

EL DERECHO DE CONSORTE DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS. UNA APROXIMACION AL TEMA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La regulación del derecho de consorte:* A) En relación a los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado sometidos al ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. B) En relación al personal sometido a otra normativa sectorial específica.—III. *Derecho de consorte y principio de igualdad:* A) Aspecto previo: supuesto de hecho y criterios de impugnación jurisdiccional de las adjudicaciones de plazas en virtud de la aplicación del derecho de consorte. B) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. C) Potenciación de la figura del derecho de consorte desde la consideración de su plena constitucionalidad.—IV. *Derecho de consorte, protección familiar y uniones conyugales de hecho:* A) Consideraciones generales. B) Las uniones conyugales de hecho: características básicas y tratamiento constitucional. C) Criterios jurisprudenciales en relación a las uniones conyugales de hecho. D) Una propuesta de *lege ferenda*: la equiparación entre las uniones conyugales de hecho y las de derecho a efectos de la utilización del derecho de consorte.—V. *Derecho de consorte, principio de eficacia y prestación de servicios públicos:* A) Planteamiento previo. B) Jurisprudencia constitucional y principio de eficacia. C) La utilización del derecho preferencial de consorte como instrumento para mejorar las condiciones de trabajo y conseguir una mayor eficacia en la prestación de los servicios públicos.—VI. *El requisito de la doble condición de funcionario como presupuesto necesario para que opere el derecho de consorte y su posible alternativa a nivel regulativo.*—VII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

No se puede negar la importancia en el seno de las Administraciones Públicas de todos aquellos factores que pueden afectar al elemento vertebral de su organización, esto es, a los recursos humanos adscritos a las mismas. En este sentido y con relación al aspecto dinámico de la relación funcional, cabría destacar la figura del denominado derecho de consorte, que opera en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo en el que participan los funcionarios públicos (1).

(1) El presente trabajo pretende abordar la temática del derecho de consorte en el ámbito de la Administración del Estado, es decir, ciñéndose al análisis del régimen jurídico aplicable a los funcionarios al servicio de esa Administración. Por otra parte, cabe advertir que cuando se habla de funcionarios públicos, este concepto se utiliza en su sentido más amplio, esto es, el que se deriva de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, según el cual «los funcionarios de la Administración Pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo».

Este derecho, que incide claramente sobre la movilidad de los funcionarios, puede definirse como un derecho de carácter preferencial que otorga a quienes lo ostenten, en virtud de la existencia previa de un vínculo conyugal, una ventaja posicional en los concursos de provisión de puestos de trabajo entre diferentes localidades, cara a obtener la adjudicación de la plaza solicitada en los mismos.

La materialización del referido derecho exige en nuestro sistema el juego de una serie de elementos:

- El elemento objetivo, esto es, el reconocimiento normativo del derecho en cuestión.
- El elemento subjetivo, es decir, que quien lo alegue tenga la condición de funcionario público y pueda demostrar la existencia de un efectivo vínculo conyugal con otra persona que ostente asimismo esa condición funcionarial que justifique su utilización.
- El elemento territorial, puesto que la plaza solicitada por quien utiliza el derecho de consorte debe de radicar en localidad distinta a la del previo destino.

A este respecto hay que señalar que la utilización del citado derecho en el ámbito de los concursos de provisión de puestos de trabajo, no ha sido pacífica en absoluto, lo cual tiene su lógica, porque su ejercicio ha dado lugar a la preterición en la adjudicación de las plazas de funcionarios que objetivamente tenían más puntos por méritos profesionales, en beneficio de quienes hubieran alegado tal circunstancia preferencial.

Esta preterición ha dado lugar, en algunos supuestos, al planteamiento de impugnaciones jurisdiccionales por parte de aquellos funcionarios que han visto frustradas sus expectativas de opción a plaza, habiéndose llegado incluso a la sede de la jurisdicción constitucional para resolver este tipo de controversias, por considerarse, en esencia, que el derecho de consorte no es compatible con la Constitución al vulnerar claramente el principio de igualdad.

Pues bien, al hilo de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que se aborda esta cuestión, el objeto del presente estudio es, tomando como punto de partida el esquema regulativo que sobre esta materia ofrece el ordenamiento estatal, analizar el alcance del derecho de consorte a la luz de la doctrina del alto órgano constitucional, y, todo ello, desde una cuádruple óptica:

- En primer lugar, desde la consideración del derecho de consorte como un derecho que puede tener encaje constitucional en su contraste con el principio de igualdad (arts. 14 y 23.2 CE).
- En segundo término, en relación a su posible utilización por aquellos funcionarios que no mantienen un vínculo familiar en el estricto sentido legal, sino una unión simplemente afectiva o de hecho.
- En tercer lugar, en cuanto a la conexión de la figura del derecho

de consorte con el principio de eficacia establecido *ope constitutionis* (art. 103.1 CE).

- Por último, planteando si de acuerdo con los principios constitucionales, la persona que se encuentra destinada con carácter previo a la localidad en donde radica la plaza a la que se pretende acceder mediante el correspondiente concurso, debe tener necesariamente la condición de funcionario público al igual que el solicitante de la misma.

Es evidente, por lo que no resulta necesario hacer especial hincapié, que las cuestiones sobre las que se pretende reflexionar, al afectar a un colectivo tan amplio como es el de los funcionarios públicos, tienen una indiscutible trascendencia: por un lado, desde la perspectiva de los propios funcionarios, puesto que el derecho de consorte afecta a un aspecto tan importante como es el de su movilidad a través de los mecanismos de cambio de destino, y, de otra parte, desde la vertiente de la política pública de gestión de recursos humanos en lo que concierne a un tema clave como es el de la provisión de puestos de trabajo.

II. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE CONSORTE

Antes de abordar la figura del derecho de consorte desde la óptica de la jurisprudencia constitucional, parece conveniente recordar primero su configuración dentro del ordenamiento funcional (2).

(2) La regulación estatal sobre el derecho de consorte no tiene el carácter de normativa básica —ex artículo 149.1.18ª CE— y, por tanto, las Comunidades Autónomas tienen plena libertad para disciplinar esta figura de acuerdo con los criterios que informen el diseño de su política de personal. A este respecto, y simplemente a título de ejemplo (puesto que no es objeto de este estudio entrar en la esfera autonómica), podría traerse a colación lo que sucede en la normativa catalana que rige sobre provisión de puestos de trabajo, en concreto, el Decreto de 15 de enero de 1987 (núm. 65/87, publicado en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, de 13 de marzo de 1987), recoge el derecho preferencial de consorte en su artículo 7.º en los siguientes términos:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, respecto a la valoración máxima de 25 puntos, puede atribuirse 1 punto en atención a la residencia previa, por razones laborales del cónyuge en la localidad a la que se pretende ir destinado, a los únicos efectos de cambio de localidad y únicamente si la solicitud se refiere a un puesto de trabajo del mismo nivel o inferior del que se desempeña.

A los efectos anteriores, se considera la misma localidad los municipios, cuyos núcleos urbanos estén unidos sin solución de continuidad por razones urbanísticas o similares, y que dispongan de servicios de transportes urbanos colectivos comunes.»

A) *En relación a los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado sometidos al ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública*

La Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, de 2 de agosto de 1984, modificada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, no contempla ni define específicamente lo que debe entenderse por derecho de consorte. En efecto, lo que se hace en la citada norma legal y en concreto en su artículo 20 (relativo a la provisión de puestos de trabajo, dentro del Capítulo IV: «Normas para objetivar la selección del personal, la provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional de los funcionarios»), es precisar los datos y circunstancias que necesariamente deben incluirse en las convocatorias de los concursos —único mecanismo de provisión de puestos que, como es obvio, a efectos de este trabajo nos interesa— esto es: denominación, nivel y localización del puesto; requisitos indispensables para su ejercicio; baremo para valorar los méritos y puntuación mínima para la adjudicación de las vacantes convocadas. Pero, como decimos, en esta regulación *ex lege* no se sientan las líneas definitivas del derecho de consorte, sino que al señalarse que las convocatorias de los concursos deberán incluir los criterios de valoración, cara a la adjudicación de las plazas vacantes, se deja la puerta abierta a que reglamentariamente se desarrolle esta figura.

En este sentido, el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado, aprobado por el Real Decreto 28/1990, de 15 de enero (en adelante Reglamento de Provisión de Puestos), recoge este derecho de carácter preferencial en su artículo 14.2, en los siguientes términos:

«El destino previo del cónyuge funcionario obtenido mediante convocatoria pública en la localidad donde radique el puesto o puestos de trabajo solicitados, se podrá valorar, como máximo, con la puntuación que resulte de la antigüedad, siempre que se acceda desde localidad distinta.»

Aunque el derecho de consorte aparece recogido en el artículo 14 del Reglamento de Provisión de Puestos titulado expresamente «méritos», hay que hacer notar que el mismo, en estricto sentido técnico, no constituye un mérito, sino simplemente como señala el Tribunal Constitucional (STC 192/1991, FJ 4) una «circunstancia de prelación» que juega en materia de valoración, si se incluye dentro de las bases de la convocatoria del correspondiente concurso de traslado. Esto se confirma analizando además su ubicación sistemática dentro del precepto. Así, recordemos, que es en el apartado 1 del citado precepto en donde expresamente se recogen los méritos a valorar: los adecuados a las características de

los puestos ofrecidos, la posesión de un determinado grado personal, el trabajo desarrollado, los cursos de formación realizados y la antigüedad. En cambio, es en el apartado 2 del artículo 14, que no recoge ningún tipo de mérito, en el que la figura del derecho de consorte aparece insertada. A mayor abundamiento, el apartado 4 del precepto en cuestión especifica que: «En caso de empate en la puntuación se acudirá para dirimirlo a la otorgada a los méritos enunciados en el apartado 1...», en el que, recordemos, no aparece regulado el derecho de consorte.

Por otro lado, y siguiendo con la regulación de este derecho preferencial es necesario advertir dos cosas:

En primer término, que el derecho de consorte no se configura necesariamente como un derecho de aplicación automática en los procedimientos de concurso de traslados, puesto que, «ope Reglamento», y a efectos de su cómputo valorativo, se establece simplemente como una posible opción para el gestor público de recursos humanos (recordemos que, cara a la valoración, se utiliza la fórmula «se podrá»).

En segundo lugar, que en caso de que se considere conveniente su inclusión como elemento a valorar en el correspondiente concurso, el gestor convocante del mismo dispone de un margen de maniobra en materia de puntuación con el sólo límite a este respecto, de que no se podrá conceder más puntuación que la que resulte de la antigüedad del concursante, esto es, del solicitante de la plaza. Ahora bien, dentro de este límite el gestor podrá escoger la opción de puntuación a aplicar al derecho de consorte que considere más conveniente.

Reconocido el derecho de consorte en sede reglamentaria en los términos vistos, hay que hacer notar que es en las correspondientes convocatorias de provisión de puestos de trabajo en donde este derecho preferencial debe proyectarse, por lo que, entonces, resulta necesario examinar qué es lo que sucede en este tipo de convocatorias de concurso de traslado en el ámbito que nos interesa, es decir, en la esfera de los concursos convocados para el personal al servicio de la Administración del Estado. Como dato previo cabe significar que en esta materia existe una gran homogeneidad derivada de la intervención en las bases de las convocatorias de los concursos de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, que es el Centro Directivo a quien corresponde marcar la política a seguir en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo.

Efectivamente, el artículo 9.º del Reglamento de Provisión de Puestos, reza como sigue:

«La Secretaría de Estado para la Administración Pública, a iniciativa de los Departamentos Ministeriales, autorizará las bases de las convocatorias de los concursos. Dichas bases deberán contener los méritos a valorar y el baremo con arreglo al cual se puntuarán los mismos...»

Pues bien, basta con acudir a cualquier convocatoria de concurso de provisión de puestos —que debe ser aprobada por la referida Secretaría de Estado— para observar que la fórmula que se utiliza en las bases que rigen las mismas y que se proyecta en el derecho de consorte, viene a ser similar en todas ellas. Esta fórmula es la siguiente:

«Cuando dos funcionarios estén interesados en obtener puestos de trabajo en una misma localidad, pueden condicionar en la solicitud sus peticiones por razones de convivencia familiar, al hecho de que ambos la obtengan, entendiéndose en caso contrario, anulada la petición efectuada por cada uno de ellos» (3). La fórmula en cuestión, contenida en las bases que disciplinan los concursos tiene una clara razón de ser, cual es el permitir excepcionar una regla que con carácter general aparece incorporada al contenido de las referidas bases. Dicha regla es la de la «irrenunciabilidad del destino adjudicado» con la que se pretende dotar de estabilidad a los procesos de adjudicación de plazas evitando que los funcionarios puedan renunciar a los nuevos destinos que les correspondan (así, a título de ejemplo, puede verse la base 9.ª de la Orden de 28 de noviembre de 1991, por la que se convoca concurso de méritos en el Ministerio de Educación y Ciencia —«BOE» de 11 de diciembre de 1991—, que expresa: «los destinos adjudicados *serán irrenunciables*, salvo que con anterioridad a la finalización del plazo posesorio se hubiera obtenido destino en otro concurso, en cuyo caso deberán comunicar por escrito su opción, en el plazo de tres días hábiles»).

A la vista de todo lo expuesto y por lo que respecta a la aplicación del derecho de consorte en los procedimientos de provisión de puestos que rigen para los funcionarios civiles de la Administración del Estado, es fácil concluir que los gestores públicos de personal, han reducido a su mínima expresión la potencialidad de este derecho de carácter preferencial, no utilizando en consecuencia dentro de las bases que rigen las convocatorias de los concursos la opción valorativa que reglamentariamente se les brinda. Así pues, el derecho de consorte simplemente opera como

(3) Así, a título de ejemplo, vid. la Orden de 5 de diciembre de 1991, por la que se convoca concurso por parte del Ministerio para las Administraciones Públicas, para la provisión de puestos de trabajo, adscritos a los grupos C y D, con funciones administrativas y auxiliares —«BOE» del 11 de diciembre de 1991—; la Orden de 28 de noviembre de 1991, por la que se convoca concurso de méritos para la provisión de puestos de trabajo vacantes en el Ministerio de Educación y Ciencia, para los grupos A, B, C y D —«BOE» de 11 de diciembre de 1991—; la Orden de 3 de febrero de 1992, por la que se convoca concurso para la provisión de puestos de trabajo en los servicios periféricos de la Secretaría General de Asuntos Penitenciarios, correspondientes a los Cuerpos Facultativos de Instituciones Penitenciarias —«BOE» de 19 de febrero de 1992—, etc.

mecanismo de excepción de la mencionada cláusula de «irrenunciabilidad de la adjudicación (4).

B) *En relación al personal sometido a otra normativa sectorial específica*

El Reglamento de Provisión de Puestos prevé que sus reglas no serán aplicables en una serie de supuestos. En efecto, en su artículo 1.º.2 que establece el ámbito de aplicación del mismo, se estipula que:

«El personal docente e investigador, sanitario y de los servicios postales y de telecomunicación se regirá, para la provisión de puestos, su promoción profesional y la promoción interna, por las normas específicas que le sean de aplicación.»

Conforme a este precepto, se examinan, sin ánimo de exhaustividad, las normativas específicas que, en la materia que nos ocupa, vienen a afectar al personal docente no universitario, al personal sanitario y al personal de los servicios postales y de telecomunicación, colectivos que, por su importancia cuantitativa en el seno de la Administración Pública, son los que ahora nos interesan.

1. *Personal docente no universitario.*

En relación al personal docente no universitario, la norma fundamental a considerar se contiene en el Real Decreto 895/1989, de 14 de julio, por el que se regula la Provisión de Puestos de Trabajo en Centros públicos de Preescolar, Educación General Básica y Educación Especial (modificado por el Real Decreto 1664/1991, de 8 de noviembre).

En el Preámbulo de este Real Decreto ya se apunta la filosofía regulativa con respecto a la figura del derecho de consorte, que se traduce, como enseguida veremos, en un claro cambio de posición en relación al tratamiento que en el sector docente había tenido siempre este derecho preferencial. Efectivamente, en el mencionado Preámbulo se habla del llamado «turno de consorte» (que consistía en la reserva del 50% de los

(4) A nuestro juicio —aunque éste no es el momento de ahondar en la cuestión—, la cláusula de «irrenunciabilidad» en relación a la adjudicación de las plazas en los concursos de traslados es de muy dudosa legalidad, y no se encuentra regulada ni siquiera reglamentariamente (además, nótese que ni siquiera se prevé, a efectos de excepcionarla, la existencia de supuestos de fuerza mayor de otras causas graves debidamente justificados). A este respecto, recuérdese que en la legislación funcional se permite, incluso, renunciar a la propia condición de funcionario, renuncia que opera como una de las causas de extinción de la relación funcional (vid. en este sentido, el art. 37.1.a) del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado).

puestos vacantes en cada localidad, para que los cónyuges funcionarios pudieran ejercitar un derecho de preferencia absoluta sobre los mismos), como de una «figura desfasada» cuyo origen habría que encontrar dentro del complejo conjunto normativo que regula el régimen de los concursos del profesorado de Educación General Básica, fundamentalmente en el Estatuto del Magisterio aprobado por Decreto de 24 de octubre de 1947.

El reflejo normativo de lo que se acaba de señalar, dentro de la parte dispositiva del Real Decreto, se realiza en su artículo 28 que determina que:

«1. Se entiende por derecho de concurrencia y/o consorte la posibilidad de que varios maestros condicionen su voluntaria participación en un concurso a la obtención de destino en uno o varios Centros de una provincia determinada.

2. Este derecho tendrá las siguientes peculiaridades:

2.1. Los maestros incluirán en sus peticiones Centros de una sola provincia, la misma para cada grupo de concurrentes.

2.2. El número de maestros que pueden solicitar como concurrentes será, como máximo, de cuatro.

2.3. La adjudicación de destino a estos maestros se realizará entre los puestos de trabajo vacantes que serán objeto de provisión de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 del presente Real Decreto. De no obtener destino de esta forma todos los maestros de un mismo grupo de concurrentes se considerarán desestimadas sus solicitudes.»

En relación al precepto transcrito se hace necesario reflexionar, siquiera sea un momento, sobre la importante novedad que su contenido supone con respecto a la situación anterior. Así, debe notarse que, por un lado, no se exige para el ejercicio de la posibilidad de condicionar por parte de los maestros su voluntaria participación en los concursos, la existencia de un vínculo familiar en sentido estricto, por lo que podría perfectamente alegarse a estos efectos cualquier otro tipo de vínculo (personal o profesional). De otra parte, y desde una perspectiva cuantitativa, es interesante significar también que la referida posibilidad de opción no se circunscribe únicamente a dos maestros, sino que el número máximo para poder ejercitarla asciende a cuatro. La idea que aquí subyace es la de favorecer que a un mismo Centro escolar concurre lo que podemos denominar un grupo pedagógico, esto es, un grupo de profesores entre los que existe un interés profesional de seguir trabajando juntos, para aplicar un determinado proyecto docente en el nuevo Centro a cuyas plazas pretenden optar.

En definitiva, claramente se puede concluir, que en esta materia se ha producido un cambio radical en el sector docente, pasándose de una concepción del derecho de consorte en donde existía una preferencia absoluta en relación a las plazas sometidas al porcentaje de reserva, fijado en la convocatoria, a la nueva configuración reseñada donde esa preferencia absoluta desaparece.

2. *Personal sanitario.*

En el sector sanitario se ha de traer a colación, en primer término, el Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, sobre Selección de Personal Estatutario y Provisión de Plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, cuyo artículo 16.1 (comprendido en la Sección 1.ª, «Concurso de Traslados», del Capítulo II, «Provisión de Plazas», del Real Decreto), dispone:

«Se proveerán por concurso de traslado las plazas básicas de cada categoría que la convocatoria determine. Las plazas no convocadas o no adjudicadas en el concurso de traslados se proveerán directamente mediante las correspondientes pruebas selectivas.»

Por otro lado, el artículo 18 del repetido Real Decreto especifica que «Los destinos adjudicados serán irrenunciables».

Pues bien, en materia de *provisión de plazas* a través de los correspondientes concursos de traslados del personal sanitario, el Real Decreto en cuestión no regula la figura del derecho de consorte, ni tampoco la posibilidad de que dos funcionarios condicionen sus solicitudes —en caso de existencia de vínculo familiar— al hecho de que ambos obtengan plaza en la misma localidad, entendiéndose, en caso contrario, anuladas dichas peticiones.

No obstante lo anterior, es conveniente destacar que con respecto al personal sanitario, no cabe hablar en materia de derecho de consorte de una regulación uniforme, puesto que existe todavía alguna normativa sectorial vigente, en donde esta figura aparece plenamente reconocida. En este sentido, se puede citar, el Real Decreto 1062/1986, de 26 de mayo, por el que se regula el sistema de Concurso Unitario de Méritos y Traslado de los Funcionarios Sanitarios Locales, cuyo artículo 7.3 estipula lo siguiente:

«Se otorgará una puntuación de 12 puntos en atención a la residencia previa durante el tiempo que la convocatoria determine y por motivos laborales, del cónyuge en localidad del partido sanitario o zona de salud a que se pretende ir destinado, únicamente para plazas anunciadas en la

misma zona de salud o en el mismo partido sanitario y en los límites con éste.»

En definitiva, y por lo que concierne al personal sanitario, los criterios regulativos no son unitarios, oscilando entre la no contemplación en sede reglamentaria del derecho de consorte por lo que respecta al personal estatutario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, y el claro reconocimiento del mismo en el caso de los funcionarios de los cuerpos sanitarios locales.

3. *Personal de los servicios postales y de telecomunicación.*

Por lo que atañe al personal de los servicios postales y de telecomunicación, hay que resaltar que en sus concursos de traslado y a efectos de la funcionalidad del derecho de consorte, juegan las mismas reglas que son aplicables a los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado. En este sentido, la disposición transitoria quinta del Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo establece que: «Las normas contenidas en este Reglamento serán de aplicación al personal de los servicios postales y de telecomunicación hasta tanto se promulguen las normas específicas a que se hace referencia en el artículo 1.2 del presente Reglamento.»

No nos consta, en el momento de redactar este trabajo, que se haya dictado la normativa específica a que se acaba de hacer referencia, por lo que, en consecuencia, serán de aplicación para este personal las reglas que rigen para los concursos de los funcionarios civiles de la Administración del Estado.

III. DERECHO DE CONSORTE Y PRINCIPIO DE IGUALDAD

A) *Aspecto previo: supuesto de hecho y criterios de impugnación jurisdiccional de las adjudicaciones de plazas en virtud de la aplicación del derecho de consorte*

Como se ha referido *ut supra*, el Tribunal Constitucional en una reciente jurisprudencia ha abordado la problemática concerniente al uso del derecho de consorte, desde la óptica de su contraste con el principio de igualdad establecido *ope constitutionis*. En efecto, de una parte, en la Sentencia 192/1991, de 14 de octubre («BOE» de 15 de noviembre de 1991), sobre la utilización del derecho de consorte en los concursos de traslado, por la que se resuelve un recurso de amparo, el Tribunal Constitucional analiza la legalidad de la adjudicación de una plaza de auxiliar de enfermería efectuada por la Comisión de Personal de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Salud, de Badajoz, por

el denominado «turno de traslado por consorte», en aplicación del artículo 114.3 del Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (en la redacción dada por la Orden Ministerial de 5 de abril de 1986). Por otro lado, en la Sentencia 200/1991, de 28 de octubre («BOE» de 27 de noviembre), el Alto órgano constitucional, también con ocasión de resolver un recurso de amparo, examina la compatibilidad constitucional de la preferencia que supone el derecho de consorte con respecto al principio de igualdad, en la adjudicación de una plaza en el Consejo de Estado, en virtud de un concurso de traslado entre funcionarios del Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos, convocado por Orden del Ministerio de Cultura de 10 de febrero de 1984 (en aplicación del Decreto de 18 de diciembre de 1935) (5).

A efectos de economía expositiva, el contenido impugnatorio de los recursos de amparo citados podría resumirse en los siguientes puntos:

— En primer lugar, que el hacer prevalecer el estado civil de casado sobre cualesquiera otras condiciones, no solamente laborales (antigüedad) sino familiares (otros estados civiles y circunstancias familiares), produce la vulneración del principio de igualdad.

— En segundo lugar, que la pretensión de reagrupar a la familia conyugal va en detrimento de otras situaciones familiares que afectan a la generalidad de personas-trabajadores, ya que no se protege el reagrupamiento de personas separadas o divorciadas con sus hijos o padres, ni se protege a los hijos que puedan sustentar a sus progenitores o, en fin, tampoco se protege a los viudos. No es suficiente, en efecto, apelar a la protección de la familia con cobertura en el artículo 39 de la Constitución para justificar la desigualdad, ya que, el concepto de familia va más allá de la familia conyugal y el propio artículo 39 previene,

(5) En la actualidad, la normativa en virtud de la cual se fundamentó en su momento por los recurrentes la utilización del derecho de consorte, debe entenderse abrogada. Efectivamente, por un lado, el artículo 114.3 del Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, de 26 de abril de 1973 (en la redacción dada por la Orden Ministerial de 5 de abril de 1986), se encuentra derogado expresamente por la Disposición Derogatoria 1 del Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, sobre Selección de Personal Estatutario y provisión de plazas en las Instituciones de la Seguridad Social. De otro lado, el Decreto de 18 de diciembre de 1935, relativo a los concursos de traslado del Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos, aparece derogado por la Disposición Derogatoria 2.ª del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado, que reza como sigue: «Asimismo, se derogan todas las normas sobre provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, contenidas en disposiciones de igual o inferior rango, en cuanto se opongan a lo establecido en el presente Reglamento, a excepción de las relativas al personal docente, investigador, sanitario y al destinado en el extranjero, así como los apartados 1 y 2 del artículo 7.º del Real Decreto 849/1985, de 5 de junio.» Como es fácil advertir, la normativa de provisión de puestos relativa al Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos —sometidos al ámbito de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública y por ende al Reglamento citado—, no aparece excepcionada en la cláusula derogatoria transcrita.

además, que los poderes públicos aseguran la protección integral de las madres cualesquiera que sea su estado civil.

— En tercer lugar, que el derecho de consorte, como medio casi exclusivo de conseguir el cambio de puesto de trabajo con ocasión de vacante, deriva en una desproporción absoluta, al primar la familia conyugal obviando otras circunstancias familiares.

— En cuarto lugar, que el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas del artículo 23.2 es una especificación del principio de igualdad ante la Ley formulado por el artículo 14 del Texto Constitucional, viéndose afectado por la prevalencia injustificada y desproporcionada que se da a un determinado estado civil, lo que supone una referencia individual y concreta vedada por el referido derecho fundamental.

— En quinto lugar, por último, que en definitiva el acto administrativo de adjudicación de una plaza fundándose exclusivamente en el derecho de consorte repugna al principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución, ya que aquél ha servido para clasificar al funcionario beneficiado de una manera absoluta y excesiva, desechando todos los demás elementos de valoración de mayor importancia como son la antigüedad, la profesionalidad y la dedicación.

B) *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

En relación con la argumentación contenida en los recursos de amparo citados, el Tribunal Constitucional afirma que la cuestión central a debatir consiste en la determinación de la compatibilidad constitucional de la preferencia denominada derecho de consorte con el principio de igualdad regulado *ex constitutione*.

Pues bien, como se adelantó en la parte introductoria, el Alto Tribunal considera que la aplicación de la preferencia derivada del derecho de consorte tiene perfecto encaje constitucional en los casos juzgados y, en consecuencia, procede a la desestimación de los recursos de amparo interpuestos (6).

(6) La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de derecho de consorte ya había sido sentada previamente en el Auto del Alto Tribunal, 1325/1988, de 19 de diciembre de 1988, en donde expresamente se decía: «la igualdad sólo resulta vulnerada si el trato diferenciado está desprovisto de una justificación objetiva y razonable que guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida, y tal supuesto no concurre, de forma evidente, en el caso contemplado, en cuanto que la ruptura del criterio general de la antigüedad en la resolución de los concursos de traslados, que introduce el «turno de consorte», encuentra justificación razonable, objetiva y proporcionada en consideraciones, no sólo de protección de la familia, sino muy especialmente en razones de eficacia en la prestación de los servicios públicos, que permiten al legislador reconocer al vínculo matrimonial entre funcionarios la relevancia suficiente para atribuirle un trato diferenciado en relación con los funcionarios solteros o casados con personal no funcionario, por ser estas situaciones distintas, cuya no equiparación a la de aquéllos, por la razonabilidad de la diferenciación, no puede calificarse de vulneradora del derecho invocado por la demandante».

La fundamentación jurídica utilizada por el Tribunal Constitucional, cara a la desestimación de los recursos, y en virtud de la cual declara ajustada a la Constitución la utilización del derecho de consorte, podría sistematizarse en las siguientes líneas jurisprudenciales:

1. *Diferente intensidad de los derechos y principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, según su momento de aplicación.*

El Tribunal Constitucional al analizar la constitucionalidad del derecho de consorte realiza, *ab initio*, una distinción entre los supuestos de acceso a la función pública y los actos que se desarrollan con posterioridad a dicho acceso, entre los cuales se incluyen, desde luego, los relativos a la movilidad de los funcionarios públicos cuando participan en concursos de traslado solicitando un puesto de trabajo en una localidad distinta a la del previo destino. Esta distinción de los supuestos referidos la utiliza el Tribunal entendiendo, creemos muy acertadamente, que los derechos y valores constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 14 en conexión con el 23.2 de la CE), operan con una intensidad diferente según se trate de un supuesto de acceso a la Función Pública o de los actos posteriores al mismo. En este sentido, conviene recordar cómo se pronuncia el Tribunal en su Sentencia 192/1991, de 14 de octubre (FJ 4):

«Enmarcado el problema en el ámbito del artículo 23.2 de la CE, ningún reparo cabe oponer a la proyección del principio de igualdad no sólo en el momento del acceso a las funciones públicas, sino también a todo lo largo de la duración de la relación funcional o asimilada a estos efectos [entre otras, SSTC 15/1988, fundamento jurídico 2.º (con remisión a la STC 75/1983) y 47/1989, fundamento jurídico 2], siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo.

Sin embargo, tampoco debe ignorarse la distinta consideración que, a estos efectos, merecen, de una parte, el acceso a la función pública y, de otra —dentro ya de la misma— el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, y, por consiguiente, el diferente rigor e intensidad con que en cada una de ellas operan los derechos y valores constitucionales como son el acceso en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE), a las funciones públicas. Pues, en efecto, siendo el derecho del art. 23.2 CE un derecho de configuración legal, puede la Administración legítimamente dentro de los concursos para

la provisión de vacantes o puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública (y por tanto, acreditado los requisitos de mérito y capacidad) tener en cuenta otros criterios distintos que no guarden relación con éstos, en atención, precisamente, a una mayor eficacia en la organización de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales. Tal es el caso aquí contemplado del denominado derecho de consorte que, dada la forma en que normativamente ha sido previsto, no puede estimarse que sea contrario al art. 23.2 CE —ni por tanto al art. 14 CE—...»

Esta misma línea argumental se confirma por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 200/1991, de 28 de octubre, en la que también señala expresamente (FJ 2):

«Y, este precepto (el 23.2 CE) puede ser aplicado no sólo en el acceso a la función pública, sino también en momentos ulteriores relativos a la provisión de un cargo o puesto de trabajo, y, obviamente, en los concursos de traslado; así resulta de la STC 15/1988 (fundamento jurídico 2.º) con remisión a las SSTC 75/1983 y 47/1989 (fundamento jurídico 2.º) que se citan en la reciente STC 192/1991, de esta misma Sala (fundamento jurídico 4.º). Más teniendo en cuenta, como esta última Sentencia señala, el diferente rigor e intensidad con que opera, en relación con los principios de mérito y capacidad, según se trate del acceso a la carrera o de la ulterior provisión de vacantes en ella, puesto que aquí cabe ya tener en cuenta otros criterios distintos en atención a una mayor eficacia del servicio o a la prosecución de otros bienes constitucionalmente protegidos; tal el uso de la preferencia del consorte para obtener el destino en población donde ya está destinado su cónyuge.»

2. *Protección a la familia.*

El Alto Tribunal también señala en la Sentencia 192/1991 (FJ 4), que «la desigualdad que en orden a la provisión de vacantes, mediante concurso, que introduce la norma cuestionada se apoya, en efecto, en un derecho específico que encuentra plena justificación y razonabilidad desde la consideración de otros bienes jurídicos, como es la familia, cuya protección social, económica y jurídica debe ser asegurada por los Poderes Públicos (art. 39.1 CE), lo que, entre otras manifestaciones comporta el que éstos favorezcan, eliminando trabas, el cumplimiento del deber de

convivencia a que se refiere el artículo 68 del Código Civil». Recordemos, a efectos ilustrativos, que el citado artículo 68 estipula:

«Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.»

En definitiva, la protección de un bien jurídico como es la familia (cuestión sobre la que también volveremos), constituye un elemento que, desde el ángulo constitucional, justifica la inexistencia de desigualdad en los supuestos de aplicación del derecho de consorte en los procedimientos de concurso de traslado entre funcionarios.

3. *Materialización del principio de eficacia.*

Por último, el Alto órgano constitucional fundamenta la inexistencia de un vicio de inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad, utilizando el principio de eficacia inserto en el artículo 103.1 de la Constitución (sobre el cual con independencia de lo que ahora digamos también reflexionaremos más adelante). La apelación al referido principio se efectúa con gran claridad por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 192/1991 (FJ 4), en los siguientes términos:

«E incluso esa justificación y razonabilidad (de la utilización del derecho de consorte) se aprecia, también, teniendo presente el propio mandato constitucional al que están sujetas las Administraciones Públicas de proceder con eficacia en la prestación de los servicios públicos (art. 103.1. CE), lo que legitima la adopción de aquellas medidas que tiendan precisamente a que el personal al servicio de las Administraciones Públicas se encuentre en las mejores condiciones para el desarrollo de la actividad propia de su cargo» (y, en esta misma línea, se pronuncia también la Sentencia 200/1991, de 28 de octubre).

En definitiva, y en virtud de la argumentación jurídica expuesta, el Tribunal Constitucional considera, volvemos a repetir, que la pretendida conculcación del artículo 14 —y por ende del 23.2— de la Constitución frente a la que reaccionan los recurrentes resulta inexistente, ya que, de una parte, su situación personal atendiendo a lo alegado no es equiparable a la de las personas a las que se les adjudican las plazas debatidas, teniendo en cuenta que la diferenciación entre casados, cuyos cónyuges residan en localidades distintas, y no casados o ajenos a esa circunstancia, a efectos de la adjudicación preferente de las plazas vacantes, no resulta injustificada, irrazonable o desproporcionada.

C) *Potenciación de la figura del derecho de consorte desde la consideración de su plena constitucionalidad*

Llegados a este punto y constatada la constitucionalidad del derecho de consorte en su relación con el principio de igualdad, parece oportuno, a la vista de la jurisprudencia constitucional, empezar a pronunciarse sobre el alcance que, a nuestro juicio, debe tener este derecho preferencial en el marco de los procedimientos administrativos de provisión de puestos de trabajo que afectan a la movilidad de los funcionarios públicos, todo ello con independencia de las reflexiones que más adelante y a este respecto también realizaremos.

Un dato previo conviene traer a colación, y es que el derecho de consorte actualmente es un verdadero *flatus vocis*, es decir, una figura que no tiene prácticamente ninguna operatividad excepto en algún procedimiento de concurso recogido en normas sectoriales (recuérdese el ejemplo de los funcionarios técnicos del Estado al servicio de la sanidad local). En efecto, como bien sabemos, en el Reglamento de Provisión de Puestos este derecho preferencial aparece configurado de una manera sumamente prudente: el artículo 14.2 permite valorar el destino previo del cónyuge como máximo con la puntuación que resulte de la antigüedad, siempre que se acceda desde una localidad distinta; pero dicho contenido regulatorio no tiene una traducción práctica dentro de las bases que rigen las convocatorias de los concursos de traslado, y su funcionalidad se reduce exclusivamente a excepcionar la «cláusula de irrenunciabilidad» de adjudicación de la plaza, según vimos en su momento.

Esta tímida utilización de la figura del derecho de consorte en el ámbito de la función pública tiene a nuestro entender un claro sustrato justificativo. En efecto, no cabe olvidar que el anterior Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Públicos de la Administración del Estado, aprobado por el Real Decreto 2617/1985, de 9 de diciembre, que regulaba el derecho de consorte de una manera más amplia y favorable para los funcionarios, resultó impugnado jurisdiccionalmente en varios de sus preceptos y, en concreto, por lo que ahora nos interesa, en su artículo 15.2, en donde aparecía regulado el derecho preferencial de consorte, al considerarse por los recurrentes que éste vulneraba el principio de igualdad constitucional. Dicho precepto estipulaba lo siguiente:

«Con independencia de la valoración máxima de 25 puntos a que se refiere el presente artículo, se atribuirán 3 puntos en atención a la residencia previa, por razones laborales, del cónyuge en la localidad a que se pretende ir destinado, a los únicos efectos de cambio de localidad y si la solicitud se refiere a puesto de trabajo del mismo o inferior nivel que aquel que se desempeñe.»

Pues bien, el Tribunal Supremo resolviendo un recurso de apelación interpuesto por la Unión Sindical de Inspectores Técnicos de Educación, en su Sentencia de 11 de julio de 1986 (Sala 3.^a), declara la nulidad del precepto transcrito al considerar que el mismo conculca el artículo 14 de la Constitución.

A este respecto, el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico tercero de su Sentencia, con referencia a la utilización del derecho de consorte, razona como sigue:

«Todas estas modalidades de provisionar por concurso puestos de trabajo entre funcionarios, constituyen una vulneración del principio constitucional de igualdad ante la Ley consagrado en la Constitución, pues, el principio de igualdad jurídica del artículo 14, como reiteradamente tiene proclamado el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, lo que prohíbe es la discriminación, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable...»

Esta Sentencia al declarar la nulidad del tantas veces mencionado precepto, obliga a la reforma del Reglamento citado, dando lugar a la nueva configuración del derecho de consorte que ya conocemos en el vigente Reglamento de Provisión de Puestos.

Es interesante en conexión con esto destacar dos cuestiones:

En primer término, que el pronunciamiento jurisdiccional si bien no ha hecho desaparecer del panorama regulativo en materia de provisión de puestos de trabajo el derecho de consorte, sí ha dado lugar a que el mismo se discipline de una manera sustancialmente distinta, esto es, como sabemos, a la baja.

De otra parte, que los gestores públicos de personal a nuestro juicio se han visto condicionados por el dictado de esa sentencia y, si bien se mantiene el derecho de consorte en la nueva regulación reglamentaria, en la práctica este derecho no tiene funcionalidad puesto que no se materializan sus posibilidades de cómputo (esto es, en cuanto a la atribución al mismo de una determinada puntuación en los baremos de las convocatorias de los concursos). Esta postura de los gestores tan reacia a la aplicación del derecho preferencial viene dada porque en general, para la mayoría de ellos —y más después de la sentencia comentada—, este derecho (aún con la nueva regulación) es de muy dudosa legalidad constitucional, por eso el mismo no se hace efectivo —incluso existiendo habilitación reglamentaria— donde tiene que hacerse, esto es, en las bases de las convocatorias de los concursos de traslado.

Ahora bien, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional debería reflexionarse sobre la necesidad de una mayor potencialidad de esta figura, teniendo en cuenta los postulados doctrinales sentados por el Alto órgano constitucional, cuyas sentencias al respecto, y esto no lo olvidemos porque es importante, fueron posteriores a la meritada

sentencia del Tribunal Supremo, con lo cual este órgano jurisdiccional no podía conocer, en modo alguno, los criterios sobre la funcionalidad del derecho de consorte en clave de constitucionalidad.

En consecuencia, a nuestro entender, conocida la doctrina constitucional, los gestores públicos, en aplicación de los principios de «protección a la familia» (art. 39.1 CE) y de «eficacia» (art. 103.1 CE) directamente conectados por el Tribunal Constitucional con la figura del derecho de consorte, y teniendo además en cuenta el criterio jurisprudencial sobre la diferente intensidad de los derechos y principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, según su momento de aplicación, deberían replantearse la prácticamente nula operatividad de esta circunstancia preferencial, procediendo a su revitalización en el ámbito de los concursos de traslado de los funcionarios públicos, introduciendo al menos, en las bases que rigen dichos concursos, la posibilidad de valoración prevista en el artículo 14.2 del Reglamento de Provisión de Puestos. Para esto sería oportuno proceder a una reforma del artículo 14.2 del Reglamento de Provisión de Puestos citado, convirtiendo la regla potestativa en él inserta («se podrá valorar») en una regla de carácter imperativo («se valorará»), es decir, obligando al gestor a incorporar necesariamente en las señaladas bases de los concursos de traslado unos criterios de valoración (traducidos en puntos) en el caso de que se utilice el derecho preferencial de consorte con el límite máximo establecido en el precepto. En esta línea, también podría pensarse en una modificación de las normativas sectoriales antes vistas, cohonestando, en la medida de lo posible, sus contenidos regulatorios en esta materia con lo que se dispusiera en el citado Reglamento de Provisión de Puestos. En definitiva, con todas estas operaciones de modificación normativa, de lo que se trataría es de facilitar la convivencia familiar de los funcionarios conjugándola, al tiempo, con una mayor eficacia en la prestación de los servicios públicos.

IV. DERECHO DE CONSORTE, PROTECCIÓN FAMILIAR Y UNIONES CONYUGALES DE HECHO

A) *Consideraciones generales*

Lo que hasta ahora ha quedado recogido, constituye el presupuesto obligado para poder reflexionar sobre un aspecto que claramente se suscita al hilo de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de consorte. Esta cuestión es la relativa al posible juego del derecho preferencial, cuando no nos encontramos ante la familia tipo, esto es, la originada jurídicamente en el matrimonio, sino ante una unión conyugal de hecho o de carácter extramatrimonial.

Cabe recordar, que en las Sentencias del Tribunal Constitucional más arriba citadas este aspecto en concreto no se aborda directamente, por la razón fundamental de que las plazas controvertidas se adjudica-

ron a quienes se encontraban vinculados a través de la institución jurídica del matrimonio; pero hay que significar, que esta problemática, como bien sabemos, sí se plantea dentro de las motivaciones impugnatorias formuladas por los recurrentes en amparo.

Así pues, desde esta perspectiva parece conveniente, siquiera sea de una manera breve, fijar unos datos preliminares sobre tres órdenes de cuestiones, cuales son: la realidad familiar sustentada en el vínculo jurídico del matrimonio, las uniones conyugales de hecho y, por último, el posible encaje de éstas dentro de la arquitectura constitucional, como elemento necesario para el otorgamiento de protección jurídica a las mismas. Entremos a continuación en ello.

1. *La realidad familiar originada en el matrimonio.*

En este supuesto nos referimos a la familia que se fundamenta en el matrimonio, entendiéndolo éste como un instituto jurídico que se podría definir, siguiendo a J. M. VÁZQUEZ, «como un acto contractual regulador de la vida en común de los cónyuges» (7).

Este instituto jurídico —generado por un previo pacto contractual— ha sido recogido, recordémoslo, en el artículo 32 de nuestro Texto fundamental, que reza como sigue:

«1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.»

En relación a este contenido regulatorio puede significarse, en primer término, que desde la óptica constitucional la unión matrimonial se fundamenta en un acuerdo formal de voluntades entre dos personas de sexo distinto (esto es, nos encontramos ante un acuerdo de carácter heterosexual, por exigencia derivada del propio artículo 32 CE, en donde se habla explícitamente de hombre y mujer). Este pacto de voluntades, obviamente, sólo tendrá relevancia jurídica según se establece *ex constitutione* en tanto en cuanto se haya formalizado de acuerdo a la Ley.

Por otro lado, y como complemento a lo señalado, la realidad familiar queda regulada en el artículo 39 de la Ley Fundamental del siguiente modo:

(7) Esta definición se recoge en C.M. ENTRENA KLETT, *Matrimonio, separación y divorcio*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1982, pág. 31.

«1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.»

En lo que atañe a los preceptos citados L. SÁNCHEZ AGESTA afirma que «pese a esa separación de los artículos 32 y 39, el matrimonio está concebido como el acto fundacional de la familia» (8), esto es, familia y matrimonio pueden entenderse como dos aspectos de una misma realidad (existe necesariamente un nexo causal entre el matrimonio que opera como elemento generador y la familia que es el resultado de ese vínculo matrimonial de carácter jurídico).

Como complemento a la referida regulación constitucional, es importante además hacer notar que la protección a la familia se encuentra inserta en los más importantes textos internacionales que velan por los derechos de la persona. Así, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, declara que la familia tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Igual redacción presenta el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977 —«BOE» de 30 de abril—). Y, de similar contenido, es el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también de 1966 (instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977 —«BOE» de 30 de abril—). Por su parte, el artículo 12 de la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 1950 (instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979 —«BOE» de 10 de octubre—), hace una expresiva remisión a las normas legales en cuanto al matrimonio y a la familia, declarando que ambos son un derecho de las personas. Pero, sin duda, ha sido el apartado 16 de la Primera parte de la Carta Social Europea, de 1961 (instrumento de ratificación de 29 de abril de 1980 —«BOE» de 26 de junio—), el precedente más directo de la redacción dada al artículo 39.1 de nuestra Constitución, ya que dicho apartado dice textualmente:

(8) L. SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Editorial «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1990 (segunda impresión), pág. 200.

«La familia, en cuanto célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una protección social, jurídica y económica apropiada para asegurar su pleno desarrollo.»

En conexión con lo señalado, y entrando en el nivel normativo infraconstitucional, es oportuno resaltar que en nuestro sistema existen distintas formas de matrimonio, es decir, distintas vías para contraer matrimonio con plenos efectos jurídicos. En este sentido, el Código Civil, en su artículo 49, establece cuáles son estas vías:

«Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España:

- 1.º Ante el Juez o funcionario señalado por este Código.
- 2.º En la forma religiosa legalmente prevista.

También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración.»

Así pues, ciñéndonos al matrimonio entre españoles, podríamos decir que las formas legalmente establecidas son las del matrimonio civil, celebrado ante el juez o funcionario correspondiente; el matrimonio en forma religiosa pero con efectos civiles; y el matrimonio de españoles en el extranjero según la ley del lugar cuya celebración genera igualmente efectos civiles en nuestro país.

La elección de cualquiera de estas vías es la que convierte al pacto interpersonal de voluntades en una unión formal, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento constitucional, y, en consecuencia, en una institución susceptible de producir efectos jurídicos dentro del sistema. Esta posibilidad del matrimonio legal de generar consecuencias jurídicas es un dato básico y configurador de la propia morfología de la institución. A este respecto y al margen de un puro planteamiento teórico, es lo cierto que en virtud de los imperativos constitucionales la familia de derecho goza de una clara protección en el ordenamiento. Esta protección se traduce en una serie de medidas de diverso orden (jurídicas, económicas, sociales, fiscales, etc.) sobre las cuales no podemos detenernos aquí, que colocan a la familia-institución en una posición relevante en nuestro ordenamiento. Como es obvio, la posición preferente de la familia legal también juega en el ámbito de la Función Pública (fundamentalmente, en la esfera de la protección social al funcionario) y, por lo que ahora nos interesa, recordemos que dicha posición se proyecta en los procesos de movilidad de los funcionarios públicos (canalizados a través de los concursos de traslado o de provisión de puestos de trabajo), mediante el reconocimiento *ex lege* del derecho preferencial de consorte, cuya utilización sólo corresponderá a quienes

acrediten la previa existencia de un vínculo conyugal formal con otro funcionario.

B) *Las uniones conyugales de hecho: características básicas y tratamiento constitucional*

Algunas notas básicas conviene también apuntar en relación a las uniones conyugales de hecho o formaciones de carácter parafamiliar. En primer término, y siguiendo a J. M. GONZÁLEZ PORRAS, señalar que «la convivencia libre sin celebrar matrimonio, entre un hombre y una mujer constituye en nuestros tiempos una manifestación social importante dentro de las posibilidades de agregación individual» (9). En efecto, existe un gran número de personas que en el ejercicio de su libertad, configuran su convivencia al margen de la institución matrimonial porque no desean mediatizar sus relaciones afectivas a través de un contrato.

Por otro lado, cabe significar —y no se descubre nada nuevo— que este tipo de familia no convencional basada simplemente en la comunidad de afecto de sus componentes y no en un vínculo jurídico, no tiene, en nuestro sistema, un reconocimiento semejante al de la institución jurídica matrimonial.

A este respecto es necesario volver a repetir que en el plano constitucional el matrimonio como institución tiene un explícito reconocimiento (arts. 32 y 39 CE), con la subsiguiente generación de efectos jurídicos. Con dicho reconocimiento se contempla, *prima facie*, una determinada forma de contrato matrimonial en lugar de un derecho genérico a organizar en libertad las relaciones personales y la convivencia afectiva de los individuos. Ahora bien, al margen del expreso reflejo de la familia como institución jurídica dentro de los preceptos constitucionales, la pregunta clave en relación al tema que nos preocupa sería la siguiente: ¿el Texto Constitucional permite la existencia jurídica de agrupaciones familiares no basadas en un vínculo matrimonial de carácter formal?

Tratando de contestar a la pregunta planteada cabría resaltar que, *ope constitutionis*, no se ha definido la realidad familiar que queda protegida en el apartado primero del artículo 39. Esta falta de definición, desde una perspectiva hermenéutica, ha dado lugar al mantenimiento dentro de la doctrina de dos tesis contrapuestas que podríamos sintetizar del siguiente modo:

En primer lugar, aquélla que sostiene que la omisión constitucional no significa sino que la familia contemplada por el Texto Fundamental, es el grupo tradicional, es decir, aquel formado por una pareja heterosexual vinculada por el matrimonio, con su descendencia; así, por ejemplo, se manifiesta J. L. DE LOS MOZOS (10).

(9) J. GONZÁLEZ PORRAS, «Actualidad y Derecho», núm. 14, 1991, pág. 243.

(10) J. L. DE LOS MOZOS, *La Reforma del Derecho de Familia en España, hoy*, Vol. I, Universidad de Valladolid, 1981, pág. 19.

De otra parte, existe una segunda corriente de carácter más progresista, la cual no compartiría la idea de que la Constitución solamente admite un único modelo de familia, el tradicional. En línea con esta segunda tesis, se ha pronunciado una parte importante de la doctrina, como por ejemplo, J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA, para quienes desde la óptica de nuestra Carta Magna, «hay indicios suficientes para presumir que una regulación legal que reconociese unidades familiares no basadas en el matrimonio sería perfectamente constitucional» (11). En este sentido, además, E. VALLADARES RASCÓN afirma: «Lo cierto es que el artículo 39 se refiere a la familia sin apelativos. Por otro lado, no parece, a mi juicio, que deban existir dificultades para entender que la familia de hecho es uno de los grupos en el que se integran los individuos y cuya libertad e igualdad deben promover los poderes públicos» (12).

También desde este ángulo interpretativo, Y. GÓMEZ SÁNCHEZ señala que «una definición de la familia (en el marco constitucional) habría originado seguramente serias disfuncionalidades a la hora de reconocer, para protegerla, los varios tipos de familias que coexisten en la mayoría de las sociedades actuales y también en la nuestra». Y, además, significa que «la familia no ha sido a través de los tiempos una realidad estática, sino que, por el contrario, ha sufrido continuas transformaciones, en su forma y en sus funciones desde sus orígenes hasta nuestros días». Por último, la citada autora observa que «los que defienden la inclusión constitucional de una definición de la familia, pretenden, en realidad, el llevar a rango constitucional un modelo concreto de familia, excluyendo, por tanto, todos los demás posibles. Por eso, la ausencia de una definición constitucional de la familia, lejos de constituir una lamentable omisión del Texto Fundamental y de los propios constituyentes, se confirma como una posibilidad importante de adaptación a las nuevas realidades sociales» (13).

A nuestro juicio, esta segunda tesis mantenida por la doctrina, que considera que la Norma Fundamental no impone un único modelo familiar y que, por tanto, permite la inclusión de las uniones de hombre y mujer en convivencia libre (*more uxorio*), dentro de su articulado, es la más correcta a la luz de los principios contenidos en el Texto Constitucional.

La ausencia de una definición constitucional de la familia, posibilita claramente una interpretación amplia de las realidades familiares, que legítimamente pueden encontrar acomodo en nuestro sistema jurídico. Esta interpretación amplia es la que mejor conecta con los principios democráticos que informan nuestra Constitución, que, en sus términos, no admite una interpretación restrictiva solamente ceñida al modelo

(11) J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, Vol. I, Barcelona, 1980, págs. 318-319.

(12) E. VALLADARES RASCÓN, *Nulidad, separación y divorcio: comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio*, Madrid, 1982, pág. 37.

(13) Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1990, págs. 250-251.

clásico de familia. Trayendo a colación a este respecto las palabras de A. TORRES DEL MORAL alusivas al tratamiento de la familia en el proceso constituyente recordemos que el señalado autor nos dice que: «los constituyentes, claro está, habían de tener presente lo que podíamos denominar sociología de la familia de aquellos momentos sin pretender regularla en duro enfrentamiento con la realidad social y con las corrientes de opinión dominantes. Es verdad que no contiene la Constitución mención alguna de otras realidades familiares y aspiraciones personales (distintas de la familia tradicional) que, aunque minoritarias, pugnan por su reconocimiento jurídico. Pero tampoco hace falta. Basta con que no las excluyan ni prohíban, ni explícita ni implícitamente». Además, sigue manifestando, con referencia a las uniones parafamiliares, «que son compatibles con el Texto Fundamental estas otras formas de vida y que habrá de ser el legislador el que, de acuerdo con su programa político respaldado en las urnas, vaya optando en cada momento por una mayor o menor apertura a otros modelos matrimoniales y familiares, en el bien entendido, eso sí, de que todos tienen cabida en nuestra Constitución (14).

C) *Criterios jurisprudenciales en relación a las uniones conyugales de hecho*

Como complemento a lo ya tratado, parece necesario acudir al análisis de aquellos pronunciamientos jurisprudenciales que atañen a la problemática del entronque constitucional de las uniones conyugales de hecho, todo ello, a los efectos de considerar sus posibilidades de protección jurídica. A este respecto, es importante traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre («BOE» de 3 de diciembre de 1990), en donde con ocasión de resolver una cuestión de inconstitucionalidad relativa al percibo de una pensión, el Alto órgano constitucional aborda plenamente el tema de la posición de las uniones parafamiliares dentro del entramado constitucional. Brevemente cabe señalar, que el supuesto de hecho que propicia el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, era la compatibilidad o no con la Constitución de la normativa de Seguridad Social, que exige la condición de viudedad del cónyuge causante para tener derecho a pensión, esto es, la previa existencia de un vínculo matrimonial legítimo para poderse cobrar dicha pensión de viudedad por el cónyuge supérstite. El Tribunal Constitucional, en línea con otras sentencias anteriores (SSTC: 117/1985, 27/1986 y 260/1988), señala que para poder ser titular del derecho a pensión de viudedad, se requiere que el beneficiario de la misma haya contraído legítimo matrimonio con el causante y, en consecuencia, declara que la normativa de Seguridad Social en esta materia no vulnera la Constitución.

(14) La posición manifestada por A. TORRES DEL MORAL se recoge en el prólogo al estudio de Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 12-13.

Pero con independencia del planteamiento fáctico referido, vayamos con lo que nos interesa, que no es otra cosa que exponer la postura doctrinal del Tribunal Constitucional en lo que concierne a las posibilidades de equiparación de las uniones familiares de hecho con las familias de derecho. En este sentido, los puntos centrales de la jurisprudencia constitucional serían los siguientes:

En primer lugar y con respecto a la posible vulneración del principio de igualdad por el distinto tratamiento entre el matrimonio y la convivencia extramatrimonial, se proclama jurisprudencialmente que éstas no son realidades equivalentes. El matrimonio, dice el Alto Tribunal, es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1 CE). Nada de ello ocurre con la unión de hecho. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se producen de modo necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una convivencia no basada en el matrimonio.

De otra parte, y como consecuencia lógica de lo expuesto, el legislador puede en principio, establecer diferencias de tratamiento entre las uniones matrimoniales y las puramente fácticas, no siendo la regulación de estas diferencias, arbitraria o carente de fundamento (STC 184/1990, FJ 3).

En definitiva, para el Alto Tribunal la conclusión alcanzada no se altera por el hecho de que en otros supuestos distintos a los que se trata (reconocimiento de una pensión de viudedad), el legislador haya podido equiparar a los cónyuges la análoga «relación de afectividad» (puesto que tales supuestos no admiten comparación con el presente, pues los preceptos que lo recogen persiguen fines y protegen valores e intereses bien distintos).

La señalada doctrina del Tribunal Constitucional, que coloca a la familia institución jurídica en una situación de preferencia desde la perspectiva de su protección con relación a otras posibles formas de convivencia familiar, tampoco fue pacífica en el seno del propio Tribunal, lo que se demuestra porque a la Sentencia en cuestión se formularon dos votos particulares (los de los Magistrados Sres. J. V. GIMENO SENDRA y L. LÓPEZ GUERRA), cuyo contenido, en esencia, se traduce en las siguientes consideraciones:

Por un lado, que nuestra Constitución protege no sólo a la familia como institución jurídica, sino también a la familia como realidad natural, por lo que, junto a la familia matrimonial, también han de merecer protección constitucional las denominadas uniones conyugales de hecho.

Y, de otra parte, que *ope constitutionis* el exigir la preexistencia de un vínculo matrimonial para determinar si procede o no una determinada prestación, vulnera el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución.

Ahora, con independencia del posicionamiento del Tribunal sobre la prevalencia de la familia marital, el dato que nos interesa retener es que

en las tantas veces repetida sentencia, si bien se considera perfectamente constitucional que el legislador establezca diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica, el Alto órgano constitucional, y esto es importante decirlo, tampoco considera contrario a la Constitución que el legislador dentro de su «amplísima libertad de decisión» —por utilizar sus palabras textuales—, pudiera no requerir la exigencia de prueba en el vínculo matrimonial para otorgar la petición jurídica de que se trate, es decir, considera legítimo que el legislador extienda los posibles beneficios legales a las uniones estables de hecho (STC 184/1990, FJ 3) (15). Esta cuestión es significativa porque, como en otro momento comentamos, será el legislador ordinario el que vaya optando en cada momento por una mayor o menor introducción de mecanismos protectores en relación a estas otras uniones familiares, en el bien entendido de que dicha opción regulativa no está proscrita desde el punto de vista constitucional.

D) *Una propuesta de lege ferenda: la equiparación entre las uniones conyugales de hecho y las de derecho a efectos de la utilización del derecho de consorte*

Las anteriores consideraciones han sido escalones necesarios para llegar a la cuestión que queremos plantear, y que no es otra que la relativa a la extensión a las uniones extramatrimoniales de las que forman parte funcionarios públicos, de la posibilidad de utilizar el derecho preferencial de consorte cuando éstos participen en concursos de traslado que impliquen un cambio de localidad.

Recordando el panorama normativo en esta materia, es bien sabido que, tanto en el Reglamento de Provisión de Puestos aplicable a los funcionarios públicos sometidos al ámbito de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, como en algunas regulaciones sectoriales analizadas, la posibilidad de utilizar el derecho de consorte depende de la previa existencia de un vínculo familiar en sentido formal (el artículo 14.2 del citado Reglamento habla del destino previo del «cónyuge funcionario», y en las Ordenes de convocatoria de los concursos de traslado que materializan el precepto, se hace referencia a razones de

(15) En la jurisprudencia no constitucional, y sobre todo en el ámbito de la jurisdicción social no es difícil encontrar resoluciones que, fundamentalmente con posterioridad a la Constitución, se han ocupado de las cuestiones patrimoniales que surgen entre quienes conviven sin ligarse mediante vínculo matrimonial. Así, por ejemplo, diversas Sentencias del Tribunal Central de Trabajo en donde se resuelven problemas de pensiones a favor del «conviviente en forma marital sobreviviente» (vid. SSTCT de 18 de diciembre de 1986, de 17 de febrero de 1987, de 11 de junio de 1987, etc.). De otra parte, son también interesantes una serie de Sentencias de Audiencias Provinciales o Territoriales en donde se considera a las uniones extramatrimoniales como un «supuesto de hecho semejante al matrimonio» (vid. a este respecto, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 12 de enero de 1976, o, más recientemente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 21 de abril de 1986, y la de la Audiencia Territorial de Valencia de 3 de junio de 1987).

«convivencia familiar»; por otra parte, en la normativa sectorial vista se utilizan fórmulas de tipo similar). Ahora bien, creemos —y este es el momento de ahondar un poco más en ello— que el principio de protección familiar inserto en la Constitución, el cual legitima la utilización por parte de los funcionarios unidos en vínculo matrimonial del derecho preferencial de consorte, también debería extenderse a las uniones extramatrimoniales de los servidores públicos. A nuestro juicio, no hay que hacer una labor de ingeniería interpretativa sobre el Texto Constitucional para deducir de éste la posibilidad de equiparar, en el supuesto concreto que nos ocupa, a la familia como institución jurídica con otras fórmulas convivenciales de facto, y ésto, en síntesis, por las razones siguientes:

En primer lugar, porque la ausencia de una definición constitucional de la familia posibilita —como ya dijimos en su momento— una interpretación amplia de las realidades familiares que legítimamente pueden encontrar acomodo en nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo término, porque no es cohonestable con los principios democráticos que irradian de nuestra Carta Magna, el discriminar a quienes no tienen esa familia basada en el matrimonio, bien porque no han podido formarla, bien porque en uso de su libertad individual no han creído oportuno contraer matrimonio.

En tercer lugar y entrando de lleno en el entramado constitucional, cabría advertir que el camino de la equiparación entre la unión convivencial libre y la figura del matrimonio encuentra a nuestro entender un soporte importante. Efectivamente, la apertura de esta «franja de constitucionalidad» para concretar dicho reconocimiento, podríamos encontrarla en los siguientes preceptos:

— En el artículo 9.2 del Texto Constitucional que estipula: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.» Es evidente, que las uniones conyugales de hecho pueden considerarse como un grupo humano derivado de la existencia de una relación interpersonal de carácter estable, por lo cual a tenor de lo dispuesto en el artículo citado serían merecedoras de la protección de los poderes públicos.

— En el artículo 10.1 de nuestra Ley Fundamental que expresa: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.» Al amparo de este precepto y entendiéndose su contenido regulatorio como cauce del enriquecimiento y desarrollo de la personalidad del individuo, se podría a nuestro juicio establecer una distinción entre la familia como institución jurídica y la función social familiar, función que también se realizaría, entendemos, por las uniones conyugales de hecho, siendo

éstas, en consecuencia, merecedoras también de protección jurídica, porque, en definitiva, es meritorio que tal función familiar puede encontrar un medio de desarrollo tan digno en la familia de corte tradicional como en el seno de otras agrupaciones sociales distintas (16).

— En el artículo 14 de la Constitución, en virtud del cual y a la vista del principio de igualdad en él recogido, no cabe la posibilidad ilimitada de establecer tratamientos favorables para un conjunto de ciudadanos por el mero hecho de estar, o haber estado casados, frente a los que no ostentan esa condición. No basta, pues, aducir cualquier diferencia de situación para justificar —en el caso que nos ocupa— una diferencia de trato. Es necesario, además, que el criterio diferenciador sea razonable y no arbitrario, cosa que no sucede si se discrimina a efectos de protección a las uniones familiares de hecho frente a la figura matrimonial, puesto que, dicho trato discriminatorio, vulneraría el citado precepto constitucional que prohíbe toda discriminación en razón de cualquier condición social o personal (17).

También cabe recordar en conexión con tales preceptos constitucionales, que la identidad entre las uniones afectivas estables y la familia fundada en el matrimonio se ha proclamado por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que con ocasión de interpretar el «derecho a la vida familiar» inserto en el artículo 8.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales que expresamente dice: «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...», ha dejado sentado que dicho precepto no distingue entre familia legítima e ilegítima (vid. SS. TEDH, de 13 de junio de 1979 y de 18 de diciembre de 1986), a efectos de la protección de estas otras fórmulas convivenciales, por lo que, trayendo al artículo 10.2 de nuestra Ley Fundamental, esta doctrina ha de informar la interpretación de las normas tuteladoras de los derechos fundamentales y, en consecuencia, hemos de llegar a la conclusión, aplicando estos criterios hermenéuticos al artículo 39.1 del Texto Fundamental, que al igual que el Convenio de Derechos Humanos de Roma, también nuestra Constitución protege no sólo a la familia como institución jurídica, sino también a la familia como realidad natural (18).

Dejando ya el plano constitucional y pasando al campo de la legalidad ordinaria, no se puede olvidar tampoco que en diferentes sectores de nuestro ordenamiento jurídico aparece recogida la figura de las uniones conyugales de hecho, anudándose a este reconocimiento diversos efectos jurídicos. A este respecto y sin ánimo de exhaustividad cabría apuntar, por ejemplo, que el artículo 101 del Código Civil, párrafo primero, disci-

(16) Vid. sobre el tema de las funciones sociales del grupo familiar, L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1989, quinta edición, Vol. IV, Ed. Tecnos, págs. 30-33.

(17) Vid. a este respecto, el voto particular formulado por el magistrado Sr. L. LÓPEZ GUERRA, a la STC 184/1990, de 15 de noviembre.

(18) Vid., en este sentido, el voto particular discrepante formulado por el magistrado Sr. V. GIMENO SENDRA a la STC 184/1990, de 15 de noviembre.

plina que: «El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona»; que la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo de *Habeas Corpus* en su apartado 3a) estipula: «Podrán instar el procedimiento de *Habeas Corpus*: El privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales»; que la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado disciplina en su artículo 10.1 que: «La condición de asilado se concederá, por extensión, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del asilado, o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar, en los que se valorará por separado, la situación de cada miembro de la familia»; que la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo 391.1 preceptúa que: «No podrán pertenecer simultáneamente a una misma Sala Magistrados que estuvieren unidos por vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente, o tuvieren parentesco entre sí dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, salvo que existiere más de una Sección, en cuyo caso podrán participar en las diversas Secciones»; o, en fin, que el Código Penal en su artículo 11 regula que: «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza adoptivo o afín en los mismos grados del ofensor.»

Como es fácil advertir, la figura de las uniones conyugales de hecho no es ajena a nuestro ordenamiento, y a la misma, como hemos dicho, se atribuyen diversos efectos jurídicos.

Con los ejemplos regulativos citados, simplemente se quiere poner de manifiesto que, en nuestro ordenamiento jurídico, las uniones conyugales de hecho no son una realidad extraña, sino que, por el contrario —aunque no sea de un modo generalizado— las mismas se encuentran reconocidas, y a este reconocimiento se anudan diversos efectos jurídicos. Es obvio que en la actualidad el legislador no puede desconocer estas otras fórmulas convivenciales alternativas a la familia tradicional fundada en el vínculo del matrimonio. En consecuencia, cada vez más, este fenómeno que venimos analizando irá abriendo las correspondientes brechas dentro del ordenamiento, brechas que, una vez abiertas, ya no será posible cerrar porque el derecho, en esencia, es una respuesta normativa a la problemática que se plantea en la sociedad, y mientras esta problemática permanezca es necesario arbitrar las correspondientes soluciones legislativas.

Enlazando con lo anterior cabe hacer notar que, si consideramos necesaria la equiparación de trato entre las familias de hecho y las de

derecho como postura general, es lógico que pensemos que este criterio debe jugar también en el ámbito de la función pública, y, en concreto, conectando con el tema que nos ocupa, ampliando la posibilidad de utilizar el derecho preferencial de consorte en los procedimientos de concurso de traslado a las uniones conyugales de hecho de los funcionarios públicos. A nuestro entender y resumiendo argumentos ya expuestos, no entronca con los principios constitucionales analizados el mantenimiento de una política pública de movilidad funcional, es decir, de cobertura de puestos de trabajo a través de los correspondientes concursos, que discrimine a las uniones convivenciales *more uxorio* que afecten a los funcionarios, no admitiendo, en consecuencia, la alegación de este tipo de relaciones fácticas para poder gozar del beneficio derivado del derecho del consorte.

Ahora bien, el dar efectividad a tal equiparación exige, aunque sea de manera breve, examinar dos cuestiones puntuales que afectan a la misma: por un lado, cuáles son los mecanismos para la instrumentación de tal medida y, por otro, la forma en que se acreditará la existencia de una convivencia afectiva estable.

1. *El reconocimiento de las uniones conyugales de hecho en la normativa funcional.*

Como hemos visto, la regulación funcional en materia de derecho de consorte sólo reconoce a las uniones personales basadas en el matrimonio, por lo que la posible equiparación entre éstas y las uniones conyugales de hecho exigiría una efectiva modificación de aquellos preceptos en los cuales se recoge la referida figura. En este sentido, tanto en el Reglamento de Provisión de Puestos (para los funcionarios sometidos al ámbito de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública), como en las normativas sectoriales, que en lo que atañe a los concursos de traslado afectan a diversos colectivos de funcionarios, se podría incluir una fórmula en donde al lado de la mención del cónyuge con destino previo en la localidad que se solicita, se aludiera expresamente a aquellas otras personas que se encontraran unidas al solicitante del destino mediante una relación de facto (quienes a nuestro juicio y como más adelante analizaremos, no tendrían por qué ostentar, a diferencia del solicitante de la plaza, la condición de funcionario). Esta fórmula, cabría traducirla en un contenido regulatorio similar al siguiente: «el destino previo del cónyuge o de quien se encuentre unido por análoga relación de afectividad, en la localidad donde radique el puesto o puestos de trabajo solicitados...»,

El contenido regulatorio sugerido supone, volvemos a repetir, la necesidad de que se proceda a la modificación de la normativa que regula la figura del derecho de consorte.

Dicha modificación es, evidentemente, una opción de política normativa que corresponde ejercitar al Gobierno, que es el órgano constitucio-

nal que ostenta en nuestro sistema la titularidad originaria del poder reglamentario estatal («ex» artículo 97 CE) y a quien, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, se le atribuye la competencia de dirigir la política de personal y ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria en materia de función pública en la Administración del Estado.

Pero no olvidemos tampoco, que en el caso de que una medida como la que propugnamos fuera tomada dentro de la amplia libertad de que dispone el normador reglamentario, ésta encontraría un claro amparo constitucional en los artículos 9.2, 10.1 y 14 de nuestro Texto Fundamental. Además cabe recordar en esta línea la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la necesaria equiparación entre las familias de hecho y las de derecho a efectos de protección jurídica por parte de los poderes públicos. En definitiva, la adopción del régimen jurídico funcional de una medida como la tantas veces señalada, coherencia la regulación del derecho de consorte con los principios y valores de carácter democrático y progresista insertos en nuestra Carta Magna.

2. *La problemática de la prueba.*

En el supuesto de que se operara una modificación normativa como la que acabamos de sugerir, no se oculta que esto generaría el problema, dentro del «iter» procedimental administrativo de los concursos de traslado, de cómo acreditar la existencia de esa unión afectiva estable por parte de quien quisiera alegar tal circunstancia.

Ahora bien, esta problemática, a nuestro entender, se podría resolver perfectamente aplicando las reglas generales que sobre la prueba juegan en el ámbito del procedimiento administrativo, al caso concreto que nos ocupa. En efecto, no hay obstáculo para que en las bases que rigen las convocatorias de los concursos de traslado se prevea que, cuando el solicitante de una plaza alegue el previo destino en la localidad de la persona a él unida mediante una relación estable análoga a la conyugal, sea necesario acreditar fehacientemente esta circunstancia. En este sentido y con respecto a dicha acreditación, las referidas bases de las convocatorias de los concursos pueden articular que la misma se realice, bien a través de un medio concreto de prueba (por ejemplo: una declaración jurada del interesado), bien estableciendo una cláusula abierta que permita utilizar cualquier medio de prueba admitido en derecho. En el primer supuesto, esto es, si se exige una determinada prueba, nos encontraríamos ante una solución jurídica perfectamente admisible desde la perspectiva del procedimiento interno de carácter específico que nos ocupa, puesto que en el mismo nada impide que el órgano gestor pueda arbitrar la exigencia de una determinada prueba o pruebas que considere idóneas para acreditar la circunstancia que se alegue. De otra parte, como es obvio, tampoco hay ningún problema para que en las citadas

bases que operan como «ley de la convocatoria», se escoja la opción consistente en que la convivencia *more uxorio* se acredite por cualquier medio de prueba que pueda presentar el funcionario interesado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo que nos dice: «los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba». Este precepto, como nos es conocido, rehuye hacer una enumeración de medios de prueba, adoptando una fórmula genérica, lo cual da lugar a que en nuestro sistema, en esta materia, no opere ningún tipo de *numerus clausus*. En este sentido, pues, el funcionario que concurre podrá utilizar todo el amplio abanico de pruebas que admite el ordenamiento jurídico (véanse los arts. 1214 a 1253 del Código Civil y 578 a 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y que la doctrina suele clasificar en medios de prueba personales (es decir, declaración prestada por una persona) y medios de prueba reales (fundamentalmente de tipo documental), a los que se añade, también, la denominada prueba actual, que es aquella en que el instrumento probatorio es, no una persona ni una cosa, sino un hecho o un acaecimiento (es decir, la prueba por presunciones) (19).

En todo caso, hay que significar que es al solicitante de la plaza a quien corresponde la carga de la prueba, de acuerdo con el conocido principio de que «el que alega debe probar». Principio que aparece reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuya doctrina a este respecto puede resumirse en el siguiente aforismo: «cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor» (STS de 27 de enero de 1992 —Sala 3.ª— FJ sexto).

En consecuencia, será el funcionario solicitante de la plaza, que mantenga una convivencia afectiva, quien tendrá que demostrar la veracidad de esta situación, mientras que a la Comisión correspondiente, prevista en las bases de la convocatoria de los concursos de traslado, será a la que corresponderá la valoración de la prueba aportada, en su caso, dentro de dicho procedimiento.

V. DERECHO DE CONSORTE, PRINCIPIO DE EFICACIA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

A) *Planteamiento previo*

Una de las cuestiones más interesantes que a nuestro entender aborda el Tribunal Constitucional en relación con el derecho de consorte, es la conexión entre esta figura y uno de los principios informantes básicos de la actuación de la Administración Pública: el principio de eficacia

(19) Con respecto a los posibles medios de prueba a utilizar en el ámbito procedimental, vid. *in extenso*; F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español*, Tomo II, Ediciones Universidad de Navarra, 1988, págs. 363 y ss.

incardinado en el artículo 103.1 del Texto Fundamental. No parece inoportuno volver a recordar aquí los términos en los que se pronuncia dicho Tribunal: «E incluso esa justificación y razonabilidad (de la utilización del derecho de consorte) se aprecia, también, teniendo presente el propio mandato constitucional al que están sujetas las Administraciones Públicas de proceder con eficacia en la prestación de los servicios públicos (art. 103.1 CE), lo que legitima la adopción de aquellas medidas que tiendan precisamente a que el personal al servicio de las Administraciones Públicas se encuentre en las mejores condiciones para el desarrollo de la actividad propia de su cargo» (STC 192/1991, FJ 4). Obviamente y dada la finalidad del presente trabajo, no podemos entrar en el estudio de todos los aspectos que se derivan de la funcionalidad del referido principio, ni tampoco analizar los perfiles dogmáticos del mismo (20), pero sí, desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, nos gustaría al menos incidir sobre dos cuestiones que atañen a la conexión entre el derecho preferencial de consorte y el principio de eficacia, y ello desde un doble plano:

Por un lado, abordando la problemática generada en torno al cuestionamiento de la sustantividad jurídica del principio de eficacia. Este tema no es en absoluto baladí, porque la virtualidad jurídica del citado principio ha sido puesta seriamente en duda en el campo del Derecho público.

De otra parte, y teniendo en cuenta el directo enlace entre el principio de eficacia y el interés general (la concreción del principio de eficacia viene a materializar los intereses generales predeterminados por el ordenamiento jurídico), profundizando también en los motivos en virtud de los cuales la utilización del derecho de consorte para los funcionarios públicos en los procedimientos de concurso de traslado que les afectan, favorece una más eficaz prestación de los servicios públicos, esto es, en definitiva, la propia realización de los intereses generales.

B) *Jurisprudencia constitucional y principio de eficacia*

Como antes se dijo, el reconocimiento de la virtualidad jurídica del principio constitucional de eficacia es un tema que ha sido debatido por la doctrina (21), parte de la cual mantiene la idea de que la eficacia no es un principio dotado de sustantividad jurídica propia. En este sentido se pronuncia por ejemplo GARRIDO FALLA, quien afirma que el artículo 103 de la Constitución «enumera una serie de principios organizativos, cuya mención posiblemente podría haberse ahorrado por estar jurídicamente

(20) Sobre el principio de eficacia, vid. *in extenso*, M. ALVAREZ RICO, *Principios constitucionales de organización de las Administraciones Públicas*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1986, págs. 157 y ss.

(21) Para la problemática relativa a la juridicidad del principio constitucional de eficacia vid. el interesante trabajo de L. PAREJO ALFONSO, *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública*, en «Documentación Administrativa», núm. 218-219 (abril-septiembre, 1989), pág. 19.

desprovistos de valor», y además, señala el citado autor, que «ahora al enfrentarnos con la constitucionalización del estricto principio de la eficacia el problema que nos planteamos es distinto. Porque ya hemos adelantado nuestras dudas sobre si esto es tema constitucional, supuesta la falta de consecuencias jurídicas que el término comporta» (22). De igual modo, BAENA DEL ALCÁZAR señala que el tantas veces mencionado artículo 103.1 «enumera entre los principios el de eficacia. Esta alusión no debe ser estudiada aquí —señala el autor— porque la eficacia no es un verdadero principio, sino un criterio general que expresa una aspiración de los constituyentes. Por supuesto que la Administración Pública debería actuar con eficacia, pero de este deber ser no se desprende ninguna consecuencia en la práctica ni para la comprensión de lo que sea la Administración Pública ni para el valor jurídico de sus actos y la garantía del ciudadano frente a ellos» (23).

El Tribunal Constitucional, y es lo que nos interesa resaltar aquí, no se plantea ninguna duda sobre la juridicidad del principio de eficacia. En efecto, a este respecto podemos traer a colación la capital sentencia 178/1989, de 2 de noviembre (dictada en virtud de un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas), de la que nos interesa destacar sucintamente las siguientes líneas de argumentación jurídica sentadas por el Alto Tribunal:

Primera.—El principio de eficacia es «un principio esencial, sancionado constitucionalmente en el artículo 103.1 de la propia Carta Fundamental, que debe presidir, junto con otros que ahora no hacen al caso, toda la actuación de la Administración Pública y, por tanto, la de su elemento personal (los funcionarios y, en general, los empleados públicos)...», este principio también «debe presidir, como es obvio, lo que es previo a la actividad administrativa, la organización y, en consecuencia, el aparato burocrático o, dicho de otro modo, el régimen de la función pública, entendida ésta en sentido amplio» (FJ 3).

Segunda.—«Si la Constitución proclama expresamente en su artículo 1.1. que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, una de sus consecuencias es, sin duda, la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, para lo que debe garantizarse la existencia de unas Administraciones Públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente» (FJ 3).

(22) F. GARRIDO FALLA, «Comentario al artículo 103», en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por el mismo autor, Cívitas, 2.ª edición, Madrid, 1985, págs. 1426-1427.

(23) M. BAENA DEL ALCÁZAR, «Artículo 103. La Organización y la Función Pública», en *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, EDESA, Madrid, 1985, pág. 272.

Tercera.—El principio de eficacia «es, además, un mandato para la Administración, en la medida en que ésta ha de actuar de acuerdo con él (art. 103.1 CE)».

Cuarta.—«La libertad de conformación del legislador en lo que respecta al régimen (...) de los empleados públicos —si bien el Tribunal Constitucional en esta sentencia se refiere a las incompatibilidades, su razonamiento, *mutatis mutandis*, puede extenderse perfectamente a cualquier otro aspecto del régimen jurídico del personal funcionario— es por lo demás, muy amplia, de modo que, siempre que aquél respete los principios que se derivan de la Constitución puede optar por muy variadas soluciones, que irán, en función de criterios exclusivamente políticos, de un modelo muy estricto a otro más laxo, dependiendo de cuál sea la orientación de la mayoría parlamentaria que sustente la Ley en cuestión» (FJ 5).

En relación a las líneas jurisprudenciales expuestas, resulta fácil convenir que el Tribunal Constitucional considera que el principio de eficacia tiene una clara operatividad jurídica y no es simplemente la expresión de un buen deseo. A esto se une, además, el que dicho principio constituye también para la doctrina jurisprudencial nada menos que un deber jurídico para la Administración Pública, puesto que ésta ha de funcionar de conformidad con el mismo. Y, por último, cabe hacer notar que el meritado principio tiene un contenido sumamente amplio, capaz de permitir diversas opciones legislativas. Esta legitimidad de la pluralidad de opciones normativas no sólo aparece en la sentencia comentada, sino que es una línea jurisprudencial constantemente reiterada por el Tribunal Constitucional (SSTC: 86/1982, 38/1983, 76/1983, 6/1984, 57/1985, 108/1986, etc.).

Proyectadas las anteriores consideraciones al caso que nos ocupa, es meridiano que el Tribunal Constitucional en sus sentencias 192/1991 y 200/1991, cuando utiliza, entre otros varios argumentos jurídicos de apoyo para sustentar la viabilidad constitucional del derecho de consorte, el principio de eficacia, está dotando a éste de una neta sustantividad jurídica, despejando cualquier duda sobre su normatividad. También en estas sentencias el órgano constitucional reitera la idea de que el principio en cuestión se traduce en un deber jurídico para la Administración Pública. Esto es lógico porque, siguiendo a PAREJO ALFONSO, por el principio constitucional de eficacia se formaliza un valor o bien jurídicamente protegido consistente en la realización efectiva de los intereses generales (es decir, los servicios públicos lato sentido), tal como éstos sean predeterminados y encomendados al poder público administrativo por el ordenamiento jurídico (la Ley y el Derecho) (24).

En definitiva, el reconocimiento de la figura del derecho de consorte en el ordenamiento funcional está justificado y es razonable —por utilizar la terminología del Tribunal Constitucional—, si se tiene presen-

(24) L. PAREJO ALFONSO, *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública*, op. cit., pág. 29.

te el mandato constitucional al que están sujetas las Administraciones Públicas de proceder con eficacia a la prestación de los servicios públicos, lo que legitima la adopción de aquellas medidas que tienden —como sucede si se hace efectivo el derecho de consorte— precisamente a que el personal al servicio de las referidas Administraciones se encuentre en las mejores condiciones posibles para el desarrollo de las actividades encomendadas.

Por último, nos gustaría realizar siquiera sea a efectos dialécticos un breve excursus sobre la temática relativa a la necesaria ponderación del principio de eficacia con otros principios y valores constitucionalmente protegidos. En este sentido cabe señalar que, aunque la eficacia es un bien constitucionalmente protegido por el artículo 103.1 de la Constitución, éste no tiene un carácter absoluto y, por lo tanto, debe ceder ante otros valores superiores como por ejemplo ante el principio de igualdad (arts. 14 y 23.2 CE). Es decir, dentro de nuestro esquema ordinamental no puede buscarse la eficacia a toda costa de la Administración, si ésta supone atentar contra el principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley. Ahora bien, como nos es suficientemente conocido (lo que nos exime de volver a repetir aquí *in extenso* todos los argumentos expuestos en su momento), el Tribunal Constitucional al analizar la funcionalidad del derecho de consorte en el ámbito de los concursos de traslado de los funcionarios públicos, considera esta figura plenamente constitucional no sólo por mor del principio de eficacia, sino también por el juego de otros principios fundamentales como es el de protección a la familia, principios que, actuando conjuntamente, desvirtúan la tacha de inconstitucionalidad que se hace a la figura. En todo caso, el problema de la eficacia administrativa no consiste en la posibilidad de escoger entre dos elementos de la disyuntiva Derecho o eficacia, sino en establecer las condiciones para que la actuación de la Administración Pública sea conforme a Derecho, y, a la vez, también efectiva, es decir, idónea para la satisfacción de los intereses generales a los que sirve dicho principio (25).

(25) Este es el planteamiento que se contiene en el voto particular formulado por cinco magistrados del Tribunal Constitucional a la STC 75/1983, de 3 de agosto de 1983 («BOE» núm. 197, de 18 de agosto de 1983), por la que se resuelve, desestimándola, una cuestión de inconstitucionalidad, en donde se analiza la compatibilidad constitucional de un precepto de la Ley Especial del Municipio de Barcelona —Decreto Legislativo 1166/1960, de 23 de mayo— al considerarse contrario al artículo 14 de la CE, por establecer una desigualdad por edad, en materia de provisión de plazas por concurso. De este voto particular, por su interés, nos gustaría transcribir la siguiente argumentación:

«Aunque la eficacia de la Administración es un bien constitucional protegido por el artículo 103.1, tal principio es de rango inferior a la igualdad, que es no sólo un derecho individual de los españoles protegible, incluso por vía de amparo (arts. 14 y 53.2 de la CE), sino un principio al que está sometido el legislador (arts. 14 y 9.1 de la CE), e incluso un "valor superior" del ordenamiento (art. 1.1 de la CE) ante el cual deben ceder otros de rango inferior, pues es indudable que no puede buscarse la eficacia de la Administración con medidas legislativas que atenten, como ocurre con la ahora enjuiciada, contra la igualdad de los

C) *La utilización del derecho preferencial de consorte como instrumento para mejorar las condiciones de trabajo y conseguir una mayor eficacia en la prestación de los servicios públicos*

1. *Derecho de consorte y condiciones de trabajo.*

Es evidente que un sistema adecuado de condiciones de trabajo re-
 unda en una mayor productividad y eficacia del funcionamiento de las
 organizaciones prestadoras de servicios, ya sean éstas públicas o priva-
 das. En el ámbito de la Administración Pública, el propósito de alcanzar
 ese sistema favorable de condiciones laborales, requiere o exige la adop-
 ción de un conjunto de políticas públicas que deben estar perfectamente
 coordinadas entre sí. En este sentido, al lado de una política que aborde
 las cuestiones relativas al régimen jurídico del personal funcionario en
 sus diversos aspectos (retributivos, de formación, de protección social,
 de movilidad, etc.), tienen que jugar también otra serie de políticas
 complementarias como pueden ser: la política de seguridad e higiene en
 el trabajo (26), la política de dotación de medios materiales (27), o, en

ciudadanos, aparte de que desconocen el artículo 14 de la Constitución, pues las mentadas razones de organización no son peculiares de ese Ayuntamiento y por otra parte no determinan la necesaria proporcionalidad entre los fines que se trata de obtener y la lesión del derecho a la igualdad que producen.»

(26) En el ámbito de la Administración Pública no existe una normativa específica en materia de seguridad e higiene en el trabajo que se aplique a los funcionarios públicos. Esta laguna del sistema debería subsanarse dictando la oportuna norma con rango de Ley (que tendrá la consideración de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos al amparo del artículo 149.1.18º de la Constitución), que, por un lado, diera efectividad a lo dispuesto en el artículo 40.2 de la Constitución que establece que los poderes públicos «velarán por la seguridad e higiene en el trabajo», y, de otra parte, satisficiera la exigencia de transponer en nuestro derecho interno las siguientes Directivas Comunitarias:

- Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (89/391/CEE).
- Directiva del Consejo, de 27 de noviembre de 1980, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo (80/1107/CEE).

(27) Con respecto a la política de dotación de medios materiales hay que significar, por un lado, que en el ámbito departamental operan las Juntas de Compras a quienes corresponde la programación y estudio de las necesidades de cada Ministerio en orden a las compras y suministros de material mobiliario y de oficina, y, de otra parte, a nivel centralizado, funciona el Servicio Central de Suministros radicado en la Dirección General de Patrimonio del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda, que realiza las compras de material homologado cuya centralización haya sido acordada por dicho Servicio, actuando entonces como Junta de Compras de carácter interministerial (vid. RD 3186/1968, de 26 de diciembre, por el que se organiza el Servicio Central de Suministros de Material Mobiliario de Oficina y se regulan las Juntas de Compras de los Ministerios Civiles —«BOE», núm. 11, de 13 de enero—). También cabe destacar que en

fin, la política de infraestructuras (28), todas ellas, desde luego, absolutamente necesarias para el favorable desarrollo del trabajo funcional.

La aplicación coordinada de estas políticas permite la mejora del engranaje de la maquinaria administrativa y el impulso de ésta como instrumento al servicio de los ciudadanos.

Pues bien, dentro del contexto de la política de personal, el derecho de consorte es una pieza a través de la cual se trata de dar una coherente respuesta jurídica a un problema perfectamente estudiado, tanto desde la perspectiva médica, como desde el punto de vista de la psicología industrial. Este problema es el relativo al desequilibrio emocional que se puede producir en las personas, en nuestro caso, funcionarios públicos, que en razón del diseño de la política de adjudicación de destinos, pueden verse en la tesitura de tener que cesar con carácter obligatorio sus relaciones de convivencia afectiva (ya sean éstas matrimoniales o extramatrimoniales). A este respecto, cabe señalar que la actividad laboral de una persona y su vida familiar no pueden considerarse compartimentos estancos, puesto que es obvio que la problemática que se genere en una de estas parcelas indudablemente repercutirá en la otra. Y, siguiendo en esta línea, es fácil convenir también que producida una situación de desarraigo familiar, el rendimiento, es decir, el grado de eficacia del funcionario afectado tiende a disminuir, y, consecuen-

lo concerniente al material informático existe, a nivel central, un Consejo Superior de Informática —dependiente del Ministerio para las Administraciones Públicas— que es el órgano encargado de la preparación, elaboración, desarrollo y aplicación de la política informática del Gobierno. De dicho Consejo depende, como órgano especializado, la Comisión Interministerial de Adquisición de Bienes y Servicios Informáticos, a quien compete informar técnicamente, con carácter preceptivo y vinculante, los proyectos de carácter informático, así como los pliegos de bases, cláusulas o condiciones, que, en su caso, requiera la ejecución de cada proyecto en el seno de la Administración Estatal, etc. (vid. RD 2291/1983, de 28 de julio, sobre Organos de Elaboración y Desarrollo de la Política Informática del Gobierno —«BOE» núm. 204, de 26 de agosto de 1983—).

(28) En lo que atañe a la política en materia de infraestructuras o espacios, cuya finalidad es conseguir asimismo unas adecuadas condiciones de trabajo para el funcionario, recordemos que existe en el ámbito de la Administración del Estado un órgano colegiado de carácter interministerial, cual es la Junta Coordinadora de Edificios Administrativos, a quien en concreto corresponde: la programación de las necesidades de edificios y locales para la instalación de las oficinas y servicios de la Administración del Estado y la formulación de propuestas e informes respecto a la adquisición, enajenaciones, arrendamientos, construcciones y otras actuaciones patrimoniales relacionadas con los mismos, en orden a conseguir la mayor funcionalidad y eficacia de la utilización de los edificios administrativos. En este sentido, corresponde al Pleno del órgano citado elevar al Consejo de Ministros, a través del Ministro de Economía y Hacienda, el programa plurianual de adquisición de inmuebles y de construcción y rehabilitación de edificios administrativos, así como proponer al Ministerio para las Administraciones Públicas las normas generales sobre las características funcionales de los edificios administrativos y sobre su utilización (vid. RD 171/1988, de 12 de febrero, regulador de la Junta Coordinadora de Edificios Administrativos). A título de ejemplo y en la línea que venimos comentando, el mencionado órgano interministerial, en su resolución de 30 de marzo de 1989, viene a especificar los metros cuadrados que corresponden a los diferentes niveles en que se estructuran los puestos de trabajo de los funcionarios públicos. Así, en dicho acuerdo, se establece la siguiente correlación: Nivel 30: 45 m²; Secretaria nivel 30: 15 m², Niveles 28 y 29: 30 m², Niveles 26 y 27: 22,59 m², Niveles 22 a 25: 15 m², Niveles 16 a 21: 10 m² y Niveles 9 a 15: 7,50 m².

mente, esto tiene una incidencia directa en la propia prestación del servicio público.

Como decimos, el señalado problema se ha abordado por la psicología industrial, dentro del campo de estudio de las actitudes en el trabajo, llegándose a una serie de conclusiones que nos gustaría apuntar ahora de una manera muy breve. Estas conclusiones serían las siguientes:

- Existe una clara relación recíproca entre la satisfacción en el trabajo y la satisfacción en la vida (29).
- El grado de satisfacción del trabajador en su medio social y laboral se considera un factor sumamente importante dentro de la estrategia de personal de las empresas (30).
- Se produce una directa relación entre los factores personales y el riesgo de siniestralidad laboral (31).
- El nivel de productividad y de estabilidad en las empresas se encuentra ligado a la propia situación de estabilidad emocional de sus trabajadores (32).

(29) A este respecto, algún autor como B. VISAUTA, «La satisfacción en el trabajo y la satisfacción en la vida: un modelo de causación recíproca», *Boletín de Psicología*, núm. 10, marzo de 1986, Valencia, págs. 93 y ss., analiza la posible relación recíproca entre satisfacción en el trabajo y satisfacción en la vida, utilizando un modelo estructural en donde se contemplan los diversos determinantes de la satisfacción en los referidos ámbitos. Así, con este modelo se quiere mostrar cómo la satisfacción en el trabajo aparece determinada por un conjunto de variables como pueden ser por ejemplo: el trabajo en sí mismo, las oportunidades de promoción, el nivel de ingresos o la propia satisfacción en la vida. Esta última variable, a su vez, viene determinada por otra serie de factores entre los que destacan la vida familiar y la vida de relación. Pues bien, en resumen, el citado autor aplicando el modelo en cuestión, llega a la conclusión de que «el mayor o menor grado de satisfacción en la vida va a incidir en la satisfacción en el trabajo y a la inversa».

(30) A través de los estudios de psicología industrial se han ido perfilando una serie de técnicas, tanto en el procedimiento de selección de personal como en los programas de motivación de los trabajadores, en donde el factor de satisfacción personal viene a adquirir una especial relevancia dentro de la política de empresa. En este sentido, es de destacar el sustancial cambio que se ha operado en el enfoque de estas cuestiones, puesto que se ha ido evolucionando —sobre todo a partir de 1945— desde un modelo en donde únicamente se pretendía estimular al individuo para que realizara un trabajo que apenas le aportaba beneficio personal, hasta un modelo en donde el grado de satisfacción del trabajador es tenido en cuenta como un factor importante dentro de la estrategia de personal de la empresa. A este respecto, se llega a considerar como trabajador «ideal» no a la persona «más apta», sino a la persona «más adaptada», teniendo en cuenta el conjunto de factores familiares, sociales y profesionales del individuo, los cuales, como es obvio, tienen una influencia directa sobre su conducta y sobre su rendimiento. Vid. a este respecto, R. BALLESTEROS, *Psicología aplicada a la empresa*, Ediciones CEAC, S.A., Barcelona, 1982, págs. 131 y ss.

(31) En este sentido, F. LINAZA ARTIÑANO, *Causas psicosociales del accidente de trabajo*, Editor: F. LINAZA ARTIÑANO, Madrid, 1979 (segunda edición), págs. 399-400 al estudiar la problemática de la siniestralidad laboral apunta la directa relación que existe entre los factores personales y los accidentes de trabajo. En efecto, este autor incluye dentro de los rasgos comunes que conforman el perfil del accidentado tipo, tanto la insuficiente integración en el área familiar, como la inestabilidad emocional dentro del área de la personalidad.

(32) Es evidente que un trabajador preocupado o con inestabilidad emocional es más propenso a la fatiga, al absentismo laboral, así como a ser causa de accidentes y

- Las situaciones de desarraigo familiar, sobre todo si se prolongan por un período dilatado de tiempo, juegan como un factor especialmente estresante que incide en la capacidad y en el rendimiento del trabajador (33).
- La falta de una efectiva convivencia familiar, genera un proceso de desmotivación en la persona, desmotivación que, evidentemente, se proyecta también en el ámbito laboral (34).

conflictos, de tal modo que ha llegado a considerarse que el nivel de productividad y de estabilidad de las empresas se encuentra claramente ligado a la propia situación de estabilidad emocional de sus trabajadores. Vid. a este respecto, L. ALBERT, Y. MICHAUD y R. PIOTTE, *La dirección del personal, iniciación a la psicología industrial*, Editorial Herder, Barcelona, 1981, págs. 72-73.

(33) Está perfectamente estudiado, desde la perspectiva que nos ocupa, que las prolongadas situaciones de separación familiar juegan como un factor especialmente estresante que puede incidir no sólo en la capacidad y en el rendimiento del trabajador, sino también en su salud. En definitiva, los factores interpersonales —entre los que se encuentra la convivencia familiar— tienen una directa relación con el estrés laboral. Vid. sobre esto, *El estrés físico y psicológico en el trabajo* (que recoge el estudio encargado en relación a estas cuestiones por la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo), publicado en la colección de informes que se edita por el Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, págs. 106 y ss.

(34) A este respecto, y muy sencillamente, cabe señalar, que la motivación desde la perspectiva de la psicología industrial puede ser entendida como una fuerza (o un conjunto de fuerzas) que incita al hombre a actuar para alcanzar un objetivo y así satisfacer una necesidad. La motivación, entonces, nace siempre de una necesidad que debe ser satisfecha y los autores que han estudiado este tema han clasificado jerárquicamente las motivaciones en función de la prioridad que se otorga a las necesidades que las originan. Así, MASLOW señala que una necesidad sólo motiva en tanto en cuanto las necesidades más poderosas de nivel inferior han sido satisfechas con anterioridad. Esta afirmación se concreta en su conocida teoría de «la pirámide de necesidades», que merece la pena explicar siquiera sea brevemente. El referido modelo piramidal establece que en la base de la pirámide se encuentran las necesidades orgánicas o fisiológicas primarias (comer, dormir, etc.). Ascendiendo sobre la base aparecen en segundo lugar las necesidades de seguridad (estabilidad, dependencia, protección, etc.). El tercer estrato de la pirámide lo constituyen las necesidades de pertenencia y de amor (es decir, la convivencia afectiva, el evitar cualquier tipo de desarraigo o disolución del núcleo familiar, etc.). En cuarto lugar se encuentran las necesidades de estimación (es decir, de prestigio, de reconocimiento, de independencia, etc.). Y, en el vértice de la pirámide, por último, aparecen las necesidades de autorrealización (que hacen referencia al propio desarrollo personal, como por ejemplo: la necesidad de adquirir conocimientos, de comprender, de sistematizar, de analizar, de establecer relaciones, de encontrar significados, etc.).

Según esta teoría, que ha tenido múltiples repercusiones —y que ha influido sobremanera en el campo de la psicología industrial—, solamente cuando se satisfacen las necesidades de los estratos inferiores de la pirámide es cuando surge la motivación necesaria para satisfacer las necesidades del siguiente nivel, o, dicho de otra manera, no es posible en esta escala progresiva tener la suficiente motivación para satisfacer las necesidades de un estrato si antes no se ha dado cobertura a las del estrato inmediatamente anterior.

Pues bien, como decimos, el modelo de Maslow ha sido utilizado por la psicología industrial para explicar el proceso de motivación de los trabajadores en las empresas. Y por lo que a nosotros nos interesa, es claro que la tesis que se deriva de dicho modelo podría ser perfectamente aplicable para explicar el proceso de desmotivación en el trabajo que puede sufrir un funcionario en el supuesto de que el mismo se encontrara, por mor de una determinada política pública de destinos, ante la imposibilidad de mantener una relación de convivencia afectiva de carácter estable. Efectivamente, si

En definitiva, la consideración de los factores personales y, en especial, la problemática del desequilibrio emocional y su incidencia directa en el rendimiento laboral, es una cuestión que ha adquirido una destacada importancia en materia de gestión de personal en el ámbito de la empresa, lo que ha dado lugar a que se estudien y adopten medidas encaminadas a evitar aquellas situaciones que pueden producir disfuncionalidades laborales que, en última instancia, repercuten en la productividad de estas organizaciones privadas. Y, a nuestro juicio, idénticas razones a las que en el campo empresarial privado han servido para fundamentar una política de personal tendente a evitar las referidas situaciones, justificarían que, en la órbita pública, se articularan aquellas medidas dirigidas a evitar los factores generadores de desmotivación, de estrés, o de otras posibles patologías laborales. Entre estas medidas estaría, sin duda alguna, la revitalización de la figura del derecho de consorte en los concursos de traslado del personal funcionario como instrumento favorecedor del mantenimiento de las relaciones de convivencia afectiva, con lo que esto supone cara a la motivación y al rendimiento de dicho personal, y, por lo tanto, para el incremento de la eficacia en la prestación de los servicios públicos.

2. *Derecho de consorte y negociación colectiva.*

Como nos es conocido, el dar efectividad al derecho preferencial de consorte a la vista de la regulación de esta figura en la normativa funcionarial, requeriría ineludiblemente proceder a una modificación de los criterios de utilización de la misma en el sentido expuesto. Y sabemos también que la decisión de adoptar una medida de modificación regulativa como la propugnada, corresponde valorarla y en su caso ejecutarla al Gobierno, puesto que a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, es a este órgano constitucional a quien corresponde dirigir la política de personal y ejercer la potestad reglamentaria en materia de función pública.

Pero en relación a esto, hay que significar que el impulso para realizar la comentada medida de política de movilidad del personal, a través de los concursos de traslado, puede, o bien partir unilateralmente de la propia Administración, o bien considerarse dentro de un proceso de negociación colectiva en virtud de la pertinente propuesta sindical (la cobertura normativa en nuestro sistema de la negociación colectiva vie-

«las necesidades de pertenencia y amor», por utilizar la terminología de MASLOW, no se encuentran satisfechas, porque existe una situación de desarraigo familiar o de ruptura convivencial, difícilmente se podrá encontrar la motivación suficiente para atender a las necesidades que surgen en niveles superiores, como son las de «estimación» y «autorrealización», que, es obvio decirlo, aparecen claramente conectadas con la actividad que desarrolla el individuo en el mundo laboral. Para todas estas cuestiones vid. *in totum*, EBERHARD TODT, *La motivación*, en «Biblioteca de Psicología», Editorial Herder, Barcelona, 1982. De esta obra se toman las referencias hechas a las tesis de MASLOW, págs. 194-199.

ne dada por la Ley 7/1990, de 19 de junio, sobre Negociación Colectiva y Participación en la Determinación de las Condiciones de Trabajo de los Empleados Públicos, que da nueva redacción al Capítulo III de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas).

En efecto, para no ir más lejos, cabe señalar que en el año 1991 se ha firmado un importante acuerdo entre la Administración y los Sindicatos (en concreto el 16 de noviembre de 1991), entre cuyos criterios inspiradores básicos cara a los procesos de negociación colectiva aparece el de la «mejora de las condiciones de trabajo de los empleados públicos». Así, el Capítulo 12.2 del citado acuerdo dice textualmente:

«Las partes, a través de la negociación colectiva, perseguirán la mejora de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, una mayor eficacia en el funcionamiento de la Administración y una mejor calidad de los servicios públicos que prestan a los ciudadanos.»

Por otra parte, el Capítulo 13 del acuerdo en cuestión, relativo ya a «la Estructura de la Negociación Colectiva», establece en su punto 2 que el ámbito general de la negociación colectiva se realizará en torno, entre otras, a la siguiente materia: «condiciones generales de trabajo que afecten a todos los empleados públicos de la Administración del Estado».

Evidentemente, en un proceso de negociación colectiva y teniéndose en cuenta la reciente jurisprudencia constitucional recaída sobre el derecho preferencial de consorte, por los Sindicatos se podría plantear a la Administración el que se articulara la correspondiente modificación normativa que permitiese, como hemos dicho, dar efectividad a la figura en cuestión, con el objetivo de dotar de una mayor flexibilidad a la política de movilidad de los funcionarios públicos y, consecuentemente, generar una mejora en las condiciones de trabajo de los empleados públicos, presupuesto imprescindible a su vez, para conseguir una mayor calidad en los servicios que la Administración debe prestar a los ciudadanos.

3. *Políticas de gestión de personal y de mejora de las condiciones de trabajo: un apunte desde la perspectiva internacional.*

Otra cuestión relacionada con todo lo anterior que no nos gustaría dejar pasar por alto, y que por lo tanto nos exige realizar al menos un breve comentario, es la concerniente a la preocupación que se detecta en el ámbito internacional, y, en concreto, en diversos Organismos de carácter multilateral, por la política de mejora de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos como pieza básica para conseguir una mayor eficacia de las Administraciones Públicas en la prestación de los

servicios que éstas tienen encomendados. Efectivamente, hay que hacer notar que las políticas de personal en las Administraciones Públicas, consideradas desde el plano internacional, vuelven a tener prioridad, tanto en las agendas de los Gobiernos como en las de los Organismos internacionales (35). Y esta prioridad de las citadas políticas, en el seno de las estructuras administrativas, surge porque se piensa que el tema de los recursos humanos como elemento motor de las mismas es un factor clave dentro de las estrategias de desarrollo de un país. A este respecto, piénsese, por ejemplo, en la labor que en esta materia de formulación de políticas de personal se realiza por el Banco Mundial a través de sus programas de cooperación multilateral dirigidos fundamentalmente a los países en vías de desarrollo (36).

Pero por otra parte, y esto es lo que más nos interesa destacar aquí, la adecuada formulación de una política de gestión de personal, también se considera como un componente básico dentro del esquema de las políticas públicas que, para lograr una mayor eficacia de sus aparatos administrativos, tienden a implantar tanto los países más desarrollados como aquéllos otros que sólo han alcanzado un grado de desarrollo intermedio. En este sentido, es importante traer a colación el que un Organismo como la OCDE, ha venido elaborando una serie de documentos en donde sienta criterios orientadores para la formulación de políticas públicas en materia de gestión de personal. Como es obvio, la pretensión de este Organismo multilateral es que estos criterios o sugerencias se recojan a nivel nacional en el momento de articular las respectivas políticas en la esfera pública de actuación. Pues bien, muy sintéticamente cabría señalar dos de las ideas fuerza que, en la materia que venimos comentando, se desprenden de los documentos elaborados por dicho Organismo multilateral:

- En primer lugar, la importancia que tienen las políticas de personal como instrumento de cambio de las Administraciones Públicas (lo cual ha sido puesto de relieve en las discusiones que sobre los programas de modernización administrativa se han venido realizando en las reuniones celebradas por el Comité de dicho Organismo, fundamentalmente a partir del año 1986).
- En segundo término, el que la mejora de las políticas de personal constituye una base indispensable, a su vez, para cualquier esfuerzo de mejora de los servicios públicos prestados por dichas Administraciones (en el sentido de lograr una mayor receptividad de los mismos respecto a los criterios de innovación y productividad, cara todo ello a procurar una mayor apertura del servicio público a la sociedad).

(35) J. PRATS CATALÁ, *Política, gestión y administración de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, en «Documentación Administrativa», núms. 210-211 (mayo-septiembre 1987), pág. 121.

(36) Vid. a este respecto: «World Bank Staff Working Papers», núm. 585, *Management and Development Series*, núm. 12.

Anudado a estas ideas básicas, cabe decir que la OCDE preconiza la necesidad de poner en práctica, a nivel nacional, una serie de medidas que concreten las referidas ideas y que, en consecuencia, vertebrén esas políticas públicas de gestión de personal. Sin ningún ánimo de exhaustividad, y a título meramente ejemplificativo, podríamos destacar entre estas medidas las siguientes: introducción de una mayor flexibilidad en las condiciones de trabajo, mejora de la movilidad del personal, potenciación de una formación más sistemática, acentuación en la mejora de los procedimientos de gestión, desarrollo de sistemas que permitan la evaluación del rendimiento sumados a la búsqueda de vías que permitan vincular las retribuciones al rendimiento, etc. En definitiva, un amplio espectro de medidas que permitan alcanzar el objetivo de construir una gestión más eficaz de los recursos humanos en la Administración Pública (37).

Pues bien, es en este contexto de políticas de personal innovadoras que tienden a mejorar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, en donde creemos que encaja perfectamente una medida que tiende a revitalizar la figura del derecho de consorte, cuya ligazón con el principio de eficacia, desde la perspectiva de la prestación de los servicios públicos, pensamos que ha quedado suficientemente demostrada. En efecto, si entendemos que con la aplicación en el campo de la función pública de este derecho preferencial se mejoran las condiciones de trabajo de los servidores públicos y, por ende, la calidad de los servicios prestados por los mismos, no será nada difícil convenir que la adopción de una medida como la señalada (que requiere, como nos es conocido, para su instrumentación la oportuna modificación normativa, tanto del Reglamento de Provisión de Puestos, como de las normativas sectoriales que atañen al personal no sometido al ámbito de éste) se vincula claramente con la filosofía que subyace en los criterios formulados por la OCDE en materia de personal, y que este Organismo considera necesario que se implanten a nivel interno, con el fin último de mejorar la gestión y la referida calidad de prestación de los servicios públicos.

VI. EL REQUISITO DE LA DOBLE CONDICIÓN DE FUNCIONARIO COMO PRESUPUESTO NECESARIO PARA QUE OPERE EL DERECHO DE CONSORTE Y SU POSIBLE ALTERNATIVA A NIVEL REGULATIVO

Como apuntamos al inicio de este trabajo, la materialización del derecho de consorte exige el juego de una serie de elementos y, entre ellos, el relativo a que quien alegue el referido derecho debe tener la condición de funcionario así como poder demostrar la existencia de un vínculo conyugal con otra persona que tenga, a su vez, la referida condición.

(37) Vid. en este sentido, *in totum*, el documento núm. 87.4 del Comité de Cooperación Técnica de la OCDE: *Politiques de personnel visant l'amélioration de la flexibilité et de la productivité dans l'Administration Publique*.

Esta exigencia de la doble condición funcional, es decir, tanto para el que solicita la plaza en los concursos de traslado, como para la persona a él vinculada y que tiene un destino previo en la localidad en donde se encuentra dicha plaza, aparece claramente reflejada en el artículo 14.2 del Reglamento de Provisión de Puestos, que nos sirve de parámetro regulativo en esta materia. Recordemos que este precepto comienza diciendo lo siguiente:

«El destino previo del cónyuge *funcionario* obtenido mediante convocatoria pública...»

A este respecto, a nuestro juicio, los principios constitucionales de protección a la familia y de eficacia así como el deber de convivencia marital establecido en el Código Civil, criterios todos ellos que maneja el Tribunal Constitucional en su doctrina para justificar la plena constitucionalidad del derecho de consorte, exigirían dar un paso más en la línea de potenciar a esta figura, cerrando el círculo de reformas que permitirían dotar de una clara funcionalidad al derecho preferencial en cuestión dentro del sistema normativo funcional. La medida a la que aquí nos referimos, consistiría en admitir legalmente el que la necesaria condición de funcionario para que juegue el derecho de consorte, sólo debería tenerla el solicitante de la plaza que participe en un concurso de traslado, sin que fuera entonces *conditio sine qua non* el que esta cualificación funcional la tuviera el cónyuge —o persona que mantenga análoga relación de afectividad— con destino previo en la localidad a la que se pretende acceder.

Si acudimos al plano práctico, cabría pensar además en algún supuesto concreto que pudiera ayudar a abonar nuestra tesis, como, por ejemplo, el que el cónyuge con destino previo en la localidad no fuera funcionario público, pero, en cambio, estuviera contratado laboralmente por la Administración. Pues bien, ¿no parecería lógico en este caso que funcionase el derecho de consorte a pesar de que el cónyuge no ostentara la condición de funcionario público? Obviamente, parece que la respuesta debería ser afirmativa.

Por otro lado, y al hilo de lo que estamos comentando, hay otra cuestión que inmediatamente se suscita, cual es la concerniente a si también podría operar el derecho de consorte incluso en el supuesto de que el cónyuge con residencia previa en la localidad a la que se quiere acceder no fuera ni siquiera contratado laboral de la Administración, sino que radicara en la misma en virtud de un trabajo ajeno a la esfera administrativa. En este caso, también creemos que podría jugar el derecho preferencial de consorte en aplicación de los tantas veces repetidos principios constitucionales, y, además, cabría añadir que ésta no sería una solución extraña dentro de nuestro ordenamiento. En efecto, no olvidemos que esta fórmula amplia, en donde no se exige que el cónyuge con residencia previa en la localidad en que radica la plaza que se solicita tenga que ser funcionario público, aparece ya, según vimos en su

momento, en el artículo 7.3 del Real Decreto 1062/1986, de 26 de mayo, por el que se regula el Sistema de Concurso Unitario de Méritos y Traslado de los Funcionarios de Cuerpos Sanitarios Locales.

En definitiva, creemos que en la normativa reguladora del derecho de consorte no debería exigirse que el cónyuge —o persona unida por una relación de afectividad análoga— con destino previo tuviera que ser funcionario, ni tampoco personal laboral contratado por la Administración, sino que, simplemente, la exigencia legal debería ir encaminada a que dicha persona justificara fehacientemente los motivos laborales de su estancia en la localidad en donde el funcionario solicita plaza a través del correspondiente concurso de provisión de puestos de trabajo.

VII. CONCLUSIONES

En relación a todo lo anteriormente expuesto, y a modo de corolario, podrían realizarse las siguientes conclusiones:

Primera.—La figura del derecho de consorte aparece regulada dentro del panorama normativo en materia de función pública, tanto en el Reglamento de Provisión de Puestos, como en otras normativas sectoriales aplicables a colectivos de personal no sometidos al ámbito de dicho Reglamento. Ahora bien, esta figura ha sido fuertemente cuestionada al considerarse que la aplicación de la misma en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo que afectan a los funcionarios públicos colisiona con el principio de igualdad establecido *ope constitutionis*. Esta duda sobre la constitucionalidad del citado derecho preferencial, ha generado en la práctica que, a pesar de la regulación de éste en la normativa funcionarial, su funcionalidad quede totalmente desvirtuada, puesto que los gestores públicos de personal en las correspondientes convocatorias de concursos de traslado no reflejan ni siquiera lo previsto reglamentariamente al respecto, jugando entonces el derecho de consorte simplemente como un elemento que permite excepcionar la cláusula general de «irrenunciabilidad de las adjudicaciones de plaza», inserta en las bases de las convocatorias de los concursos de provisión de puestos.

Segunda.—El Tribunal Constitucional, en una reciente jurisprudencia, viene a considerar al derecho preferencial de consorte como una figura plenamente ajustada a la Constitución y, en consecuencia, como no vulneradora del principio de igualdad, en virtud de tres órdenes de razones: la diferente intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del momento de acceso a la función pública o de un momento posterior al mismo; la necesidad de dar efectividad al principio de protección a la familia; y, por último, la exigencia de materializar el principio constitucional de eficacia.

Tercera.—A la vista de los pronunciamientos sentados en la doctrina del Alto órgano constitucional, debería procederse a la potenciación de

la figura comentada en el ámbito de los concursos de traslado, lo cual exigiría la oportuna modificación de la normativa que la regula, en el sentido de hacer imperativa su aplicación por los gestores públicos en los correspondientes procedimientos de provisión de puestos, en la línea de la fórmula propuesta para el artículo 14.2 del Reglamento de Provisión de Puestos.

Cuarta.—La circunstancia preferencial derivada del derecho de consorte debería extenderse también, mediante las oportunas modificaciones reglamentarias, a las uniones conyugales de hecho, puesto que éstas tienen un perfecto anclaje constitucional y, por lo tanto, son también merecedoras de la protección de los poderes públicos, protección que, además, sintonizaría claramente con el principio de libertad incardinado en nuestra Carta Magna.

Quinta.—Por último, sería conveniente suprimir también, por mor de los principios constitucionales de protección a la familia (entendida ésta en sentido amplio) y de eficacia, la exigencia de que el cónyuge del solicitante de la plaza o, en su caso, aquél que se encuentre unido a éste por una análoga relación de afectividad, y que tenga un destino previo por motivos de trabajo en la localidad a que se concursa, deba tener la condición de funcionario público, condición que, en consecuencia, sólo sería predicable del participante en el correspondiente concurso de provisión de puestos.

Roberto GÁMIR MEADE
Administrador Civil del Estado

