

1



Estudis
de Relacions
Laborals

Xavier Boltaina Bosch

La funcionarització
del personal
laboral al servei
de les corporacions
locals catalanes

101 preguntes

101 respostes

1

Estudis de Relacions Laborals

Xavier Boltaina Bosch

La funcionarització
del personal
laboral al servei
de les corporacions
locals catalanes

**101 preguntes
101 respostes**

Índex

Abreviatures

Presentació

Introducció

Apartat primer

El paper del personal laboral en les administracions públiques.

Conceptualització i raó jurídica dels processos de funcionarització

1. Quina va ser l'opció de la LMRFP de 1984 en relació amb el personal laboral de les administracions públiques?
2. Quina va ser la conseqüència real en les administracions públiques sobre la contractació laboral sobre la base de la LMRFP de 1984?
3. Quina és la doctrina del Tribunal Constitucional dictada a l'empara de l'art. 15 de la LMRFP de 1984?
4. Com es va adaptar la LMRFP de 1984 a la STC 99/1987, d'11 de juny?
5. Quina ha estat la situació legal del personal laboral a les corporacions locals des de 1984 fins al moment present?
6. L'adaptació de la LMRFP de 1984 a la STC 99/1987, com va afectar els treballadors que ocupaven llocs adscrits a funcionaris segons la nova redacció de l'art. 15 de la LMRFP, reformat per llei 23/1988?
7. En què consisteix la funcionarització del personal laboral?
8. Quines són les característiques fonamentals d'un procés de funcionarització?
9. Són constitucionals els processos de funcionarització?

Apartat segon

Règim jurídic dels processos de funcionarització en el sistema legal espanyol. Règim jurídic per a les administracions locals

10. Quina és la normativa específica que regula la funcionarització en l'àmbit estatal?
11. Quina és la normativa sobre funcionarització aplicable al personal laboral a Catalunya?
12. És jurídicament segur un procés de funcionarització a l'administració local catalana?
13. Si, malgrat el risc jurídic, una corporació local vol dur endavant un procés de funcionarització, quina normativa li seria d'aplicació?
14. Quina és la denominació correcta d'aquest tipus de processos?

Apartat tercer

Els llocs de treball de personal laboral susceptibles de funcionarització a l'administració local catalana

15. Quins llocs de treball han de ser exercits, necessàriament, per personal funcionari a les corporacions locals de Catalunya?
16. És possible en algun cas el contracte de treball per ocupar places reservades a funcionaris d'habilitació de caràcter nacional?
17. Quins llocs impliquen «exercici d'autoritat» i, per tant, són reservats obligatòriament a funcionaris?
18. Quins llocs han de ser reservats a funcionaris per a una millor garantia d'objectivitat, imparcialitat i independència en l'exercici de la funció pública?
19. Quins llocs poden ser ocupats per personal laboral a l'administració local, segons la LBRL de 1985 i la STC 37/2002?
20. Quins llocs de treball són de possible exercici per al personal laboral en l'administració local catalana? Una proposta integradora a l'empara del principi d'equivalència fixat per l'art. 300.1 de la LMRLC de 2004.
21. És obligatori funcionaritzar quan hi ha llocs de treball de funcionaris ocupats per personal laboral?
22. És possible funcionaritzar llocs de personal laboral ocupats per personal vinculat amb les CL per un contracte de treball?

Apartat quart

Els actes previs a un procés de funcionarització

23. Cal aprovar una oferta d'ocupació pública per efectuar una convocatòria de funcionarització?
24. És necessària l'existència o aprovació prèvia d'una RLT abans d'iniciar un procés de funcionarització?
25. És possible funcionaritzar el personal sobre la base d'un catàleg de llocs de treball, en absència d'una RLT?
26. Seria possible una funcionarització sense l'existència ni de RLT ni de catàleg de llocs de treball previs al procés?
27. Quin paper pot tenir un pla d'ocupació en la posada en marxa d'un procés de funcionarització?
28. Seria possible dur a terme un procés de funcionarització a l'empara de la fórmula prevista en la Disposició addicional 21a de la LMRFP?

Apartat cinquè

El procés selectiu de funcionarització

29. És necessari aprovar unes bases generals i específiques reguladores dels processos de funcionarització?
30. Quin és el contingut mínim o imprescindible que haurien de contenir les bases generals i/o específiques?
31. Qui pot participar en el procés de funcionarització?
32. És sempre voluntària la participació en la funcionarització?
33. Quin tipus de vincle jurídic cal tenir amb la corporació local per poder participar en el procés de funcionarització?
34. Què s'entén per treballador fix a jornada completa?
35. Per què no es pot funcionaritzar un treballador temporal?
36. Què és un treballador indefinit no fix i per què no pot ser funcionaritzat?
37. S'ha d'estar en situació d'actiu sempre i en tot cas per poder participar en el procés de funcionarització?
38. En quins supòsits és possible funcionaritzar treballadors no actius, amb reserva del lloc de treball?
39. És possible funcionaritzar treballadors en excedència voluntària?
40. És correcte emprar la funcionarització com a instrument de promoció a un cos o escala de classificació superior al que s'ocupa com a laboral?
41. L'opció inversa: és correcte que la funcionarització comporti l'accés a un cos o escala inferior al que s'ocupa com a laboral, per manca de titulació per accedir al que pertoca?
42. Quin paper té el moment d'ingrés a l'administració a l'hora de funcionaritzar un treballador?
43. Quin és el moment temporal a tenir en compte en la funcionarització d'un treballador fix de l'administració local catalana?
44. Què ocorre si el treballador ha estat contractat fix després de les referides dates anteriors?
45. És possible funcionaritzar un treballador amb un contracte laboral nul, segons el que s'ha assenyalat en la qüestió anterior?
46. Hi ha uns requisits generals i específics diferents en la funcionarització dels exigits als aspirants en els processos selectius ordinaris?
47. Es poden establir límits d'edat als aspirants a la funcionarització?
48. L'exigència de titulació, és sempre inexcusable?
49. Els treballadors promoguts del grup D al grup C sense titulació, com a laborals, però complint els requisits de la DA 22 de la LMRFP, poden funcionaritzar-se?
50. És possible exceptuar el requisit de titulació al personal laboral en la funcionarització als grups A i B?
51. Com pesa el requisit d'absència de malaltia o defecte físic en treballadors fixos que es troben en situació de baixa per malaltia, incapacitat temporal

- o fins i tot incapacitat permanent, o amb malalties o defectes sobrevinguts en el moment de ser fixos?
52. En relació amb la qüestió anterior, pot participar-hi un treballador en situació d'incapacitat temporal?
 53. És possible la participació de treballadors en situació d'incapacitat permanent, en qualsevol grau?
 54. El requisit d'exigència de coneixement de llengua autonòmica, és igualment exigible en la funcionarització?
 55. És possible establir per als aspirants altres requisits diferents dels generals previstos a les normes generals?
 56. La corporació local, té llibertat d'elecció del sistema de selecció per funcionaritzar el seu personal laboral?

Apartat sisè

Algunes característiques dels concursos oposició com a procediment de funcionarització del personal laboral

57. Els nivells d'exigència en la fase d'oposició, han de ser equivalents a les convocatòries del torn lliure?
58. És correcta una disminució del temari a exigir en l'àmbit local?
59. En els processos selectius ordinaris, és obligatori que una de les proves, com a mínim, sigui pràctica. Així mateix, també és obligatori en la funcionarització?
60. Es pot incorporar una entrevista, a la fase d'oposició?
61. És possible suprimir o convalidar exercicis teòrics i pràctics, prefixats en la convocatòria, segons les circumstàncies individuals de cada candidat?
62. És possible suprimir o convalidar tots els exercicis teòrics i/o pràctics, i eximir l'aspirant de la fase d'oposició?
63. Són fixats per llei, els mèrits a valorar per l'administració en la fase de concurs?
64. Com es pot interpretar en les bases el concepte de «mèrits sobre els serveis prestats com a laboral»?
65. És correcte valorar també els serveis prestats com a interí laboral, abans d'adquirir la condició de laboral fix?
66. Com s'ha aplicat en la pràctica aquest mèrit dels «serveis prestats»?
67. Què significa la valoració de mèrits de «proves superades per accedir a la condició de laboral»?
68. Què s'esdevé en el supòsit d'un treballador fix promogut internament? Què s'ha de valorar?
69. Es pot considerar com a prova superada l'accés com a laboral fix per mitjà d'un concurs de mèrits?

70. És possible valorar altres mèrits?
71. Quins són aquests mèrits secundaris?
72. En quin moment del procediment selectiu s'han de valorar els mèrits?
73. Pot ser eliminatòria la fase de mèrits?
74. Malgrat el que s'ha dit fins ara, és possible funcionaritzar mitjançant un concurs de mèrits?
75. És possible un *tertium genus* en el concurs, que impliqui la superació forçosa d'una prova teoricopràctica, per valorar la resta de mèrits?
76. És correcte optar simplement per l'oposició?
77. Són possibles altres fórmules, a part del concurs, l'oposició o el concurs oposició?
78. Seria possible un ingrés directe com a funcionari, sense procés selectiu de cap mena?
79. És possible una oposició o concurs oposició sustentats únicament en la superació d'un curs de formació?
80. Per què és inconstitucional la funcionarització basada únicament en cursos o accions formatives, malgrat que s'emmaskari sota fórmules d'oposició o concurs oposició?

Apartat setè

Aspectes procedimentals comuns en el procés selectiu de funcionarització

81. Un procés de funcionarització, s'ha d'impulsar d'ofici?
82. Els treballadors, en quin moment han d'acreditar els requisits de participació, en especial el de titulació?
83. Quines són les conseqüències de l'admissió d'un treballador que no compleixi els requisits per funcionaritzar-se —el seu lloc no està adscrit a funcionari, li manca titulació o facilita informació falsa, però finalment supera les proves selectives?
84. El nomenament erroni d'un treballador com a funcionari, no podent-se funcionaritzar, quines conseqüències té?
85. Queda «contaminat» el tribunal de selecció pel fet que els seus integrants puguin ser caps d'un o diversos aspirants?
86. És correcta la presència en el tribunal de membres representants dels empleats, designats pel comitè d'empresa, la junta de personal o els sindicats?
87. En els tribunals de funcionarització, tots els membres han de ser funcionaris?
88. És possible establir un període de pràctiques, de prova, o la realització d'un curs selectiu als aspirants que superen el procés de selecció?
89. És possible funcionaritzar un treballador que es troba enmig d'un procés

judicial en tràmit en què sol·licita una reclassificació professional o un augment de retribució? Com afecta la funcionarització, una sentència positiva a la petició de l'empleat laboral?

90. Fins a quin punt la negociació col·lectiva pot regular els processos de funcionarització?
91. Quins aspectes podrien regular-se per negociació col·lectiva pel que fa a la selecció en el procés de funcionarització?

Apartat vuitè

Finalització del procés de funcionarització. Les conseqüències sobre els nous funcionaris o els laborals que perviuen

92. El nou funcionari, té un dret incondicionat de continuar ocupant la plaça que ocupava com a laboral?
93. En quina situació queda el contracte de treball de l'empleat funcionaritzat?
94. El nou funcionari, té l'obligació de permanència per un temps determinat un cop ha estat funcionaritzat en el nou lloc de treball?
95. El treballador funcionaritzat, té un dret permanent de garantia retributiva?
96. És permanent, el dret de garantia retributiva?
97. L'absorció del CPT, és total i absoluta, o és progressiva i parcial?
98. Els treballadors no funcionaritzats, tenen dret a no ser acomiadats?
99. Com es configura la carrera professional i la promoció del treballador no funcionaritzat?
100. Seria aplicable als laborals, no funcionaritzats, el model de carrera i promoció previst a l'art. 22.3 de la LMRFP, que comporta alhora funcionaritzar-se?

Epíleg

101. La STC 38/2004, d'11 de març, a propòsit de la funcionarització en la Comunitat d'Astúries. Pregunta i resposta 101: És possible que les CL aprovin processos de funcionarització a partir de la STC 38/2004, d'11 de març?

Bibliografia bàsica

Abreviatures

CA: Comunitats autònomes

CL: Corporacions locals

CE: Constitució Espanyola de 1978

CPT: Complement personal transitori (concepte retributiu)

DT 15a: Disposició transitòria 15a de la Llei de mesures de reforma de la funció pública, introduïda en el text original de la Llei de 1984, a través de la Llei 23/1988 i modificada parcialment per la Llei 13/1996, de 30 de desembre

ET: Estatut dels treballadors (Reial decret legislatiu 1/1995 de 24 de març, pel qual se n'aprova el text refós)

LBRL: Llei 7/1985 de 2 d'abril de bases de règim local

LFCE: Llei de funcionaris civils de l'Estat de 1964

LGSS: Llei general de seguretat social (Reial decret legislatiu 1/1994 de 20 de juny)

LMRFP: Llei 30/1984, de 2 d'agost, de mesures per a la reforma de la funció pública. Quan ens referim al text inicial de 1984 fem constar la LMRFP de 1984; quan es fa referència a alguna modificació introduïda, en relació amb la funcionarització, l'any 1988, ens referim a la LMRFP de 1988.

LMRLC: Llei municipal i de règim local de Catalunya (Decret legislatiu 2/2003 de 28 d'abril). Quan ens referim a l'iniciat text de 1987, en el text apareix com LMRLC de 1987.

RLT: Relació de llocs de treball (instrument de gestió de personal previst en els arts. 15 i 16 de la LMRFP)

RPSEL: Reglament de personal al servei de les entitats locals de Catalunya, aprovat per Decret 214/1990 de 30 de juliol, modificat pels decrets 144/1994, de 14 de juny, i 8/1991, de 7 de gener

SAN: Sentència de l'Audiència Nacional

STC: Sentència del Tribunal Constitucional

STS: Sentència del Tribunal Suprem

TRFPC: Text refós de la llei de funció pública de Catalunya, aprovat pel Decret legislatiu 1/1997, de 31 d'octubre

TRRL: Text refós de disposicions de règim local espanyoles, aprovat per Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril

Presentació

El CEMICAL fou constituït l'any 1993 per la Diputació de Barcelona, la Federació de Municipis de Catalunya, l'Associació Catalana de Municipis i Comarques, la Federació de Serveis Públics de la UGT de Catalunya i la Federació de Serveis Públics de CCOO amb un doble objectiu: promoure l'estudi, la formació i el progrés entre els representants dels ens locals i el personal al seu servei, i afavorir la resolució dels conflictes laborals.

En una etapa inicial, l'acció desenvolupada pel Consorci es dugué a terme exclusivament a petició de les parts i per mitjà dels procediments de conciliació i de mediació, però en els darrers anys s'ha anat reorientant cap a actuacions eminentment preventives, que sovint exigeixen la millora de la informació mútua.

És en aquest context que s'inscriu i dissenya la col·lecció Estudis de Relacions Laborals, amb la qual el CEMICAL es proposa propiciar la reflexió i el debat fructífer en el si del diàleg social, abordant temes que diàriament són objecte de discussió en les diferents meses de negociació.

En aquest volum que inaugura la col·lecció, l'autor, Xavier Boltaina, gran coneixedor de la gestió pública, tracta d'un tema que d'entrada podria semblar complex: la funcionarització del personal laboral. Ho fa, tanmateix, des d'una perspectiva eminentment pràctica, referint-se als problemes reals que plantegen aquests processos.

Aquesta matèria és, a més, de gran actualitat arran d'una recent i polèmica sentència del Tribunal Constitucional, que ha posat en qüestió de manera molt significativa si, a banda de l'Estat, la resta d'administracions públiques, incloent-hi les locals, poden continuar o no duent a terme processos de funcionarització. L'autor aborda també aquesta qüestió i suggereix possibles solucions per posar fi a la incertesa que pugui haver creat aquesta resolució judicial en el si de les entitats locals catalanes.

Tinc la confiança que aquesta col·lecció serà de gran utilitat als agents del CEMICAL i contribuirà a allò que, en definitiva, constitueix la seva raó de ser: la millora permanent de les relacions laborals.

El president del CEMICAL
Antoni Fogué Moya

Introducció

El llibre que presentem és fruit de l'experiència professional i del treball d'investigació del qui el subscriu, i de l'amabilitat i l'esforç del CEMICAL per posar a l'abast del públic, especialment del món local català, un manual específic i concret sobre una qüestió —la funcionarització del personal laboral— que, malgrat la seva importància numèrica (a Espanya, des de 1988, han estat centenars de milers els treballadors que han accedit a la condició de funcionaris per procediments restringits: els nostres càlculs els xifren en uns quatre-cents mil) i complexitat jurídica, ha estat escassament estudiat.

La fórmula emprada, però, és relativament original i amb un títol amb reminiscències de la novel·la de Dodie Smith: *101 preguntes i 101 respostes*. A l'hora de posar en marxa l'encàrrec que el CEMICAL em va fer, vaig pensar que l'abast del tema feia difícil de concretar-se en un nombre limitat de planes. Així, doncs, vaig optar per la fórmula de les preguntes i les respostes, com a model que permetés formular-nos a nosaltres mateixos, i respondre segon el major o menor encert de l'autor, les qüestions més habituals, simples o complexes —sovint, sense una resposta clara o encertada, com podrem comprovar— que per a tot-hom que participa en un procés de funcionarització poden ser d'interès.

La intenció del llibre és clara: donar resposta a qüestions molt comunes que es formulen els responsables de recursos humans de les corporacions locals, els sindicats i representants del comitè d'empresa i les juntes de personal, els mateixos treballadors que volen funcionaritzar-se o que no ho volen fer, i també —per què no—, els òrgans polítics i directius que han de prendre una decisió en aquest respecte.

És evident que aquest seguit de preguntes no és exhaustiu, i que les respostes són, en tot cas, sempre ampliables. De cap manera, a més a més, no hem volgut parlar *ex cathedra*. Al contrari, algunes solucions als problemes poden ser qüestionades, i així ho faig palès. En altres casos, he hagut d'optar per la resposta que he cregut més raonable, prudent o ajustada a la llei, però no necessàriament la més «agradable» —si se'm permet l'expressió— des del punt de vista de la gestió dels recursos humans. Hem volgut, a més, mitjançant el sistema de notes a peu de plana, aportar nombroses referències a bases i convocatòries de funcionarització, de Catalunya i de la resta de l'Estat, perquè, segons la qüestió de què es tracti, es puguin consultar si són d'interès per al lector, perquè és en aquests textos aprovats per les administracions públiques on es poden comprovar més clarament les solucions o respostes —correctes o no— que s'han anat donant a tot un seguit de problemes.

Tanmateix, la institució de la funcionarització s'ha de reexaminar molt atentament després de la sentència del Tribunal Constitucional 38/2004, d'11 de març, que ha declarat inconstitucional la llei asturiana de 1996 de funcionarit-

zació del personal laboral d'aquell Principat. El contingut d'aquest pronunciament del TC i el seu abast i transcendència per a les CL fa que la funcionarització assolixi, més que mai, una necessària i imprescindible reflexió jurídica, a l'abast dels responsables polítics, caps i directius de recursos humans, organitzacions sindicals i, també, del personal afectat, més que més quan el mateix legislador català, fins i tot després de la referida STC, ha introduït una nova DT en la llei de funció pública catalana, mitjançant la Llei 7/2004, de 16 de juliol, a fi de regular alguns aspectes col·laterals, però importants, de la funcionarització a Catalunya.

Per això, el meu agraïment és doble: m'he sentit satisfet que la Corporació on presto servei des de l'any 1988, i molt especialment el CEMICAL, i el seu responsable, Joaquim Valls, hagin considerat valuós per al món local i per a les administracions públiques i el seu personal publicar l'anàlisi d'una qüestió que, amagada o enfosquida pel debat d'altres de més importants en teoria, ha afectat, afecta i afectarà sense cap mena de dubtes milers de treballadors públics espanyols i catalans.

Aquest agraïment és igualment extensiu a totes les meves companyes i col·laboradores del Servei de Recursos Humans de l'Organisme de Gestió Tributària de la Diputació de Barcelona. Tots junts hem dut a terme —nosaltres també!— un procés de funcionarització no sempre fàcil ni pacífic, sovint envoltant de nombroses pedres en un camí que ha donat, a la fi, un resultat positiu, i la dificultat especial del qual ha servit, en gran mesura, per poder plantejar en el llibre que ara presentem diverses solucions o formular algunes propostes que poden ser d'interès per al lector.

Xavier Boltaina
Agost de 2004

Apartat primer

El paper del personal laboral en les administracions públiques. Conceptualització i raó jurídica dels processos de funcionarització

1. Quina va ser l'opció de la LMRFP de 1984 en relació amb el personal laboral de les administracions públiques?

La presència del personal laboral a les administracions públiques espanyoles no neix l'any 1984, sinó que és un debat ja originat des de la Llei de funcionaris civils de l'Estat de 1964, si bé de treballadors vinculats amb contracte de treball n'hi ha hagut sempre, des de l'origen mateix de l'administració espanyola.

De fet, durant molt de temps, tant el Consell d'Estat espanyol (dictàmens de 14-12-1960 i 13-5-1961) com el Tribunal Suprem havien entès que optar per treballadors o funcionaris per prestar serveis públics era una mera tècnica organitzativa que podia ser emprada indistintament a l'hora d'incorporar empleats. Aquest criteri, avui ja superat clarament, ha estat defensat fins i tot per sentències del TS ben properes en el temps, com la de 18-6-1991 (Ar. 5151) o, en l'àmbit autonòmic, les STSJ Andalusia/Màlaga de 22-4-1997 (AS. 1620) i Canàries/Les Palmes de 19-5-1998 (AS. 2825).

La LMRFP de 1984, a l'article 15, no va establir cap àmbit material per determinar quins llocs estaven atribuïts a personal laboral i a personal funcionari. Únicament digué que corresponia, en l'àmbit estatal, al ministeri competent la facultat d'especificar quins llocs, en atenció a la naturalesa del seu contingut, havien de ser reservats a funcionaris, a través de les relacions de llocs de treball (RLT). Aquesta redacció tan laxa portà que la majoria dels autors que van estudiar el precepte concloguessin que la LMRFP de 1984 atorgava a l'administració una facultat molt discrecional per optar pel règim funcional o laboral, sense cap límit substantiu. Fins i tot, la majoria de la doctrina teòrica va entendre que l'article, *de facto*, optava per la laboralització.

Curiosament, aquesta opció pro laboralitzadora no figurava en els programes electorals dels partits polítics que van concórrer a les eleccions legislatives del 1982, a excepció del Partit Nacionalista Basc. La laboralització va sorgir, en realitat, en el tràmit parlamentari, i finalment va ser assumida per la majoria parla-

mentària del moment (PSOE) sense un debat profund, i incorporada a la LMRFP de 1984 sense valorar —creiem nosaltres— la seva transcendència posterior, fins al punt que, vint anys justos després, totes les administracions públiques continuen gestionant les conseqüències d'aquella i d'altres lleis, algunes fins i tot molt recents, que sens dubte suposaran traslladar cap al futur, immediat i llunyà, idèntics problemes.

2. Quina va ser la conseqüència real en les administracions públiques sobre la contractació laboral sobre la base de la LMRFP de 1984?

S'ha afirmat que després de la promulgació de la LMRFP de 1984, l'administració espanyola va sofrir una *onada de laboralització universal de l'ocupació pública*. És difícil establir les raons jurídiques de pes a aquesta opció feta pels òrgans polítics a l'hora d'aplicar la LMRFP de 1984 a l'Estat, CA i CL. Des d'una perspectiva estrictament jurídica, potser la major flexibilitat del vincle laboral, i les possibilitats, immensament superiors, d'acomiadament, fins i tot sense raó per part de l'administració —l'acomiadament improcedent, a canvi d'una indemnització— són les claus més importants. Però nosaltres entenem que, en la dècada dels vuitanta, les raons reals van ser fonamentalment polítiques. M'acullo, en aquest sentit, a les paraules del Dr. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, segons el qual «les relacions especials que vinculaven els funcionaris amb l'administració van tendir a laboralitzar-se d'una manera o d'una altra [...] l'esquerra, que desconfiava de l'Estat perquè dubtava de poder-lo conquerir, va ser pionera en aquesta tasca de destrucció i reconversió, sense adonar-se que laboralitzant obria la porta a la mercantilització, tan estimada per la dreta».¹

3. Quina és la doctrina del Tribunal Constitucional dictada a l'empara de l'art. 15 de la LMRFP de 1984?

Contra l'art. 15 de la LMRFP de 1984 i molts altres preceptes, l'antic grup parlamentari d'Alianza Popular va presentar un recurs d'inconstitucionalitat. La STC 99/1987, d'11 de juny, va resoldre la qüestió sobre la constitucionalitat de la referida laboralització.

El Tribunal Constitucional no va negar pas que pugui haver-hi laborals a les administracions públiques. El que sí va establir és que la CE fa una opció, amb caràcter general, en favor del règim funcional o estatutari. Segons això, cal

1. Article publicat en *El País* de 6 de novembre de 1999, amb el títol «Jueces y soldados», pàg. 19.

en tots els casos una llei, d'acord amb l'art. 103.3 de la CE, que estableixi en quins supòsits i amb quines condicions són possibles altres fórmules jurídiques de prestació de serveis diferents de la funcional (fonament jurídic 3r.c) i va insistir que correspon al poder legislatiu —i no per una ordre ministerial o a través de via reglamentària autonòmica o local, o mitjançant les RLT— establir quan i com és possible instituir excepcions a l'«opció genèrica de la Constitució» (fonament jurídic 3r.d). En conseqüència, la posició del TC és que el règim general ha de ser el del funcionariat, que és qualificat pels estudiosos de la funció pública com el «sistema professional de funció pública». Aquest criteri de la preferència l'ha consolidat la STC 37/2002, referida al món local. No obstant, s'ha de dir que la STC 99/1987 no va més enllà i, en aquest sentit, com afirmà el professor SAINZ MORENO, no estableix tampoc cap criteri material i concret que permeti definir els llocs laborals: únicament podrà ser el Parlament el que ho faci, a través d'una llei.

4. Com es va adaptar la LMRFP de 1984 a la STC 99/1987, d'11 de juny?

Aquest és l'origen pròpiament dit de la funcionalització. El Parlament va reformar l'art. 15 de la LMRFP de 1984, declarat inconstitucional, i aprovà un nou art. 15, mitjançant la Llei 23/1988 —més tard, n'hi ha hagut una reforma més, amb la Llei 42/1994—, i hi inclogué un precepte general i una llista d'excepcions.

L'art. 15.1.c de la LMRFP, segons la redacció de 1988, estableix que, amb caràcter general, el personal al servei de l'administració de l'Estat i de la Seguretat Social ha de ser funcional, si bé determinats llocs específics «podran» ser exercits per treballadors. La relació d'excepcions és força àmplia, i en ocasions molt ambigua, però situa el paper del personal laboral en l'àmbit estatal en una funció marginal, si més no en teoria. Per altra banda, altres lleis específiques han introduït nous supòsits de laboralització, per a àmbits concrets com són els de Correus, determinats operadors tècnics de l'administració (CNMV, CMT, etc.), Banc d'Espanya o, més recentment, la Llei orgànica d'universitats de 2001, que ha facultat que fins un 49 per 100 del professorat universitari espanyol estigui vinculat per un contracte de treball.

Aquest esquema de llista d'excepcions ha estat seguit per la gran majoria de comunitats autònomes, amb l'excepció de Canàries i Navarra. En el cas de Catalunya, amb un contingut molt semblant, va ser incorporat a la Llei de funció pública de 1985, per mitjà de la reforma efectuada per la Llei 9/1994. Actualment, el precepte de referència és l'art. 30 del TRFPC, promulgat l'any 1997, que refon la normativa autonòmica d'ocupació pública vigent (DLEG 1/1997 de 31 d'octubre, successivament reformat, també en els aspectes relatius a la funcionalització).

5. Quina ha estat la situació legal del personal laboral a les corporacions locals des de 1984 fins al moment present?

El nostre parer es resumeix en una sola paraula: incertesa, per ara tampoc aclarida, malgrat la STC 37/2002. La raó de ser d'aquesta consideració es basa en el fet que, després de la laboralitzadora LMRFP de 1984, el Parlament espanyol va aprovar la LBRL de 1985, i hi incorporà un precepte, el 92.2, segons el qual són funcions públiques el compliment de les quals està reservat a funcionaris les que impliquen exercici d'autoritat, les dels cossos d'habilitació de caràcter nacional i les que, en general, en desenvolupament de la llei de 1985, es reserven als funcionaris per a una millor garantia de l'objectivitat, la imparcialitat i la independència en l'exercici de la funció.

Aquest precepte, sobretot el paràgraf final, és ambigu, però no va ser afectat ni qüestionat en el seu moment per cap grup polític, la qual cosa significà la seva supervivència. Va ser el TSJ de Catalunya el qui va plantejar una qüestió d'inconstitucionalitat, que va ser resolta en negatiu per la STC 37/2002, que declarà la plena constitucionalitat de l'article. No obstant, no havent estat modificat, l'art. 92.2 de la LBRL de 1985 ha sobreviscut a la laboralització de la LMRFP de 1984, a la marxa enrere donada per la STC 99/1987, i la Llei 23/1988, a les adaptacions fetes per les comunitats autònomes —entre les quals Catalunya—, sense que tampoc es plantegés en cap moment un procés de funcionarització. A Catalunya, l'art. 33 del RPSELC de 1990, d'igual contingut a la LBRL, s'ha mantingut també inalterat. Malgrat, però, aquesta constitucionalitat del precepte, la disbaixa ha estat generalitzada, en els àmbits estatal i català, de manera que es pot afirmar que a hores d'ara el 50 per 100 de les places de les CL espanyoles són cobertes per personal laboral —el percentatge a Catalunya se situava, en la dècada dels noranta del segle passat, en el 35 per 100—, tot això amb independència del fet que els processos de funcionarització en aquest àmbit han estat —i continuen essent— permanents i expansius, com alhora continua essent-ho la incorporació de nou personal sotmès a règim laboral, amb independència de la seva adequació a l'imprecís art. 92.2 de la LBRL.

6. L'adaptació de la LMRFP de 1984 a la STC 99/1987, com va afectar els treballadors que ocupaven llocs adscrits a funcionaris segons la nova redacció de l'art. 15 de la LMRFP, reformat per llei 23/1988?

Precisament amb la formulació d'una institució jurídica que col·loquialment s'ha anomenat «funcionarització», malgrat la incorrecció, en castellà i català, d'aquest terme, perquè no existeix. L'Estat va promulgar una DT, la 15a, també incorporada a la LMRFP de 1984 a través de la Llei 23/1988, i readequada l'any 1996, que ins-

taurava un règim específic d'accés a la condició de funcionari, per als treballadors fixos, que ha estat objecte, pel seu caràcter restringit i per l'abast numèric de les plantilles afectades —nosaltres calculem en més de 400.000 els treballadors funcionaritzats a Espanya entre 1988 i 2004, procés que continua vigent—,² d'un intens debat sobre la seva legalitat. *Corpus* normatiu que en l'àmbit estatal s'ha estès a d'altres normes legals, reglamentàries i convencionals, com tindrem ocasió d'exposar.

7. En que consisteix la funcionarització del personal laboral?

Amb independència d'alguns conceptes objectius (la funcionarització entesa com l'increment del nombre de personal funcionari en relació amb la plantilla total, o el traspàs d'institucions jurídiques pròpies dels funcionaris al règim laboral, com és l'excedència per incompatibilitat o el treballador temporal interí), des del punt de vista subjectiu, i en vista de tot el que hem esmentat en les preguntes i respostes anteriors, la funcionarització pot definir-se com un procés selectiu restringit, adreçat al personal laboral fix que ocupa un lloc de treball que ha estat reclasificat com a funcionari per la llei —estatal o autonòmica—, i que té com a finalitat adaptar el vincle jurídic laboral d'aquell treballador a la nova situació, passant a ser funcionari. La funcionarització, per tant, té el seu origen en la doctrina del Tribunal Constitucional emanada de la STC 99/1987, d'11 de juny, aspecte que no pot ser oblidat en cap moment: és una solució excepcional i extraordinària perquè uns treballadors fixos que s'han incorporat a l'administració complint tots els requisits i procediments legals, i que es veuen, tot de cop, ocupant un lloc que ha de ser ocupat per funcionaris, puguin assolir aquesta nova condició jurídica.

La funcionarització implica, també, un respecte a l'estabilitat en el treball del personal laboral, perquè l'altra opció seria l'acomiadament d'aquests treballadors fixos, amb la prèvia indemnització, alternativa que el mateix Tribunal Suprem considera radical i poc adequada, alhora que costosa³ i ineficaç per mantenir la seguretat dels serveis públics. En conseqüència, segons el nostre parer, són tres els eixos en què es fonamenta la funcionarització: el compliment del manament del TC, el respecte dels drets dels treballadors i la garantia del manteniment dels serveis públics que presten aquells.

2. Entre les convocatòries més recents en el moment de tancar la redacció d'aquest llibre, podem assenyalar —entre molts d'altres— els processos de funcionarització de l'Administració de la Seguretat Social. (administratiu, grup C, BOE núm. 73 de 25-3-2004); cos de gestió (grup B, BOE núm. 171 de 18-7-2002); Ciutat Autònoma de Melilla (normes generals reguladores del procés de funcionarització. BOME núm. 3981 de 13-5-2003); Ajuntament de Ciudad Real (bases i convocatòria de funcionarització. BOPCR núm. 14 de 22-1-2004); Diputació de Badajoz (funcionarització de personal del grup D i E. BOPB de 27-3-2003); Instituto Nacional de Empleo-INEM (funcionarització de l'escala de gestió, grup B, BOE núm. 37 de 12-2-2004; escala auxiliar, grup D, BOE núm. 222 de 16-9-2003); cos especial de facultatius de la marina civil, adscrit al Ministeri de Foment (BOE 8-7-2004).

3. En el cas millor, suposant que s'articulés per la via de l'acomiadament per raons econòmiques o organitzatives, per causes objectives o, segons el nostre parer, preferentment per causes de força major, la indemnització per extinció del vincle jurídic seria de vint dies per any treballat amb un màxim de dotze mensualitats. Aquest cost econòmic no tindria cap compensació ni lògica, vist que, tot seguit, implicaria la incorporació d'un nou empleat en el lloc de l'ocupat pel treballador acomiadat.

8. Quines són les característiques fonamentals d'un procés de funcionarització?

En primer lloc, el caràcter absolutament restrictiu: solament hi poden participar el treballador o els treballadors afectats per una plaça que ocupin readscrita a règim funcional i ningú més; en segon lloc, hi ha d'haver una norma legal que prevegi aquest procés, perquè el caràcter restrictiu pot ser inconstitucional si no té empara legal: per això és molt important que en les bases de les convocatòries s'indiqui quines són les normes legals i reglamentàries que fonamenten la funcionarització. I, finalment, l'excepcionalitat del procés com a tal, únic i irrepetible.

9. Són constitucionals els processos de funcionarització?

Aquest ha estat el gran debat des que aquests processos es posaren en marxa, l'any 1988. La resposta és afirmativa, i així ho ha entès tant el Tribunal Suprem com el Tribunal Constitucional, sempre que es compleixin tot un seguit de requisits, no sempre respectats en les bases i convocatòries, i que nosaltres agrupem en sis apartats:

- a) que en els processos selectius per funcionaritzar s'acompleixin, de manera efectiva, els principis de mèrit i capacitat, la qual cosa impedeix la funcionarització per integració directa, sense procés selectiu;
- b) que les proves restringides siguin un mitjà excepcional i adequat per resoldre una situació també excepcional, ja exposada en les respostes anteriors;
- c) aquest mitjà, excepcional com és, únicament pot tenir un caràcter temporalment transitori, la qual cosa impedeix que es repeteixi contínuament en el temps;
- d) la situació d'excepcionalitat referida ha d'estar expressament prevista en una norma de rang de llei;
- e) l'objecte de la convocatòria restringida no pot ser altre que aconseguir la finalitat constitucionalment considerada legítima: adaptar el vincle laboral al règim jurídic, i no ser emprada per a promocions professionals o d'altres finalitats; i
- f) que en cap cas les proves restringides no suposin, a la pràctica, un procés selectiu *ad personam*, això és, que les proves teòriques i pràctiques, i els mèrits, siguin *ad hoc* configurats segons el perfil del candidat específic.

No obstant això, com tindrem ocasió d'exposar, no sempre és fàcil ni factible complir tots aquests requeriments, ateses les especificitats i dificultats del règim jurídic de la funcionarització. I la més gran dificultat, a hores d'ara, és que l'habilitació per a tal caràcter restringit, com hem assenyalat en la resposta a la primera pregunta, ve del fet que sols la llei estatal ha permet aquest caràcter a l'administració de l'Estat, però no pas a les CA i CL (*vid.* pregunta 101- Epíleg).

Apartat segon

Règim jurídic dels processos de funcionarització en el sistema legal espanyol. Règim jurídic per a les administracions locals

10. Quina és la normativa específica que regula la funcionarització en l'àmbit estatal?

Després de declarar inconstitucional l'art. 15.1. de la Llei 30/1984, de 2 d'agost, el Parlament espanyol va modificar aquesta norma amb la Llei 23/1988, de 28 de juliol, per la qual va incorporar una disposició transitòria, la 15a, reformada l'any 1996, amb el següent contingut:

- l'adscripció d'un lloc de treball en les RLT a personal funcionari no suposarà el cessament del treballador que l'ocupi, que podrà continuar en aquest lloc, amb garantia de les seves expectatives de promoció professional, i
- el personal laboral fix que a l'entrada en vigor de la llei 23/1988 (això és, el 30 de juliol de 1988) presti serveis en llocs de treball reservats a funcionaris —o que en presti després d'aquella data, però a conseqüència d'una convocatòria realitzada amb anterioritat— podrà participar en les proves selectives d'accés als cossos i escales a què estigui adscrit el seu lloc, sempre que estigui en possessió de la titulació corresponent i de la resta de requisits de la convocatòria. Es valoraran com a mèrits els serveis prestats com a laboral i les proves selectives superades per accedir-hi.

Conjuntament amb aquesta disposició, s'han de destacar altres normes: el molt important art. 37 de la Llei 31/1990, de 27 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a 1991, on s'estableix un «torn específic» anomenat «placets afectades per l'art. 15 de la Llei de mesures» (es tracta d'un torn reservat i restringit), així com l'art. 32 del mateix text. Igualment, els arts. 39 i 32 de les Lleis de pressupostos de l'Estat de 1989 i 1991, respectivament. D'altra banda, l'Ordre de 27 de març de 1991 del Ministeri per a les Administracions Públiques, que regula el procediment i altres aspectes de la funcionarització: norma que pràcticament no té valor jurídic, com ha assenyalat el Tribunal Suprem,

en ser qualificada per la STS 20-6-1996 (Ar. 5095) com d'acte administratiu i per la STS 9-6-1997 com una simple instrucció adreçada a l'administració estatal (FJ 6è).

11. Quina és la normativa sobre funcionarització aplicable al personal laboral a Catalunya?

A Catalunya, la Generalitat té el seu propi àmbit normatiu, que es concreta en les DT 10a i 12a del TRFPC, amb un contingut similar a la norma estatal, per bé que amb un àmbit temporal diferent, com després assenyalarem, i amb una expressió diferent també: «torn de reserva especial». A tot això s'ha d'afegir la molt recent DT 13a, incorporada al TRFPC per l'art. 32 de la Llei 7/2004, de 16 de juliol, de mesures fiscals i administratives, que es refereix, però, també, a la «funcionarització».

Catalunya no s'ha caracteritzat, fins al moment present, per una regulació legal i reglamentària gaire extensa en aquest respecte, a diferència de comunitats autònomes com el País Valencià, amb una llei específica, Castella-la Manxa o Madrid (aquest darrer cas, amb un decret molt extens i exhaustiu, exemplar per l'amplitud de solucions que dona als problemes que deriven de la funcionarització).⁴ A més, la Generalitat de Catalunya no ha posat en marxa processos de funcionarització ben bé fins l'any 2000.⁵ En el dret de la funció pública catalana localitzem una inicial DT 4a, que ha perdut tota vigència, perquè es deriva de la Llei d'ocupació pública del 1985, i les DT 10a i 12a, amb un contingut molt semblant a l'estatal, més l'afegit de la DT 13a, en aquest cas sí innovadora en relació amb les previsions estatals. Per a les corporacions locals, el RPSEL de 1990 va ignorar la qüestió, i per això creiem que el millor —d'acord amb el principi d'equivalència entre norma autonòmica i local— és recórrer a la legislació de funció pública autonòmica catalana, per bé que no són pocs els ens locals que apliquen, amb caràcter supletori, la legislació estatal, a l'empara de l'art. 1.5 de la LMRFP, segons el qual l'esmentada llei té caràcter supletori per a tot el personal al servei de les administracions públiques no incloses en el seu àmbit d'aplicació.

4. Es tracta del Decret 149/2002, de 29 d'agost, pel qual es regula el procediment d'adquisició de la condició de funcionari del personal laboral de la Comunitat de Madrid, i publicat en el BO d'aquella Comunitat núm. 214, de 9 de setembre de 2002.

5. *Vid.*, entre d'altres, les bases per a la funcionarització del personal laboral que desenvolupa tasques dels cossos d'administració especial (DOGC, núm. 3419 de 28-6-2001, núm. 3420 de 29-6-2001, núm. 3422 de 3-7-2001, núm. 3425 de 6-7-2001, núm. 3430 de 13-7-2001); per als cossos d'administració general: 354 places d'auxiliar administratiu i 225 d'administratiu (DOGC núm. 3721 de 17-9-2002); funcionarització dels grups A, B, C, D i E del Servei Català d'Ocupació (DOGC 3938 d'1-8-2003).

12. És jurídicament segur un procés de funcionarització a l'administració local catalana?

La nostra opinió és pessimista,⁶ especialment després de la sentència 38/2004, d'11 de març de 2004, del Tribunal Constitucional, si bé també creiem que aquesta sentència oblidava arguments sòlids i fonamentals que haurien pogut justificar una resposta diferent. És a dir, avancem aquí que el nostre parer personal és que la funcionarització, regulada per les CA i aplicada també a les CL, és respectuosa amb la Constitució, per la qual cosa discrepem de la referida STC 38/2004.

El problema està en el fet que l'art. 19.1 de la Llei 30/1984, de 2 d'agost, que és un precepte bàsic, estableix que l'accés a la funció pública s'efectuarà per un torn lliure en què es respectin els principis d'igualtat, mèrit i capacitat. I si bé la STC 27/1991 ha acceptat els torns restringits, perquè es doni l'excepció, també cal una norma, de caràcter bàsic, que exceptui l'art. 19.1 de la Llei 30/1984, la qual cosa no ha succeït, vist que la DT 15a no té caràcter bàsic i únicament va adreçada a l'administració de l'Estat. Per tant, la inseguretat i incertesa, sobretot després d'aquesta sentència, afecta tant les CL com les mateixes CA, atès que de la doctrina assenyalada pel TC es desprèn que no tenen competència —ara com ara— per regular un procés restringit de funcionarització del personal laboral. Ens remetem, per plantejar el contingut de la STC 38/2004, a l'apartat final, que hem anomenat «Epíleg, pregunta 101», on l'analitzem, fixem els seus arguments i formulem aquells que —segons el nostre parer— no han estat tinguts en compte pel Tribunal Constitucional.

13. Si, malgrat el risc jurídic, una corporació local vol dur endavant un procés de funcionarització, quina normativa li seria d'aplicació?

Ja ho hem avançat: l'opció més congruent, a Catalunya, a l'empara de l'art. 301.1 de la LMRLC, és que, segons el principi d'equivalència entre el règim estatutari del funcionari autonòmic i el local, s'apliqui el règim previst en les DT 10a, 12a i 13a del TRFPC,⁷ si bé també la jurisprudència del Tribunal Suprem i dels TSJ han acceptat l'aplicació supletòria de la norma estatal, en especial en aquelles CA, com Aragó, València, La Rioja o Catalunya, on s'ha concretat en les normes de règim local l'anomenat principi d'equivalència entre norma de funció pública autonòmica i local.

6. Abans mateix de la STC, el prof. MAURI MAJÓS s'havia referit que no hi ha, a hores d'ara, un procediment jurídicament segur en la funcionarització per als ens locals (*Vid.* «El personal de l'Administració local», a A.V.: *Manual de govern local*, FMC, Barcelona, 2000).

7. Una defensa d'aquesta posició es pot consultar a MAURI MAJÓS, 2002:120.

14. Quina és la denominació correcta d'aquest tipus de processos?

Curiosament, el terme castellà «funcionarización» no és admès per la Real Academia Española de la Lengua, com es va encarregar de recordar el dictamen del Consell d'Estat de 4 de juny de 1998.⁸ Tanmateix, s'ha generalitzat d'una manera tal que, en castellà i català, ha assolit absoluta presència en lleis, reglaments i bases de convocatòries.

En l'aprovació pràctica d'un procés, el més habitual és utilitzar aquesta expressió, però establir que la convocatòria es refereix a «placets afectades per l'article 15 de la Llei de mesures». És l'expressió pròpia de les convocatòries estatals. Darrerament, però, hi ha hagut algun canvi expressiu, en referir-se a «placets afectades per la DT 15a de la Llei de mesures».⁹ A Catalunya, però, segons la DT 10.4a del TRFPC, el procés s'articula al voltant d'un «torn de reserva especial», qualificació aplicada en les convocatòries de la Generalitat i en la de les universitats públiques,¹⁰ si bé la normativa autonòmica es refereix també a la «funcionarització», com és el cas de la recent DT 13a afegida al TRFPC per Llei 7/2004, de 16 de juliol. No sembla gens inapropiat que una tal denominació de *torn de reserva especial* s'apliqui als processos dels ens locals catalans.

8. Aquest dictamen va ser encarregat en relació amb l'avantprojecte d'estatut bàsic de la funció pública de 25 de març de 1998, que finalment no va veure la llum. El Consell d'Estat va recomanar emprar uns altres termes, la qual cosa no va ser assumida pel Govern en el projecte enviat al Parlament. Algunes normes autonòmiques es refereixen a *adaptació*, *integració* o, a Catalunya, *torn de reserva especial*.

9. *Vid.*, en aquest respecte, entre d'altres, les ordres SCO 3870, 3871, 3882, 3885 i 3886 d'11 d'octubre de 2003, de funcionarització del personal dels organismes autònoms del Ministeri de Sanitat i Consum (BOE 27-1-2004).

10. *Vid.* Universitat Autònoma de Barcelona. Torn de reserva especial per a la integració com a funcionaris dels auxiliars administratius. DOGC núm. 3089 d'1-3-2000.

Apartat tercer

Els llocs de treball de personal laboral susceptibles de funcionarització a l'administració local catalana

15. Quins llocs de treball han de ser exercits, necessàriament, per personal funcionari a les corporacions locals de Catalunya?

Paradoxalment, és una pregunta molt clara que no té una resposta gens senzilla. D'entrada, l'art. 15.1.c de la LMRFP i l'art. 30 del TRFPC no tenen una aplicació directa a les entitats locals: en el primer cas, no és norma bàsica en el sentit que preveu l'art. 1.3 de la LMRFP;¹¹ en el segon, no hi ha cap precepte que estableixi, de forma rotunda, aquesta aplicació, si bé nosaltres apostarem, més endavant, per fer-ne una aplicació a l'empara de l'art. 300.1 de la LMRLC del 2003 —anteriorment, LMRLC de 1987—, d'acord amb el principi d'equivalència entre norma autonòmica i local.

Cal anar, doncs, a l'art. 92.2 de la Llei 7/1985 de 2 d'abril (LBRL). En aquest precepte es poden distingir tres supòsits —dos dels quals força clars—, en tant que el tercer, malgrat els esforços fets pel Tribunal Constitucional, és molt ambigu.

L'art. 92.2 de la LBRL preveu expressament que són *funcions públiques*, el compliment de les quals correspon a personal funcionari, les següents:

- a) les de fe pública i assessorament legal preceptiu, les de control i fiscalització interna de la gestió economicofinancera i pressupostària i les de comptabilitat i tresoreria;
- b) les que impliquin exercici d'autoritat, i
- c) en general, totes aquelles que, en el desenvolupament de la llei, es reserven als funcionaris per a la millor garantia d'objectivitat, imparcialitat i independència en l'exercici de la funció.

11. Això és, segons l'art. 1.3 de la LMRFP es consideren bases del règim estatutari dels funcionaris públics, dictades a l'empara de l'art. 149.1.18 de la CE, tot un seguit de preceptes, que suposa la seva aplicació al personal de totes les administracions públiques. Formalment, ni l'art. 15 ni la DT 15a de la LMRFP es troben sota la cobertura d'aquest precepte.

És important destacar-hi dues notes:

- aquells llocs són forçosament reservats a funcionaris. No és possible l'opció per al personal laboral; i
- l'art. 92.2 de la llei no és un article tancat, perquè el tercer supòsit (lletra c) permet que l'Estat o les comunitats autònomes amplii els llocs reservats a funcionaris.

En vista d'això, en les tres preguntes i respostes següents plantejarem el règim d'aplicació i les dificultats interpretatives que es poden donar.

16. És possible en algun cas el contracte de treball per ocupar places reservades a funcionaris d'habilitació de caràcter nacional?

A aquesta reserva funcional fa referència el primer apartat de l'art. 92.2 de la LBRL, quan esmenta la fe pública, la gestió economicofinancera i pressupostària i la comptabilitat i tresoreria. És el supòsit de resposta més clara: no és possible en cap cas el contracte de treball per ocupar, amb caràcter fix o interí, llocs d'aquesta mena. Solament de forma excepcional una part d'aquestes funcions —la responsabilitat administrativa de les funcions de comptabilitat, tresoreria i recaptació, és a dir, les funcions dels tesorers— podran ser atribuïdes a *membres* de la corporació local o a *funcionaris sense habilitació* (art. 92.4 LBRL), però en cap cas a personal laboral i tampoc a l'anomenat personal eventual de confiança o assessorament especial. Un contracte de treball per exercir aquestes funcions seria nul de ple dret, com ho va declarar la STSJ Cantàbria de 26-10-2000 (JUR 2001/26968) respecte a un contracte de treball per exercir funcions d'interventor municipal (FD 4t).

17. Quins llocs impliquen «exercici d'autoritat» i, per tant, són reservats obligatòriament a funcionaris?

L'exercici d'autoritat és un concepte indeterminat, i cal, doncs, fer un esforç de determinació. Molts autors han intentat concretar-lo, però no és una tasca gens fàcil. Des del punt de vista gramatical, l'autoritat és defineix com «dret o poder de manar, de regir, de dirigir», i també com «poder regular exercit sobre una col·lectivitat o sobre diverses col·lectivitats de manera que aquesta o aquestes rebin un cert ordre de subordinació i de superordinació, així com un sistema de drets i deures», sense oblidar també que s'ha definit com «persona investida de potestats

imperatives» o «poder d'imposar-se a l'opinió dels altres pels seus mèrits, la seva superioritat». ¹²

El Tribunal Constitucional ha qualificat el terme de «molt imprecís» i ha establert que el concepte d'autoritat engloba «funcionaris amb capacitat de comandament (lit., en castellà, *mando*) o decisió, és a dir, amb *imperium*, per mantenir una posició destacada en l'organització administrativa» (STC 143/1985).

Podem trobar multitud de definicions doctrinals i fins i tot judicials. N'esmentarem, per la nostra proximitat a la reflexió, tres en concret. El professor Pedro Miguel GARCÍA, ja l'any 1972, va estimar que l'autoritat solament la tenen els titulars funcionaris d'òrgans amb facultat resolutòria, la qual cosa ens situaria, atès el sistema de recursos del sistema administratiu espanyol, en una definició d'autoritat residenciada en el funcionari que resolgui causant estat o dictant un acte administratiu ferm. Més recentment, Mariano BACIGALUPO, fent-se ressò de la doctrina alemanya, entén que cal incloure-hi les funcions d'una certa transcendència —informes, assessorament, propostes de resolució—, ja que els seus titulars són servidors públics revestits de la potestat decisòria o bé col·laboren o ajuden a exercir-la; el més important de tots és que l'empleat està integrat en el procés de formació de la voluntat de l'òrgan administratiu. També de forma recent (2001), el professor Fernando SAINZ MORENO situa el concepte d'exercici d'autoritat, no únicament davant dels administrats, sinó també en favor d'ells, per tal que el funcionari pugui instar els poders públics a complir i fer complir la normativa que els afecta.

A banda d'aquesta aproximació al concepte, forçosament imprecisa, però necessària, cal distingir entre una autoritat *ad intra* i una altra *ad extra*, això és, la que s'exerceix dins l'administració o fora, és a dir, enfront dels ciutadans i particulars.

L'autoritat *ad extra* és relativament fàcil de determinar, però tampoc amb certesa absoluta. Al nostre judici, clarament en tenen —perquè l'exerceixen— els integrants dels cossos de policia local (art. 7 Llei 16/1991 de 10 de juliol de policia local de Catalunya), els cossos de bombers i els empleats de gestió recaptatòria. ¹³ En aquest últim cas, és indubtable quan fan tasques de recaptació executiva, ja que això implica un exercici d'autoritat inqüestionable (STS 5-3-1993 —Ar. 1555- i 11-1-2002 —Ar. 1836). Finalment, també creiem que han de ser funcionaris els empleats que fan tasques d'inspecció, com és el cas de la inspecció tributària o la inspecció urbanística, entre d'altres.

¹². El terme prové del llatí *auctoritas*. Les definicions esmentades són recollides en el Gran Diccionari de la Llengua Catalana. Ed. Enciclopèdia Catalana. Barcelona, 1998.

¹³. Es poden consultar les Bases generals reguladores de la funcionarització del personal de l'Organisme de Gestió Tributària de la Diputació de Barcelona (BOP de Barcelona núm. 15 de 17-1-1997); funcionarització del personal del grup D de l'àrea de gestió tributària i recaptació (BOP de Barcelona núm. 7 de 8-1-2000). També, Diputació de València. Funcionarització del personal de l'àrea de recaptació. BOP de València núm. 311 de 31-12-1994.

Més qüestionable és l'autoritat *ad intra*. Seria l'autoritat que deriva de l'obediència als caps superiors. Sobre això, un sector dels tribunals ha determinat que qualsevol lloc de treball de comandament ha de ser reservat a un funcionari, amb independència de la seva posició jeràrquica, del major o menor exercici d'autoritat interna. Així, un cap de negociat, secció, servei o en general de comandament o direcció implicarien autoritat (STSJ Andalusia/Granada 5-5-1997). L'advocat de l'Estat, en el recurs que va donar lloc a la STC 37/2002, va al·legar que haurien de ser reservats a funcionaris els llocs amb funcions decisòries i els que impliquen una responsabilitat especial.

La nostra opinió és més flexible: creiem que es pot defensar que *autoritat* i *comandament* (en aquest últim cas, equivalent en castellà a «*jefatura*») no són termes equivalents, atès també que en l'àmbit local la capacitat per dictar actes administratius amb transcendència per a terceres persones correspon amb caràcter general a les autoritats i òrgans de l'entitat (alcalde, ple, etc.), i, per altra banda, un criteri tan restrictiu transgrediria el dret constitucional i legal dels treballadors a la promoció professional en aquesta opció tan restrictiva: un empleat laboral local no podria ser mai cap, per molt baix rang que aquest comandament impliqués.

Per això, nosaltres apostem pel criteri d'altres ordres jurisdiccionals, que han assenyalat que «l'exercici d'autoritat a què es refereix l'art. 92.2 de la LBRL està en relació amb els ciutadans en general, i no es refereix pas a la capacitat de comandament respecte als seus subordinats en el servei» (STSJ Castella-Lleó/Burgos 9-2-2001, AJA ref. 482/8). Aquests llocs de comandament *ad intra*, creiem, podran ser adscrits a personal laboral o funcionari amb dos límits: primer, que no estiguin obligats a ser funcionaris per l'aplicació de la resta del art. 92.2 de la LBRL (autoritat externa per exemple o segons l'últim paràgraf del precepte); i, segon, que es tracti de llocs de comandament *ad intra*, no subordinats a d'altres llocs de treball de la plantilla laboral. En aquests casos, la nostra opció és clarament funcional: així, per exemple, el director de Recursos Humans o el director de l'Àrea de Seguretat i Salut laboral. Finalment, també afegiríem, després de la Llei 57/2003 de 16 de desembre, el lloc del titular de l'assessoria Jurídica dels ajuntaments en municipis de gran població, que hauran de ser funcionaris del grup A, llicenciats en dret (art. 129 LBRL, segons Llei 57/2003). Igualment, els llocs de coordinador general i director general d'aquests grans municipis, que hauran de ser funcionaris i titulats superiors, si bé se'n pot exceptuar la condició funcional —no la de titulació— si el nomenament recau en persones d'acreditada competència professional i experiència en l'exercici de càrrecs de responsabilitat pública o privada (art. 130.3 de la LBRL, segons redactat donat per la Llei 57/2003).

18. Quins llocs han de ser reservats a funcionaris per a una millor garantia d'objectivitat, imparcialitat i independència en l'exercici de la funció pública?

És la descripció més complexa, ambigua i ambivalent de l'art. 92.2 de la LBRL, això és, aquells llocs que han de ser reservats a funcionaris amb vista al millor compliment i garantia dels principis d'imparcialitat, independència i objectivitat. Aquesta redacció va ser qüestionada per la interlocutòria del TSJ de Catalunya de 26 de novembre de 1993. Segons l'opinió del tribunal català, aquests termes són conceptes jurídics indeterminats, abstractes, que no compleixen la determinació material que el TC demana a una llei perquè pugui dir que han de ser proveïts per personal laboral. La STC 37/2002, no obstant, va resoldre el conflicte i va raonar que l'art. 92.2 de la LBRL, *in fine*, és constitucional, perquè fa una determinació material suficient, però és ben cert —afegim nosaltres— que és molt difícil d'establir-la amb claredat. Això ens obliga a una anàlisi una mica més extensa, en la qual intentarem orientar el lector en les respostes següents.

19. Quins llocs poden ser ocupats per personal laboral a l'administració local, segons la LBRL de 1985 i la STC 37/2002?

Malgrat que el debat semblaria tancat després de la STC 37/2002, no ho ha estat, ni de bon tros, com he exposat en la resposta anterior núm. 18.

Davant d'això, hi ha hagut diverses postures que, aplicant la LBRL de 1985 i fent-se ressò que l'art. 92.2 de la norma és constitucional, intenten donar una resposta a l'administració local.

Un grup extens d'opinions —doctrinals i judicials— entenen que l'art. 15.1.c de la LMRFP és supletori de la LBRL, a l'empara de l'art. 1.3 d'aquella primera norma. Concretament, entre les sentències més recents, la jurisdicció ha dit que la potestat autoorganitzativa municipal no pot conculcar «un precepte tan clar com l'art. 15 de la Llei 30/1984, malgrat que es refereixi a l'administració de l'Estat, perquè es tracta d'un precepte supletori per a tota l'administració pública [...] i que inspira clarament el concepte de lloc laboral i funcional de l'administració» (STSJ Castella i Lleó/Burgos 3-3-2000, RJCA 421), línia també assumida pel Dictamen núm. 98/2003 de 29 de juliol del Consell Consultiu de Castella-La Manxa.¹⁴ Això no obstant, el nostre plantejament, per a les CL catalanes, difereix en certa manera d'aquesta posició, com tot seguit exposarem, malgrat que no la refusem de pla, d'acord amb el principi d'equivalència entre la norma autonòmica i local, segons l'art. 300.1 de la LMRFC de 2003.

14. En el mateix sentit es va pronunciar anys abans la STSJ Madrid de 17-3-1995, i nombrosos autors i professors, com SERRANO PASCUAL, GODINO REYES i MOLINER TAMBORERO, entre altres.

20. Quins llocs de treball són de possible exercici per al personal laboral en l'administració local catalana? Una proposta integradora a l'empareda del principi d'equivalència fixat per l'art. 300.1 de la LMRLC de 2004.

Ja hem pogut comprovar que l'art. 15.1.c de la LMRFP, segons la redacció actual, no té el caràcter de norma bàsica estatal i, per tant, malgrat que alguns pronunciaments judicials l'han aplicat a les CL amb caràcter supletori, no es pot dur a terme la seva aplicació directa ni a les CA ni a aquelles primeres, sense més problemes. A més a més, cal recordar que el precepte es refereix, expressament, al fet que, amb caràcter general, el règim funcional no serà per a l'administració de l'Estat, la Seguretat Social i els seus organismes autònoms. No diu res sobre les CA i les CL.

A Catalunya, un model semblant a l'estatal ha estat estructurat per l'art. 30 del TRFPC, que també segueix el mateix criteri: exercici general dels llocs per personal funcionari i possibilitat, com a excepció, d'adscripció a laborals de tot un conjunt de llocs: a) llocs de naturalesa no permanent o de caràcter periòdic i discontinu; b) activitats pròpies d'oficis; c) llocs de caràcter instrumental corresponents a les àrees de conservació i manteniment d'edificis, equips i instal·lacions, arts gràfiques, d'enquestes, de protecció civil, de comunicació social, expressió artística, de serveis socials, de protecció de menors, sempre que en cap d'aquests supòsits no hi hagi prèviament un cos o escala funcional; d) llocs per a l'exercici d'activitats que exigeixin uns coneixements específics o tècnics especialitzats i en què tampoc no hi hagi cap cos o escala amb la preparació corresponent on adscriure aquests empleats; e) llocs d'investigació; f) llocs docents que, per les seves característiques específiques, no puguin ser ocupats per funcionaris dels cossos i escales docents.

No obstant això, a Catalunya i a la resta de l'Estat segueix vigent l'art. 92.2 de la LBRL, després de la STC 37/2002, tal com hem indicat; com ella remarca, és un precepte que conté una determinació material suficient dels llocs que han de desenvolupar els funcionaris. Amb tot, mentre que els llocs que impliquen exercici d'autoritat i els llocs reservats als cossos d'habilitació nacional són clars (més d'acord amb els segons, que els primers), no ho són aquells que d'acord amb l'art. 92.2 han de ser reservats a funcionaris locals per a una major garantia d'*imparcialitat, objectivitat i independència*.

La nostra posició passa, en aquest cas, per una atribució a personal laboral de tot un conjunt de llocs, fent una interpretació integradora de l'art. 92.2 de la LBRL, conjuntament amb la normativa de funció pública catalana. Concretament, el nostre esquema passa pel següent ordre:

1r. D'acord amb la STC 37/2002 i els criteris assumits pel tribunal i formulats per l'advocat de l'Estat, el personal laboral local no pot exercir funcions que impli-

quin una necessària garantia d'objectivitat, imparcialitat i independència. *Sensu contrario*, pot ocupar llocs que comportin la possible adopció de decisions de transcendència especial. Seran, com ha especificat la doctrina, llocs de caràcter instrumental (MAURI MAJÓS, 2002: 56).

2n. La LBRL i el TRRL no són tancats, vist que remeten a d'altres normes de desenvolupament. Concretament, l'art. 92.2 estableix aquella prescripció, però en uns termes també clars: «i, en general, aquelles [funcions] que, en el desenvolupament de la present llei, es reservin als funcionaris per a la millor garantia de l'objectivitat...». S'oblida sovint que aquest precepte fa una remissió, i que aquesta pot ser perfectament assumida per les comunitats autònomes que tinguin competències en règim local, ja que no és una competència exclusiva del legislador estatal. En altres paraules, la Generalitat pot, per llei, dictar normes de desplegament.

3r. A l'empareda de tot això, entenem¹⁵ que, tot i no oblidar els preceptes estatals, Catalunya té una normativa de desplegament clara i específica, que si bé està recollida en l'art. 30 del TRFPC per al personal de la Generalitat, no pot obviar-se en dos aspectes que permeten adoptar el principi d'equivalència com a resposta a la pregunta de quins llocs poden ser ocupats per personal laboral a les CL catalanes:

a) L'art. 2.2.c del TRFPC estableix la seva aplicació al personal de les CL en els termes que indiqui la legislació sobre funció pública local, que es concreta en l'art. 33 del RPSEL, d'identica redacció que l'art. 92.2 de la LBRL. Tanmateix, a l'empareda del principi d'equivalència que fixa l'art. 300.1 de la LMRLC de 2003 —abans, art. 307 de la LMRLC de 1987—, entre funció pública autonòmica i local, pot raonadament concloure's que els llocs de treball de les CL catalanes han de ser proveïts per personal funcionari, sens perjudici de les excepcions per al personal laboral previstes en l'art. 30 TRFPC. Aquest principi d'equivalència no solament ha estat plantejat per la doctrina teòrica, sinó també acceptat per la jurisprudència del TS, de la qual cosa són bona prova les STS 7-11-2003, FD 3er (Ar. 8730) i 2-12-2003, FD 6è, b (Ar. 65/2004).

b) La conclusió anterior ha de tenir en compte, però, l'art. 60 de la Llei 53/2002 de 30 de desembre, que va donar una nova redacció als arts. 167.2 i 169 del TRRL, per incloure l'escala de gestió dins de l'escala d'administració general a les CL, reiterant de nou que correspon a funcionaris de l'escala general el desenvolupament de funcions comunes a l'exercici de l'activitat administrativa. Sorprenentment, l'art. 60.4 de la Llei 53/2002 estableix, a més, una previsió decisiva: declara amb caràcter bàsic els arts. 167 i 169 del TRRL,

15. Ens fem ressò del criteri que ha defensat tots aquests anys, des de la promulgació de la originària LMRLC de 1987, el professor Mauri Majós, en el sentit d'aplicar el principi d'equivalència entre norma autonòmica i local.

això és, imposa un major caràcter funcional a l'estructura de plantilles locals. No obstant, com que sembla que els únics preceptes declarats bàsics són els arts. 151, 167 i 169, referits els uns a la competència estatal en matèria de sancions als funcionaris d'habilitació, i a l'estructura de l'escala d'administració general, en tant que la resta de preceptes del TRRL continuen no essent bàsics, creiem que continua essent perfectament possible una interpretació integradora de la norma autonòmica i de l'estatal i, en conseqüència, llevat d'aquells llocs que han de ser ocupats per funcionaris de l'escala d'administració general (*vid.*, de nou, STS 2-12-2003), la resta poden ser ocupats per personal laboral sempre que es respectin els límits fixats per l'art. 30 del TRFPC.

21. És obligatori funcionaritzar quan hi ha llocs de treball de funcionaris ocupats per personal laboral?

La nostra opinió és que, d'obligació com a tal, taxativa i immediata, no n'hi ha. Si que creiem que l'administració local ha de tenir presents els següents paràmetres:

- un lloc que legalment correspon a personal funcionari no pot ser convocat, en el futur, com a laboral. Per tant, en aquest supòsit sí que hi hauria obligació d'una convocatòria funcional, amb el risc que si no complia la norma, el contracte fix resultat esdevindria nul (*vid.* preguntes núms. 44 i 45);
- els laborals que ocupen llocs adscrits a funcionaris i que s'han incorporat a l'administració local amb anterioritat a la data en què la llei ha readscribit a funcionaris uns determinats llocs haurien de ser readequats, en el seu vincle, a l'imperatiu del lloc. Pròpiament, si la incorporació local no inicia el procés de funcionarització, es fa difícil d'obligar-la-hi, si bé algun pronunciament judicial avala una demanda en aquest sentit (*vid.*, pregunta 81). Per tant, més que obligatori, és recomanable, lògic i organitzativament procedent i judicialment exigible si la demora és injustificada i perllongada en el temps;
- tanmateix, cap treballador no pot ser obligat a participar en un procés de funcionarització; i encara que se sentís obligat i no el superés, o no s'hi presentés, la llei estableix una garantia d'estabilitat en el lloc, de manera que no podria ser acomiadat pel fet que el lloc hagués estat readscribit a funcionari.

22. És possible funcionaritzar llocs de personal laboral ocupats per personal vinculat amb les CL per un contracte de treball?

És una pràctica a què han recorregut moltes CA i CL: optar per funcionaritzar llocs que no necessàriament han de ser de funcionaris. Tinguem en compte

sobre això que la llei estatal i autonòmica catalana, en establir la llista d'excepcions al règim general funcional, diuen que «podran» ser ocupats per treballadors. No hi ha, doncs, una reserva de llocs a laborals. L'administració pot, doncs, decidir que tots els llocs de la seva plantilla siguin funcionaris, o solament una part de les possibilitats que ofereixen les normes estatals o autonòmiques, i en són una bona prova les convocatòries de tota mena en aquest sentit, a Catalunya i Espanya.¹⁶

Més complex és saber si, en aquells llocs que la llei permet que siguin ocupats per laborals, i l'administració opta per la funcionarització, és constitucional el procés restringit d'accés a la nova condició. No ha discutit ningú aquest caràcter restringit, i així ho acrediten les convocatòries i bases consultades. La nostra opinió és més dubtosa, però sembla també evident, per una lògica d'estabilitat en l'ocupació i en el manteniment dels serveis públics, que l'opció pel caràcter restringit és la jurídicament més coherent, perquè, si no fos així, i l'aspirant que supera el procés no és el laboral que ocupa la plaça afectada, la plantilla es duplicaria, sense que el treballador suspès o no presentat pogués ser acomiadat —al·legant l'administració la readscripció a funcionari d'aquell lloc—, encara que sí podria fer-ho —molt probablement— per raons econòmiques o organitzatives. En conseqüència, sembla raonable entendre que en aquests casos la funcionarització complirà els mateixos requisits que per a la resta de places o llocs *ex lege* adscrits a funcionaris i s'ha d'articular mitjançant un procés restringit.

16. Entre altres, i a tall d'exemple, es poden consultar les convocatòries de funcionarització d'operaris, zeladors, peons, fusters i paletes de la Ciutat Autònoma de Melilla (Ordre 165/2003 de 24 d'abril, BO de Melilla 13-5-2003); coordinador d'activitats esportives, llacer de gossos i ordenances de l'Ajuntament de Ponferrada (BO Castella i Lleó 22-1-2004); subalterns i auxiliars de llar de l'Ajuntament de Calahorra (BO La Rioja 29-5-2004); mossos, netejadors i vigilants d'accés de la Universitat de Múrcia (BO Regió de Múrcia 7-6-2004), o conserges i ordenances de teatre de l'Ajuntament de Trujillo (BO de Càceres 6-7-2004).

Apartat quart

Els actes previs a un procés de funcionarització

23. Cal aprovar una oferta d'ocupació pública per efectuar una convocatòria de funcionarització?

El concepte d'oferta d'ocupació pública ha anat evolucionant des que va ser creat per la LMRFP de 1984. Això no obstant, encara avui, es pot definir com un instrument de gestió que perfila les necessitats de recursos humans d'una administració, amb consignació pressupostària, que no poden ser coberts mitjançant els efectius existents a l'entitat local. En qualsevol cas, la resposta a la pregunta és, no tan sols negativa, sinó que tampoc és potestativa. És a dir, si bé algunes CL han aprovat ofertes d'ocupació on inclouen les places a funcionaritzar, entenem que això és totalment incorrecte, atès que la finalitat de l'oferta no té res a veure amb el procés de funcionarització, que consisteix a permetre, al personal laboral fix de l'entitat local, participar en una selecció per continuar ocupant, com a funcionari, el mateix lloc que ocupava com a treballador. Excepte en algun moment específic (anys 1991 i 1992), les ofertes d'ocupació estatal no inclouen en cap cas les places a funcionaritzar i així ha estat recollit en alguna norma convencional.¹⁷

24. És necessària l'existència o aprovació prèvia d'una RLT abans d'iniciar un procés de funcionarització?

És una qüestió molt important, i en ocasions gens fàcil d'articular, perquè hi ha moltes entitats locals que no tenen RLT aprovades, en especial les de plantilla de petita o mitjana dimensió.

La resposta més exacta ens portaria a entendre que, efectivament, cal una RLT prèvia. La DT 15a de la LMRFP és clara quan indica que «l'adscripció d'un

17. Acord de l'Administració d'Extremadura amb els sindicats de 1995 on s'indica que les proves de funcionarització seran independents de les convocatòries previstes en l'oferta d'ocupació. BOE 17-2-1995.

lloc de treball en les corresponents relacions a personal funcionari no implicarà el cessament del laboral...», per passar a continuació a regular la possibilitat de participació en les proves selectives restringides. En canvi, la normativa catalana és més laxa en els termes: afirma que, d'acord amb els principis del TRFPC, el Govern de la Generalitat estudiarà i classificarà les funcions exercides per personal laboral, a fi i efecte de determinar quines han de correspondre a funcionaris (DT 10a.1). Ni la DT 10a ni la 12a parlen de RLT, i sí de lloc o funcions. El nostre parer defensa que, com a idea bàsica, un procés de funcionarització hauria de partir d'una RLT prèvia, aprovada *ex professo*, o modificada abans de l'inici d'aquell procés, i que definís amb claredat els llocs que corresponen a personal funcionari i a personal laboral, que hagués complert tots els tràmits de negociació, d'informes i documents adjunts, i en la qual les decisions de funcionarització que en derivin tinguin un suport tècnic i jurídic clar, no qüestionable sobre la base de decisions no fonamentades. Naturalment, ens referim a una RLT amb el contingut propi de tal instrument, perquè moltes entitats tenen RLT aprovades que sols ho són nominalment, però que en la pràctica únicament poden qualificar-se de catàlegs, o ni tan sols això: són simples plantilles de personal.

25. És possible funcionaritzar el personal sobre la base d'un catàleg de llocs de treball, en absència d'una RLT?

Creiem que, alternativament, seria possible funcionaritzar-lo únicament comptant amb un catàleg de llocs de treball. Aquest és un instrument que ja no s'esmenta a la LMRFP i té una finalitat i lògica únicament retributiva i amb caràcter transitori, per fixar el nivell de destinació i la quantia del complement específic. Malgrat això, entenc que és possible que amb un catàleg es pot iniciar un procés de funcionarització si aquest adjunta una normativa complementària, que d'alguna manera acompleixi el que els tribunals han anomenat «ordenació del personal», i que, amb tot el conjunt d'elements que es desprenguin del catàleg, es respectin els principis d'ordenació que marca la llei, entre els qual hi ha, bàsicament en el nostre cas, l'especificació de la naturalesa del lloc definit, adscrit a laboral o funcionari. La jurisprudència ha arribat a assenyalar que un catàleg acompanyat d'una normativa complementària dóna un «significat material» a les normes annexes a aquest catàleg, que implica adoptar «l'autèntic significat funcional d'una relació de llocs de treball». Per contra, un catàleg que sols contingui allò que la llei preveu per als catàlegs (qüestió retributiva) no serviria per a la funcionarització, perquè fins i tot se'ls ha negat validesa per basar-hi el nomenament d'un empleat (STSJ Andalusia/Granada 17-5-1999, RJCA 1340).

26. Seria possible una funcionarització sense l'existència ni de RLT ni de catàleg de llocs de treball previs al procés?

En absència de qualsevol tipus d'instrument, creiem que la funcionarització no és desitjable o, si més no, és jurídicament perillosa. Això no obstant, no ens tanquem en banda a aquesta possibilitat: els llocs de treball clarament funcionaris, com és ara els que exerceixen funcions d'autoritat, penso que podrien funcionaritzar-se, però és evident també que els llocs adscrits a l'últim paràgraf de l'art. 92.2. de la LBRL no tindrien una empara suficient o jurídicament sòlida, per tal com hi mancava un estudi previ i el suport jurídic i tècnic imprescindible. En aquest sentit, hem de remarcar que una funcionarització emparada únicament en la decisió incorporada en un conveni col·lectiu i/o acord o pacte de condicions de personal funcionari on s'estableixi quins llocs s'han de funcionaritzar no ens sembla, ni de bon tros, jurídicament correcta. En canvi, creiem que, en absència de tot instrument de gestió amb una base sòlida, seria possible dur a terme el procés a través d'un pla d'ocupació (art. 18 LMRFP) o mitjançant un dels sistemes de racionalització dels recursos humans establerts en la DA 21a de la LMRFP.

27. Quin paper pot tenir un pla d'ocupació en la posada en marxa d'un procés de funcionarització?

L'art. 18.1 de la LMRFP, segons la redacció que li donà la Llei 22/1993, va instituir els plans d'ocupació per al personal laboral i funcionari, que «contindran de forma conjunta les actuacions a desenvolupar per a l'òptima utilització dels recursos humans en l'àmbit que afectin, dins dels límits pressupostaris i d'acord amb les directrius de política de personal».

La llei no diu expressament que uns o altres incloguin els processos de funcionarització, però en el nostre parer és perfectament possible aprovar-los per aquests sistemes; és més, ho considero aconsellable, perquè la funcionarització, no essent inclosa en l'oferta d'ocupació i essent una conseqüència de la RLT o catàleg *ad hoc* —i encara amb més raó quan aquests no existeixen—, té molt de sentit, jurídic i pràctic, com una política de racionalització dels recursos humans dels ens locals, que s'integren en un pla d'ocupació. D'altra banda, el pla d'ocupació permet incorporar altres mesures; aquesta opció ha estat assumida també per nombrosos acords sindicals entre l'administració i els sindicats, com el signat amb l'Estat per al període 1995-1997 i així s'ha concretat en els plans d'ocupació de Correus, INEM, àrea d'informàtica de l'Agència Tributària o el CIEMAT. Alhora, mitjançant el pla d'ocupació també es poden regular aspectes col·laterals de gran importància al procés de funcionarització, com pot ser la

creació d'un cos o escala funcional no existent, on ingressaran els nous treballadors funcionalitzats.

En l'àmbit local, però, és una via que —ens sobta—, s'ha usat poc, ja que generalment s'aproven les convocatòries de funcionalització amb un caràcter individual i aïllat de la política general de recursos humans.¹⁸ Altres exemples, que inclouen una regulació molt detallada del procés de funcionalització, però ja en l'àmbit autonòmic, són els duts a terme en la Comunitat Valenciana, entre els quals destaquen el pla d'ocupació del sector del menor d'edat de la Conselleria de Benestar Social de la Comunitat Valenciana i el pla d'ocupació del personal del col·lectiu de telefonistes de la Generalitat Valenciana.¹⁹

28. Seria possible dur a terme un procés de funcionalització a l'empara de la fórmula prevista en la Disposició addicional 21a de la LMRFP?

No en tenim cap dubte. La Llei 22/1993 va afegir a la LMRFP una nova disposició addicional, la 21a, que permet a les CL optar entre un pla d'ocupació o un «sistema de racionalització dels recursos humans», «mitjançant programes adaptats a les seves especificitats, que podran incloure totes o algunes de les mesures» previstes per als plans d'ocupació. Cal recordar en aquest sentit que també la Generalitat ha establert les anomenades «mesures i instruments de racionalització» de l'organització i del personal, que poden incloure totes o una part de tot un seguit de mesures (art. 68 del TRFPC), que no conformen un tot tancat, sinó que possibiliten incloure els processos de funcionalització, com també poden incloure's en els plans d'ocupació regulats en l'art. 69 del TRFPC.

18. *Vid.* com a exemple alguns plans d'ocupació locals amb processos de funcionalització: Ajuntament d'Olesa de Montserrat, DOGC 8-11-2002 (molt lacònic); amb molt de detall, incloent-hi bases generals i específiques del procés, pla d'ocupació de l'Ajuntament de Santa Lúcia de 3-4-2002 (BOP de Las Palmas 12-7-2002).

19. Respectivament publicats en el DO de la Generalitat Valenciana de 14-4-1999 i 11-3-2002.

Apartat cinquè

El procés selectiu de funcionalització

29. És necessari aprovar unes bases generals i específiques reguladores dels processos de funcionalització?

Cal distingir les bases generals de les específiques. En el primer supòsit, seria possible no aprovar-les i regir el procés a través de les bases generals que la corporació local tingui aprovades per als seus processos de selecció de caràcter general. No obstant, el nostre parer és que, atès el caràcter restringit, excepcional i singularíssim de la funcionalització, és molt convenient aprovar unes bases generals que regeixin el procés, per adequar el nombre elevat de particularitats a cada supòsit, en especial recollint les referències legals que avalen el caràcter restringit del procés i tots aquells aspectes que, previstos per la norma legal, cal recollir en les bases: voluntarietat en la participació, adscripció de la persona que superi el procés al mateix lloc de treball —i per tant, no entrant a formar part de la plaça convocada de cap concurs de provisió—, manteniment en el lloc de treball del personal laboral que no superi el procés, etc.

Per la mateixa raó, entenem obligatòria en aquest cas l'aprovació de bases específiques, perquè és on s'ha d'indicar el tipus de procés de selecció, les proves a superar i la valoració dels mèrits, entre molts altres aspectes.

En moltes notes a peu de pàgina s'indiquen les referències d'algunes de les bases generals i específiques de funcionalització aprovades per l'administració de l'Estat, Generalitat de Catalunya, CL i universitats públiques, que poden ajudar el lector a conformar o redactar les seves pròpies.

30. Quin és el contingut mínim o imprescindible que haurien de contenir les bases generals i/o específiques?

El nostre parer és que, com a mínim, les bases que aprovi la corporació local haurien de fer una referència explícita al caràcter restringit i excepcional del pro-

cés de funcionarització, a part de contenir els punts següents: 1) el cos o escala en què es faran les convocatòries; 2) una referència expressa al fet que el procés és per funcionarització, mitjançant la utilització de l'expressió estatal («placets afectades pel torn de l'art. 15 de la Llei de mesures») o més adequadament, l'expressió de la llei catalana: «torn de reserva especial a l'empareda de l'art. 30 de les DT 10a, 12a i 13a de la Llei de la funció pública de Catalunya» o únicament «torn de reserva especial»; 3) nombre de places afectades i, per annex, la descripció específica de les places (número d'ordre a la RLT, empleat laboral que l'ocupa, etc.); 4) personal específic que pot participar-hi, generalment, mitjançant la remissió a una dada com la indicada en el punt 3r (número d'ordre a la RLT, o nom de la persona que ocupa el lloc readscriu a funcional);²⁰ 5) requisits per ser admès a les proves selectives: fonamentalment, la titulació i altres requisits per a l'accés al cos o escala i indicació expressa que tots aquests s'han de posseir en la data de finalització del termini de presentació d'instàncies, excepte que una disposició legal digui que s'han de tenir en una data diferent; 6) exigència expressa que aquests requisits es mantinguin de forma contínua fins a la data de pressa de possessió, jurament o promesa i ingrés en el cos o escala; 7) documentació que han de presentar els aspirants: en general, és convenient que les bases obliguin a presentar una còpia compulsada del contracte de treball o una certificació acreditativa de la relació laboral; també una certificació on consti que el lloc ocupat pel candidat ha estat readscriu a funcional.

A més a més de tot el que hem exposat, creiem imprescindible que les bases indiquin aquests aspectes de caire més general: 1) la normativa específica en què s'empareda el procés de funcionarització (en el nostre cas, normativa estatal i autonòmica catalana); 2) sistema selectiu; 3) contingut del sistema selectiu; 4) referència específica al fet que les places convocades i no cobertes no poden ser acumulades al torn lliure ni a cap torn de promoció interna; 5) referència expressa que el personal que superi les proves selectives d'accés restarà destinat al lloc de treball de funcional reconvertit; 6) règim retributiu: indicació que les retribucions que percebrà el funcional en el lloc d'ingrés no poden ser inferiors a les consolidades com a contractat laboral en el lloc que ocupava; 7) una referència general que estableixi que, en tot allò no previst en les bases generals i específiques de funcionarització, caldrà atenir-se al que disposa el reglament general de selecció de la corporació local, si n'hi ha, i, en tot cas, a les normes legals i reglamentàries de funció pública sobre selecció.²¹

20. Un model d'aprovació o publicitat prèvia de la relació de personal laboral susceptible de funcionarització es pot consultar en el BO d'Aragó de 25-2-2004, referit al personal afectat en el procés de la Diputació General d'Aragó.

21. Per a l'àmbit estatal, el RD 364/1995 de 10 de març; per a Catalunya, el Decret 28/1986, de 30 de gener, del Reglament de selecció de personal de l'Administració de la Generalitat de Catalunya. Per a les CL catalanes caldria tenir present els arts. 63 a 98 del RPSEL; no obstant, cal tenir en compte que la STSJ Catalunya d'11-6-2002 va declarar nuls, amb l'abast i en els termes establerts al fonament jurídic segon, els arts. 68, 91, 97.3 i 98 de l'esmentat reglament.

31. Qui pot participar en el procés de funcionarització?

La consulta de moltes bases i convocatòries aprovades per CL ens permet afirmar que sovint no es posen límits personals a la participació. Però tant la llei estatal com l'autonòmica catalana estableixen uns límits que creiem no franquejables: fonamentalment, que el treballador tingui una relació laboral fixa, que li hagi estat reconeguda la condició de personal laboral fix en una determinada data —*vid.* preguntes 42 i següents—, que tingui la titulació requerida per a l'accés al cos o escala en què participa i que compleixi tot altre requisit exigits per accedir a la funció pública.

32. És sempre voluntària la participació en la funcionarització?

És un dels principis bàsics que tant l'Estat com les CA —incloent-hi Catalunya— han previst legalment. Únicament a Navarra es preveu una mena d'obligació en supòsits molt específics, que, a més, creiem inconstitucional. A Catalunya, cap empleat local no pot ser obligat a participar-hi, i la no participació o la no superació de la selecció no pot comportar-li un perjudici professional: continuarà en el mateix lloc de treball i ha de garantir-se-li la promoció professional futura.

Amb tot, és evident que la «voluntarietat» es veu matisada per una raó de fet, no pas jurídica: si la majoria de la plantilla de l'entitat es funcionalitza, el paper o rol a jugar pel personal laboral disminueix considerablement. Si, a més, en el futur, no ingressa més personal laboral, o ho fa en un percentatge molt petit, la conseqüència és que la funcionarització, no essent obligatòria, és una opció convenient o adequada als empleats que vulguin mantenir unes perspectives mínimes de promoció, mobilitat, etc., dins de la corporació. Hi ha normes autonòmiques, per exemple, que impedeixen que un treballador laboral pugui accedir a llocs de comandament, i també és cert que la promoció, malgrat la previsió teòrica de la llei, és encara més difícil en les CL en què la majoria de la plantilla és funcional. La conclusió seria clara: mai no es pot imposar; però, si s'aplica una política de recursos humans de funcionarització generalitzada, és convenient que el treballador hi participi, i que els interlocutors socials i l'administració ajudin i incentivin aquesta participació mitjançant la posada en marxa de sessions informatives i, també, accions formatives per preparar els aspirants que s'hauran de sotmetre a proves teòriques i/o pràctiques.

33. Quin tipus de vincle jurídic cal tenir amb la corporació local per poder participar en el procés de funcionarització?

A Catalunya, entenem que únicament hi poden participar els treballadors fixos amb contracte de treball a jornada completa, i no hi podrien participar els treba-

lladors indefinits no fixos, els treballadors temporals i tot altre treballador amb contracte a temps parcial²² o fix discontinu.

34. Què s'entén per treballador fix a jornada completa?

És el treballador que té un contracte de treball escrit o verbal amb la corporació local, després d'haver superat, per ingressar-hi, un procés selectiu públic, mitjançant concurs, oposició o concurs oposició lliure, integrat en una oferta d'ocupació pública. També inclouríem en aquest grup els treballadors que han accedit a una plaça per promoció interna, però sempre que el seu ingrés inicial a la corporació local també hagi estat mitjançant un procés de selecció lliure, obert i competitiu.

Amb els termes «a jornada completa» ens referim que no té un contracte a temps parcial; és a dir, *sensu contrario*, que la seva jornada de treball és la pròpia d'un treballador de l'entitat local a temps complet, amb el mateix tipus de contracte i que faci un treball idèntic o similar. Si a l'entitat local no hi ha cap treballador comparable a temps complet, es considerarà com a jornada a temps complet la que preveu el conveni col·lectiu d'aplicació o, en cas de no haver-n'hi, la jornada màxima legal.²³ Com a regla general, són treballadors a jornada completa els que fan la jornada ordinària habitual de l'entitat local, que en el cas de Catalunya oscil·la entre un màxim de 40 i un mínim de 35 hores, segons el conveni col·lectiu o la pràctica habitual de la corporació.

35. Per què no es pot funcionaritzar un treballador temporal?

Si bé en algunes normes autonòmiques (Madrid, Castella-la Manxa) això s'ha permès, no ho creiem possible en el cas de Catalunya, perquè les raons que constitucionalment permeten el caràcter restringit de la funcionarització no es donen en el cas del personal temporal. Un dels objectius de la funcionarització és adaptar el règim jurídic dels treballadors a una nova adscripció funcional del seu lloc, garantint-los, si no hi participen, la continuïtat. A més a més, el Tribunal Suprem ha dit que hi ha raons d'estabilitat i garantia en el servei públic que ho justifiquen i es vol també evitar un acomiadament en massa de treballadors laborals —que d'altra banda comportaria un elevat cost econòmic. Tot ple-

22. Tampoc no creiem possible la funcionarització de treballadors a temps parcial en la resta de l'Estat, ni tan sols a Navarra, amb un règim de funció pública especial. Això, però, no ha impedit l'aprovació de processos adreçats a aquest personal. En aquest sentit, *vid.* Ajuntament de Ponferrada, funcionarització de personal a temps parcial, BO de Castella i Lleó núm. 115 de 17-6-2003.

23. *Vid.* art. 12.1 de l'ET. L'actual definició és donada per la modificació introduïda en aquest precepte per la Llei 12/2001 de 9 de juliol, enèsim canvi en el règim del treball a temps parcial.

gat aconsella el caràcter restringit de la funcionarització. Res d'això no es dona entre el personal laboral temporal. A més, la DT 15a de la LMRFP es refereix a «personal laboral fix» com també la DT 10a.3 del TRFPC, novament reiterada en els termes en la 10a.5. Així mateix, seria clarament inconstitucional emprar la funcionarització com a fórmula per aconseguir que un treballador temporal passés a ser funcionari de carrera, ja que aquest tipus d'integració xoca amb l'art. 23.2 de la CE (STC 388/1993).

36. Què és un treballador indefinit no fix i per què no pot ser funcionaritzat?

La figura del treballador indefinit no fix és una creació purament jurisprudencial, però que ve a donar resposta al greu conflicte dels contractes temporals en frau de llei o irregulars, o la situació del personal que ha ingressat a l'administració sense haver concorregut a una oferta d'ocupació pública —o havent-hi participat, si no se n'han superat les proves—, sigui per cessió il·legal o subrogació, a banda del que hem dit de la contractació temporal.

La figura neix en alguns pronunciaments de l'any 1996 del Tribunal Suprem i es consolida a partir de les molt importants STS de 20-1-1998 (Ar. 1000) i 21-1-1998 (Ar. 1138), segons les quals és treballador fix aquell que ha ingressat a l'administració mitjançant un procés de selecció pública, a través d'una oferta pública d'ocupació o procés de promoció interna —però que inicialment hi hagi ingressat per oferta pública—, sempre que s'hagin respectat els principis d'igualtat, mèrit i capacitat. Contràriament, es considera treballador indefinit no fix aquell que no ha lucrado la seva condició complint aquestes condicions.

La realitat és que el treballador indefinit no fix presta servei en tant que el lloc que ocupa no és convocat per oferta pública, és proveït definitivament (reingrés d'excedent voluntari, promoció interna, etc.) o s'amortitza. En tots aquests supòsits, si es donen, finalitza la relació laboral i el treballador no té dret a indemnització de cap mena, com ha assenyalat en unificació de doctrina el Tribunal Suprem.

Totes aquestes circumstàncies fan que la funcionarització d'un indefinit no fix sigui, al nostre parer, no factible, perquè no compleix precisament el requisit previst en la llei, això és, tenir una relació permanent de fixesa amb l'administració. En aquest sentit, la mateixa administració de l'Estat²⁴ i el Consell d'Estat espanyol han mantingut un idèntic parer: en aquest darrer cas, el dictamen núm. 3740 de 24-1-2002 descarta la participació d'aquells empleats que no siguin laborals fixos, i no és possible la funcionarització de «...qualsevol altre, incloent-hi

24. En concret, el criteri formulat per la Subdirecció General de Planificació i Selecció de RRHH de la DGFP del MAP de 5-2-2001 exclou els laborals indefinits no fixos: l'Administració «no pot admetre a les proves selectives [de funcionarització] a aquells que no tinguin el requisit de ser contractat laboral fix de plantilla...»

el personal que tingui una relació jurídicolaboral de caràcter indefinit [...] atès que al personal laboral que no és fix li manquen els requisits essencials per a l'adquisició del dret a la funcionarització».²⁵

Tanmateix, s'han cercat fórmules de solució del problema. L'Acord entre l'Administració de l'Estat i els sindicats per al període 2003-2004 (capítol XIII, títol IV, aprovat per Resolució de 15-11-2002, articula una fórmula d'estabilització que distingeix entre els laborals que han lucrats l'estabilitat a partir del 7-10-1996 i aquells que ho van fer abans. A l'efecte de funcionarització, entén que els indefinits no fixos anteriors a aquesta data —que, s'ha de dir, és la de la primera sentència judicial del TS que marca la doctrina esmentada— es consideren fixos, a tots els efectes. No obstant, no s'aclareix quin serà el procés de consolidació dels indefinits no fixos posteriors al 7 d'octubre de 1996.²⁶ La fórmula més respectuosa amb els principis d'igualtat, mèrit i capacitat, i alhora amb els drets dels treballadors afectats, ens sembla la instituïda pel Decret 149/2002, de 29 d'agost, de funcionarització de la Comunitat de Madrid, que inclou les places afectades en l'oferta d'ocupació (art. 25.3), de lliure accés per a tots els ciutadans, però valorant els mèrits aportats pels indefinits no fixos, com l'antiguitat i d'altres.²⁷

37. S'ha d'estar en situació d'actiu sempre i en tot cas per poder participar en el procés de funcionarització?

No, en absolut. La majoria dels treballadors que hi participin seran fixos que estan en situació d'actiu —o, més ben dit, laboralment parlant, de treballadors amb contracte no suspès—, però és possible que n'hi participin d'altres, que no hi són. Per això, la DT 15a LMRFP estableix que el personal amb el contracte en suspensió, però amb reserva de lloc de treball, d'acord amb l'art. 48 i 45.1 de l'ET, pot participar en iguals condicions que el personal que presta servei.

38. En quins supòsits és possible funcionaritzar treballadors no actius, amb reserva de lloc de treball?

El problema de la descripció estatal (DT 15a de la LMRFP) és que hi ha una remissió a l'art. 45.1 de l'ET que és tancada, mentre que pot haver-hi altres cau-

25. Dictamen núm. 3740 de 24-1-2002 emès en relació amb la funcionarització del personal laboral d'un organisme autònom de l'Ajuntament de Sant Sebastià.

26. L'Ordre de 7 de juliol de 2004 del Govern d'Aragó (BO d'Aragó de 23-7-2004) fixa la data de referència en el 2 de desembre de 1998. Planteja un procés d'estabilització dels indefinits no fixos posteriors a aquesta data, però no estableix si és amb caire restringit.

27. També es pot consultar l'Acord sobre la funcionarització i regularització de la situació del personal indefinit no fix de la Diputació General d'Aragó. Ordre de 7-7-2004. BO d'Aragó núm. 86 de 23-7-2004.

ses de suspensió amb reserva de lloc, no expressament incloses en aquest precepte, ja sigui perquè ho preveu la llei, el reglament, el conveni col·lectiu o el contracte de treball.

Entre les causes previstes per la llei i no incloses en l'art. 45.1 de l'ET, la més significativa és el de les incapacitats o invalideses (art. 48.2): produïda l'extinció de la incapacitat temporal amb declaració d'invalidesa permanent en els graus d'incapacitat permanent total per a la professió habitual, absoluta per a tot treball o gran invalidesa, l'ET preveu que subsistirà la suspensió de la relació laboral, amb reserva del lloc de treball, durant un període de dos anys a comptar de la data de la resolució, sempre que, a judici de l'òrgan mèdic, la situació d'incapacitat del treballador pugui ser objecte de millora que li permeti la reincorporació al lloc de treball. Entre els supòsits reglamentaris pot destacar-se la suspensió de la relació laboral ordinària si el treballador passa a tenir una relació laboral de personal d'alta direcció (art. 9 del RD 1382/1985); finalment, pel que fa al conveni col·lectiu, n'hi ha multitud d'exemples, com l'habitual de permetre a l'excedent voluntari durant un determinat període —generalment el primer any d'excedència— sol·licitar el reingrés obligatori per a l'administració, perquè, com ha assenyalat la STSJ Castella-la Manxa de 24-10-1997 (AS. 4790), «no hi ha cap mena de dubte que el conveni col·lectiu pot introduir noves causes de suspensió, a més de les consignades en l'art. 45 de l'ET».

Aquest tipus de personal, pot funcionaritzar-se? La resposta dels pocs estudiosos que s'hi han pronunciat és negativa (RODRÍGUEZ RAMOS, 2001: 165). El meu parer és que, no obstant això, les CL catalanes tenen una opció molt més pràctica i protectora dels drets dels treballadors basada en les DT 10.3a i 12a.1 del TRLFPC, en les quals no es fa cap mena de referència a l'ET ni a preceptes específics, sinó que s'esmenta únicament el dret que tenen a participar-hi els treballadors amb suspensió de contracte amb dret de reserva en llocs de treball que siguin classificats per a funcionaris (DT 10.3) o a la suspensió de contracte amb dret a reserva en un d'aquests llocs de treball (DT 12.1).

39. És possible funcionaritzar treballadors en excedència voluntària?

Referint-nos a Catalunya, cal distingir en aquest cas un abans i un després de la Llei 7/2004, de 16 de juliol, de mesures fiscals i administratives.

Abans d'aquesta llei no hi havia cap empara legal, ni en la legislació estatal ni en la catalana, que permetés a una entitat local catalana funcionaritzar treballadors sense dret de reserva al lloc de treball, fonamentalment en situació d'excedència voluntària, per bé que alguna norma autonòmica sí que ho havia instituït —com la normativa de funcionarització de la Comunitat de Madrid.

La raó que justifica aquesta negativa és que la suspensió sense reserva de lloc

té una protecció menor, i generalment té per origen els interessos particulars del treballador, mereixedors d'una menor tutela. Si el caràcter restringit de la funcio-narització es fonamenta, entre d'altres principis, en l'estabilitat en l'ocupació de l'empleat, l'excedent voluntari no gaudeix de cap dret de reingrés, sinó única-ment d'una expectativa per al supòsit que hi hagi vacant de categoria igual o similar.

Tanmateix, és sorprenent comprovar com l'administració de l'Estat ha permès aquesta participació —*contra legem*, segons el nostre parer, prenent en compte sempre la legislació estatal— a través de les convocatòries específiques de funcio-narització. La Llei 18/2000 de 27 de desembre de la Comunitat de Madrid ho permet també sense cap dubte (art. 10.5.2), igual com la DA 15a de la Llei 3/1991 de la Comunitat de Múrcia. També la negociació col·lectiva estatal ho ha previst, en l'Acord de 22 de juliol de 1997 (annex II, punt primer).

Quina és la raó d'aquesta argumentació, en molts casos *contra legem*? L'intent de no introduir més confusió organitzativa, sense cap mena de dubte. Si l'excedent voluntari o treballador sense reserva de lloc no pot optar a la funcio-narització, i aquesta es convoca per una sola vegada, les possibilitats de reingrés se li veuran clarament disminuïdes, si no anul·lades. Però com que el Tribunal Suprem, per altra banda —tindrem ocasió d'analitzar-ho més endavant— els continua garantint el dret de reingrés si hi ha vacant, fins i tot en llocs d'igual categoria que els funcionaritzats, el reingrés produirà una situació de laboralitza-ció indefinida, sense possibilitat de nova funcionarització. Per això, moltes admi-nistracions opten per permetre la participació d'aquests treballadors, els quals, si superen el procés, resten en situació d'excedència voluntària funcional.

Hi ha, doncs, una raó organitzativa molt poderosa per permetre la participa-ció, però mancada de suport jurídic exprés i indubitat, en l'àmbit estatal i així era fins no fa gaire en el català. Aquesta situació ens semblava insalvable per a les CL catalanes, amb l'excepció —en una interpretació molt personal del qui subscriu aquestes línies— d'aquelles suspensions contractuals sense reserva de lloc *sui generis*: d'una banda, l'excedència per cura de fills o familiars —que són voluntàries el segon i tercer any— i l'excedència per funcions sindicals d'àm-bit provincial o superior no incloses en la forçosa de l'art. 9 de la LOLS; igual-ment s'hi podrien incloure aquelles suspensions o excedències voluntàries «no volgudes» pel treballador, en una tesi minoritària defensada per la STS de 25-10-2000, 2n vot particular, segons el qual poden assimilar-se a les situacions de reserva de lloc totes aquelles suspensions no volgudes pel treballador, com és el cas «d'excedències que obeeixen en realitat a un pacte proposat per l'empres-a, a possibles excedències derivades de pactes col·lectius, a excedències per raons de necessitat o a situacions d'excedents amb el reingrés sol·licitat i amb la plaça expectant». Segons el nostre parer, seria possible també afegir-hi l'exce-dència per incompatibilitat del personal laboral.

En resum, la situació dels excedents voluntaris no funcionaritzats era un greu problema organitzatiu i també humà, perquè, impeditos d'assolir la condició de funcionaris, aquest procés en què no podien participar tampoc no podia suposar-los un obstacle de reingrés, ja que el treballador conserva sempre el dret sense que es pugui al·legar l'amortització de les places laborals, per transformació, com a excusa per a impedir el reingrés (STSJ de Múrcia 28-7-1985, AS. 2832).

Per això hem de saludar molt positivament la nova DT 13a del TRFPC, incor-porada a la Llei de funció pública per mitjà l'art. 32 de la Llei 7/2004, de 16 de juliol, de mesures fiscals i administratives. Concretament, la reforma legal cata-lana dóna, per fi, suport a aquesta possibilitat, en instituir la participació en els processos de funcionarització del personal laboral que «tingui suspès el seu con-tracte perquè té excedència voluntària per incompatibilitat o per interès particu-lar» (DT 13a.1). En aquest cas, l'apartat segon de la DT 13a estableix que en els supòsits esmentats, i per al cas que superin les proves selectives que s'establei-xin, els nous funcionaris restaran, respecte al cos o escala funcional a què hagin accedit, «en situació d'excedència voluntària», i el seu reingrés al servei actiu quedarà condicionat, en el moment en què el demanin, a l'existència d'una vacant dotada pressupostàriament (DT 13a.2). D'acord amb el principi d'equi-valència fixat en l'art. 300.1 de la LMRLC, entenc que aquesta possibilitat també és aplicable a les CL catalanes, però únicament amb suport jurídic ferm i indu-bitat des de l'entrada en vigor de la Llei 7/2004.

40. És correcte emprar la funcionarització com a instrument de promoció a un cos o escala de classificació superior al que s'ocupa com a laboral?

Aquesta circumstància, aparentment impossible, és, tanmateix, força habitual. El lloc ocupat pel treballador és reformulat com a funcional, i adscrit a dos grups de classificació, un d'ells superior a l'ocupat per equivalència com a laboral. A vegades es tracta de dos cossos o escales del mateix grup,²⁸ però sovint es dóna l'altra circumstància. D'exemples que habiliten aquesta doble participació, amb una voluntat de promoció, en trobem fins i tot en l'àmbit estatal. Així, la base 1.1.1 de la funcionarització del cos de gestió de l'INSS, aprovada per a l'any 2002, assenyala que «el personal laboral fix que era titular, en la data de referència per a la funcionarització, d'un lloc de treball classificat per la CECIR com a reservat a funcionari, podrà participar en les convocatòries d'accés als dos cossos, als quals la CECIR hagi adscrit el dit lloc. En tot cas, sols es podrà adquirir la condició de funcionari en un dels dos cossos...»

28. Vid. en aquest respecte la funcionarització per al cos de gestió de l'INSS, publicada al BOE 18-7-2000.

La meua opinió al respecte és clara, i es fonamenta en els següents punts:

- 1r. si el lloc és reclassificat a dos o més cossos i escales, però del mateix grup de classificació (A, B, C, D o E), l'aspirant podrà participar únicament en un; ens sembla contrari a dret que pugui participar en més d'un procés, atesos precisament l'excepcionalitat i el caràcter restringit de la funcionarització;
- 2n. considero il·legal que per mitjà de la funcionarització el treballador pugui ser promogut a un grup de classificació superior al que ocupava, circumstància que moltes vegades s'acredita en funció de la titulació que es va demanar per adquirir, en el seu moment, la condició de laboral fix; altres opcions, com la permesa en la funcionarització d'administratius de l'INEM (grup C), on s'accepta que hi tornin a participar tots aquells treballadors que no van superar la funcionarització per accedir a l'escala de gestió (grup B) o que no van exercir el dret de participació,²⁹ ens semblen jurídicament improcedents.

Tanmateix, en ocasions la pràctica administrativa ha trobat vies *ad hoc*, com és de funcionaritzar el treballador en el grup o escala que li correspon i, posteriorment, ja com a funcionari, establir un procés de promoció interna restringida únicament adreçat als treballadors específicament funcionaritzats —una fórmula indirecta de qüestionable legalitat —vegeu, no obstant, la nostra nota núm. 36—, perquè restringeix la promoció interna a un grup específic de funcionaris dins del col·lectiu funcional de l'entitat pública convocant.³⁰

41. L'opció inversa: és correcte que la funcionarització comporti l'accés a un cos o escala inferior al que s'ocupa com a laboral, per manca de titulació per accedir al que pertoca?

Mantenim la mateixa opinió que exposem en la qüestió anterior, és a dir, quan, per manca de titulació, es permet que el treballador participi en un grup o escala inferior al lloc que ocupa. Així, quan en la funcionarització de delineants de segona d'OA del Ministeri de Medi Ambient³¹ es requereix «tenir la condició de personal laboral fix i ser titular [...] d'un lloc [...] reservat a funcionari i adscrit al cos de delineants [...] però que, sense la titulació requerida, no poden accedir a l'esmentat cos...» s'està trencant la coherència i la lògica de la RLT i s'introdueix

29. Vid. Ordre APU/2709/2002 de 16 d'octubre. BOE 1-11-2002.

30. És el cas de la Resolució de 4 de maig de 2004 de la Universitat de Castella-La Manxa, que literalment convoca places del grup C, adreçades únicament als treballadors funcionaritzats per un determinat procés (d'accés al grup D) i que en el moment de la convocatòria tinguin una antiguitat com a funcionaris de dos anys (DOCM núm. 83 de 18-5-2004).

31. BOE 18-3-2000.

un element subjectiu impossible de gestionar: el lloc és classificat en un grup amb unes funcions, i el treballador, mancat de la titulació, es funcionaritza en un grup inferior (a vegades, com és el cas de la legislació sobre funcionarització de la Comunitat d'Aragó, pot ser inferior en dos o tres grups de classificació), però continua en el mateix lloc, exercint aquelles funcions i percebent la diferència retributiva mitjançant un complement personal *ad hoc*. Un tècnic superior laboral funcionaritzat com a administratiu, continua exercint —i essent retribuit— com a titulat? El despropòsit jurídic és total, com també ho és des del punt de vista organitzatiu i de coherència de les funcions atribuïdes als diferents cossos i escales de les CL afectades.

42. Quin paper té el moment d'ingrés a l'administració a l'hora de funcionaritzar un treballador?

Hi té un paper bàsic: no tothom pot funcionaritzar-se, sinó que ha de complir uns requisits temporals que se centren en un fet: la condició de treballador fix s'ha d'haver assolit abans d'un determinat moment, generalment fixat en aquell en què, segons la llei, es determinà amb claredat quins llocs havien de ser exercits forçosament per funcionaris i quins, potestativament, per personal laboral. La lògica és que, promulgada una norma en aquest sentit, i fixada la data per fer-la entrar en vigor, cap administració pública ha proveït llocs de treball amb laborals quan estaven reservats *ex lege* a funcionaris. Com veurem, aquesta presumpció esdevé no solament qüestionable, sinó clarament hipòcrita en l'àmbit local.

43. Quin és el moment temporal a tenir en compte en la funcionarització d'un treballador fix de l'administració local catalana?

El factor temporal és un dels més importants i significatius en el procés de funcionarització, i generalment ignorat en les convocatòries en l'àmbit local. El motiu d'aquest *comportament* dels ens locals és la dificultat de situar aquest àmbit temporal.

En primer lloc, la llei estatal fixa una regla clara: la Llei 23/1988, de 28 de juliol, va instituir que solament poden participar en el procés de funcionarització aquells treballadors que ocupessin llocs reservats a funcionaris en la data d'entrada d'aquesta llei, que va ser el 30 de juliol de 1988. Posteriorment, l'art. 121 de la Llei 13/1996, de 30 de desembre, va modificar la DT 15a, per aclarir que també hi podien participar els treballadors fixos que haguessin ingressat en una data posterior al 30 de juliol, però en virtut de proves selectives convocades abans de la referida data. La raó és clara: el 30 de juliol de 1988 fou el moment

en què va entrar en vigor l'art. 15.1.c de la LMRFP, segons la modificació donada per la Llei 23/1988; la lògica, impecable, perquè, a partir d'aquesta data, ja no va ser possible fer contractes laborals per a llocs reservats a funcionaris. En conseqüència, únicament els anteriors contractats hi podien participar, però no els posteriors, admesa la hipòtesi —no gaire realista— que no es va formalitzar cap contracte laboral en llocs funcionaris.

Però, atès que ni l'art. 15.1.c de la LMRFP ni la seva DT 15a tenen caràcter bàsic, cada comunitat autònoma ha anat adaptant la data de referència al moment de reforma de la seva pròpia llei de funció pública, si bé no sempre amb coherència ni exactitud.

El problema, a Catalunya, és evident en l'àmbit local, ja que la norma de referència és l'art. 92.2 de la LBRL. Una aplicació estricta del principi estatal significaria que cap empleat laboral en lloc funcional ingressat després de l'entrada en vigor de la LBRL de 1985 no podria participar-hi. Però la realitat dels fets és innegable: amb un percentatge de pràcticament el 50 per 100 dels empleats locals espanyols laborals, és inversemblant pensar que tots es troben en places laborals, i no funcionaris. Al contrari, és evident que les disfuncions estan a l'ordre del dia. D'altra banda, malgrat que la STC 37/2002 assenyala que l'art. 92.2 de la LBRL és un precepte prou concret, no és aquesta la posició que aquí mantenim: al contrari, és molt costós i difícil de concretar què significa que un lloc de treball en un ens local ha de ser funcional amb vista que, basant-se en aquest mateix fet, es compleixin més adequadament els principis d'objectivitat, imparcialitat i independència. Simplement recordem sobre això que, mentre la STSJ Madrid 17-3-1995 (Ar. 5151) afirmà que les places d'administratiu (grup C) han de ser de funcionaris, i la recent STS 2-12-2003, segons el principi d'equivalència entre norma estatal i autonòmica valenciana ho prescriu per als auxiliars administratiu de les CL, la STS 18-6-1991 permetia que els advocats dels ens locals fossin contractats laborals.

La resposta que nosaltres creiem més encertada ha estat proposada per la doctrina teòrica catalana, i també per la jurisprudència, i es basa en el principi d'equivalència o identitat entre norma autonòmica i local a l'empara de l'art. 300.1 de la LMRLC de 2003, ja exposat anteriorment. En aquest esquema, nosaltres plantejem el següent:

- els llocs que impliquen exercici d'autoritat han de ser sempre ocupats per personal funcional: contra això no hi ha raó jurídica ni cap mena de dubte, des de la LBRL; en teoria, doncs, cap lloc d'aquest tipus hauria d'estar ocupat per laborals amb posterioritat a l'any 1985;
- tanmateix, la resposta anterior és massa taxativa per a ser pràctica; d'altra banda, ens trobem amb tota la problemàtica dels llocs funcionaris per raons d'objectivitat, imparcialitat i independència, i aquí és on creiem que,

en tots els casos —el primer i el segon— ha de jugar el principi d'equivalència, i poder aplicar les DT 10a, 12a i 13a del TRFPC. Si ens és permesa l'observació, aquesta normativa autonòmica no deixa de ser incoherent, fruit de la inoperància del legislador i del govern català durant molts anys: segons la DT 10a del TRFPC, la data de referència hauria de ser el 4 d'agost de 1994, dia d'entrada en vigor de la reforma del text del 1985 —actualment, refós en el TRFPC de 1997—; tanmateix, com que la Generalitat va ignorar aquest manament i no va impulsar cap mena de funcionalització, es va veure obligada a aprovar una nova DT (la dotzena), per mitjà de la Llei 15/2000, de 29 de desembre, que fixa una nova data: l'1 de gener de 2001. Per això, el joc d'aquestes dues normes fa que la data de 1994 hagi perdut virtualitat i que sigui realment l'1 de gener de 2001 la data de referència.

Com a resposta pràctica, i més coherent, ens afegim al principi d'equivalència esmentat i entenem que tots els contractes laborals de les CL formalitzats en llocs reservats a funcionaris abans de l'1 de gener de 2001 haurien de poder participar en el procés de funcionalització. És la solució menys dolenta, per bé que entenem que el suport jurídic d'aquesta opció és feble, vist que es basa en l'art. 300.1 de la LMRFP de 2003, i perquè, en bona lògica, la LBRL de 1985 no hauria d'haver estat infringida per les CL, si més no en llocs que impliquessin exercici d'autoritat. Però el dret ha de saber adaptar-se a la realitat, i no constrènyer-la impossibilitant solucions als problemes ocasionats moltes vegades per la imprecisió de la pròpia llei. Voldríem remarcar, en aquest sentit, que en les convocatòries de la Generalitat, davant d'aquest fet, estableixen formalment la doble data. Així, per funcionalitzar 354 places d'auxiliar administratiu —per esmentar una convocatòria— s'exigeix «tenir, en data 4 d'agost de 1994 o en data 1 de gener de 2001, la condició de personal laboral fix...»³²

44. Què ocorre si el treballador ha estat contractat fix després de les referides dates anteriors?

És una de les qüestions més problemàtiques jurídicament i, alhora, de més dificultat en la gestió dels recursos humans. Tota la doctrina consultada i els mateixos pronunciaments judicials assenyalen que un contracte de treball formalitzat en un lloc de funcionari esdevé nul.

32. Resolució GRI/2518/2002 de 12 de setembre. Base 2.2.1.b. DOGC núm. 3721 de 17-9-2002. Posteriorment, per funcionalitzar una plaça de subaltern del Servei d'Ocupació de Catalunya s'establí el mateix requisit (base 2.7.b, Res.GRI/2362/2003 de 23 de juliol, DOGC núm. 3938 de 1-8-2003), en el que sembla el criteri formal emprat en totes les convocatòries aprovades per la Generalitat.

És evident que les normes administratives fan una reserva en favor del règim funcionarial de la majoria de llocs de les entitats públiques, i és un cas molt evident en el món local. L'incompliment d'aquesta reserva comporta la infracció d'un precepte imperatiu i, per tant, la nul·litat del contracte de treball, sense que sigui possible validar el referit contracte considerant el treballador com a funcionari. La nul·litat contractual ha estat acceptada unànimement per la doctrina teòrica (per tots, ENDEMAÑO AROSTEGUI, 2000: 375). Fins i tot hi ha normes legals que ho estableixen així, com les lleis de funció pública de València i Castella-Lleó; però el que és més important, el mateix Tribunal Suprem ho ha afirmat, en dir en la seva STS 19-1-1993 (Ar. 100) que la reserva de llocs de funcionaris deriva d'un manament constitucional, la qual cosa implica que el contracte de treball és nul de ple dret, i únicament faculta el treballador, a l'empara de l'art. 9 de l'ET, a exigir la remuneració consegüent al seu treball.

45. És possible funcionaritzar un treballador amb un contracte laboral nul, segons el que s'ha assenyalat en la qüestió anterior?

Des d'una perspectiva jurídicolaboral, la resposta és negativa. Si el contracte és nul, no és funcionaritzable el treballador vinculat amb l'administració.

Això implica, però, una greu situació en la gestió dels recursos humans, perquè situa el treballador en una situació d'indefensió absoluta. No solament no pot funcionaritzar-se sinó que, a més, el seu vincle laboral desapareix, per entendre's en dret que no ha existit mai, i únicament té la possibilitat de reclamar les retribucions meritades pel treball efectuat. Si aquest treballador ha superat un procés selectiu públic i l'entitat local ha estat tan inconscient —o barroera, si tenia coneixement de la desviació jurídica— d'haver efectuat una convocatòria incorrecta, sembla evident que és contrari al principi de justícia material que l'únic perjudicat sigui el treballador fix.

Se'ns fa difícil aportar una solució a aquest dilema a l'empara de la norma jurídica actual. Creiem que el legislador estatal o autonòmic hauria de promulgar una disposició que regularitzés aquest entrellat. En tot cas, a Catalunya, creiem que la DT 12a del TRFPC salva la situació dels contractes formalitzats, incorrectament, entre l'any 1994 i l'1 de gener de 2001. Tanmateix, una consulta a les convocatòries de les CL acredita que després de l'any 2001 s'han continuat convocat places que haurien de ser —ja sigui a l'empara de la LBRL de 1985 o de les normes estatals o autonòmica catalana— reservades a funcionaris. Per això, moltes convocatòries —pràctica molt comuna arreu de l'Estat— obvien el moment d'ingrés en l'administració local i permeten de participar-hi a tot treballador que ocupa un lloc de funcionari i es troba en actiu —o en suspensió contractual amb reserva de lloc— en la data de finalització del ter-

mini de presentació d'instàncies. És una solució *contra legem*, o si més no, poc respectuosa amb les previsions legals, però en aquest cas resol un problema que el legislador, fins ara, no ha solucionat. Però aquesta solució forma part més de l'«*enginyeria jurídica*» pròpia de l'operador jurídic local que no d'un suport jurídic clar. Nosaltres, en tot cas, hem exposat les possibles vies de solució i l'avertiment que una actuació inconseqüent després de l'1 de gener de 2001 pot portar greus problemes al gestor de recursos humans local a l'hora de resoldre la qüestió.

46. Hi ha uns requisits generals i específics diferents en la funcionarització dels exigits als aspirants en els processos selectius ordinaris?

En principi, l'únic requisit diferent del general i/o específic hauria de ser el requisit de trobar-se vinculat amb l'administració local mitjançant un contracte de treball fix ocupant una plaça declarada de funcionari i havent ingressat en aquesta condició abans d'una data específica, com hem assenyalat en la resposta a la qüestió núm. 45.

No obstant, l'experiència acredita que es poden donar alguns supòsits molt específics que desvirtuen aquesta afirmació inicial, i que fonamentalment se centren en problemes derivats de l'edat de l'aspirant, la titulació requerida i l'absència de malaltia o defecte físic. D'altra banda, com a requisits específics exigits per les convocatòries, hem pogut constatar que sovint es demanen requisits *ad hoc* per al procés de funcionarització vinculats al coneixement de la llengua autonòmica, al vincle laboral, al règim disciplinari, al conveni col·lectiu aplicable o el requisit de no acreditar prèviament la condició de funcionari. Els desenvolupem tot seguit.

47. Es poden establir límits d'edat als aspirants a la funcionarització?

L'edat mínima és, en tot cas, de divuit anys, circumstància que no produeix cap problema en els ens locals, davant la impossibilitat de trobar treballadors menors d'aquesta edat. La dificultat està en els límits màxims.

Un cop desaparegut el límit dels cinquanta-cinc anys fixat fins al 31-12-2003 per l'art. 135.b del TRRL) a través de la Llei 62/2003 de 30 de desembre,³³ la major dificultat estarà en aquells cossos i escales on s'estableix un límit màxim

33. D'altra banda, nosaltres entenem inconstitucional aquest precepte, com ja havia assenyalat el Defensor del Poble en l'informe de l'any 2000, i el TSJ d'Aragó en la providència de 14-1-1997, i que finalment ha estat declarat nul per la STC 37/2004 d'11 de març, dos mesos i mig després de ser formalment derogat.

d'edat —generalment, per a funcionaris que han d'exercir tasques físiques, com bombers o agents rurals— i el límit de seixanta-cinc anys.

En el primer cas, malgrat que una determinada llei o norma estableixi un límit (trenta-cinc, quaranta anys, etc.) creiem que no és possible d'aplicar-la al treballador a funcionaritzar, perquè no hi ha raó objectiva que li permeti exercir iguals tasques com a laboral, però no com a funcionari, en funció d'aquesta edat.

Una resposta diferent entenem que és la que es dona pel que fa al límit de seixanta-cinc anys. Si bé en el règim funcional és possible la sol·licitud de pròrroga fins a setanta anys, creiem que, a l'empara de la legislació vigent, aquells seixanta-cinc anys funcionen com a límit d'edat per a l'accés a la condició de funcionari. Prestar serveis entre seixanta-cinc i setanta anys és un dret del ja funcionari, perquè la normativa general estableix que la participació en un procés de selecció no és possible per als aspirants que superen l'edat de jubilació forçosa, que és precisament de seixanta-cinc anys, malgrat la referida opció de pròrroga. En moltes bases, però, s'obvia aquesta circumstància, i deduïm que amb això es permet l'opció de funcionarització a treballadors entre seixanta-cinc i setanta anys, més que més quan la STS 9-3-2004 ha declarat inconstitucionals les clàusules dels convenis col·lectius que des de l'any 2001 hagin establert jubilacions forçoses dels laborals a seixanta-cinc anys.³⁴ Malgrat això, com a límit insuperable, s'ha de remarcar que, en cap cas, un treballador fix amb més de seixanta-cinc anys no pot funcionaritzar-se (i mai, en cap cas, si té més de setanta anys), sinó que, si s'escau, haurà de continuar amb el vincle laboral ocupant plaça de funcionarització, fins a la jubilació o baixa definitiva.

48. L'exigència de titulació, és sempre inexcusable?

És un dels grans problemes de la funcionarització, com ho palesen les bases consultades. La DT 15a de la LMRFP permet funcionaritzar un treballador «sempre que posseeixi la titulació necessària...». La norma ho exigeix amb precisió, i no preveu cap exempció. A Catalunya, la DT 10a.3, *in fine*, és també clara: la participació serà possible «sempre que posseeixi la titulació necessària i compleixi la resta de requisits exigits per la convocatòria». El Consell d'Estat, en el seu dictamen núm. 1622 de 30 d'abril de 1998, estableix igualment que no hi ha norma estatal que prevegi la dispensa de titulació, llevat del supòsit específic de promoció funcional del grup D al C.

34. Tanmateix, no sembla que, en el moment de tancar la redacció del present llibre, aquesta situació s'extingeixi molt en el temps, perquè tant les organitzacions representatives de l'empresariat espanyol com els sindicats UGT i CCOO han demanat al Govern central una legislació que permeti, de nou, que la negociació col·lectiva pugui incloure clàusules de jubilació forçosa vinculades a la creació d'ocupació, i així ha estat acceptat al novembre de 2004, però pendent de materialitzar-se en una norma legal en el moment de la revisió final d'aquest text (15-11-2004) abans de ser imprès.

Això no obstant, hi ha un seguit de dificultats que no es pot obviar i que a continuació intentarem resoldre —si més no, procurarem aclarir alguns problemes que poden derivar d'una aplicació literal de la DT 10a del TRFPC.

49. Els treballadors promoguts del grup D al grup C sense titulació, com a laborals, però complint els requisits de la DA 22 de la LMRFP, poden funcionaritzar-se?

La DA 22a de la LMRFP permet als funcionaris la promoció del grup D al grup C, sense acreditar la titulació del grup C, mitjançant concurs oposició, si tenen una antiguitat de deu anys en el cos o escala del grup D o cinc anys més la superació d'un curs específic de formació. Hi ha molts convenis col·lectius de personal laboral que han aplicat una norma similar, i la dificultat es dona quan aquests empleats laborals del grup C volen funcionaritzar-se com a tals.

No sembla, però, que hi hagi cap norma legal estatal o autonòmica catalana que resolgui la qüestió, i això és, sens dubte, un greu oblit. La solució —si es pot qualificar així— l'han trobada moltes administracions públiques per mitjà de les seves bases generals i específiques, que permeten participar-hi.³⁵ Sembla una solució lògica a un problema de justícia material, però amb dificultats d'encaix legal en el moment present. Una altra resposta al problema, si bé també amb nombrosos dubtes legals —perquè suposa una restricció en la promoció interna—³⁶ és la formulada en algunes administracions que estableixen que, un cop funcionaritzats els treballadors del grup D, es posi en marxa un procés de promoció interna restringit, per a accés al grup C, amb els requisits legals previstos en la DA 22a, si bé en aquest cas considerant que tot el temps de servei com a laborals en el grup D es computa a l'efecte dels cinc o deu anys requerits per a la promoció.³⁷

35. En alguns casos, fins i tot, amb normes legals i reglamentàries. Així ho permet la DA 2a de la Llei 9/1999 de 26 de maig de Castella-La Manxa; en la negociació col·lectiva, amb tota claredat l'acord entre la Diputació General d'Aragó i els sindicats de 24-6-1996 (BO d'Aragó 28-6-1996), art. 33; en convocatòries específiques, pot consultar-se la Resolució de 29-7-2002 de funcionarització de la Universitat de Saragossa (BO d'Aragó 10-5-2002) o de la Universitat de Múrcia (BO de la Regió de Múrcia 6-9-2002).

36. Si bé amb un possible suport jurídic, basat en l'art. 18.2.f) de la LMRFP, que preveu que els plans d'ocupació prevegin «mesures específiques de promoció interna», en conjunció amb les regles de l'art. 22 de la mateixa llei.

37. Entre altres, és el supòsit —ja esmentat anteriorment— de la Resolució de 4-5-2004 de la Universitat de Castella-La Manxa. En primer terme els laborals del grup D es funcionaritzen com a tal grup. A continuació (en el cas en qüestió, es va deixar transcórrer un període d'un poc més de cinc anys) s'aprova un procés de promoció interna restringida al grup C, on els cinc o deu anys —per als que no tenen titulació— es computen tant en règim laboral com funcional. Literalment, les bases estableixen que els aspirants han de pertànyer «al Cos o Escala del grup de titulació immediatament inferior a què es desitja accedir com a funcionari de carrera [...] funcionaritzat amb efecte d'1 de gener de 1999 i que amb anterioritat a aquesta data fos personal laboral fix del grup III...» (base 2.1.1). La base 2.1.2 estableix, si més no, que aquests treballadors funcionaritzats tinguin una antiguitat mínima com a tals funcionaris de 2 anys (base 2.1.2).

50. És possible exceptuar el requisit de titulació al personal laboral en la funcionarització als grups A i B?

Aquest cas es dóna quan ens trobem amb treballadors que ocupen llocs o places dels grups A o B, o equivalents, als quals han accedit sense titulació però mitjançant promocions internes que així ho preveuen en els convenis col·lectius d'aplicació —en són una bona prova el conveni col·lectiu del personal laboral de les universitats públiques catalanes³⁸ o el de la Generalitat de Catalunya,³⁹ que permeten substituir el requisit de titulació pel d'experiència i antiguitat, fins i tot en l'accés a llocs de treball laborals dels grups A i B.

El nostre parer és que aquesta circumstància no pot permetre tampoc la participació en un procés de funcionarització. Creiem que a Catalunya no hi ha cap norma legal que empari una solució diferent i que les bases i convocatòries que habiliten la participació, fins i tot instituint cossos o escales «a extingir», no s'ajusten a l'ordenament jurídic vigent, malgrat que hem localitzat processos en què això es produeix.⁴⁰ En aquest sentit recordarem les paraules del dictamen del Consell d'Estat núm. 1622 de 30 de juliol de 1998, fent-se ressò també de la jurisprudència constitucional, segons les quals «no és possible, doncs, emparar ara l'exclusió amb caràcter general i indefinit del requisit de titulació per a l'accés a la condició de funcionari docent en cap disposició bàsica estatal. Precisament, perquè constitueix l'expressió d'un criteri objectiu d'acreditació del mèrit i la capacitat que garanteix l'accés a la funció pública en condicions d'igualtat, la seva exigència forma part de les normes bàsiques sobre l'Estatut dels funcionaris».⁴¹

51. Com pesa el requisit d'absència de malaltia o defecte físic en treballadors fixos que es troben en situació de baixa per malaltia, incapacitat temporal o fins i tot incapacitat permanent, o amb malalties o defectes sobrevinguts en el moment de ser fixos?

Aquest requisit apareix en quasi totes les convocatòries de funcionarització, i deriva de l'exigència general prevista en l'art. 30.1.d) de la LFCE o, a Catalunya, de la previsió de l'art. 33.d) TRFPC, segons el qual l'aspirant a funcionari ha de complir els requisits per exercir les funcions que dins del cos o escala li puguin ser encomanades.

38. DOGC núm. 332 de 21-2-2001 (arts. 26 i 27).

39. DOGC núm. 331 de 20-2-2001 (5è conveni col·lectiu per al període 2000-2003).

40. Entre els més recents, la Universitat de Saragossa estableix que per accedir al grup A, com a funcionari, si manca la titulació, la funcionarització «s'efectuarà en el grup inferior de funcionari que correspongui a cada treballador segons la titulació que posseeixi». El mateix criteri s'utilitza per al grup B i fins i tot el D. Per al C, s'aplica la regla general de la DA 22a de la LMRFP (BO d'Aragó 25-4-2003).

41. El Dictamen de 30-4-1998 va valorar la legalitat de la normativa de funcionarització del personal laboral docent del País Basc.

Es pot afirmar, però, que en la funcionarització, aquest requisit ha de ser modulad o reinterpretat sota la perspectiva que l'aspirant ja té la condició de treballador de l'administració convocant.

La nostra posició és que en la funcionarització pot participar-hi una persona plenament capaç o una persona amb discapacitat que hagués ingressat en el seu moment com a laboral fix pel torn de places reservades a minusvàlids, però també tots aquells treballadors que, prestant servei efectiu com a laborals, tinguin una incapacitat física, psíquica o sensorial que no els permeti el desenvolupament suficient i autònom de les funcions del cos, escala, classe i categoria o, fins i tot, el lloc que ocupen. La raó és bàsica: el requisit de capacitat física o absència de malaltia s'exigeix a l'aspirant quan ingressa *ex novo* com a funcionari, o quan és promogut d'un grup a un altre, però això és una situació diferent de la funcionarització.

Pot defensar-se, així, que la interpretació adequada és congruent entre la finalitat de la DT 15a de la LMRFP i el seu àmbit d'aplicació, o del seu equivalent autonòmic català, que tot seguit desenvoluparem en les preguntes i respostes següents.

52. En relació amb la qüestió anterior, pot participar-hi un treballador en situació d'incapacitat temporal?

La resposta és evidentment positiva, precisament perquè es troba en situació de suspensió del contracte de treball amb reserva de lloc. La situació de malaltia comuna o professional, o l'accident professional o no laboral, quan impedeix temporalment treballar i requereix l'assistència sanitària, dóna peu a l'anomenada incapacitat temporal, abans anomenada incapacitat laboral transitòria (art. 128 de la LGSS). Aquesta incapacitat pot tenir una durada màxima de dotze mesos, prorrogables per sis més (això és, un total de divuit), però també es qualifica com a tal el període posterior, que permet retardar la qualificació mèdica final fins a trenta mesos, tots ells amb dret de reserva de lloc. La mateixa lògica hem d'aplicar, doncs, a les suspensions contractuals de baixa per maternitat o risc durant l'embaràs, que comporten igualment el dret de reserva.

53. És possible la participació de treballadors en situació d'incapacitat permanent, en qualsevol grau?

Es pot esdevenir que el treballador, un cop esgotada la incapacitat temporal, i després d'haver estat sotmès a un tractament, sigui donat d'alta amb un informe proposat d'incapacitat, perquè té reduccions anatòmiques o funcionals greus,

susceptibles objectivament, i previsiblement definitives que disminueixin o anul·lin la seva capacitat laboral, malgrat que li sigui possible la recuperació (art. 134.1 LGSS): incapacitat permanent parcial per a la professió habitual (art. 137.3), incapacitat permanent total per a la professió habitual (art. 137.4), incapacitat permanent absoluta per a tot treball (137.5) o gran invalidesa (137.6).

El supòsit de participació, encara que previsiblement menor, és factible. En primer lloc, la incapacitat permanent parcial no impedeix fer les tasques fonamentals de la feina, per la qual cosa el treballador té dret a una indemnització a tant alçat, però no cessa la relació laboral. La possibilitat de funcionaritzar-se no resta condicionada en cap cas.

En els altres supòsits, creiem que sols és possible la funcionarització en l'àmbit d'aplicació de l'art. 48.2 de l'ET. La norma preveu que en el cas dels treballadors declarats en situació d'incapacitat permanent total, absoluta o gran invalidesa, però que segons l'òrgan qualificador d'aquesta puguin experimentar una millora, no es trencarà la relació laboral, sinó que quedarà en suspensió: «subsistirà la suspensió de la relació laboral, amb reserva del lloc de treball durant un període de dos anys a comptar de la data de la resolució per la qual es declara la invalidesa permanent». Així doncs, entenem factible la participació.

54. El requisit d'exigència de coneixement de llengua autonòmica, és igualment exigible en la funcionarització?

A Catalunya ho exigeix l'art. 11 de la Llei 1/1998, de 7 de gener, de política lingüística, i no exceptua del coneixement del català en cas de promoció interna i tampoc de funcionarització. S'ha de tenir en compte que a la majoria del personal laboral no li va ser exigint en el seu moment aquest coneixement en el moment de l'ingrés.

La jurisprudència ha assenyalat que el coneixement de la llengua catalana no és un requisit independent del mèrit i la capacitat, per la qual cosa el dret a continuar en un determinat lloc de treball, que s'ocupa de forma definitiva, no ha de descontextualitzar-se de l'exigència de coneixement de la llengua catalana, perquè aquest requisit s'ha incorporat a l'estatut del funcionariat a Catalunya, segons ha establert la doctrina judicial.

La nostra proposta —per tant, qüestionable— és que a aquelles persones que van acreditar el coneixement amb una prova o mitjançant un diploma en el moment d'ingressar com a personal laboral fix, han de quedar exemptes d'una nova acreditació; pel que fa a la resta, no hauria d'exigir-se com a requisit inicial, sinó com a coneixement a demostrar al llarg del procés selectiu de funcionarització, articulant-ho com a mèrit i no com a requisit o condició per a l'accés, o fins i tot, habi-

litar un procés formatiu posterior a la presa de possessió. Fem aquesta proposta en consonància amb l'art. 11 de la Llei 1/1998, segons el qual l'administració és obligada a garantir l'ensenyament del català al personal que hi presta servei, fomentant-hi mesures de reciclatge lingüístic. No obstant, de la consulta de les diverses convocatòries efectuades a Catalunya, pot establir-se que s'han seguit, a la pràctica dos models: el d'exigència com a requisit general de participació, a través d'una prova obligatòria i eliminatòria,⁴² o bé com un mèrit no eliminatori, o fins i tot no exigint aquest coneixement.⁴³

55. És possible establir per als aspirants altres requisits diferents dels generals previstos a les normes generals?

Efectivament, això és possible, però sempre que aquests requisits tinguin o guardin coherència amb les places a ocupar o el cos o escala a ingressar. Per exemple, estar en possessió del carnet de conduir, per a places de xofer o acreditar coneixements d'una determinada llengua estrangera per a places de secretariat o atenció al ciutadà. De tot l'ampli ventall de convocatòries consultades, no obstant, es pot destacar l'exigència d'un conjunt de requisits clarament il·legals o de molt dubtosa legalitat. Així, no creiem que sigui possible exigir una antiguitat específica com a laboral, més enllà de la qüestió de la referència al moment d'accés que ja hem esmentat; tampoc no haver estat sancionat per faltes greus o molt greus, no estar incurs en causa d'incompatibilitat segons la Llei 53/1984, trobar-se dins de l'àmbit personal d'aplicació d'un conveni col·lectiu o el requisit de no tenir prèviament la condició de funcionari a través d'un procés de funcionarització anterior.⁴⁴ Tots aquells requisits que restringeixin el marc legal estatal o autonòmic han de considerar-se no ajustats a dret, perquè solament la llei pot establir requisits, o constrènyer el dret de participació, com ho ha fet, per exemple, la Llei 24/2001 en exigir cinc anys d'antiguitat com a investigador en la funcionarització del personal del CIEMAT —organisme d'investigació estatal.

42. Així, en tots els processos de funcionarització a la Generalitat de Catalunya (vid. DOGC 28 de juny, 3, 6 i 13 de juliol de 2001; 17 de setembre de 2002).

43. Si bé abans de la Llei 1/1998, Diputació de Barcelona (BOP de Barcelona 17-4-1995 i 7-8-1997).

44. Aquest requisit pot semblar absurd, però sovint apareix en les convocatòries, i té un significat, però, molt clar, vinculat a una pràctica que considerem il·legal tal com hem indicat en les qüestions n.ºs. 40 i 41: l'oferiment —als treballadors afectats per la reclassificació del seu lloc de treball— de participació en més d'un procés de funcionarització, ja sigui del mateix grup de classificació, però corresponent a diferents cossos o escales, o de diferents grups de classificació. La prohibició d'haver estat funcionaritzat prèviament intenta evitar que, en aquests supòsits, un treballador pugui consolidar la situació de funcionari en més d'un cos o escala, o en més d'un grup de classificació.

56. La corporació local, té llibertat d'elecció del sistema de selecció per funcionaritzar el seu personal laboral?

La pregunta es refereix, fonamentalment, a si l'entitat local catalana pot optar pel concurs, l'oposició o el concurs oposició sense cap límit o justificació.

En el sistema espanyol de funció pública hi ha, *ex lege*, una indeterminació del sistema a emprar per a l'accés a la condició del funcionari. La norma estatal defineix els tres sistemes, però no en determina cap com a opció preferent, si bé sí que ho fa el Reglament general d'ingrés de l'administració de l'Estat de 1995, que situa l'oposició com a sistema ordinari, llevat que el concurs oposició sigui més adequat, i solament considera com a excepcional la via del concurs. Aquest criteri ha estat establert com a bàsic per a l'administració local, a través del Reial Decret 896/1991, de 7 de juny. Malgrat això, és evident que hi ha un marge —petit, tot s'ha de dir— en l'opció de la corporació local, que bàsicament pot triar entre l'oposició o el concurs oposició, i molt excepcionalment pel concurs.⁴⁵

L'absència del principi de llibertat d'elecció es dona amb més intensitat en la funcionarització. En l'àmbit estatal és evident que el concurs oposició és la fórmula escollida, malgrat que no ho diu enlloc textualment, però es dedueix, òbviament, del fet que es valoraran en el procés els serveis prestats com a laboral i les proves selectives superades per accedir-hi com a fix (DT 15a).

Les CL espanyoles han optat indiscriminadament pels tres sistemes, però no són gens estranys els processos en què únicament es dona el concurs de mèrits, en moltes ocasions amb flagrant trencament d'uns principis mínims objectius. Pel que fa a Catalunya, nosaltres entenem que la norma bàsica estatal que opta per l'oposició com a sistema general s'ha de reformular, i interpretar-la conjuntament amb la DT 15a LMRFP —que tindria caràcter supletori— i la normativa catalana, on la DT 10.4 permet, potestativament, acudir al concurs oposició —no és obligatori, però—, en indicar que en el procés de selecció es podrà valorar *l'expedient administratiu* del treballador aspirant, com a mèrit.

El meu criteri és que, en tot cas, el concurs oposició és la fórmula selectiva per excel·lència en el procés de funcionarització. Les raons es basen en l'emparament legal esmentat, així com també en la lògica jurídica: la valoració de l'experiència —circumstància que pot ser valorada en un procés d'accés lliure— adquireix encara més raó de ser en la funcionarització, en què el treballador ja és fix, vist que aquesta experiència és un mèrit que, valorat com cal, no sols no atempta con-

tra el principi d'igualtat sinó que es cohonesta «perfectament amb l'art. 14 de la Constitució i és condició d'obligada rellevància en atenció a criteris tals com els d'eficàcia en la prestació de serveis per part de l'administració pública...» (STC 281/1993). El mateix es pot afirmar pel que fa a la valoració de les proves selectives oportunament superades per accedir a la condició de treballador laboral. Finalment, cal recordar l'opinió del Tribunal Suprem, que el concurs oposició és molt millor que el concurs, perquè permet valorar l'experiència professional, la multiplicitat de funcions i fins i tot en determinats casos la unicitat del lloc —circumstància molt comuna en la funcionarització, per altra banda—, la qual cosa el conforma com un sistema adequat (STS 21-7-1994, Ar. 6105), davant el concurs de mèrits, en què no hi ha cap exigència de proves selectives i que es limita a una mera participació, sense «realització i superació de cap prova» (STS 27-3-1990, Ar. 2514).

Únicament hi ha un argument que pot qualificar d'absurd el concurs oposició, i no és altre que, sigui quin sigui el resultat final obtingut, com que igualment caldrà superar la fase d'oposició —perquè tampoc en la funcionarització els mèrits de la fase de concurs no poden ser emprats per superar el mínim exigít en la fase d'oposició, mètode anticonstitucional anomenat de «motxilla»—, a l'aspirant li pot ser —objectivament— indiferent la puntuació final obtinguda —no així, potser subjectivament— per tal com, assolida la puntuació mínima, supera el procés i es funcionaritza en la plaça que ocupa. Certament, així és; llavors, el concurs oposició solament tindrà lògica jurídica si es coalitza amb un altre element: la possibilitat que una part de la fase d'oposició —o tota— pugui ser convalidada per haver ja superat, en el seu moment, exercicis, proves o exàmens d'igual o similar contingut. Ens hi referirem en les preguntes núm. 61 i 62.

45. L'excepcionalitat és tan extrema que s'ha de destacar que, quan s'ha qüestionat davant els tribunals un procés de selecció per concurs, pràcticament totes les sentències judicials han declarat la seva improcedència, arguint que no es donaven les notes d'excepcionalitat i indicant que, en tot cas, l'opció més correcta, si hi havia un empleat interí o es volia valorar l'experiència, era optar pel concurs oposició.

Apartat sisè

Algunes característiques del concurs oposició com a procediment de funcionarització del personal laboral

Ens referirem a continuació al concurs oposició per raons òbvies. En primer lloc, perquè es tracta del procediment que, tal com hem indicat, creiem més ajustat a dret. D'altra banda perquè, pel fet de referir-se a dues fases (oposició i concurs), les reflexions que aquí s'esmenten són vàlides també per al supòsit que l'entitat local opti per l'oposició —seguint el model de la Generalitat de Catalunya— o el del concurs.

57. Els nivells d'exigència en la fase d'oposició, han de ser equivalents a les convocatòries del torn lliure?

Les normes estatal i autonòmica catalana no diuen res en aquest respecte, però es poden trobar dues tendències clares: les convocatòries que estableixen un mateix nivell d'exigència, i les que en disminueixen el rigor —la gran majoria. N'és un bon exemple, en l'àmbit estatal, l'acord signat entre l'administració central i els sindicats el 22 de juliol de 1997, pel qual es fixa un programa de 70 temes per accedir al grup A —estructurats en 40 temes comuns i 30 d'específics—, 48 per al grup B —dividits en 28 i 20—, 20 per al grup C, i 8 per al grup D. En les convocatòries específiques de tot ordre, però, la disparitat és molt gran: 10 temes exigits per accedir a l'escala de titulats mitjans —grup B— del Ministeri de Transport,⁴⁶ un nombre idèntic a l'exigit per accedir a una de les 1.288 places de funcionarització d'auxiliars administratius de l'INEM,⁴⁷ que se situava en 17 temes per al grup C del mateix Institut.⁴⁸ Per contra, la convocatòria per ingressar com a arquitecte en el Ministeri de Foment era de 116 temes.⁴⁹ Aquest criteri de disminució del rigor es constata també en les comunitats autònomes:

46. BOE 10-6-1993.

47. BOE 4-1-1996.

48. BOE 4-1-1996.

49. BOE 30-11-2001.

l'Ordre de 24-7-2002 de la Conselleria d'Administració Pública de Castella-la Manxa redueix a 30, 25, 15 i 8 els temes per accedir, respectivament, als grups de classificació A, B, C i D. Finalment, en l'àmbit local, pot destacar-se l'Ajuntament de Calahorra, que únicament exigeix dos temes per a qualsevol grup de classificació.⁵⁰

58. És correcta una disminució del temari a exigir en l'àmbit local?

La resposta és complexa, perquè una disminució generalitzada pot implicar una contradicció entre els arts. 102.2 de la LBRL i l'art. 8 del RD 896/1991, d'una banda, i els programes més reduïts que aprovi l'administració local, de l'altra. En aquest sentit s'ha de dir que, segons la norma estatal, correspon a l'administració de l'Estat establir els programes mínims a què ha d'ajustar-se el procediment de selecció dels funcionaris, i així l'art. 8 del referit Reial decret, de caràcter bàsic, preveu un contingut i uns programes mínims en funció de la titulació i especialitat de la plaça; pertoca a l'entitat local fixar els temes concrets. Concretament, el RD 896/1991 institueix 90 temes per al grup A, 60 per al B, 40 per al C, 20 per al D i 10 per a l'E.

La pràctica totalitat de les bases consultades, a Catalunya i a la resta de l'Estat, acrediten que les CL han obviat aquesta exigència. No hi ha jurisprudència en aquest respecte que invalidi aquestes convocatòries de funcionarització, i el nostre parer és que, en tot cas, no sembla haver-hi una infracció de la normativa estatal, atès el caràcter excepcional del procés de funcionarització i les seves particularitats. Cal remarcar encara sobre això que la mateixa administració de l'Estat, i l'autonòmica, han reduït els temaris i deixen de banda les normes reglamentàries generals que estableixen els programes per a l'accés per torn lliure o promoció interna. El meu criteri és que aquesta filosofia pot aplicar-se igualment a l'àmbit local, sempre que no es desvirtui completament l'esperit de la norma, en reduir la fase d'oposició a un simple simulacre o paròdia, com es pot acreditar, per altra banda, en nombroses convocatòries dutes a terme per CL.

59. En els processos selectius ordinaris, és obligatori que una de les proves, com a mínim, sigui pràctica. Així mateix, també és obligatori en la funcionarització?

Efectivament, l'art. 19.1 de la LMRFP estableix que, si més no, un dels exercicis d'un procés de selecció ha de tenir un caràcter pràctic, la qual cosa ha suposat

que els tribunals declaressin la nul·litat dels processos selectius que no n'inclouen. Aquest criteri de l'obligatorietat ha estat entès com a norma a aplicar amb caràcter supletori respecte de les normes específiques o generals que aprovin les CA i les CL (STSJ Canàries/Santa Cruz 28-11-1997).

El nostre parer és que aquest criteri és aplicable a la funcionarització, però també cal remarcar que, pot ser omès. És raonable establir un exercici pràctic; això fins i tot pot facilitar a l'aspirant la superació del procés, però l'obligatorietat de l'art. 19.1 no s'aplica a la funcionarització. En aquest sentit, la doctrina judicial ha assenyalat que hi ha supòsits en què es pot exceptuar, si hi ha raons «degudament justificades». La justificació, en la funcionarització, tal com indica la SAN 7-2-2002 (RJCA 194/2003), radica que l'experiència pràctica ja s'acredita en la fase de concurs mitjançant la valoració del temps de servei prestat en la condició de laboral fix en el lloc convocat. Això significa que la naturalesa mateixa del procés de funcionarització i la fórmula del concurs oposició permeten, de forma excepcional, que la fase d'oposició es compongui únicament de proves de contingut teòric. Correspon, doncs, a l'entitat local establir quin criteri creu més adequat a cada cas.

60. Es pot incorporar una entrevista, a la fase d'oposició?

No són poques les convocatòries de funcionarització que la hi preveuen, però pràcticament no en trobem cap que fixi l'entrevista com a prova eliminatòria, encara que sí amb una possible valoració sobre el total de puntuació a obtenir molt elevada.

La nostra opinió —no tant jurídica, sinó com a pràctica de gestió dels recursos humans— és contrària a la inclusió d'una entrevista en un procés de funcionarització.

Jurídicament és possible si es compleixen tres requisits essencials: a) no pot ser l'únic element del procés selectiu; b) no s'ha d'instituir com una prova o exercici eliminatori; i c) en les bases o text de la convocatòria s'han d'indicar amb claredat les competències específiques que han de ser objecte d'anàlisi i el mètode per valorar-les, de manera que el tribunal valori mèrits i capacitats objectivament precisos o convenients a l'exercici de les funcions del lloc, o més específicament, els que estan orientats a precisar quins són els coneixements, capacitats o aptituds del lloc (STSJ País Basc 16-2-1995, RGD 628-627, 1997).

Però des del punt de vista de la gestió dels recursos humans, el nostre criteri és contrari a l'entrevista en la funcionarització, atesa la seva finalitat, que no és altra que adaptar el vincle jurídic d'un treballador fix a una relació funcional, per continuar ocupant el mateix lloc de treball. Valgui com exemple la finalitat de l'entrevista en la funcionarització del personal laboral de l'Ajuntament de

50. Per totes, es poden consultar les convocatòries publicades en el BO de La Rioja de 19-6-2001, 27-11-2001 o 23-1-2003.

Cartagena: «Apreciar els treballs i les funcions desenvolupades en els diferents llocs de treball ocupats pels aspirants en l'administració pública, informació necessària per avaluar l'aptitud, l'experiència i els coneixements obtinguts en la seva carrera professional...»⁵¹ La raó de la nostra oposició és clara: si el tribunal determina que el resultat de l'entrevista denota que el treballador fix manca de qualitats, fruit de la percepció —subjectiva— del tribunal, per molt que vulgui objectivar-ho, el resultat no serà un altre que la segura continuïtat del mateix empleat en el lloc que ocupa, com a laboral. És altament problemàtic, doncs, que una entrevista, que es transforma així en una mena de revàlida o rememoració de la carrera professional, no acabi introduint elements negatius o de rebuig en l'aspirant, en no declarar-lo vàlid, o amb una puntuació mitjana, que consideri *deshonrosa* en relació amb la resta de companys.

61. És possible suprimir o convalidar exercicis teòrics i pràctics, prefixats en la convocatòria, segons les circumstàncies individuals de cada candidat?

Es tracta, sens dubte, d'una de les qüestions més destacades i destacables dels processos de funcionarització.

El fonament jurídic d'una possible convalidació el trobem en la DT 15a LMRFP i en l'Ordre de 27-3-1991, si bé més clarament en aquesta última. Així, la DT esmentada preveu que es poden valorar com a «mèrit» totes aquelles proves selectives superades en el seu moment per accedir a la condició de laboral fix. Valoració com a mèrit, però no convalidació. Tanmateix, l'Ordre estatal de 1991 indica que «les proves seran, en principi, de contingut anàleg a les del torn lliure, si bé se'n podran suprimir aquells exercicis que corresponguin a coneixements ja acreditats en les proves que s'hagin superat per accedir a la condició laboral» (art. 9.4).

Aquesta opció més concreta, i favorable, que estableix l'Ordre de 1991, ha estat seguida per nombroses lleis autonòmiques i per una gran majoria de bases i convocatòries dels ens locals, a Catalunya i a la resta de l'Estat. El problema, doncs, no està en la possibilitat de convalidar, sinó en l'abast d'aquesta convalidació o supressió o, el que és encara més rotund, la possibilitat de la supressió total i completa. Sense afany de fixar doctrina, creiem que una interpretació raonable i prudent d'aquesta possibilitat hauria de fer-se sobre la base dels següents paràmetres.

- 1r. La supressió d'una o diverses proves no ha d'implicar l'absència de valoració de tal o tal exercici. En aquest cas, si l'aspirant a funcionaritzar la va superar en el seu moment en accedir com a laboral, cal valorar-ho. Les bases con-

51. Per tots, BO de la Regió de Múrcia 17-4-2001.

sultades opten per dues modalitats de valoració: a) atribuir la puntuació oportunament obtinguda en la superació de les proves com a laboral;⁵² b) assignar una puntuació fixa amb independència de l'obtinguda en el seu moment, que pot variar entre atorgar el mínim per donar per superat l'exercici o, directament, la puntuació màxima,⁵³ que en tot cas, és sempre la mateixa per a tots els aspirants que acrediten aquella superació en el seu moment com a laboral, per la qual cosa d'això se n'ha dit «valoració constant», igual per a tots.⁵⁴ L'opció més raonable és, al nostre parer, la primera de totes, la qual cosa permet que si un aspirant hi vol renunciar i presentar-se, pot fer-ho, assumint el resultat de la prova, en allò que tingui de positiu o, també, de negatiu, que és un criteri seguit, en un altre ordre de coses, pel Reial decret 182/1993, de 5 de febrer, sobre convalidació de proves en l'accés de funcionaris de nacionalitat espanyola d'organismes internacionals als cossos i escales de l'administració de l'Estat.

- 2n. La convalidació no pot quedar pendent d'elements estranys a la mera constatació que en el seu moment ja es va superar la prova com a laboral. Així, creiem il·legals les convalidacions condicionades, com és el cas de la normativa de funcionarització de la Regió de Múrcia, en la qual es convaliden els exercicis si l'aspirant supera el primer dels tres exercicis obligatoris instituïts, i, en cas contrari, ha forçosament de realitzar aquestes segones i terceres proves.
- 3r. La impossibilitat de valorar les proves en dos moments diferents. És usual establir una doble valoració d'aquella prova ja superada: primer, eximint de tornar-la a fer (o sigui, convalidant-la) i, després, valorant-la com a mèrit en la fase de concurs.⁵⁵ El nostre parer ens porta a entendre que aquesta pràctica és contrària a dret, per tal com valora en dues ocasions el mateix mèrit.

62. És possible suprimir o convalidar tots els exercicis teòrics i/o pràctics, i eximir l'aspirant de la fase d'oposició?

No hi ha cap dubte que és un dels aspectes jurídics més complexos del procés de funcionarització, tant pel risc de possibles impugnacions que pot arrossegat

52. *Vid.* funcionarització de l'Ajuntament de Palència (BO de Castella i Lleó 3-1-2002), cos de tècnics superiors de l'INSS (BOE 8-3-1996) o els diferents processos de la Diputació de Tarragona (BOP de Tarragona 14-4-1999) o de l'Organisme de Gestió Tributària de la Diputació de Barcelona (BOP de Barcelona 8-1-2000 i 11-5-2001).

53. Entre exemples de puntuació mínima, trobem la funcionarització dels tècnics mitjans d'Organismes autònoms del Ministeri de Transport (BOE 10-6-1993) i del Ministeri d'Obres Públiques (BOE 9-6-1993); en el supòsit contrari, donant la puntuació màxima, entre d'altres, la Universitat de Sevilla (BOE 17-10-1995).

54. Es l'opció feta per a funcionaritzar l'antic Organisme Autònom de Correus i Telègrafs (*vid.* BOE 16-4-1997, funcionaritzant 1.023 places d'auxiliars de classificació i repartiment).

55. D'exemples d'aquesta pràctica se'n poden trobar en la funcionarització de 300 places de titulats mitjans del Ministeri d'Obres Públiques (BOE 10-6-1993).

com pel fet que, en convalidar tota la fase d'oposició, el teòric «concurs oposició» es converteix, de fet, en un «concurs de mèrits». D'altra banda, la importància de la qüestió també radica en el fet que és una pràctica sovint emprada en processos de funcionarització de l'àmbit autonòmic i, amb més intensitat, en el món local; no pas en l'administració de l'Estat, on no hem localitzat cap convocatòria d'aquesta mena.

Sobre això poden establir-se dos criteris, que anomenarem «flexible» i «restrictiu».

La posició «flexible» vindria a dir que no és exigible als aspirants laborals tornar-se a sotmetre a totes les proves o exercicis ja superats en un altre moment, de manera que, si hi ha una coincidència total entre aquells i els previstos en la funcionarització, han de quedar exceptuats.

La tesi «restrictiva» entén que cal partir de dues premisses: la primera, que els serveis prestats com a personal laboral no poden suplir la necessitat de demostrar la capacitat des de la perspectiva dels coneixements per accedir a la condició de funcionari i, la segona, que el principi de capacitat obliga que els treballadors fixos hagin de provar els seus coneixements per a l'accés a la funció pública, i per a això l'element de prova és el contingut de la fase d'oposició.

Com que és difícil establir una regla jurídicament sòlida i clara, proposarem els següents paràmetres, amb el desig que puguin servir de guia mínimament segura a l'operador jurídic, ben entès que els formulem com una proposta personal que pren com a base la literalitat de les normes consultades, el seu esperit —és a dir, la finalitat que persegueixen—, però també considerant la base que la doctrina teòrica, els pronunciaments judicials i la doctrina del Consell d'Estat han establert.

- 1r. La convalidació ha de ser possible si el nivell d'exigència va ser el mateix en el moment d'ingressar com a laboral que el que es demana ara per accedir a la condició de funcionari. Però no es podran convalidar anys de servei per proves, o superar la fase d'oposició mitjançant els mèrits de la fase de concurs o no atorgar a la fase d'oposició un valor eliminatori.
- 2n. La convalidació total i completa ha estat criticada per inconstitucional pel Consell d'Estat, que en els seus dictàmens de 30 de juny de 1994 i 5 de juny de 1997 indica que «resulta essencial la realització, en tot cas, de proves selectives...» i que ni la DT 15a de la LMRFP ni la llei en el seu conjunt «no permeten l'absència total de proves...», fins al punt d'insistir que una oposició superada totalment per convalidació és un criteri mancat d'objectivitat i raonabilitat que trenca els principis de mèrit i capacitat. És important, doncs, tenir present el parer d'aquest alt òrgan consultiu estatal.

Tanmateix, la nostra posició —i, per tant, amb el simple valor de l'opinió de qui subscriu aquest treball— accepta el criteri que una convalidació total dels

exercicis i proves és possible si es porta una aplicació i interpretació ordenada de les normes de funcionarització. Perquè això succeeixi, caldria, doncs, complir i tenir presents els següents elements mínims:

- a) com hem assenyalat, el treballador fix ha de provar la seva capacitat en l'accés a la condició de funcionari, i no són vàlides les convalidacions de proves per altres criteris, com els serveis prestats;⁵⁶
- b) la convalidació d'una prova, de diverses o de totes, ha de fer-se sota la perspectiva que no solament el contingut dels programes de selecció sigui idèntic, sinó també que els nivells d'exigència hagin estat iguals entre aquells treballadors fixos i l'accés al cos o escala funcionarial; pot presumir-se que això s'esdevé si el programa i el tipus de proves són idèntics o molt similars, no solament entre les superades com a laboral i les requerides per funcionaritzar-se, sinó, i això cal remarcar-ho, entre aquestes últimes i les del torn lliure, que han de ser també idèntiques o homòlogues;
- c) per contra, entenem que no hi pot haver convalidació total o parcial quan no es pot corroborar aquella equivalència o identitat, sinó únicament que, en el seu moment, l'aspirant laboral va superar unes proves de selecció lliures, i
- d) en tot cas, volem matisar l'exigència d'aquesta «igual» identitat entre unes proves i altres. És evident que si la identitat és igual, ens trobarem davant de l'element més objectiu i menys conflictiu. Però si això no és així, per l'existència de factors molt diversos, cal establir el que nosaltres anomenem criteri d'oportunitat jurídica.

Quins poden ser aquests factors? Doncs, per exemple, que l'aspirant vagi superar en el seu moment les proves d'una plaça d'advocat, i ara la funcionarització és per ingressar a l'escala d'administració general, o a la inversa: que hagués accedit com a titulat superior, i ara, atès que fa funcions d'advocat, hom el vol funcionaritzar en l'escala d'administració especial (jurídica); o que la plaça que ocupa com a laboral és de graduat social i en aquests moments es funcionaritza en plaça de diplomad en relacions laborals o gestor nivell B de l'administració local. Els supòsits són infinits, i deriven en molts casos del fet que l'evolució de l'administració al llarg del temps —i del contingut del lloc de treball, de les categories i dels grups professionals— ha suposat, també, un canvi entre la categoria o grup professional d'ingrés com a laboral i el cos o escala en què s'insereix en el moment present el treballador a funcionaritzar.

56. Per tant, rebutgem opcions com la prevista en l'art. 7.2 del Decret 163/1998 de la Comunitat d'Aragó que convalida els exercicis pràctics de tots els grups de classificació als aspirants que acreditin serveis efectius com a laborals durant un període mínim de sis anys.

No hi ha cap norma jurídica que resolgui aquest problema i, per tant, la nostra proposta, basant-se en el sentit comú, amb tots els riscos que això comporta, pren en consideració el model establert pel Reial decret 182/1993, de 5 de febrer, que regula la hipotètica exempció de provés en l'accés a la funció pública espanyola per part de ciutadans de la nostra nacionalitat que tenen la condició de funcionaris d'organismes internacionals. És de destacar, en aquest cas, que essent un supòsit diferent, en la pràctica el problema és el mateix: establir l'equivalència entre una prova superada per accedir, per exemple, a l'Organització Internacional del Treball, i la prova a superar en el moment present per accedir al cos d'inspectors de Treball.

En aquesta norma, davant la dificultat evident en què es troba l'administració que convoca la plaça o places, es crea un òrgan col·legiat que podrà acceptar o no la petició de convalidació, prèvia petició de l'interessat —en el nostre cas, el treballador a funcionaritzar— a partir d'uns criteris més flexibles que la identitat o equivalència neta i pelada. En aquest supòsit, es valoren «especialment» la relació que hi pot haver entre els coneixements acreditats, el programa i el tipus d'exercicis a superar per a l'accés a la funció pública espanyola i l'àrea en què aquests funcionaris exerceixen habitualment l'activitat professional en l'organisme internacional. Nosaltres creiem que aquesta més gran, i més reflexiva, ponderació és el model que hauria d'implantar-se en les bases de funcionarització que aprovin els ens locals, i que permetria d'una manera més objectiva establir un criteri de convalidació més segur, fonamentalment quan l'aspirant hauria consolidat la condició de fix a través d'una prova allunyada en el temps.

En tot cas, volem insistir en la idea que l'exempció o convalidació no suposa que no s'acrediti la capacitat, sinó que aquesta quedarà provada, si bé el moment temporal d'aquesta prova serà diferent: per a un candidat serà el moment de la selecció com a funcionari i per a altres aspirants, el moment en què van participar en el procés selectiu per ser treballador fix.

63. Són fixats per llei, els mèrits a valorar per l'administració en la fase de concurs?

La DT 15a i la majoria de les normes autonòmiques estableixen dos tipus fonamentals de mèrits a valorar: els serveis efectius prestats com a laboral i les proves selectives superades per accedir a la condició de treballador. Aquesta valoració, si més no en l'àmbit estatal, no pot superar el 45 per 100 de la puntuació màxima que pugui obtenir-se en la totalitat del concurs oposició (art. 9.5 de la Orden de 27-3-1991). La legislació catalana és molt més flexible, ja que es refereix a la possible valoració de l'expedient administratiu, terme més ampli —i,

ahora, indeterminat— on es poden incloure altres conceptes (DT 10a TRFPC). En tot cas, el nostre parer respecte dels mèrits manté les següents línies bàsiques:

- 1r. Els termes emprats per la llei autonòmica catalana no són tancats, per la qual cosa no necessàriament és obligatori incloure-hi una fase de concurs, malgrat la disposició de la llei. A Catalunya, l'administració «podrà» valorar l'expedient administratiu, i això ha suposat que, significativament, en la immensa majoria de les funcionaritzacions dutes a terme per la Generalitat de Catalunya —amb l'excepció de les del Servei d'Ocupació— s'hagi optat únicament per l'oposició.
- 2n. Si se segueix la norma estatal, sembla obligatori incloure-hi, si més no, els dos tipus de mèrits indicats (proves i serveis prestats). En general, la pràctica ha comportat que l'Estat i la Seguretat Social hagin valorat sempre i en tot cas els serveis prestats i en menor mesura —i amb menys pes específic, si no les han suprimides totalment— les proves superades per accedir com a laboral; no hem localitzat convocatòries que es basin únicament en l'oposició.
- 3r. En qualsevol cas, ni de la norma estatal ni de l'autonòmica catalana no deriva una prohibició de valorar altres mèrits. L'administració els pot valorar, si bé amb determinats límits, perquè no serà possible crear desigualtats arbitràries que topin amb els principis de mèrit i capacitat o hi siguin incompatibles, malgrat que en aquest cas la ruptura no sigui davant d'un col·lectiu indeterminat de persones, sinó entre els integrants d'un col·lectiu específic: els fixos la plaça dels quals està afectada per la funcionarització.

64. Com es pot interpretar en les bases el concepte de «mèrits sobre els serveis prestats com a laboral»?

L'ambigüitat de la DT 15a LMRFP s'ha concretat de moltes formes diferents en les convocatòries específiques, amb un ampli ventall de possibilitats. En alguns casos valorant tots els serveis com a laborals fixos i temporals o solament fixos, fins i tot amb independència de la categoria ocupada o de l'administració on s'han de prestar: per aquesta generalitat opten l'Orden de 24-7-2002 de la Conselleria d'Administracions Públiques de la Junta de Castella-Lleó i l'Orden 127/2003 de 26 de desembre de la Comunitat de La Rioja.⁵⁷

En altres supòsits, únicament es valoren els serveis prestats en el lloc que es

57. També la Diputació de Salamanca (vid. BO de Castella i Lleó 12-7-2002).

funcionaritzat;⁵⁸ també es localitzen convocatòries on la valoració és dels serveis prestats en altres administracions en llocs semblants al que ara es funcionaritzat, sobretot en supòsits de prèvia subrogació entre entitats públiques (DT 3a Llei 17/2002 de 5 de juliol d'ordenació del sistema d'ocupació de Catalunya), si bé en altres casos s'exclou expressament aquests serveis abans de subrogar-se.⁵⁹ No és estrany, finalment, trobar una simple valoració de l'antiguitat a l'administració, més que una valoració de serveis efectius com a laboral, per la qual cosa s'inclou tot tipus de serveis (art. 7.2 de l'Ordre 71/2002 de 27 de juny de funcionarització de La Rioja).

65. És correcte valorar també els serveis prestats com a interí laboral, abans d'adquirir la condició de laboral fix?

No sembla pas que la llei estatal ni l'autonòmica ho impedeixin, vist que els termes són prou amplis i ambigus per acceptar-ho: «serveis efectius prestats en la seva condició de laboral». És un criteri adoptat amb caire bastant general, especialment després de la reforma laboral de l'any 2001, que va establir la previsió, en l'art. 15.6 de l'ET, segons la qual els treballadors amb contracte temporal tenen els mateixos drets que els fixos, llevat de justificació que avaluï la diferència sobre la base d'aquesta temporalitat. Tanmateix, la nostra opinió és que el més adequat seria incloure els serveis com a temporals, però referint-los exclusivament al lloc que després s'ocuparà com a fix —el que es funcionaritzat—, si bé la indeterminació de la norma permet pluralitat d'interpretacions, i totes elles creiem que vàlides.

66. Com s'ha aplicat en la pràctica aquest mèrit dels «serveis prestats»?

Si bé el risc de generalització és evident, hem d'assenyalar que els serveis prestats com a laboral són un mèrit predominant inclòs en les bases de les convocatòries, amb molta més intensitat que les proves selectives superades. En l'àmbit estatal, la regla general és una proporció interna de 3 a 1 en favor dels serveis prestats, fins i tot superior o clarament determinants, lògica seguida també en l'àmbit autonòmic, local i universitari. Així, per exemple, en la funcionarització d'auxiliars, administratius i tècnics de l'INEM, s'atorguen sis punts com a serveis prestats sobre un total de vuit disponibles,⁶⁰ trenta punts sobre un total de qua-

58. Diputació de Badajoz, BOP de Badajoz 16-4-2003; com a laboral en el grup professional o categoria que es funcionaritzat *vid.* Decret 1499/2003 de 22 d'abril de la Ciutat de Ceuta o la funcionarització de l'Ajuntament de Salamanca, BO de Castella i Lleó 26-2-2002.

59. De nou, l'esmentada funcionarització de la Diputació de Badajoz. BOP *cit.*

60. BOE 16-9-2003.

ranta-cinc en la funcionarització de titulats superiors i mitjans del Ministeri de Transports⁶¹ o setze sobre vint-i-quatre en el cos tècnic de l'INSS.⁶² En el punt límit, hi ha convocatòries en què únicament es valora aquest mèrit, com l'Ordre de 24-7-2002 de la Junta de Castella-la Manxa de funcionarització del personal laboral de la comunitat.

67. Què significa la valoració de mèrits de «proves superades per accedir a la condició de laboral»?

Hem de remarcar que és un mèrit que, com a regla general a tot l'Estat, no ha estat excessivament destacat en les convocatòries. La majoria l'inclou, però en una proporció disminuïda o fins i tot insignificant en relació amb els serveis prestats. La raó pot ser, en molt casos —sobretot en l'àmbit autonòmic i local— l'absència de proves selectives, o proves d'escassa entitat i rigor o simples concursos, dutes a terme en el seu moment per accedir-hi com a treballador fix.

La indefinició del terme ens porta a possibles interpretacions. D'una anàlisi legal exhaustiva i de les convocatòries publicades, podem destacar el següent:

- 1r. Sembla raonable i adequat entendre que la valoració sigui en relació amb una prova per accedir com a treballador fix a la plaça o categoria que s'ocupa. Això no exclou que es puguin valorar, en un altre moment del concurs, les proves fetes per accedir-hi com a temporal o interí.
- 2n. Caldria que en les bases s'inclogués una taula de quina o quines proves són les «superades», davant de la pluralitat de proves, amb contingut molt diferent, que al llarg del temps (anys, dècades) poden haver-se succeït per accedir a la mateixa categoria o grup professional que ara es funcionaritzat. Això és bàsic a les CL, on el desgavell organitzatiu dels recursos humans és molt accentuat. Aquestes proves, o més ben dit, la seva valoració, haurà de fer-se en tot cas sobre la base d'un criteri d'objectivitat.
- 3r. La dificultat anterior fa que en moltes ocasions les CL acabin funcionaritzant no per cossos i escales de caràcter general, sinó per cada lloc individual, creant una hiperinflació de cossos i escales especials *ad hoc*. Així no és estrany trobar convocatòries per a tècnic superior d'urbanisme o recursos humans, en l'escala d'administració especial (co-

61. BOE 10-6-2003.

62. BOE 8-3-1996.

meses especials), la qual cosa ens sembla raonable; menys coherent és la convocatòria —i prèvia creació com a comeses especials— de places per a tècnics de seguretat viària, turisme o especialitats o subespecialitats com a classes o categories com es el de cap del negociat de nòmines, auxiliar de la llar d'avis o llacer de gossos.⁶³

68. Què s'esdevé en el supòsit d'un treballador fix promogut internament? Què s'ha de valorar?

Ens sembla que el més adequat i objectiu és valorar la prova selectiva de promoció interna que va servir per accedir a la categoria o grup professional que ocupa en el moment de la funcionarització. La legislació no obliga en cap moment que les proves selectives superades hagin estat per torn lliure. Una interpretació diferent podria suposar, fins i tot, anar contra el principi constitucional i legal que reconeix el dret del treballador a ser promogut en el seu treball.

69. Es pot considerar com a prova superada l'accés com a laboral fix per mitjà d'un concurs de mèrits?

És una qüestió realment complexa, però molt important, perquè hi ha una elevadíssima proporció de treballadors fixos que es funcionaritzen que van adquirir la condició de laboral per un concurs de mèrits. Això, és una prova superada?

Les bases consultades expliciten, en la funcionarització, però no sempre, que la prova superada ha de ser forçosament un concurs oposició o una oposició, excloent-ne el concurs, mentre d'altres, sí que l'hi inclouen.

El terme «prova» és ambigu: en català, «prova» equival a «examen»; en canvi, la RAE⁶⁴ defineix la prova com «examen que se hace para demostrar o comprobar los conocimientos o aptitudes de alguien». D'aquesta definició, se n'exclouria sens dubte el concurs. Tanmateix, el mateix Gran Diccionari de la Llengua Catalana (edició de 1998, i edició electrònica consultada el 2004) també descriu la «prova» com l'«acció de comprovar o de demostrar certes qualitats o habilitats en un camp determinat» que permet incloure-hi el concurs.

El nostre personal criteri és que si es parteix d'un concepte del concurs com la comprovació i qualificació dels mèrits dels aspirants, segons un barem fixat en

63. Aquest mateix any 2004, *vid.* funcionarització de l'Ajuntament de Ponferrada, convocant una plaça de llacer de gossos (BO de Castella i Lleó 22-1-2004) o l'Ajuntament de Calahorra amb una plaça d'auxiliar de la llar d'avis (BO de La Rioja 29-5-2004). Els exemples són infinits i testimonien una constant confusió entre lloc de treball, categoria i grup professional en règim laboral i cos o escala funcional.

64. Diccionari de la Real Academia de la Lengua Española, 22a edició.

la base o convocatòria específica, que serveix per discriminar entre uns aspirants i els altres, el concurs hauria de considerar-se una prova superada, valorable en el procés de funcionarització.

70. És possible valorar altres mèrits?

Com hem assenyalat, la norma estatal i l'autonòmica catalana no són tancades en el seu plantejament. Específicament en el TRFPC, l'expressió «expedient administratiu» permet incloure altres mèrits, sens dubte. Tanmateix, podria parlar-se de mèrits *principals* i de mèrits *secundaris*: aquells serien els de les proves superades i els serveis prestats.

Encara que en cap norma no es distingeix així, és evident que aquells dos primers, reflectits en la DT 15a de la LMRFP, assoleixen un pes específic important. Per això, la nostra opinió és que, essent possible incloure'n altres de *secundaris*, encara que puguin ser importants i significatius, no podran desvirtuar en el seu còmput global als mèrits *principals*.

71. Quins són aquests mèrits secundaris?

No hi ha una regla escrita específica, però creiem que s'ha de remarcar que, siguin els que siguin, han d'estar en relació amb les funcions a exercir com a funcionari, de manera que un mèrit que no tingui cap relació amb el contingut de la plaça o lloc a funcionaritzar no és procedent, i s'incorre en desviació de poder. Destacarem la STS 6-6-1996 (Ar. 5016), com a exemple, que considerarà improcedent valorar les funcions no homologables a la plaça convocada de llicenciat en dret, dels serveis prestats en una plaça d'administració especial, perquè no s'especificava quines havien estat les funcions d'aquesta última plaça; en canvi, la mateixa sentència va entendre que era possible valorar els serveis en una plaça d'administració general, perquè això implicava l'exercici de tasques de caràcter administratiu de nivell superior, fins i tot de direcció, de la qual cosa es desprenia un coneixement pràctic de l'organització i activitat municipal que és d'interès per a un jurista.

En tot cas, els paràmetres bàsics d'aquests mèrits secundaris podrien agrupar-se en els següents punts:

- 1r. Ens semblen contraris a dret els anomenats «altres mèrits lliurement valorables pel tribunal»: la seva inespecificitat trenca els principis de mèrit i capacitat, i han estat qualificats de reprotxables precisament pel seu caràcter absolutament inespecífic (STS 6-6-1996).

2n. El ventall, ampli, ha de ser objectiu, en relació amb el lloc o plaça convocada. Entre les nombroses convocatòries poden extreure-se'n, però, alguns de recurrents. En destacarem els següents:

a) L'acreditació de determinats nivells de formació: titulacions superiors a les requerides per a la plaça convocada, assistència a cursos, seminaris, congressos, jornades, etc. En general, és un mèrit molt habitual en la funcionarització de places de personal docent.⁶⁵

b) L'acreditació de nivells de responsabilitat, establint un determinat símil amb els graus personals i nivells del règim funcional, valorant la consolidació o l'exercici de graus o nivells superiors, en aquelles entitats on també per als laborals s'ha adoptat un esquema semblant.⁶⁶

c) Malgrat que ens sembla un mèrit improcedent, no és difícil trobar els que valoren subjectivament l'exercici de les funcions com a laboral, mitjançant informes del superior jeràrquic. La subjectivitat o indeterminació en què permeten incórrer ens sembla improcedent.⁶⁷

72. En quin moment del procediment selectiu s'han de valorar els mèrits?

Atès que no tenen caràcter eliminatori, la possibilitat és dual: abans o després de la fase d'oposició. Cada convocatòria consultada opta, sense més raó que la simple opció feta per l'autoritat administrativa, per un moment o l'altre.

73. Pot ser eliminatòria la fase de mèrits?

La nostra posició és absolutament refractària a considerar eliminatòria la fase de mèrits. No creiem tampoc que es pugui afegir la puntuació dels mèrits per superar la fase d'oposició: així, qui no supera la fase d'oposició no pot superar el concurs oposició de funcionarització, per la qual cosa el sistema de *motxilla* resta també prohibit en la funcionarització.

65. Vid., com a exemples, els processos del Ministeri d'Educació i Cultura. Funcionarització de professorat de formació professional. BOE núm. 127 de 28-5-1999; Diputació de Salamanca. Funcionarització de personal administratiu, llocs d'administració especial i professorat de secundària, oficis i formació professional. BO de Castella i Lleó núm. 134 de 12-7-2002; Xunta de Galícia. Funcionarització del professorat de secundària. DO de Galícia núm. 168 de 2-9-2002.

66. Vid. funcionarització de l'Ajuntament de Salamanca, BO de Castella i Lleó 26-2-2002.

67. En uns termes de màxima subjectivitat, l'Ajuntament de Salamanca valora com a mèrit, amb major percentatge —pràcticament quadruplicant la valoració dels serveis prestats en un lloc similar, xifrada en 0,18 punts màxims—, el «grau de satisfacció del treball desenvolupat en llocs similars...» fins a 0,71 punts (BO Castella i Lleó 26-2-2002).

74. Malgrat el que s'ha dit fins ara, és possible funcionaritzar mitjançant un concurs de mèrits?

Ja hem assenyalat que en el sistema espanyol hi ha una preferència pel sistema d'oposició, després pel de concurs oposició i únicament de forma excepcional pel concurs. En canvi, en la funcionarització, tornem a indicar que el sistema preferent sembla amb claredat el concurs oposició, obligatori segons la norma estatal, i optatiu segons la norma catalana, que, quan no n'hi ha, prefereix optar per l'oposició si no es té en compte l'expedient administratiu del treballador.

Però malgrat aquesta especificitat de la funcionarització, el concurs com a tal ens sembla dubtós i perillós. La funcionarització, com a procés, no és una justificació —al nostre parer— que permeti considerar que es dóna l'excepcionalitat. Cal recordar en aquest sentit que la legislació catalana preveu únicament el concurs per proveir places dels grups A i B que, per raó de les seves funcions i característiques i per la tecnificació requerida per exercir-les, han de ser assignades a persones de mèrits rellevants i condicions excepcionals (art. 50 TRFPC). L'ampullositat dels termes situa el concurs, fins i tot en la funcionarització, amb un dubtós suport jurídic, potser relegat a llocs ocupats per persones molt específiques.

A Catalunya, però, no ha estat gens estrany optar pel concurs emparant-se en la normativa local, més ambigua: funcionarització per a cossos i escales d'administració especial o del grup E. Tanmateix, la nostra valoració és que, davant la jurisprudència del Tribunal Suprem, tampoc no sembla una resposta prou sòlida, i n'és una bona prova que en la nova LMRLC de 2003 s'ha suprimit la referència a l'escala d'administració especial i al grup E (art. 290.2), limitant-ho únicament a l'àmbit fixat en l'art. 50 del TRFPC, a diferència de la LMRLC de 1987 que sí que els incorporava.

En aquest punt, hem de fer una reflexió jurídica: la raó per la qual el concurs és utilitzat sovint, sobretot en l'àmbit local, és la dificultat que un concurs oposició o oposició suposa en la gestió dels recursos humans a l'hora de funcionaritzar. Raons de tota mena, se'n donen, incloent-n'hi de pressió sindical o política, que fan difícil sovint ser respectuosos amb la llei:⁶⁸ la funcionarització de treballadors amb llarga experiència professional però escassa capacitat d'aprenentatge teòrica i memorística, malestar en l'organització pública per l'exigència de superar una o diverses proves a empleats que han exercit amb total normalitat i qualitat les seves funcions, el sentiment de discriminació respecte als funcionaris per part dels laborals, ja que a aquests se'ls pot acabar demanant de superar dos

68. Un exemple clar d'això, amb una rotunditat fins i tot sorprenent —però alhora lògica—, el trobem en la revista informativa del Sindicat de Treballadors de l'Administració de la Rioja (STAR), núm. 109 de 5-6-2001, que és representativa del pensament que no solament les organitzacions sindicals, sinó també els treballadors, tenen, clarament comprensible des de la perspectiva individual o subjectiva. Literalment es demana que (no ho traduïm): «Todo el proceso sea lo más rápido posible, evitando demoras, y contemplando unas pruebas lo más suaves posibles [...] el contenido de los temarios, no debería ser sino algo meramente testimonial, dando forma legal a un proceso [...]; no se podría entender que después de muchos años de profesión, ahora se dudara de sus conocimientos y profesionalidad...» (pàg. 1).

processos selectius per fer la mateixa feina, o el sentiment que l'aspirant pot suspendre el procés, pres això com una deshonra professional respecte els seus companys o els seus caps.

Per aquesta raó, no és gens difícil trobar aparents concursos oposició que en la pràctica són concursos de mèrits, perquè la superació d'uns determinats mèrits implica la superació *de facto* de tot el procés.

75. És possible un *tertium genus* en el concurs, que impliqui la superació forçosa d'una prova teoricopràctica, per valorar la resta de mèrits?

Es tractaria d'un supòsit de concurs en què hi ha inclòs un mèrit, consistent en la superació d'una prova, que, si no s'aprova, impediria la valoració de la resta de mèrits. En la pràctica, es tracta d'un concurs oposició, però amb una aparença diluïda. Aquesta fórmula es basa en la inclusió d'un mèrit consistent en l'apreciació de la capacitat dels aspirants, i malgrat la seva complexitat jurídica, ha estat incorporat per algunes CL —es destaquen en aquest cas la Diputació de Barcelona i els seus organismes autònoms. Concretament, l'apreciació de la capacitat suposa que l'aspirant ha de passar un conjunt de proves, generalment pràctiques, l'objecte de les quals és comprovar el nivell de coneixements, habilitats i condicions per a l'exercici de les funcions pròpies de la plaça, si bé alternativament es permet convalidar-les si l'aspirant ha superat oportunament un procés selectiu per accedir a la condició de treballador fix.

Aquest sistema significa, de fet, un concurs oposició, però permet una individualització molt accentuada de la comprovació o apreciació de la capacitat i impedeix així que el procés es transformi en una altra cosa, això és, l'ingrés en un cos o escala amb caràcter general. En aquest sentit, les convocatòries consultades insisteixen molt a assenyalar que les proves mesuraran el grau d'experiència i els coneixements respecte de les funcions de les places a proveir, i a més a més, hauran de ser individualitzades, ja que aquella prova s'efectuarà basant-se en les «fitxes descriptives de les funcions pròpies de les diferents categories».⁶⁹

76. És correcte optar simplement per l'oposició?

Ha estat l'opció pràctica a la Generalitat de Catalunya, malgrat la permissivitat de la llei catalana en favor del concurs oposició. La raó és clara: com que no hi ha

69. Poden consultar-se els BOP de Barcelona de 17-4-1995 i 7-8-1997, respectivament, que donen publicitat als acords plenaris de la Diputació de Barcelona de 23 de març de 1995 i 23 de juliol de 1997.

una real competència, sinó únicament la necessitat de superar el procés per assolir la condició de funcionari, s'ha suprimit el concurs. Tanmateix, aquesta lògica impedeix el benefici de la convalidació total o parcial d'exercicis superats anteriorment per accedir a la condició de laboral fix. També han optat per aquesta fórmula de l'oposició moltes convocatòries d'Aragó, Múrcia i Canàries.

77. Són possibles altres fórmules, a part del concurs, l'oposició o el concurs oposició?

El nostre parer és clar: la resposta és negativa. Tanmateix, es fa necessari exposar quines són aquestes possibles fórmules i les raons per al·legar-ne la il·legalitat o inconstitucionalitat, si l'operador jurídic es veu obligat, per les raons que sigui, a optar-hi (*vid.* preguntes 78 a 80).

78. Seria possible un ingrés directe com a funcionari, sense procés selectiu de cap mena?

Llevat de la Comunitat de Navarra, on és permesa aquesta fórmula, ja no podem localitzar cap norma legal ara vigent que ho permeti. La integració directa és inconstitucional —opinió que també apliquem a Navarra. La jurisprudència ha tingut oportunitat d'establir-ho amb rotunditat, entre altres ocasions, en les SSTC 67/1989 i 388/1993: l'antiguitat, com a títol únic i excloent de tot altre mèrit, com a legitimador per a l'accés a la funció pública, està prohibit per la Constitució.

També considerem improcedent una fórmula de funcionarització aparentment innòcua, però amb idèntics resultats: l'accés directe a un cos o escala funcional, sense prova selectiva, per integració directa des d'un altre cos o escala declarat a extingir, si en aquest últim s'hi havia incorporat treballadors funcionaritzats que no complien cap dels requisits establerts legalment, fonamentalment el de titulació. En aquest sentit, la inicial normativa reglamentària de la Comunitat de Múrcia va validar la participació en el procés de funcionarització de treballadors sense el títol necessari, però integrant-los en un cos o escala a extingir i permetent que, si en el termini de cinc anys obtenien la titulació, la integració es produiria sense cap tipus de prova o procés selectiu, en el cos o escala a què va ser equiparat originàriament el lloc de treball laboral ocupat (DT 3a del Decret 102/1991 de 7 de novembre).

79. És possible una oposició o concurs oposició sustentats únicament en la superació d'un curs de formació?

Malgrat el que hem dit, ha estat un model àmpliament utilitzat i incorporat a normes de rang de llei. La filosofia del sistema s'incardina en dues fórmules aparentment diferents, però amb igual contingut material:

1. la superació d'un o diversos cursos implica l'accés a la condició de funcionari;
2. l'oposició o concurs oposició consisteix, en la fase d'oposició, en la superació d'un o diversos cursos.

Aquestes fórmules han estat recollides per la legislació de la Comunitat Valenciana (Llei 1/1996, de 25 d'abril, d'adaptació del règim jurídic del personal de la Generalitat) —i basant-se en el principi d'equivalència allà també imperant, per a les CL i universitats públiques valencianes—, per la Comunitat de Madrid (Decret 149/2002) i de Castella La Manxa (Ordre de 24 de juliol de 2002); així ho preveia també la Llei 4/1996 del Principat d'Astúries, declarada inconstitucional.

Com a exemple del sistema, podem esmentar que a la Comunitat de Madrid s'institueix un sistema selectiu, que sense dissimulació, es fonamenta en la superació d'un «curs selectiu d'adequació», que comporta la realització d'unes proves finals, relacionades amb les matèries impartides en el curs (art. 13.1 del Decret 149/2002). Segons aquest model, cal assistir a un mínim del 90 per 100 de les hores lectives, fora de l'horari de treball, si bé també és possible la convalidació dels coneixements ja acreditats anteriorment per accedir a la condició de laboral. El model ha estat també adoptat per la Comunitat de Cantàbria, en preveure «cursos amb prova selectiva» i així ho deduïm també a les Illes Balears⁷⁰ —malgrat que de forma emmascarada i aparentment basant-se en concurs oposició—, on es preveuen unes proves selectives que es componen d'un curs inicial, amb valoració d'*apte* que permet la continuïtat del treballador en el procés de funcionarització— o de *no apte* —que l'exclou—, una prova de català i una fase d'*oposició* sobre un temari igual al contingut del curs. De totes maneres, entre tots destaca la llei valenciana 1/1996, no impugnada per inconstitucionalitat —malgrat que entenem que ho és, i de forma clara—, per la qual s'estableix un sistema clarament basat en cursos, que varien segons les característiques del empleat laboral. Si el candidat havia ingressat per torn lliure i amb un procés selectiu, haurà de superar un curs selectiu, que oscil·la entre 50 hores

70. Acord del Consell de Govern de 19-10-2001. BO de les Illes Balears 13-10-2001.

lectives per al grup A i 5 hores lectives per al grup D; si no hi ha prova de cap mena originària, la durada del curs és de 150 hores lectives per al grup A, fins a 15 hores per al grup D, si bé en alguns supòsits es requereixen dos cursos, que en cap cas, entre tots, no superen 200 hores per a la funcionarització del grup A.

80. Per què és inconstitucional la funcionarització basada únicament en cursos o accions formatives, malgrat que s'emascari sota fórmules d'oposició o concurs oposició?

L'advocat de l'Estat, en el procediment seguit contra la Llei asturiana 4/1996, va indicar que la fórmula del curs selectiu és un procediment que infringeix la Constitució i la legislació bàsica de l'Estat i així va ser acollit, provisionalment, pel tribunal en les seves interlocutòries de 24 de juny de 1997 i providència prèvia de 28-12-1996. Finalment, la llei asturiana ha estat declarada inconstitucional, però per altres raons, sense que el TC vagi entrar a valorar aquest aspecte d'una manera directa. També ha assumit aquesta posició sobre la inconstitucionalitat l'administració central de l'Estat en el seu informe de la Direcció General de la Funció Pública de 22 de gener de 1997.

Qui més clarament s'ha manifestat en aquest sentit, atesa la qualificació jurídica d'on parteix, ha estat el Consell d'Estat espanyol —així com algun altre òrgan consultiu autonòmic.⁷¹ Segons el Consell d'Estat, la mera superació d'un curs no s'ajusta als principis d'igualtat, mèrit i capacitat; en els seus dictàmens destaca la necessitat de realitzar proves selectives, no emmascarades sota la fórmula de cursos, o mitjançant directament l'accés a través de cursos basats en els principis següents.

- a) L'eliminació de proves i la substitució per un curs formatiu trenca l'esquema fixat per les normes bàsiques estatals, si bé és factible establir un curs d'adaptació que completi el procés selectiu, però no que el substitueixi. Això vol dir que únicament es pot accedir a la condició de funcionari, fins i tot de forma restringida, mitjançant un concurs, una oposició o un concurs oposició, d'acord amb el que disposa l'art. 19.1 de la LMRFP, que té el rang de norma bàsica i, en conseqüència, aplicable a totes les administracions públiques espanyoles.
- b) La realització, tan sols, d'un o diversos cursos introdueix una desigualtat amb altres processos de funcionarització, que no té fonamentació objectiva i rao-

71. Dictamen núm. 1110 del Consell d'Estat de 30 de juny de 1994, valorant la inconstitucionalitat de l'avantprojecte de la llei valenciana de funcionarització, o dictamen núm. 2457, de 5 de juny de 1997, sobre la llei asturiana de funcionarització. Més recentment, el dictamen de 20-10-1998 del Consell Consultiu de Castella-La Manxa.

nable i que, per tant, comporta una infracció de l'art. 23 de la Constitució, però també dels arts. 149.1.18 i 149.1.1 de la CE ; a més, s'entén que, si un curs de formació no garanteix de forma suficient l'aptitud i coneixements de l'aspirant per ocupar el lloc, molt menys succeeix si es tracta de cursos i accions formatives de caràcter genèric.

- c) Finalment, hi ha el fet que la superació d'un procés selectiu en el seu moment com a laboral fix no valida una distinció de tracte tan radical que permeti funcionaritzar aquests treballadors per mitjà d'un o diversos cursos, en una distinció de tracte tan radical respecte dels aspirants per torn lliure o promoció interna, sobretot quan els coneixements exigits en un altre moment sí que van ser requerits per adquirir la condició de fix, i els actualment sol·licitats en la funcionarització poden haver variat tan substancialment que fins i tot poden ser plenament diferents.

La nostra opinió és exacta a la manifestada pel Consell d'Estat. Hi afegim dos aspectes que ens semblen també molt significatius: en primer lloc, ens fem ressò del principi de proporcionalitat, que ha de buscar un equilibri adequat entre el punt de vista dels drets individuals —en aquest cas, del treballador que vol assolir la condició de funcionari, així com de les pressions sindicals i col·lectives que puguin donar-se— amb els drets fonamentals protegits per la Constitució. Com ha assenyalat la doctrina alemanya més recent, el mandat d'establir una relació adequada entre el mitjà i la finalitat és el nucli original i la forma més general de control de l'Estat: ens sembla que hi ha una fallida del principi de proporcionalitat que habilita l'accés a la condició de funcionari mitjançant un procediment diferent dels tres previstos a la llei (concurso, oposició, concurso oposició) i que, en tot cas, la fórmula adequada —ja ho hem dit— és el concurso oposició.

En segon terme, creiem que també la inconstitucionalitat es predica, com és el cas d'algunes convocatòries d'entitats locals, perquè la funcionarització es reitera en el temps, i no és una fórmula única i excepcional. Emprar a més la fórmula del curs formatiu, mitjançant seleccions reiterades en el temps, trenca el principi de necessària excepcionalitat i el caràcter únic d'un procés restringit.

Apartat setè

Aspectes procedimentals comuns en el procés selectiu de funcionarització

81. Un procés de funcionarització, s'ha d'impulsar d'ofici?

Hauria de ser una característica òbvia, perquè, un cop readscrit el lloc de laboral a funcionari, el més coherent és la funcionarització com a procés conseqüent. El procés de funcionarització correspon, pel que fa al seu estudi previ, inici i desenvolupament, a l'entitat local, sens perjudici que els treballadors afectats i els seus representants unitaris i sindicals puguin tenir-hi una participació significativa.

I si, readscrit el lloc, l'administració local no el convoca? És evident que després de la STC 38/2004 hi hauria una justificació jurídica emparada en el risc que comporta la convocatòria restringida. Però, fent abstracció d'aquest fet, la no convocatòria implicaria, al nostre parer, un trencament del principi de legalitat, ja que amb més o menys retard l'administració hauria de donar compliment al procés de funcionarització. Tanmateix, la jurisdicció contenciosa es resisteix a imposar una obligació immediata i és regla comuna que es pronunciïn les sentències en el sentit que ha de ser l'entitat local, mitjançant l'òrgan competent, la que adopti la decisió de classificació del lloc, «fet determinant» perquè pugui iniciar-se el procés de funcionarització (STSJ Andalusia/Sevilla 19-2-1998, RJCA 248). Això no obstant, si l'administració no vol reclassificar el lloc a funcionari malgrat que legalment sigui imperatiu, els tribunals han acabat obligant l'administració a fer-ho, mitjançant la decisió administrativa corresponent i, tot seguit, aprovar la convocatòria: n'és una bona prova la convocatòria d'una plaça de tècnic de gestió d'organismes autònoms, feta per l'Ordre de 26-11-2003, que és l'aplicació de la STSJ Madrid 17-10-2001, que va reconèixer el dret d'una treballadora a la funcionarització, la qual cosa va obligar a la CECIR —òrgan estatal encarregat de la reclassificació— a fer-ho.

82. Els treballadors, en quin moment han d'acreditar els requisits de participació, en especial el de titulació?

La normativa estatal, autonòmica i local no exigeix als aspirants que participin en un procés selectiu que acrediti el compliment de requisits o condicions, en el moment de presentar la instància. S'admet la participació, per raons de simplificació i eficàcia, únicament amb la manifestació en la sol·licitud d'aquest compliment. L'acreditació efectiva ha d'efectuar-se un cop finalitzi el procés, després de la publicació de la llista definitiva d'aspirants seleccionats, en el termini de vint dies naturals. La manca d'acreditació de les condicions de capacitat i dels requisits exigits, llevat un supòsit de força major, impedirà el nomenament com a funcionari, i restaran anul·lades totes les actuacions.

No obstant això, creiem que la singularitat de la funcionarització permet a l'entitat local actuar d'una altra manera, per tal d'evitar riscos innecessaris i situacions de fet de difícil gestió.

En primer lloc, l'administració pot exceptuar que el treballador candidat acreditï condicions i requisits que ja consten en el seu expedient administratiu. És absurd sol·licitar, abans de la presa de possessió, certificats mèdics, DNI, títols que ja són incorporats o recollits a l'expedient personal. Així ho reconeix la STS 4-3-1996 (Ar. 2166).

Per contra, hi ha dues circumstàncies que sembla raonable acreditar a l'inici del procés —a l'hora de presentar la instància— i no al final: que el lloc de treball està afectat per la funcionarització i la possessió de titulació.

En el primer cas, és habitual demanar en totes les convocatòries una còpia compulsada del contracte laboral o una certificació de l'existència de relació laboral així com una certificació de l'òrgan competent en la qual s'acrediti que el lloc que ocupa l'aspirant laboral està afectat pel procés de funcionarització en què participa. Això evita l'admissió d'aspirants que en cap cas no podrien ser funcionaritzats.

En segon terme, un gran nombre de bases i convocatòries requereixen l'acreditació de la titulació requerida, atesa la gran problemàtica que això suposa. S'evita així l'existència de candidats que superin la funcionarització i després no puguin prendre possessió per falta de nivell o títol acadèmic.

83. Quines són les conseqüències de l'admissió d'un treballador que no compleixi els requisits per funcionaritzar-se —el seu lloc no està adscrit a funcionari, li manca titulació o facilita informació falsa, però finalment supera les proves selectives?

L'error de l'administració, o la informació falsa o equivocada, que dona com a resultat l'admissió d'un treballador que no compleix els requisits es pot esdeve-

nir, perfectament. La STS 28-3-1995 (Ar. 2613) afirmà que no hi ha violació de la teoria dels actes propis en el cas que un treballador hagi estat admès impropriadament en el procés selectiu, perquè l'acte significatiu és, no l'admissió a les proves, sinó l'aportació de la documentació exigible i la comprovació dels requisits. Expressament per als processos de funcionarització, així ho estableix la SAN de 20-9-2001 (*JUR* 2001/294823).

84. El nomenament erroni d'un treballador com a funcionari, no podent-se funcionaritzar, quines conseqüències té?

És un supòsit que, aparentment inversemblant, no és inhabitual. És el cas d'un treballador fix que ha estat nomenat funcionari de carrera, amb la consegüent pèrdua de la condició de laboral i posteriorment es comprova l'absència d'algun requisit inexcusable; també quan una decisió judicial posterior, però amb origen en una reclamació laboral anterior a la presa de possessió, li reconeix una nova categoria o grup sense acreditar tots els requisits exigits. Algunes normes autonòmiques han resolt la qüestió a través de la viabilitat d'una decisió retroactiva, així es, permetent que el funcionari torni a recuperar la condició de treballador fix.

Creiem que un supòsit com aquest solament pot comportar la nul·litat del nomenament com a funcionari de carrera, fonamentalment en els supòsits en què es demostrï la falsedat o manca d'un requisit inexcusable, prèvia a la tramitació de l'oportú expedient de revisió d'ofici a l'empara dels arts. 62 i 102 de la Llei 30/1992. L'acte de nomenament seria contrari a l'ordenament jurídic, ja que el treballador hauria adquirit la condició de funcionari, mancant-li els requisits essencials per ser-ho. Aquesta solució és la que ha donat, en la funcionarització, la doctrina del Consell d'Estat en els seus dictàmens 11/2002 i 2543/2002.

85. Queda «contaminat» el tribunal de selecció pel fet que els seus integrants puguin ser caps d'un o diversos aspirants?

No hi ha, en les causes d'abstenció i recusació, cap especificitat en la funcionarització, per la qual cosa s'apliquen les regles generals dels arts. 28 i 29 de la Llei 30/1992. Tanmateix, el més habitual és trobar dependència jeràrquica, més o menys directa, entre el treballador aspirant i un o diversos membres del tribunal. De fet, en l'àmbit local, això és absolutament segur, si més no per la dependència entre el president del tribunal —generalment l'alcalde— i tots els aspirants.

L'existència d'una causa d'abstenció o recusació ha de basar-se en dades objectives i racionals, interpretades de forma equilibrada i no fruit de raonaments capritxosos o desfiguracions interessades de la realitat (ATS 10-11-1999), però

és evident que la dependència jeràrquica pot originar dubtes sobre la imparcialitat del membre del tribunal, ja sigui en positiu o en negatiu de cara a l'aspirant. No obstant això, creiem que la resposta és negativa i que la dependència, per si mateixa, no és causa d'abstenció o recusació, excepte que pugui donar-se un element més, previst en els arts. 28 i 29 esmentats, com és el cas de l'amistat íntima o la enemistat manifesta. La dependència jeràrquica, doncs, no és element que «contamini» el membre del tribunal, i en aquest sentit s'han pronunciat el Consell d'Estat en el dictamen de 22-1-1970 i la STSJ Astúries 24-3-1997 (RJCA 627).

86. És correcta la presència en el tribunal de membres representants dels empleats, designats pel comitè d'empresa, la junta de personal o els sindicats?

És una pràctica molt habitual, sobretot en les administracions autonòmica i local —no pas en l'estatal— l'assistència amb veu i vot, si bé en ocasions es permet la presència de més membres —un per cada sindicat, per exemple—, amb veu però sense vot.

La nostra opinió és refractària a aquesta presència, atès el paper que ha de representar el designat. Hem d'entendre que el membre del tribunal designat per la representació sindical o unitària no implica una funció de vigilància o control dels restants membres del tribunal: ja que si fos així seria sospitar que aquest actuarà de forma prevaricadora; per tant, la raó de ser caldria buscar-la en la teòrica raonabilitat que un membre del personal laboral afectat, a través dels seus representants, sigui present en el tribunal, com a element d'equilibri, o, per què no dir-ho, de suport procliu a l'aspirant intern. Aquesta filosofia és present —no cal amagar-ho—, en les convocatòries lliures, en les de promoció interna i també, sens dubte, en les de funcionarització.

Per nosaltres, aquesta presència trenca l'objectivitat i la imparcialitat necessàries que tots els membres del tribunal han de tenir. Per això, si la corporació local, per la raó que sigui, es veu obligada a acceptar aquesta participació, i malgrat que la resposta que ara proposem sigui més un tecnicisme legal que una solució de fons, hauria de nomenar el membre del tribunal, no pas en la seva condició de representant unitari o sindical, sinó mitjançant una fórmula indirecta, com és que la designació correspon a l'administració convocant, entre els seus funcionaris, escollits per una terna, o una proposta no vinculant, efectuada per l'òrgan de representació unitari o sindical, i molt millor si l'escollit no pertany a cap d'aquests òrgans.⁷² Val a dir que el mateix parer mantenim en relació amb la presència de membres integrants del tribunal o comissió designats per partits polítics, reflexió

⁷² Vid. funcionarització de la Diputació de Segòvia, BO de Castella i Lleó 23-12-2003.

que estenem a la mateixa previsió legal que fixa que el president del tribunal ha de ser l'alcalde o un càrrec electiu en qui delegui: l'objectivitat i imparcialitat d'ambdues presències és, igualment, molt qüestionable, i no s'entén quin és l'objectiu o la finalitat que un procés de selecció sigui valorat i sancionat per òrgans polítics.

87. En els tribunals de funcionarització, tots els membres han de ser funcionaris?

Creiem que la resposta és afirmativa. L'art. 11 del Reglament general d'ingrés de l'administració de l'Estat obliga que els tribunals, en nombre senar de membres, siguin formats per funcionaris de carrera (no hi valen interins o eventuais). En els ens locals, l'única excepció és el president del tribunal, que serà l'alcalde o càrrec electe en qui delegui. Suposant que el comitè d'empresa o la junta de personal, o els sindicats, designin un membre, aquest ha de ser funcionari.

Això no impedeix, però, la presència d'assessors especialistes, amb veu però sense vot, que poden ser laborals, interins, eventuais o externs a les CL. La seva funció és de col·laborar amb l'òrgan de selecció exclusivament en l'exercici de les seves especialitats tècniques.

88. És possible establir un període de pràctiques, de prova, o la realització d'un curs selectiu als aspirants que superen el procés de selecció?

Malgrat que pugui semblar inversemblant, no són poques les convocatòries que ho estableixen així. Ho entenem poc raonable, fins i tot contraindicat des de la perspectiva de la gestió dels recursos humans —el treballador fix ha acreditat sobradament amb els seus serveis previs aquesta pràctica, qualificació o coneixements—, però la SAN de 13-7-2001 (JUR 2001/296076) ha validat aquesta possibilitat com una facultat de l'administració a l'hora de confeccionar les bases de la funcionarització.

89. És possible funcionaritzar un treballador que es troba enmig d'un procés judicial en tràmit en què sol·licita una reclassificació professional o un augment de retribució? Com afecta la funcionarització, una sentència positiva a la petició de l'empleat laboral?

No és tampoc inusual que, abans del termini de presentació d'instàncies o entre aquest moment i la presa de possessió com a funcionari de carrera, el treballador pugui reclamar diferències econòmiques derivades de l'exercici efectiu d'una categoria o un grup professional superior o diferent, o fins i tot, plantejar una

demanda de reclassificació professional. Algunes normes autonòmiques han volgut donar solució a aquesta problemàtica, en general —segons el nostre parer— amb molt poc sentit del bon criteri jurídic: permetent al funcionari renunciar a la seva nova condició i reintegrant-se en el nou estatus laboral derivat de la sentència judicial ferma o, fins i tot, integrant directament el funcionari en un nou cos o escala funcional o d'altres respostes poc encertades.

El nostre parer és que, un cop funcionaritzat, la relació laboral del treballador va quedar extingida. Una sentència judicial posterior, o dictada entre la presentació de la instància i la presa de possessió, no pot afectar el procés de funcionarització. En aquest sentit, el dictamen del Consell d'Estat núm. 2346, de 25 d'octubre de 2001, estableix que la funcionarització sol pot efectuar-se i prendre en compte les situacions consolidades com a laboral de forma reglamentària en el dia de referència assenyalat per la normativa (en el cas de l'Estat, el 30 de juliol de 1988). Per tant, els acords dels òrgans competents de reclassificació a funcional d'un lloc de treball laboral no poden veure's afectats per pronunciaments judicials posteriors. Aquest mateix criteri «temporal» ha estat admès per la jurisprudència com un «element determinant»: així, la data d'entrada en vigor de la llei que reforma l'adscripció de llocs de laborals a funcionaris és essencial, per la qual cosa la decisió del jutjat social, o una previsió o consideració favorable del conveni col·lectiu de l'entitat local, «no afecta gens la catalogació tinguda en compte a efectes administratius», segons afirmà la SAN de 14-11-2002 (*JUR* 2003/25827).

En conseqüència, el nostre parer és que, donat un supòsit com aquest, el treballador funcionaritzat no pot reprendre o fer reviuir el vincle laboral anterior, ja extingit, perquè la tal extinció va ser voluntària. Els efectes d'una sentència ferma en l'ordre social no poden expandir-se enllà d'aquell vincle laboral, per la qual cosa la categoria, cos, escala, etc., en què estava inclòs abans de la sentència serà la que efectivament serà vàlida (STSJ País Basc 20-2-1997). No es pot convalidar amb posterioritat a l'accés a l'estatus de funcionari una condició o situació diferent de la prevista en la convocatòria de funcionarització, en la qual voluntàriament va participar (STSJ Madrid 14-3-1995, RJCA 294).

Únicament un dret podrà ser reconegut al treballador funcionaritzat: l'econòmic, derivat de la seva anterior relació laboral, que pugui determinar la sentència, però no pas més enllà de la presa de possessió com a funcionari de carrera.

90. Fins a quin punt la negociació col·lectiva pot regular els processos de funcionarització?

És habitual establir, en els acords de funcionaris o fins i tot en els convenis col·lectius de l'administració local, però també en normes de caire legal o reglamentari, expressions o afirmacions com que «els processos de funcionarització

seran objecte de negociació amb els sindicats...»⁷³ A ningú se li escapa que, especialment en el procés de selecció, els sindicats voldran intervenir per facilitar al màxim possible les condicions o requisits a exigir.

L'art. 32 de la Llei 9/1987, d'òrgans de representació, modificada per les lleis 7/1990 i 18/1994 (LORAP), estableix que són objecte de negociació els sistemes d'ingrés, provisió i promoció professional dels funcionaris (art. 32.g), així com totes aquelles matèries que afectin d'alguna manera, entre altres, l'accés a la funció pública (art. 32.j). Per altra banda, no són negociables les decisions administratives que afectin les potestats d'autoorganització de l'entitat local (art. 34), sens perjudici que les organitzacions sindicals puguin ser consultades quan aquelles repercuteixin directament o indirectament sobre les condicions de treball dels funcionaris.

No obstant això, és evident també que l'entitat local no pot negociar-ho tot, malgrat la LORAP, sinó que les qüestions objecte de negociació ho seran sempre «en el seu àmbit respectiu i en relació amb les competències de cada administració pública» (art. 32 LORAP).

Per això, entenem que la negociació col·lectiva pot entrar a regular el procés selectiu de funcionarització complint tot un seguit de requisits:

- a) respectant el principi constitucional i legal de competències, per la qual cosa l'entitat local sols podrà negociar allò per a què tingui competència segons la llei —un àmbit molt més reduït en l'esfera local que en l'estatal o autonòmica;
- b) el respecte al principi de jerarquia normativa, garantit per l'art. 9.3 de la Constitució: l'entitat local no pot acordar normes que vulnerin disposicions de rang superior; aquest principi impossibilita que una entitat local modifiqui el sistema de funcionarització, per ser substituït per un curs de formació;
- c) el principi d'inderogabilitat singular dels reglaments, que comporta que una resolució administrativa de caire particular no pot vulnerar allò que estableix una disposició general, malgrat que tingui rang igual o superior: la negociació col·lectiva no pot regular qüestions de selecció en la funcionarització que excloguin singularment un o diversos empleats de l'aplicació d'una norma de caràcter general.

91. Quins aspectes podrien regular-se per negociació col·lectiva pel que fa a

⁷³ En aquest sentit, *vid.* DT 1a Llei de la funció pública de la Comunitat Valenciana de 1994.

la selecció en el procés de funcionarització?

En primer lloc, com a criteri general, jurídicament seria vàlida la negociació de les bases o text de la convocatòria de funcionarització, sempre que es respectin els principis de mèrit i capacitat, malgrat que aquest és un procés restringit. No seria factible, doncs, un resultat negociador que prengués en consideració les circumstàncies personals o socials dels treballadors fixos, o que desvirtués o derogués el sistema previst per la llei estatal o autonòmica catalana (això es, fonamentalment el concurs oposició, o alternativament l'oposició o el concurs).

Malgrat això, sí que seria possible, com ha indicat la STC 60/1994, establir, exigir o fixar unes determinades qualitats subjectives o factors de diferenciació, en funció del lloc adscrit de laboral a funcionari, o de les característiques que la llei preveu.

En segon lloc, seguint els criteris abans esmentats, podríem dir que les opcions de la negociació col·lectiva local abastarien els següents aspectes:

- a) la composició i funcionament dels òrgans de selecció, malgrat que creiem poc oportuna aquesta negociació per les raons exposades a la pregunta núm. 86;
- b) malgrat que la norma general de l'art. 19 de la LMRFP sols exigeix que l'accés sigui per concurs, oposició o concurs oposició, entenem que la negociació col·lectiva ha de respectar el principi bàsic estatal —que sigui per concurs oposició— com a fórmula quasi preferent; en el cas de Catalunya, es podrà valorar l'expedient administratiu del treballador (concurs oposició), però sense que sigui obligatori; això implica optar per l'oposició; tot acord que prevegi integracions directes, accés per cursos formatius seguint el model valencià o madrileny o fórmules *ad hoc*, fins i tot el concurs pur, sense prova de cap mena valorativa de la capacitat, entenem que és contrari a dret;
- c) creiem factible que en la negociació col·lectiva es determinin els programes i exercicis concrets que s'hagin de superar en el procés, sempre amb la necessària subordinació a les previsions legals i reglamentàries vigents, com és la necessitat d'un contingut mínim de temes, l'existència de proves teòriques o pràctiques o els límits percentuals de ponderació dels mèrits en la fase de concurs, que en tot cas no haurien de superar el 45 per 100 sobre la puntuació total, d'acord amb la jurisprudència constitucional;
- d) la formació per superar el procés és un aspecte de gran transcendència que es pot regular per negociació de forma àmplia; no és difícil trobar acords i pactes —també convenis col·lectius— que preveuen fins i tot subvencions d'activitats sindicals de preparació dels aspirants per a l'obtenció de la titu-

lació acadèmica necessària per participar després en la funcionarització.⁷⁴

És evident que en l'àmbit local el marge d'actuació poc més pot fer, a diferència dels àmbits estatal o autonòmic, que tenen competències legislatives. Únicament allò que entra en el poder normatiu local pot ser negociat en la mesa de negociació constituïda en l'ajuntament o ens local, i això comporta, al nostre parer, que en la pràctica, la funció bàsica de la negociació col·lectiva local solament podrà especificar i adequar allò que la llei espanyola i catalana prevegin.

74. *Vid.*, en aquest sentit, l'exemple del capítol II, apartat 2.c, de l'acord administració-sindicats de la Regió de Múrcia de 17-11-1994 (BO de la Regió de Múrcia 25-11-1994).

Apartat vuitè

Finalització del procés de funcionarització. Les conseqüències sobre els nous funcionaris o els laborals que perviuen

92. El nou funcionari, té un dret incondicionat de continuar ocupant la plaça que ocupava com a laboral?

És un dels drets, sense cap condicionament, que la normativa estatal i autonòmica catalana reconeixen al nou funcionari. Al nostre parer, és una fórmula excepcional i *ad hoc* de provisió de llocs de treball. El nou funcionari té dret a continuar en el lloc anterior amb independència que aquest lloc sigui base o no singularitzat, singularitzat o amb algun tipus d'especificitat: llocs de direcció, comandament, major responsabilitat, i també amb independència absoluta sobre la fórmula de provisió: concurs, concurs específic o lliure designació. Literalment la DT 10a.5 del TRFPC diu que el personal laboral fix que superi les proves selectives «queda destinat al lloc de treball de personal funcionari en què s'ha reconvertit el lloc que ocupava...»

Tanmateix, això no impedeix que el funcionari pugui ser remogut posteriorment del lloc, si és per concurs la qualificació d'accés, o cessat si és per lliure designació. Però el que és important fer ressaltar és que, amb independència de la puntuació obtinguda o del sistema de provisió formal que preveu la RLT, per aquesta única vegada, el nou funcionari té dret —fins i tot l'obligació— d'ocupar aquest lloc. Concretament, i com a resum, la DT 10a TRFPC estableix que el personal fix restarà destinat al lloc de treball de personal funcionari en què s'ha reconvertit el lloc que ocupava, i que a tots els efectes s'aplicarà la normativa sobre règim estatutari. Les STS de 20-3-2002, 5-4-2001 i 14-5-2001 (Ar. 2533, 3416 i 4476) han validat aquesta fórmula de provisió i han qualificat l'adscripció al lloc com una conseqüència jurídica pròpia de la prova restringida, perquè és la raó d'aquest procés.

93. En quina situació queda el contracte de treball de l'empleat funcionaritzat?

Malgrat que alguna norma autonòmica ha optat per entendre que el nou funcionari passa a la situació d'excedència voluntària per incompatibilitat com a treba-

llador en prendre possessió com a funcionari, la nostra opinió, confirmada per multitud de normes reglamentàries, per bases i convocatòries i per la mateixa lògica jurídica, és que el contracte de treball s'extingeix definitivament. El treballador perd, per sempre, el seu vincle laboral, i en neix un altre, que és el funcionarial.

Entenem que és contradictori que un procés extraordinari com la funcionarització pugui permetre el naixement d'una relació funcionarial i el manteniment, en suspensió, de l'anterior, laboral. Malgrat que hi ha un buit legal exprés —ni la norma estatal ni l'autonòmica catalana no en diuen res—, tenim com a referència el RD 1055/2002, d'11 d'octubre, de funcionarització del personal laboral de l'administració marítima, on s'estableix que el nou funcionari no pot passar a l'excedència voluntària com a laboral, quan el nou lloc de funcionari correspon, en categoria i nivell retributiu, a l'anterior.

L'empara legal de l'extinció de contracte laboral, en el cas de l'administració local catalana, cal buscar-la en l'art. 49.1.a de l'ET, en què treballador i administració poden resoldre el contracte. Aquesta mútua dissensió implica la fi del vincle laboral. Però aquesta manifestació de voluntat de treballador —i administració— no s'ha de fer dependre d'una sola de les parts. Per això, la solució consisteix —així ho han fet moltes bases i convocatòries— a incloure una clàusula que estableixi que la participació en el procés de funcionarització i la seva superació implicarà que, en prendre possessió el nou funcionari, s'extingeix el contracte de treball a l'empara de l'art. 49.1.a de l'ET.⁷⁵ A més a més, pel que fa al lloc de treball que ocupava el treballador laboral, en relació amb la seva consideració de «lloc laboral» s'entén amortitzat: «per tant, la plaça de laboral [...] no tenia per què ser coberta per mitjans de provisió propis de plaça laboral, sinó que es va amortitzar per funcionarització. Tot això suposa la inexistència d'acomiadament, en concorre la causa extintiva ex art. 49.1.c ET» (STSJ Andalusia/Sevilla 17-3-2000, AS. 3655).

94. El nou funcionari, té l'obligació de permanència per un temps determinat un cop ha estat funcionaritzat en el nou lloc de treball?

En l'àmbit estatal, l'art. 37.2 de la Llei 31/1990, de 27 de desembre, fixa que el personal laboral que superi les proves no solament quedarà destinat en el nou lloc de treball reconvertit a funcionari, sinó que haurà de romandre-hi un període mínim de dos anys, d'acord amb el que preveu l'art. 20.1.f de la LMRFP, termini

75. Entre altres exemples, les bases de funcionarització de l'Ajuntament de Lleó (BO de Castella i Lleó 4-7-2002): «Els aspirants que superin les proves selectives i s'acullin al procediment de transformació del vincle jurídic per a la seva funcionarització perdran la condició de personal laboral...» A l'Ajuntament de Segòvia, mitjançant una «acta única i individual» es concreta l'extinció de forma simultània a l'inici del vincle funcionarial (base 13a de les Bases de funcionarització, BO de Castella i Lleó 30-9-2002).

també instituït a Catalunya en la DT 10.5a del TRFPC en els termes següents: «El personal laboral fix que superi les proves [...] queda destinat al lloc de treball de personal funcionari [...] en el qual ha de romandre un mínim de dos anys...».

Ens sembla, però, una previsió incoherent. És cert que l'art. 20.1.f de la LMRFP preveu aquesta obligació de permanència amb la finalitat d'evitar que un funcionari pugui permanentment concursar a un altre lloc de treball diferent de l'aconseguit, amb la qual cosa afectaria l'estabilitat i la bona continuïtat del servei públic. Les excepcions previstes a l'art. 20 no inclouen la funcionarització. Però en el nostre supòsit l'exigència no és raonable, perquè el treballador funcionaritzat ja feia temps que ocupava el lloc, en alguns casos —si es pren la norma estatal— des de 1988, i en el cas de Catalunya, com a mínim des de l'1-1-2001.

D'altra banda, el deure de permanència en el lloc, com a límit a un dret del funcionari, no és infranquejable per a l'administració: aquell podrà ser remogut si és per lliure designació, o revocat si el lloc és per concurs. El deure de permanència juga, així, contra el treballador funcionaritzat, llevat d'algunes excepcions, que no podrà concursar a d'altres llocs, segons un mal entès principi d'estabilitat que no es justifica en la funcionarització.

95. El treballador funcionaritzat, té un dret permanent de garantia retributiva?

Aquest supòsit es planteja si el treballador tenia unes retribucions consolidades superiors a les que preveu el nou lloc com a funcionari. L'Ordre estatal de 27 de març de 1991 estableix que les retribucions que es percebin com a funcionari en el lloc d'adscripció no poden ser inferiors a les consolidades pel contractat laboral en el lloc que ocupava (art. 10.2). A Catalunya, la DT 12.2 del TRFPC, segons la redacció donada per Llei 15/2000, de 29 de desembre, fixa que el nou funcionari «ha de percebre un complement personal transitori absorbible, per import equivalent a la diferència entre les retribucions del lloc de treball que ocupava com a personal laboral, inclosos els triennis, i les que li corresponen com a conseqüència de la classificació i la valoració del lloc de treball reconvertit». La STSJ Andalusia/Granada de 23-6-2003 reconeix a un funcionari local el dret al CPT prenent com a base la norma estatal i, concretament, l'art. 10 de l'Ordre de 27-3-1991, però nosaltres entenem que a Catalunya la normativa d'aplicació és la del TRFPC.

96. És permanent, el dret de garantia retributiva?

És un dels aspectes més significatius dels nous funcionaris, perquè no són pocs els acords i pactes reguladors de condicions de treball que estableixen

que la garantia és permanent i, a més, no absorbible, i en molts casos, incrementable cada any en funció de la llei de pressupostos, com a mínim. És a dir, el complement personal deixa de ser, en molts casos, transitori per assolir un caràcter personal, no absorbible i afectat també pels increments retributius ordinaris.

En l'àmbit estatal, l'art. 10.2 de l'Ordre de 27-3-1991 indica que les retribucions no poden ser inferiors a les consolidades «en el lloc que com a tal ocupava». Redacció poc afortunada i confusa. En canvi, a Catalunya, la DT 12.2 TRFPC indica amb més claredat el règim d'indemnitat. Però en cap cas —ni a l'Estat ni a Catalunya— no es diu res sobre la hipotètica fórmula d'absorció del complement personal, però és evident que tal absorció existeix, perquè de cap altra manera no es pot interpretar la claredat del terme emprat per la DT.12a.2 del TRFPC: «complement personal transitori absorbible».

La nostra opinió és, per tant i amb independència del que puguin dir els acords funcionaris signats —que en aquest cas serien nuls de ple dret— que aquest complement personal és transitori, i per tant, absorbible. El CPT és una fórmula de garantia en favor del funcionari perquè inicialment no es vegi perjudicat. Si bé amb caràcter general els CPT són una garantia per a un canvi en el règim de retribució, en la funcionarització la finalitat és garantir a un treballador fix un determinat nivell econòmic quan assumeixi la condició de funcionari. Amb el CPT s'afavoreix la funcionarització, ja que, en cas contrari, es podrien donar supòsits, sovint, de pèrdua d'ingressos. Tanmateix, els CPT són transitoris i, per tant, absorbibles; el Consell d'Estat, en el dictamen núm. 1361, d'11 de juliol de 2002, en valorar els CPT previstos per als treballadors funcionaritzats de la Comunitat de Madrid, va indicar que, per la seva naturalesa, el seu fonament i els trets definitoris, són absorbibles, «i malgrat que això no predetermini ni quan ni com serà la seva absorció, sí que comporta la negació que constitueix —com a vegades s'ha pretès— l'adquisició d'un dret consolidat a percebre com a plus retributiu adicional...»

En aquest sentit, totes les lleis de pressupostos fixen l'absorció, i també la normativa pressupostària catalana. Per a l'any 2004, la Llei 61/2003, de 30 de desembre, estableix que els CPT es regeixen per la normativa específica i pel que disposa la llei pressupostària.

En primer terme, no es veuran afectats pels increments retributius (art. 21.1.c) que la llei fixi per al capítol I (per a l'any 2004, el 2 per 100). D'altra banda, el CPT ha d'absorbir-se progressivament, per qualsevol millora retributiva, incloent-hi les derivades de canvi del lloc de treball, però mantenint les excepcions fixades en la DT 6a de la Llei 61/2003, si bé la normativa pressupostària de la Generalitat fixa un règim relativament diferent.

97. L'absorció del CPT, és total i absoluta, o és progressiva i parcial?

Creiem que cal anar als límits d'absorció que preveu la DT 6a de la Llei 61/2003, però sense oblidar tampoc la legislació pressupostària catalana. La primera estableix que en els canvis de llocs de treball que puguin comportar disminució retributiva, es mantindrà el CPT, a l'absorció del qual s'imputarà qualsevol millora retributiva ulterior.

A més a més, als CPT hauran d'aplicar-se uns límits d'absorció fixats en la llei: els increments retributius que anualment es fixin per llei de pressupostos sols es computaran en el 50 per 100 del seu import, sobre la base del sou, referit a catorze mensualitats, el complement de destinació i el complement específic. Solament una excepció a aquest règim, que ens sembla clarament discriminatori, però de molt difícil aplicació a l'àmbit local: si el treballador funcionaritzat presta servei a l'estranger, veurà absorbit el CPT segons les regles exposades, però el CPT quedarà suprimit si canvia de país de destinació. Solament es pot donar el cas en grans corporacions locals que tinguin destinats funcionaris a l'exterior.

La normativa catalana, recollida en la Llei de pressupostos (per a l'any 2004, Llei 6/2004, de 16 de juliol), preveu un règim d'absorció un xic diferent. En primer lloc, l'increment de retribucions de caràcter general sols computa, a l'efecte de l'absorció, el 50 per 100 corresponent a les retribucions complementàries —n'exclou les bàsiques—; per a la resta de retribucions —literalment, qualsevol altra millora retributiva—, incloent-hi les derivades de canvis de llocs de treball i els increments de les retribucions no inclosos en l'increment general de la funció pública, l'absorció sobre el CPT serà del 100 per 100 (art. 19.1.g, punt primer). El nostre parer és que en aquest percentatge s'inclou la retribució bàsica del sou, criteri que mantenim *sensu contrario* del que disposa el punt tercer de l'art. 19.1.g, vist que allà especifica que no es tindran en consideració, a l'efecte d'absorció del CPT, els triennis, les gratificacions per serveis extraordinaris i el complement de productivitat. Finalment, cal indicar que la llei catalana estableix que, si es dona un canvi de lloc de treball que comporti una disminució de les retribucions, es manté el CPT, al qual s'imputarà qualsevol millora retributiva (art. 19.1.g, punt segon).

La jurisprudència defensa l'absorció, com a forma d'evitar el greuges entre funcionaris antics i nous, i permet que uns mateixos llocs de treball, a la llarga, es vegin retribuïts de forma igual, amb independència que siguin ocupats per un funcionari anteriorment laboral o no.

No obstant això, molts acords de funcionaris i moltes bases de convocatòria preveuen absorcions limitades o fins i tot el manteniment permanent del CPT, que passa a ser, de fet, una retribució fixa. Aquesta consideració ens sembla *contra legem*.

98. Els treballadors no funcionaritzats, tenen dret a no ser acomiadats?

Efectivament, és un altre dret absolut. La norma estatal i l'autonòmica preveuen que en cap cas, pel fet que no es presenti a les proves de funcionarització o no les superi, el treballador, que continuarà en el seu lloc de treball, no pot ser acomiadat. És més, la jurisdicció ha establert que tampoc l'administració no pot exercir altres facultats derivades de la norma laboral, com el *ius variandii* de l'art. 39 de l'ET, que no s'aplica en aquest cas per tal com decau davant la força d'una «norma específica» com és la DT 15a de la LMRFP o el seu equivalent autonòmic, fins al punt que «no sigui possible privar-lo d'aquest dret que tenia consolidat sobre la base d'una alteració de la RLT» (STSJ Andalusia/Granada 12-11-2002, AS. 583/2003).

Aquesta garantia es vincula, però, únicament a la readscripció del lloc de laboral a funcionari (així ho remarca clarament l'esmentada sentència). Per tant, en cap cas es podrà al·legar la readscripció com a causa d'acomiadament. Però el treballador pot ser acomiadat per altres causes (disciplinàries, empresarials, econòmiques, etc.) o ser traslladat de lloc per amortització del lloc de treball, si aquest ja no cal: l'estabilitat la té com a dret, i no es pot veure conculcada per una nova definició o requalificació del lloc com a funcional, però sí que pot ser «amortitzat [...] si no calgués» (FJ únic STSJ Andalusia/Granada 12-11-2002).

99. Com es configura la carrera professional i la promoció del treballador no funcionaritzat?

La DT 15a estableix una garantia més per al laboral no funcionaritzat: la prohibició de discriminació en la promoció professional futura, si no ha optat al procés o no l'ha superat. La DT 10a.2 del TRFPC explicita que «en cap cas la determinació d'un lloc de treball com a propi d'un cos o una escala de funcionaris no comporta el cessament del personal laboral que l'ocupava amb caràcter permanent, ni afecta les expectatives de promoció professional d'aquest personal, que s'ha de continuar regint per la normativa que li sigui aplicable». Però, malgrat això, és difícil concretar aquesta promoció futura, si els llocs de treball de l'organització local adscrits a laborals han quedat reduïts sensiblement. La llei es pot quedar en paper mullat.

Els primers anys després de la Llei 23/1988 va persistir una tesi restrictiva d'aquesta promoció professional, que de fet acceptava una inexistència de carrera professional potencialment imaginable, si no una mera opció potestativa difícil de concretar. Fins i tot l'Audiència Nacional, en la SAN 30-3-1992 (Ar. 3300), va dir que aquest dret a la promoció podia entendre's com el dret, en el futur, a funcionaritzar-se, o el dret a realitzar formació o perfeccionament professional,

però sense concretar els ascensos. La referida sentència va considerar correcte que l'administració no convoqués provés d'accés com a laborals en llocs que abans ho eren i que després van passar a ser funcionaris, criteri seguit, de forma molt raonada per les SSTSJ Castella i Lleó/Valladolid de 27-3-1993 i 25-1-1994 (AS. 3456 i 271).

Però en l'última dècada, la jurisprudència, donant un tomb, ha intentat garantir la carrera professional, fins i tot en una administració amb un nombre molt elevat de llocs funcionaris. El Tribunal Suprem, en la STS 4-2-1992 (Ar. 907), entén que els treballadors que *sobreviuen* a una funcionarització mantenen una xarxa de drets equivalents als anteriors, d'acord amb els criteris següents:

- a) ha de fixar-se el moment temporal en què s'aplica la reserva general de llocs a funcionaris: a Catalunya aquest moment seria l'1-1-2001; totes les places laborals que després d'aquesta data no hagin estat reconvertides a funcionaris formaran part del col·lectiu de llocs a què podran optar, en la seva carrera professional, els treballadors no funcionaritzats, però no únicament a elles, sinó també a les que abans d'aplicar la llei tinguessin la condició de laborals;
- b) hi ha d'haver treballadors que compleixin els requisits necessaris segons la normativa d'aplicació, amb caràcter de fixesa abans de l'1-1-2001 i que hagin pogut ser promoguts a les referides places, i
- c) la normativa —generalment el conveni col·lectiu— ha de permetre o emparar la promoció interna a tal o tal plaça o lloc.

Amb això la conclusió és clara: els treballadors que abans de l'1-1-2001 estiguessin en possessió de la titulació i altres requisits exigits, podran participar en els processos de promoció per a totes les places que amb anterioritat a aquest moment estaven adscrits a personal laboral, de manera que l'administració, si resten vacants, no podrà transformar-les directament en funcionaris i convocar-les com a tals, sinó que prèviament ha d'oferir-les als treballadors que tinguessin una expectativa de promoció.

100. Seria aplicable als laborals, no funcionaritzats, el model de carrera i promoció previst a l'art. 22.3 de la LMRFP, que comporta alhora funcionaritzar-se?

Aquest apartat tercer ha estat afegit per la Llei 53/2002, de 30 de desembre, i, malgrat que no ha estat pensat per a la funcionarització, pensem que hi és plenament aplicable. Concretament, l'art. 22.3, sota la rúbrica de «Foment de la promoció interna», habilita que el Govern pugui determinar a quins cossos i escales funcionaris es pot accedir, des de la condició prèvia de personal labo-

ral d'un grup o categoria professional equivalent al grup de titulació corresponent al cos o escala al qual es pretén accedir, sempre que aquests laborals exerceixin funcions substancialment coincidents o anàlogues en el contingut professional, en el nivell tècnic, es derivin avantatges per a la gestió dels serveis, es trobin en possessió de la titulació acadèmica i superin les proves corresponents. Com hem dit, el precepte també pot analitzar-se a la llum d'un nou intent funcionaritzador, i la seva aplicació i desplegament significaria resoldre el problema de les expectatives professionals del personal laboral. Aquest sentit té la nova DA 25a de la LMRFP, afegida també per la Llei 53/2002, mitjançant la qual, de forma excepcional, i sempre complint les condicions i requisits que s'estableixin, en totes les convocatòries de promoció interna al cos general auxiliar —grup D— de l'Estat es pot permetre la participació del personal laboral del grup de subalterns —grup E— o des d'un grup o categoria professional equivalents al grup E, segons la classificació que prevegi la negociació col·lectiva. Atès el caràcter supletori de la LMRFP, creiem que aquest precepte és aplicable a les CL catalanes, però naturalment, sols en el seu desenvolupament actual (del grup E al D), ja que cal restar pendent que en el futur això es prevegi també per als altres grups de classificació.

Epíleg

La STC 38/2004, d'11 de març, a propòsit de la funcionarització en la Comunitat d'Astúries

Amb aquest Epíleg formulem la pregunta número 101 i plantegem també la resposta d'igual número. Som conscients de la transcendència de la sentència del Tribunal Constitucional i de la necessitat d'una reflexió específica i detallada:

101. És possible que les CL aprovin processos de funcionarització a partir de la STC 38/2004, d'11 de març?

Com ja hem tingut ocasió d'establir al llarg de les pàgines anteriors, l'Estat, amb la DT 15a de la Llei 30/1984 (segons la redacció donada per les lleis 23/1988 i 12/1996), les lleis de pressupostos generals de l'Estat de 1989, 1990 i 1991 i l'acord del Consell de Ministres de 27-3-1991, va instituir un procediment de funcionarització del personal laboral caracteritzat pel caràcter absolutament restringit: únicament poden participar-hi els treballadors fixos que ocupen una plaça readscrita a funcionari; procés validat com a correcte i legítim per les STS de 20-6-1996 i 28-1-1997 i la interlocutòria del TC 177/1999. No obstant això, cap d'aquests preceptes no és, formalment, norma bàsica, malgrat la qual cosa totes les comunitats autònomes han dictat normes legals seguint el model estatal, i moltíssimes CL, així com universitats públiques, han aprovat també processos de funcionarització, sempre amb caràcter restringit.

El Parlament d'Astúries va aprovar la Llei 4/1996, de 13 de desembre, que modificava la seva pròpia llei de funció pública, i instituí un procediment també restringit de funcionarització, si bé basat en la superació de cursos selectius. Aquesta llei va ser impugnada pel Govern central. La nostra opinió era —i és— favorable a l'eix central dels motius d'impugnació, i hem tingut ocasió de dir-ho al llarg d'aquest llibre: l'establiment d'un sistema de funcionarització —que no és una altra cosa que un accés a la condició de funcionari de carrera— a través de la realització d'un o diversos cursos de formació, no garanteix com cal els prin-

cipis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat, ni respecta els sistemes establerts, amb caràcter bàsic per a tot l'Estat, d'opció entre el concurs, l'oposició o el concurs oposició. El seguiment de cursos de formació, ja ho hem indicat, no permet valorar el mèrit i la capacitat necessaris per a la selecció, que són en aquest cas —coincidem amb la literalitat dels termes emprats per l'advocat de l'Estat en el referit recurs d'inconstitucionalitat— «un sistema inadequat per a tal finalitat».

La STC 38/2004, d'11 de març, resol el recurs i declara inconstitucional la referida llei d'Astúries. Però no ho fa pas pels referits motius —si més no, no en són l'eix central—, que hauríem considerat perfectament vàlids —i que també, per què no dir-ho, arrossegarien la inconstitucionalitat de la llei valenciana o madrilenya (aquestes dues no impugnades, molt possiblement per raons polítiques), que opten també pel sistema de cursos de formació—, sinó que es decanta per un argument que ja havia formulat un sector de la doctrina administrativa i que és recollit finalment pel TC.

Els eixos principals de la STC 38/2004 són els següents.

- 1r. L'art. 19 de la LMRFP defineix que l'accés a la funció pública ha de ser per torn lliure, a través de concurs, oposició o concurs oposició, i prohibeix les anomenades *proves restringides*. Aquest precepte és considerat norma bàsica i, per tant, d'aplicació a totes les administracions públiques espanyoles. No obstant això, és possible fer algunes excepcions a la norma general, i aquestes són recollides en alguns preceptes específics de la LMRFP, com és la DT 6a.4, que va permetre a les CA convocar proves específiques d'accés per als contractats administratius fins a una determinada data. L'argument del TC és —ja ho va ser en les STC 151/1992, de 19 d'octubre, 4/1993, de 14 de gener i 302/1993, de 21 d'octubre— que, en preveure-ho expressament la llei estatal, com a excepció, permetia que les CA convoquessin, dins del seu àmbit competencial, proves amb aquest caràcter restringit. Per contra, si la convocatòria era fora d'aquest marge legal, es vulneraria una norma general, de caràcter bàsic, això és, la continguda en l'art. 19.1 de la LMRFP. La conclusió en el seu moment va ser clara: qualsevol prova restringida ha de tenir com a base dos preceptes bàsics: l'art. 19.1 i aquell que, dictat per l'Estat, permeti a d'altres entitats diferents d'ell, convocar proves restringides.
- 2n. El procés de funcionarització previst per la llei d'Astúries és —això ho qualifica el TC amb tota raó— restringit, tancat i específic, ja que va adreçat al personal laboral fix de la comunitat. En l'argumentació del Tribunal deixa clar —no pot ser d'altra manera— que no poden participar en el procés ciutadans que no estiguin vinculats prèviament amb l'administració amb un contracte de treball, ni tampoc els interins de la comunitat.

- 3r. Finalment, establertes aquestes premisses, el TC procedeix a formular un raonament molt clar, però al nostre parer, com tindrem ocasió d'indicar, desviat: es limita a conjugar l'art. 19.1 de la LMRFP, la llei 4/1996 d'Astúries i la DT 6a, apartat 4, de la LMRFP. És a dir, no fa cap referència ni a l'art. 15.1.c de la norma de funció pública estatal, ni a la DT 15a, sinó que, oblidant el procés de funcionarització, fa un judici sobre aquest procés a Astúries sota el prisma de la DT 6a.4, que com hem dit, va ser dictada en un moment concret per regularitzar la integració com a funcionaris de carrera de tot el personal interí de les administracions públiques autonòmiques que s'havien creat a partir de la promulgació de la CE de 1978. Efectivament, com que els supòsits són completament diferents, la conclusió del TC és també clara: la llei d'Astúries trenca els àmbits fixats per la DT 6a.4 com a excepció a la regla general fixada en l'art. 19.1 i, per tant, és inconstitucional.

És evident que la STC 38/2004, com a tal, situa els processos de funcionarització de les CA, i de retruc de les CL i universitats públiques —en aquests dos últims supòsits, encara amb més intensitat, ja que no tenen competències legislatives— en una situació límit. Senzillament, ve a dir el TC, no havent-hi una excepció a la regla general d'accés lliure a la funció pública, no hi pot haver processos restringits de funcionarització en aquests àmbits administratius fins que l'Estat ho reguli expressament, mitjançant una norma de caràcter bàsic.

Tanmateix, el nostre parer és clarament contrari a aquesta doctrina. Exposarem tot seguit el nostre plantejament, ben entès que, essent com és un criteri jurídic personal, correspon al responsable o operador jurídic perfilar, decidir o establir les pautes que ha de seguir si vol iniciar un procés de funcionarització, tenint en compte, en tot cas, la STC 38/2004, però també, si escau, els arguments que poden donar-se en un altre sentit. Concretem el nostre plantejament de la manera següent.

En primer lloc, hem de remarcar efectivament que la DT 15a de la LMRFP està vinculada únicament, i sense caràcter bàsic, a la funcionarització del personal laboral fix de l'Estat i de la Seguretat Social. Però és evident també que, si bé aquesta DT no és bàsica, i tampoc no ho és l'art. 15.1.c de la LMRFP, ha estat el mateix TC el que ha fixat un principi de preferència del règim estatutari funcional de la prestació de serveis a l'administració pública i que únicament a través de la llei poden preveure's aquells llocs a proveir amb personal laboral.

Aquesta doctrina del TC és plenament aplicable a les CA, a les CL i a les universitats públiques. Per això, totes les CA han dictat normes específiques d'adaptació del seu personal laboral al règim funcional, en la mateixa línia que ho fan els arts. 15.1.c i la DT 15a de la LMRFP, i les lleis de pressupostos de l'Estat de 1989, 1990 i 1991. Per tant, com implícitament ja va reconèixer la STSJ d'Andalusia/Sevilla de 19-11-2001, si l'original art. 15.1 de la LMRFP de 1984

era inconstitucional i el remei va venir de la mà de la Llei 23/1988, que el va modificar i va instaurar un sistema *ad hoc* de funcionarització, la mateixa correcció es fa necessària en la funció pública autonòmica i local.

En segon terme, ens fem ressò de la posició de la doctrina teòrica (TRAYTER JIMÉNEZ), que ha assenyalat que l'establiment d'un sistema específic d'accés a la funció pública per a un grup concret de persones no és una qüestió de caràcter bàsic i que, per tant, pot ser competència de les CA. Aquesta posició ha estat tinguda en compte pel mateix TC en circumstàncies molt específiques, com és el cas de la STC 76/1986.

En aquest contenciós, les lleis 11/1983 i 8/1985 del Parlament Basc van regular un procediment excepcional d'incorporació a la funció pública basca, qualificat de «sistema d'accés a la funció pública diferent del comú» en favor de totes aquelles persones que havien prestat servei a l'«Administració autònoma del País Basc» a l'exili entre l'octubre de 1936 i el gener de 1978. Evidentment, aquesta incorporació es va habilitar en favor de ciutadans que havien prestat servei a institucions que «van passar a inserir-se en el terreny dels fets, en quedar-hi elles i la seva activitat al marge de l'ordenament jurídic vigent» (FJ 2n), per la qual cosa, amb la referida integració es va produir una possible fallida del dret d'igualtat de l'art. 23.2 de la CE i de la delimitació de competències que estableix l'art. 149.1.18 de la CE

Doncs en aquest supòsit, el TC va considerar que la comunitat autònoma no havia infringit cap dels dos preceptes. En primer lloc, perquè davant de la tesi de l'advocat de l'Estat al·legant que es violava el dret d'igualtat en l'accés a l'ocupació pública, el tribunal va valorar que «el tractament desigual pot existir sempre que sigui possible qualificar-lo de raonable, tant per la causa que el motiva com per la naturalesa de les pròpies mesures diferenciadores [...] que descansen en raons d'equitat, de justícia material, de satisfacció d'una demanda social, que es connecta amb objectius de justícia que la mateixa Constitució ha elevat a la categoria de valors superiors de l'ordenament», per acabar conclouent que un procés restringit com aquell suposa unes mesures que «no són desproporcionades amb la finalitat elegida i no desconeixen, en la seva posada en pràctica, severos controls de l'efectiva prestació de serveis».

Però és que, a més, la STC referida planteja el problema de l'art. 149.1.18 de la CE, i el caràcter bàsic que l'Estat pot donar a una determinada norma de funció pública, i afirma, amb tota claredat, que les bases han de tractar aspectes centrals, nuclears del règim jurídic de la funció pública, «i no poden ser qualificades de bàsiques unes normes que, en matèria d'accés a la funció pública, no pretenen innovar l'ordenament de forma permanent, sinó conjuntural, i que tenen un àmbit d'aplicació absolutament marginal, respectant-se i mantenint-se els sistemes d'accés a càrrecs funcionaris que puguin existir com a regla general en les comunitats autònomes» (FJ 4t).

Igualment, la STC 38/2004 oblida altres aspectes no menys importants. D'una banda, com ja hem apuntat, el fet que al llarg de la sentència en cap moment no es té en compte la problemàtica derivada de la seva pròpia doctrina constitucional, segons la qual la generalitat dels llocs de treball a proveir a l'administració han de ser funcionaris. La conseqüència «consustancial» —com l'anomena el lletrat del Principat d'Astúries— és que cal arbitrar tots els mecanismes necessaris que unifiquin la naturalesa del vincle jurídic d'adscripció de laboral a funcionari, si el lloc ocupat és funcional. Per això, creiem que els termes emprats per aquesta defensa jurídica són clars i no mereixen afegir-hi cap comentari: «La finalitat de llei impugnada té la mateixa finalitat que va inspirar mesures similars en la legislació estatal, això és, buscar la racionalitat, la coherència i l'homogeneïtat entre la naturalesa jurídica del vincle d'adscripció dels titulars de les places de plantilla i els titulars dels llocs de treball en aquelles ocasions en les quals, a través de les RLT, es manifesti una falta de sintonia entre ambdós elements». El tribunal tampoc no va tenir en compte el caràcter excepcional de la funcionarització i que es tracta d'adaptar per una sola vegada, a través d'una llei del Parlament, els referits vincles jurídics.

Finalment, també creiem que el Tribunal Constitucional no ha tingut en compte, de cap manera, el caràcter supletori de la LMRFP, segons disposa l'art. 1.5 del mateix text, opció que sí ha estat recollida tant per la doctrina teòrica com per la judicial. Així, la STS 28-11-1992 (Ar. 9387) o la STSJ Andalusia/Granada 28-11-1999 (RJCA 1340) van concloure declarant la il·legalitat de diversos processos de funcionarització precisament perquè van incomplir les regles contingudes en la DT 15a de la LMRFP, assumint així aquest caràcter supletori. També la STSJ Andalusia/Granada 17-5-1999 valida l'ús de la DT 15a, si bé insisteix que es respecti la data del 30 de juliol de 1988, cosa que sols té lògica des de la perspectiva estatal, com reconeix més tard la STSJ Andalusia/Sevilla 19-11-2002 (RJCA 345/2003). D'altra banda, la STS 23-1-1993 assenyalava, sense ambivalències, que l'art. 15.1.c de la LMRFP és un precepte d'«aplicació supletòria a tot el personal al servei de l'Estat [...] i de les administracions públiques no incloses en el seu àmbit d'aplicació...»

Finalment, dos últims arguments volem afegir a aquest debat, que intenta demostrar la incoherència del raonament del TC. En primer lloc, que, curiosament, la STC 38/2004 es basa en el fet que la funcionarització incompleix una norma bàsica, que és l'art. 19.1 de la LMRFP, i també l'àmbit d'aplicació de la DT 6a.4 del mateix text legal, inserint la funcionarització en aquesta disposició transitòria, quan ho havia d'haver fet en la DT 15a. Tanmateix, el seu argument sobre la norma bàsica té un error de base: tampoc la DT 6a.4 no és cap norma bàsica. Curiosa situació legal, que no va impedir, en el seu moment, que les STC 151/1993 (FJ 3r) i 302/1993 (FJ 2n.) entenguessin que, malgrat aquesta no qualificació formal de no bàsica, de fet ho era materialment parlant, conclouent

que, per a la doctrina constitucional, l'art. 19.1 i la DT 6a formen un tot conjunt, integrat, que ha de considerar-se normació bàsica estatal. Per contra, aquest criteri no ha estat ni tan sols valorat per la STC 38/2004, malgrat que sí que ho va fer el dictamen del Consell d'Estat de 30 de juny de 1994, òrgan consultiu estatal gens sospitós de frivolitat, en declarar que, essent la DT 15a una excepció a la norma general, s'havia de considerar també bàsica, i que les SAN de 18-10-2001 i 14-11-2002 (JUR 2002/9856 i JUR 2003/25827) han qualificat la tal disposició de «règim general» que pot ser completat per altres desplegaments normatius aprovats pels òrgans competents.

En conclusió, doncs, hem de manifestar la nostra posició absolutament crítica envers la STC 38/2004, d'11 de març, perquè creiem que ha oblidat tota l'argumentació que avala la constitucionalitat de la funcionarització a les CA, i, de retruc, les CL. No obstant aquesta opinió nostra, és evident que en el moment de tancar aquest llibre (1-9-2004), el responsable de recursos humans de les CL catalanes es troba en un dilema important: si segueix la doctrina del TC fixada en la STC referida, els processos de funcionarització en l'àmbit local no tenen el suport jurídic suficient, perquè la DT 15a de la LMRFP i normativa estatal de desenvolupament no els és d'aplicació, i la Generalitat de Catalunya no és competent per regular un procés restringit —la qual cosa comportaria fins i tot que la recent DT 13a del TRFPC introduïda per la Llei 7/2004 de 16 de juliol del Parlament de Catalunya ignorés plenament l'esmentada sentència—, com tampoc no ho són, a banda d'Astúries, cap de les CA restants. L'aplicació del principi d'equivalència que hem defensat al llarg d'aquest llibre queda, doncs, esmor-teït. Acceptada aquesta lògica, l'única possibilitat de funcionarització queda pendent que el Parlament espanyol legisli en aquest sentit, incloent una DT específica que permeti a les CA normar processos restringits de funcionarització, declarant-la norma bàsica.

Per contra, si l'opció dels responsables de recursos humans és una altra, i entenen que la funcionarització és un procés que es pot dur a terme, caldrà que acceptin el risc jurídic que això comporta, malgrat els arguments, que creiem amplis i fonamentats, en favor de la constitucionalitat de la funcionarització en l'àmbit local, que ha estat validada per ordres jurisdiccionals i administratius tan significatius com el Tribunal Suprem, l'Audiència Nacional i el Consell d'Estat.

Bibliografia bàsica

Referida exclusivament a la funcionarització o a alguns aspectes bàsics, com el procés selectiu o els instruments de gestió de personal

- ALDOMÀ BUIXADÉ, Josep: *Les relacions de llocs de treball de les Administracions públiques*. Barcelona: Cedecs, 1996.
- BOLTAINA BOSCH, Xavier: «Los procesos de funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas». Tomo I y II. Tesis doctoral inédita (exemplar dipositat a la Biblioteca de Ciències Socials de la Universitat Autònoma de Barcelona. 2004).
- COSTA CASTELLA, Eduardo: «Patologías de la funcionarización del personal laboral en la administración local». *Gestión local Aranzadi/Personal*, boletín núm. 1/2003.
- ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, Jose María: «La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 283, 2000.
- FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel: «El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado», *Revista Documentación Administrativa*, núm. 241-242, 1995.
- GODINO REYES, Martín: *El contrato de trabajo en la Administración pública*. Madrid: Civitas, 1996.
- IZQUIERDO HERNÁNDEZ, Francisco Javier, y MOLINA GARCÍA, Mónica: *La laboralización de los funcionarios públicos*. València: Tirant lo Blanch, 1996.
- LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones públicas*. Madrid: Civitas, 1995.
- MAURI MAJÓS, Joan: *La selecció dels funcionaris al servei de les entitats locals de Catalunya*. Barcelona: EAPC, 2002.
- MIÑAMBRES PUIG, César: *La estabilidad de funcionarios y trabajadores. Una gran distancia entre ambas relaciones de empleo*. Madrid: CES, 2001. Colección Estudios.

MOLINA GARCÍA, Mónica: *El contrato de trabajo en el sector público*. Granada: Comares, 2000.

PALOMAR OLMEDA, Alberto: «De nuevo sobre el mérito y la capacidad en el acceso al empleo público (a propósito de la STC de 11 de marzo de 2004)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIV, núm. 624, 20 de maig de 2004.

PÉREZ LUQUE, Antonio: *La laboralización y funcionarización del personal de la Administración local*. Granada: CEMCI, 1999. El mateix text, en forma d'articles, es pot trobar en «La laboralización y funcionarización del personal de la Administración local: la vía de la ilegalidad y el único camino posible» (*El Consultor*, núm. 21/1996) y en «Los instrumentos y consecuencias de la laboralización de la Administración local y su reconversión hacia el funcionario: otra vía de ilegalidad» (*El Consultor*, núm. 15-16/1997).

RODRÍGUEZ RAMOS, María José: «Funcionarización y laboralización del personal al servicio de las Administraciones públicas: dos procesos convergentes». A: DIVERSOS AUTORS. *Situación actual y tendencias de la función pública*. Granada: Comares, 1998.

RODRÍGUEZ RAMOS, María José: «La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas: la constitucionalidad de la medida y la limitación de sujetos». A: DIVERSOS AUTORS. *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*. Volum I. Madrid: Ministeri de Treball i Afers Socials, 2001. Informes y Estudios.

ROSADO ARROYAL, José Antonio: «Funcionarios y laborales o empleados locales? Posible alternancia al doble régimen: la funcionarización», *El Consultor*, núm. 17, setembre 2003.

SOLDEVILA FRAGOSO, Santiago: «La funcionarización del personal laboral por la disposición transitoria 15 de la Ley 30/1984 de medidas de reforma de la función pública no puede suponer una pérdida de ingresos en relación a la situación laboral anterior». *Revista Actualidad Administrativa*, núm. 5, 2004, pàg. 568 a 571.

L'autor

Xavier Boltaina Bosch és doctor en Dret i màster en Relacions Laborals per la Universitat Politècnica de Catalunya i en Dret Públic i Ciències Historicojurídiques per la Universitat Autònoma de Barcelona (UAB). Ha estat professor associat de Dret del Treball i Seguretat Social a l'UAB des del 1994 fins al 2004. En l'actualitat és professor de Dret administratiu a la Llicenciatura en Ciències del Treball de la Universitat de Barcelona. També és professor col·laborador habitual de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya. Actualment, ocupa el lloc de cap del Servei de Recursos Humans de l'Organisme de Gestió Tributària de la Diputació de Barcelona. És arbitre del Tribunal Laboral de Catalunya i forma part del cos de mediadors del Consorci d'Estudis, Mediació i Conciliació a l'Administració Local. És membre de la Junta Directiva de l'Associació Espanyola de Direcció de Personal a Catalunya.

La seva àrea d'especialització professional és la funció pública, les relacions laborals i la Seguretat Social, especialment des de la perspectiva de les administracions públiques i del sector públic.



cemical

consorci d'estudis,
mediació i conciliació
a l'administració local

ISBN 84-9803-041-2



El pas de la situació de personal laboral fix a la de personal funcionari de carrera a les entitats locals, anomenat funcionarització, ha estat un procés complex i no exempt de dificultats des que la Llei de funció pública estatal va instituir-lo l'any 1988 i la Llei catalana de funció pública el va incorporar l'any 1994. L'autor proposa, mitjançant el sistema de formular 101 preguntes, perfilar 101 respostes als problemes i a les dificultats als quals els directius locals, responsables de recursos humans, sindicats, comitès d'empresa o els mateixos treballadors que vulguin ser funcionaritzats es poden plantejar. Proposa solucions en alguns casos, planteja dubtes legals sobre determinades pràctiques habituals que voregen o trenquen la legalitat constitucional i analitza la funcionarització com una institució que va més enllà d'un procés de selecció restringit i excepcional, ja que esdevé una eina de gestió de recursos humans de les corporacions locals catalanes que cal conèixer molt bé.

1 La funcionarització del personal laboral
al servei de les corporacions locals catalanes:
101 preguntes, 101 respostes