atribuyen tal condición al importe concreto de las percepciones salariales consolidadas por los servidores públicos, podemos concluir que en el nivel retributivo en cuyo disfrute se encuentra en cada momento el funcionario concurren los siguientes caracteres:
- a) Constituye un derecho subjetivo o situación jurídica individualizada de poder concreto del servidor público.
 - b) Ha nacido y se ha constituido durante la vigencia de la norma jurídica que lo atribuye.
 - c) El nacimiento tiene lugar como resultado de haberse realizado el presupuesto de hecho (hecho idóneo) que provoca la consecuencia jurídica en que el derecho consiste.
 - d) Ha ingresado en el patrimonio del funcionario a través de un acto singular que lo confiere.
 - e) No puede considerarse mera posibilidad o expectativa.

- 7.^a Desde un punto de vista sustantivo y axiológico, que centre la atención en una valoración de la situación jurídica concreta que subyace a la consideración del nivel retributivo consolidado por los funcionarios como derecho adquirido merecedor de respeto a través del principio constitucional de irretroactividad, se impone la conclusión de que su aceptación como tal no es susceptible, en ningún caso, de conducir a un resultado manifiestamente injusto. Al contrario, la calificación del importe actual de la retribución del servidor público como derecho adquirido es consustancial a los principios y valores básicos de un ordenamiento justo y democrático que atiende a la consideración debida a la dignidad del funcionario.

En consecuencia, su respeto y protección a través del principio de irretroactividad devienen una exigencia de ese ordenamiento justo y democrático que representa nuestra Carta Magna, tal como se expone a continuación:

1. El deber de respeto al nivel retributivo consolidado por los funcionarios dimana, en primer lugar, del artículo 10 de la Constitución, en relación con el artículo 35.

El artículo 10 sitúa el respeto a la dignidad de la persona en el centro de nuestro sistema jurídico-constitucional, una de cuyas manifestaciones se recoge en el artículo 35, en el que se reconoce el derecho de todos los españoles a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, es decir, el derecho a una remuneración digna.

Esta exigencia constitucional se traslada al ámbito funcional y se instala como principio inherente al sistema retributivo presente en el Estatuto Bá-

sico del Empleado Público, cuyo significado se explica en el informe de la comisión de expertos para su estudio y preparación (en adelante, «informe»), según el cual «la retribución de los empleados públicos ha de ser digna y suficiente para el mantenimiento de un nivel de vida adecuado y para asegurar la dedicación de los empleados al servicio público».

En este contexto, el nivel retributivo consolidado por los funcionarios, en cuanto expresión de lo que debe entenderse en cada momento como un salario digno y suficiente, se convierte en la medida del cumplimiento, en el ámbito de la función pública, de las exigencias impuestas en los artículos 10 y 35 de la Carta Magna. Por tanto, su importe debe dotarse de la intangibilidad propia de los derechos adquiridos y de la protección que dispensa el principio constitucional de irretroactividad.

2. Desde otro punto de vista, el Estado social y democrático de derecho que consagra el artículo 1 de la Norma Suprema reclama una Administración con una manera de ser y de comportarse característica y que, literalmente, sirva con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al derecho, es decir, que satisfaga el derecho de los ciudadanos a una buena administración.

Para ello, según se explica en la exposición de motivos del Estatuto Básico del Empleado Público, las Administraciones públicas deben contar con los factores organizativos apropiados, y «entre esos factores el más importante es, sin duda, el personal al servicio de la Administración».

En consecuencia, un sistema de empleo público que permita afrontar los retos que le atañen es, según la exposición de motivos del Estatuto, «aquel que hace posible atraer a los profesionales que la Administración necesita, que estimula a los empleados para el cumplimiento eficiente de sus funciones y responsabilidades [...] y les brinda suficientes oportunidades de promoción profesional [...]».

Con esta perspectiva, para lograr ese modelo de empleo público acorde con las exigencias constitucionales, es preciso disponer de lo que el informe denomina «un sistema retributivo adecuado», toda vez que la retribución «ocupa un lugar destacado» en el sistema de recompensas del empleado público.

Pero ¿qué debe entenderse por «un sistema retributivo adecuado»? De acuerdo con el informe, con tal denominación se hace mención a aquel sistema que responde a la triple finalidad de «atraer, retener y motivar a los empleados públicos de cualquier tipo».

Por otra parte, el artículo 103.3 de la Constitución ordena al legislador establecer las garantías necesarias para asegurar la imparcialidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones.

Una de esas garantías se cumple proporcionando a los funcionarios de los que se reclama la imparcialidad una retribución digna y suficiente. Tal como se expresa en el informe, «la retribución [...] ha de servir, también, para garantizar la imparcialidad e independencia de los empleados públicos».

En consecuencia, el establecimiento de unas retribuciones dignas y suficientes, dotadas de la seguridad y protección adecuadas, deviene una respuesta imprescindible a las exigencias intrínsecas a la clase de administración y al sistema de función pública que reclaman los artículos 103.1 y 103.3 de nuestra Carta Magna.

Sin embargo, cualquiera puede darse cuenta de que la situación provocada por el comportamiento del poder público, que ha culminado con la supresión de la paga extra de Navidad, no tiene virtualidad para atraer, retener y motivar a los buenos profesionales, ni para garantizar la imparcialidad y la independencia de los funcionarios. Todo lo contrario, va a contribuir a disuadirlos, ahuyentarlos y desmotivarlos, a promover entre ellos la búsqueda de alternativas que pueden llegar a ser incompatibles con la dedicación al servicio público y a fomentar conductas que pueden menoscabar su imparcialidad e independencia, todo lo cual conduce a un resultado opuesto al pretendido por el Constituyente de 1978, habida cuenta de que, lejos de revalorizar la función pública, como exige su configuración constitucional, conduce irremediabilmente a su desprestigio, como el propio Ejecutivo reconocía, cuyo secretario de Estado de Función Pública afirmó ante el Congreso de los Diputados que «el desprestigio de lo público es primero congelar y, luego, reducir el sueldo de los funcionarios» (*Europa Press, Intereconomía.com, Finanzas.com y Telemadrid.es*, 19/06/12).

3. En el fundamento de derecho 7 de la Sentencia 161/1988, el Tribunal Constitucional declara que «el derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución, a cuyo contenido esencial nos hemos anteriormente referido, es un derecho de configuración legal [...] y, en su consecuencia, compete a la Ley [...] el ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicos. Una vez creados por las normas legales tales derechos y facultades, estos quedan integrados en el status propio de cada cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23.2 de la Constitución, defender ante los órganos judiciales –y en último extremo ante este Tribunal– el *ius officium* que consideren ilegítimamente constrañido o ignorado por actos del poder público».

Desde esta perspectiva, una vez establecido por la ley el importe retributivo que tiene derecho a percibir el funcionario, aquel se convierte en parte integrante del estatus, del *ius in officium* del empleado público, que lo hace merecedor de la protección atribuida por el ordenamiento jurídico al derecho fundamental con-

grado en el artículo 23.2 de la Carta Magna, pues, habida cuenta de la relevancia que adquiere la retribución del funcionario para atender a su dignidad, garantizar su imparcialidad e independencia y asegurar su dedicación al servicio público, el importe global reconocido de sus retribuciones debe considerarse perteneciente al conjunto de derechos y facultades que constituyen el núcleo esencial de la función que tiene asignada el funcionario por mandato constitucional.

Más aún si se tiene en cuenta que, como proclama el Alto Tribunal en la misma sentencia, «el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos [...] garantiza, no solo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos, se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga».

Y que el funcionario que ha accedido a su función de acuerdo con aquellos principios puede resultar también perturbado, en el ejercicio de su cargo, por la vía de conminarlo a abandonar la función pública mediante la precarización continuada y progresiva de sus condiciones de trabajo, entre las que destaca, como se ha dicho, la que se refiere a la retribución que se le satisface por los servicios que presta.

- 8.^a Una vez expuestos diferentes argumentos que, desde una perspectiva axiológica, reclaman la adopción del respeto al nivel retributivo consolidado de los funcionarios como criterio general, procede examinar si, en la situación concreta existente, concurrían razones de interés público que justificaran su desconocimiento a través de la amputación salarial que suponían las medidas adoptadas por los Decretos-Leyes 8/2010 y 20/2012, que es lo mismo que preguntarse sobre la proporcionalidad y legitimidad de aquellas.

Y lo vamos a hacer, por razones de extensión, centrándonos en la última reducción salarial padecida por el colectivo funcional que supuso la supresión de la paga extraordinaria de Navidad. Pero hay que tener en cuenta que las conclusiones a las que se va a llegar son extrapolables, con las matizaciones correspondientes, a la minoración retributiva operada en 2010.

1. Proporcionalidad. Necesidad y utilidad de la medida

La determinación de la existencia de proporcionalidad en la medida ablativa adoptada reclama un juicio sobre su necesidad y utilidad.

Y en este empeño nos encontramos con que la disminución salarial infringida a los empleados públicos no era ni necesaria ni útil para el logro del resultado pretendido, a saber, la superación de una situación económica crítica a través de la reducción del déficit público.

No era necesaria, en primer lugar, por la inexistencia, en el exiguo intervalo de catorce días comprendido entre la publicación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012

(BOE de 30 de junio), que respetaba la paga extraordinaria de Navidad de los funcionarios, y la propia del Real Decreto-Ley 20/2012 (BOE de 14 de julio), que la suprimía, de una modificación sustancial sobrevenida de las condiciones que permitiera aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, pues la situación crítica con la que se pretendía justificar la medida estaba ya presente en el momento en que se aprobó la ley presupuestaria.

Y no era necesaria, en segundo lugar, porque el objetivo de déficit propuesto podía alcanzarse por otros medios alternativos igualmente eficaces, y no restrictivos del derecho retributivo de los funcionarios, ya fuera incidiendo en el gasto, en los ingresos o en la mejora de la actividad, circunstancia que era reconocida por el propio Gobierno, del que partía la medida.

Así, su presidente, con la finalidad de justificar su inicial intención de no recortar el sueldo de los empleados públicos, había recordado que «el déficit se puede reducir recortando el gasto, subiendo los impuestos o haciendo que mejore la actividad» (*Europa Press*, 27/03/2013).

Por su parte, el secretario de Estado de Administración Pública declaraba ante el Congreso de los Diputados, pocos días antes de la aprobación de la supresión de la paga extraordinaria, que el Gobierno barajaba otras alternativas de ahorro antes que reducir el sueldo de los funcionarios (*5 días, El País, El Economista y Europa Press*, 19/06/2012).

En cuanto a la utilidad de la medida, no es solo que no fuera útil –cuando uno de los males que azotan la economía es el bajo consumo interno, no puede defenderse la eficacia de medidas que necesariamente conducen a deprimirlo aún más–, sino que, y esto es más importante, el Gobierno sabía que, además de inútil, era contraproducente, pues conocía y reconocía que el resultado de la medida iba a ser, precisamente, el contrario a aquel con el que se pretendía justificar la decisión ablativa finalmente aplicada.

En este sentido, el actual presidente del Ejecutivo, en el contexto de la crítica dirigida al Gobierno anterior, que introdujo la primera mutilación en la retribución de los empleados públicos, afirmaba que la reducción de los sueldos de los funcionarios constituía una medida profundamente injusta e ineficaz. Según el entonces líder de la oposición, este tipo de medidas «ni sirve para que la economía crezca, ni sirve para crear empleo» (*Deia.com y Noticias de Bizcaia*, 11/06/10, y *Público.es*, 11/07/2012).

Y una vez convertido en máximo responsable del Ejecutivo, reconocía que la reducción salarial de los empleados públicos afectaría negativamente al consumo y con ello a la economía del país, razón por la cual descartaba la posibilidad de bajar el sueldo a los funcionarios en los Presupuestos Generales del Estado para «no afectar al consumo». Por tal motivo, había aseverado que congelaría el sueldo de los funcionarios en lugar de bajarlo porque España necesita consumo e inversión. Y finalizaba: «No queremos tocar todo aquello que afecte al consumo» (*Europa Press*, 27/03/2012).

Por su parte, el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas declaraba que la reducción de los sueldos de los funcionarios «nos haría caer más y se desplomaría la confianza que ya

sufre la sociedad española» (*Europa Press, El Periódico y Expansión*, 05/03/2013). Y que «detrás de este tipo de recortes vienen siempre más problemas» (*Europa Press*, 15/03/2013).

2. Legitimidad

La decisión sobre la legitimidad de la medida requiere también un juicio acerca de su conformidad con el ordenamiento jurídico.

Pues bien, en el contexto de lo explicado acerca de la proporcionalidad de la medida, la supresión de la paga extraordinaria de Navidad representaba una transgresión de la buena fe, no solo al poner de manifiesto un comportamiento del Gobierno contrario a la doctrina de los actos propios que traicionaba la confianza legítima de los funcionarios en el cumplimiento por parte del Ejecutivo de su deber de congruencia, sino porque, además, aquella decisión se adoptaba mientras se reconocía que era injusta e iba a empeorar la situación, como finalmente ocurrió, y con plena consciencia de la existencia de otras alternativas más justas y eficaces.

Desde esta perspectiva, la medida era contraria a derecho, pues se reconocía injusta e infringía los principios de buena fe y confianza legítima y la doctrina de los actos propios.

Por otra parte, la actuación gubernamental en relación con las retribuciones de los funcionarios ponía de manifiesto una diferencia de trato que condujo a un resultado discriminatorio y desproporcionado, al distinguir injustificadamente entre unos ciudadanos que contribuían al levantamiento de las cargas públicas a través del sistema impositivo, y aquellos otros, los empleados públicos, de quienes se exigían sacrificios, no solo mediante la imposición, sino también a través de la amputación de su salario, situación que evidenciaba un esfuerzo adicional de solo algunos ciudadanos que redundaba en beneficio de todos.

Es decir, lo contrario a lo debido, pues, estando interesados todos en la superación de la situación económica adversa, lo justo habría sido que también todos, y no solo algunos, contribuyeran a ella de acuerdo con su capacidad económica y no en función del colectivo al que pertenecían.

El ordenamiento jurídico-constitucional y el interés público, que no puede entenderse al margen de él, exigían que el sacrificio se repartiera equitativamente entre todos los ciudadanos de acuerdo con su capacidad económica. Por el contrario, la medida adoptada por el poder público carecía de una vocación universal al incidir únicamente en los ciudadanos que eran retribuidos con cargo al erario público y concentraba así, de una manera injusta y discriminatoria, el esfuerzo que exigía la situación económica del país en un número restringido de ciudadanos cuando existían otras medidas alternativas capaces de repartir el sacrificio entre todos.

Por tanto, la supresión de la paga extraordinaria de Navidad de los funcionarios contravenía el principio de igualdad en su dimensión de igualdad en el reparto equitativo de las cargas públicas, por lo que resultaba contraria al ordenamiento jurídico y al interés público tutelado

por él, siendo evidente que son la ley y las razones económicas las que deben adecuarse a la Constitución y no al revés.

En un escenario similar al nuestro, el Tribunal Constitucional portugués ha declarado, en dos ocasiones, la inconstitucionalidad de la supresión de las pagas extraordinarias de los empleados públicos y de los pensionistas del país vecino.

Según el Alto Tribunal luso, dicha medida vulneraba el principio de igualdad proporcional en el reparto de las cargas públicas, pues imponía un sacrificio a quienes recibían emolumentos de los fondos públicos que no recaía en igual forma sobre los ciudadanos del sector privado, lo que daba lugar a una diferencia de trato que, en su contexto (los empleados públicos habían sido con anterioridad objeto de otras restricciones salariales), resultaba tan acusada e intolerable que no podía justificarse ni siquiera en razones de eficacia y utilidad para conseguir los objetivos propuestos de contención del déficit público.

Concluía, así, que la medida vulneraba el principio de igualdad proporcional, y recordaba que el objetivo de déficit «se debe alcanzar a través de medidas [...] que no se traduzcan en un reparto de sacrificios excesivamente desigual».

7. EPÍLOGO

Los funcionarios tienen derechos adquiridos que la ley debe respetar, entre los que destaca el derecho a conservar el nivel retributivo consolidado en cuyo disfrute se encuentran en cada momento, lo que venía siendo admitido y aplicado en la legislación positiva y en la práctica judicial.

Con la recesión económica como coartada, imperativos hostiles al Estado social, y al de bienestar que lo identifica, se han impuesto sobre los intereses de la mayoría de la población, incluso sobre las necesidades más básicas de buena parte de ella, dando lugar a esta especie de mundo al revés en que se ha convertido nuestro país, en el que la honradez y la inocencia son castigadas (desempleados, jubilados, trabajadores, funcionarios), y la inmoralidad, la deslealtad y la culpabilidad recompensadas (políticos y personalidades corruptos, banqueros sin escrúpulos, defraudadores y evasores), de tal manera que las víctimas son tratadas como culpables mientras que los culpables diluyen su responsabilidad en la impunidad más absoluta y no pocas veces en un enriquecimiento escandaloso. Y esto con la cooperación necesaria de todos y cada uno de los poderes del Estado que podían y debían evitarlo, por estar precisamente para ello, y no lo han evitado.

Y en este desbarajuste en el que nos encontramos, caracterizado por un desempleo vergonzoso, una pobreza y una desigualdad crecientes, una corrupción generalizada, un abuso de posiciones dominantes (denunciado incluso por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), una pérdida sistemática de derechos sociales..., aparecen también como víctimas cualificadas los derechos adquiridos de los funcionarios, de los que los poderes públicos hacen mangas y capirotos,

como de los demás derechos constitucionales (sanidad, educación, justicia, protección social...), más preocupados como están por proteger los intereses inherentes a un sistema económico y social injusto, que por hacer realidad el imperativo categórico que subyace a nuestra ley de leyes: el respeto a la dignidad de la persona, también a la del funcionario.

Bibliografía

FRANCESCO GABBA, C.: *Teoría de la retroactividad de la ley.*

FIGLIARETTI, P.: *De la irretroactividad e interpretación de las leyes.*

BONNECASE, J.: *Introducción al estudio del derecho.*

CASTILLO BLANCO, F. A.: *Interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico.*

GARRIDO FALLA, F.: *Reformas de la función pública.*

OST, F.: *El tiempo del derecho.*

BOQUERA OLIVER, J. M.^a: *Derecho administrativo I.*

PARADA, R.: *Derecho administrativo II. Organización y empleo público.*

GARCÍA MÁYNEZ: *Introducción al estudio del derecho.*

LÓPEZ MENUENDO, F.: *El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*