

INCOMPATIBILIDAD, IMPARCIALIDAD Y DERECHO FUNDAMENTAL AL ACCESO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS (A PROPÓSITO DE LA RECIENTE STC 131/2017, DE 13 DE NOVIEMBRE)

Fernando GONZÁLEZ BOTIJA

Departamento de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
dp143@ucm.es

I. INTRODUCCIÓN

El presente asunto afecta a la impugnación que se realizó de la Orden FYM/473/2013, de 11 de junio¹, por la que se nombró a una persona, mediante el procedimiento de libre designación, jefe del Servicio Territorial de Medio Ambiente de Burgos de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León. Otro candidato que también había participado en el referido proceso de selección interpuso recurso contencioso-administrativo contra el nombramiento indicado. En síntesis, basó su impugnación en la falta de motivación necesaria para justificar el mérito y capacidad del designado y, a su vez, al estimar que este último era incompatible con el cargo, pues pasaría a ser superior jerárquico de su cónyuge, quien desempeñaba el puesto de jefa de la Sección Territorial de Ordenación y Mejora. En fecha 11 de junio de 2015 recayó Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Valladolid, en el procedimiento abreviado núm. 69/2014, parcialmente estimatoria del recurso interpuesto. Resumidamente, el juzgador apreció que la resolución que acordó el nombramiento del demandante no justificaba por qué su perfil profesional era más adecuado o idóneo para el puesto que el del resto de contendientes. Sin embargo, el órgano judicial rechazó la concurrencia de causa de incompatibilidad por razón de matrimonio alegada en la deman-

¹ *Vid.* BOCYL de 21 de junio de 2013.

da, habida cuenta de que tal circunstancia no estaba prevista por la normativa de aplicación al caso². También afirmó que no cabía, a fin de apreciar la incompatibilidad interesada, efectuar una interpretación extensiva o analógica de normas relativas a otros cuerpos funcionariales, dado que la normativa sobre incompatibilidades estaba sujeta a una interpretación restrictiva. De este modo, en el fallo de la sentencia se acordó, tras la aclaración realizada por Auto de fecha 7 de julio de 2015, lo siguiente: «La nulidad de los actos administrativos impugnados debiendo procederse a la celebración de un nuevo proceso selectivo de conformidad con lo previsto en su normativa reguladora y en el art. 61 del Decreto 67/99, al que se remite la Orden FYM 318/2013, de 6 de mayo, para que, previo nombramiento de otra comisión, se proceda a la adjudicación del puesto de trabajo convocado de forma motivada tal y como se expone en los fundamentos jurídicos de esta sentencia, con desestimación del resto de pretensiones del actor».

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación. En esencia, se interesó la revocación de dicha resolución por no haber apreciado causa de incompatibilidad en la persona del nombrado, concretamente por ser cónyuge de quien ostentaba el cargo de jefa de la Sección Territorial de Ordenación y Mejora. En fecha 23 de febrero de 2016, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Castilla y León (sede de Valladolid) dictó sentencia estimatoria del recurso de apelación, en cuanto no se estimó el motivo de impugnación atinente a la incompatibilidad del funcionario nombrado en el sistema de provisión por libre designación. El TSJ destacó que el órgano *ad quem* reconocía, en el fundamento jurídico 2 de la sentencia, que ninguna norma concreta preveía la incompatibilidad para el caso enjuiciado, a diferencia de otros supuestos tales como la incompatibilidad por razón de matrimonio que, para jueces y magistrados, contempla la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ). No obstante, afirmó que la falta de previsión expresa para el supuesto enjuiciado no impedía que, en aplicación de los criterios generales definitorios de la incompatibilidad, pudiese apreciarse esa circunstancia. Fundaba ese aserto en el deber de garantizar la imparcialidad en la actuación funcional, deber que aparece

² Véase el Decreto 227/1997, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. El tema de las incompatibilidades siempre ha sido polémico en cualquier ámbito que nos situemos. Por ejemplo, en materia policial *vid.* G. SALIDO CAMPOS y J. I. SARMIENTO LARRAURI, «Las incompatibilidades en el ámbito de la Guardia Civil, en especial en el ejercicio de actividades privadas», *Actualidad administrativa*, núm. 10 (2013), p. 4.

recogido en el art. 1.3 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas; en los arts. 52 y 53 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y en la Orden ADM/62/2010, de 19 de febrero, por la que se aprueba el código ético de los empleados públicos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. Se trae a colación la doctrina jurisprudencial sobre incompatibilidad prevista para jueces y magistrados en el art. 393 LOPJ³, para después colegir que, en el presente caso, se daba una situación análoga por el conflicto de intereses en un sentido objetivo que suscita entre los públicos, cuya gestión le está encomendada al funcionario, y los de carácter privado, que pudieran comprometer la imparcialidad y la independencia de su actuación.

Explicaba el TSJ que, con las necesarias matizaciones por razón de la diferencia de supuestos contemplados, en cuanto que la jurisprudencia citada se refería a un supuesto de incompatibilidad de jueces y magistrados frente al estatuto propio de los funcionarios, se había de entender que nos encontrábamos ante una situación análoga, de forma tal que, con independencia de los concretos conflictos que pudieran solventarse a través de la abstención, lo que se había de constatar era si el desempeño del puesto analizado de jefe de servicio podía comprometer la imagen externa de imparcialidad de una forma objetiva. Finalmente, el TSJ apreció la concurrencia de incompatibilidad conforme al razonamiento que expone en el fundamento jurídico 4 de la sentencia ya citada: «[A]plicando las precedentes consideraciones al caso analizado se ha de llegar a la conclusión, pese al carácter restrictivo de la interpretación de las situaciones de incompatibilidad —como se encarga de recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2015, recurso 826/14—, de que existe dicha incompatibilidad para el desempeño del puesto analizado, en tanto

³ En la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2012, recurso 60/2010, se expresa al respecto lo siguiente: «La finalidad de la incompatibilidad contenida en el art. 393 LOPJ no es salvaguardar la imparcialidad del juez en procesos concretos, ya que el mecanismo legalmente previsto para lograr ese objetivo es la institución de la abstención/recusación. La principal finalidad de dicha incompatibilidad es otra: asegurar la imagen externa de imparcialidad que todo juez ha de ofrecer a la ciudadanía para que no quiebre la confianza social en la Administración de Justicia, que, como reiteradamente ha declarado este Tribunal Supremo en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituye un elemento esencial del modelo de Estado de Derecho, y debe añadirse, en esta línea, que lo pretendido con esa incompatibilidad es evitar la apariencia de la implicación del juez en conflictos de intereses».

que la cónyuge del funcionario nombrado ostente una jefatura de sección en el mismo servicio, y ello porque la actuación del funcionario que asume la función de jefatura va a entrañar una función de fiscalización permanente sobre determinadas actuaciones de la funcionaria jefe de sección, que es la esposa del mismo, que objetivamente genera un conflicto de intereses, real o potencial, que se ha de salvaguardar incompatibilizando para el desempeño del puesto, como requisito para asegurar un desempeño objetivo e imparcial de la función pública, evitando una imagen de desconfianza en la actuación, todo lo cual es una garantía de un servicio fiel al interés público. Así, efectivamente, se ha de entender que de toda la prueba practicada en el procedimiento de instancia a propuesta del demandante se desprende que existen actuaciones múltiples en que el funcionario nombrado como superior jerárquico debe fiscalizar la actuación de los jefes de sección, ya que éstos asumen una posición de carácter jerárquico inmediatamente inferior a la de aquéllos, lo que conlleva que dicha fiscalización sea próxima e incluso de alguna forma asidua. Así se desprende de dicha prueba practicada, al existir firmas conjuntas de actas, visados de informes, otorgamiento del visto bueno de certificaciones de obras, aprobación de proyectos formulados por el jefe de sección, propuestas de vacaciones, etc. Existe, por tanto, una relación permanente en la que el superior jerárquico dirige y fiscaliza la actuación de sus inmediatos inferiores, como es propio de una Administración jerarquizada, de forma tal que el conflicto de intereses que puede generarse no sólo es genéricamente posible, sino que está claramente contrastado, en forma tal que este conflicto puede afectar a la imparcialidad del funcionario y, dada su continuidad, no puede superarse a través del instituto de la abstención previsto en el art. 28 de la Ley 30/1992».

El matrimonio afectado, apoyado en su argumentación por la letrada de la Comunidad Autónoma⁴, decidió interponer recurso de amparo con-

⁴ En relación con el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE), la letrada trae a colación la doctrina constitucional vigente y, respecto de la misma, destaca la prohibición de establecer requisitos para acceder a las funciones públicas que tengan carácter discriminatorio, así como la importancia que en ese ámbito presentan los principios de mérito y capacidad, pues no es conforme con el principio de igualdad establecer requisitos y condiciones para dicho acceso que no vengan referidos a los indicados principios. También menciona que el art. 23.2 CE no sólo resulta de aplicación al momento del acceso a la función pública, pues también se proyecta durante la vigencia de la relación funcional ya constituida. Yendo al caso, considera que la sentencia dictada por el Tribunal de apelación ha establecido una incompatibilidad por razón de matrimonio sobre la base del conflicto de intereses que ese vínculo puede entrañar. Sin embargo, tal apreciación carece de respaldo legal,

tra la sentencia del TSJ alegando la conculcación del derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en los arts. 14 y 23.2, en relación con el art. 24.1 y 2 de la Constitución (en adelante, CE), al apreciar una causa de incompatibilidad que carece de cobertura legal. En segundo término alegan la conculcación del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de matrimonio en el acceso a las funciones públicas⁵ (arts. 14 y 23.2 CE). Básicamente, los demandantes sostienen que el hecho de construir, en el ámbito de la función pública, una causa de incompatibilidad por razón de matrimonio sin soporte legal infringe los derechos fundamentales indicados, pues no es dable crear tal causa impeditiva al margen de la normativa legal de aplicación al caso. En apoyo de ese aserto señalan que el derecho garantizado en el art. 23.2 CE debe ser interpretado de la manera más favorable a facilitar su ejercicio, lo que supone que la aplicación de incompatibilidades derivadas de vínculos familiares debe efectuarse de manera restrictiva y, por ello, limitarse a supuestos en que concurran insalvables razones de interés público relacionadas con el funcionamiento del servicio. También apunta que la vulneración a que se ha hecho mención aboca a los demandantes al alejamiento recíproco o, en su caso, a renunciar a sus respectivas promociones profesionales. Ello no se compadece con las previsiones establecidas en la normativa relativa a la conciliación de la vida laboral y familiar, que favorece la reagrupación familiar⁶. En tercer lugar, se invoca la lesión del art. 24.1 CE por la ilógica, absurda y arbitraria valoración de la prueba llevada a cabo en la sentencia que pone fin al recurso de apelación. Sustancialmente, la censura se circunscribe a la valoración de la prueba documental, pues, a juicio de los demandantes, no existe relación jerár-

pues no aparece recogida en el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (Ley 53/1984). Por ello, colige que el órgano judicial ha vulnerado el derecho reconocido en el art. 23.2 CE al impedir al demandante el desempeño de una función pública por un motivo que no aparece contemplado por la normativa legal aplicable al caso. Señala, por último, que, de generalizarse la interpretación sostenida por el Tribunal de apelación, los afectados por esos vínculos familiares podrían ver mermada su libertad de actuación tanto en el aspecto profesional como familiar.

⁵ Sobre el acceso al cargo y el art. 23.2 es de obligada consulta el clásico trabajo de I. MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Madrid, Civitas, 1995. Un excelente análisis del citado precepto se puede encontrar en G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho administrativo I*, 3.^a ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 345 y ss.

⁶ Citan el art. 52.4 del Decreto 67/1999, de 15 de abril, de Castilla y León, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo, y el art. 5.1 de la Ley 1/2007, de 7 de marzo, de medidas de apoyo a las familias de la Comunidad de Castilla y León. *Vid.* J. I. SARMIENTO LARRAURI y M. QUIROGA IGLESIAS, «Conciliación de la vida personal y laboral en jueces y fiscales», *Actualidad administrativa*, núm. 9 (2017).

quica directa entre el jefe de servicio y la jefe de la Sección Territorial de Ordenación y Mejora (cargo desempeñado por la demandante), toda vez que el superior inmediato y directo de esta última es el jefe de la Unidad de Ordenación y Mejora. Así pues, de la prueba practicada no cabe deducir el conflicto permanente de intereses por razón de matrimonio, dado que el jefe del servicio no dirige ni fiscaliza directamente las funciones desempeñadas por aquélla. En último lugar, también se alega la lesión del derecho de la demandante a la igualdad y no discriminación por razón de matrimonio en el acceso a funciones y cargos públicos (arts. 14 y 23.2 CE) ⁷.

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tras reconocer el interés legítimo de la esposa en este caso ⁸ y sintetizar su doctrina acerca del derecho de acceso a las funciones públicas recono-

⁷ Obviamente se opuso a esta argumentación la persona que inició el litigio. Desde la perspectiva de fondo niega que se haya lesionado el derecho reconocido en el art. 23.2 CE, pues un funcionario público no puede ser superior jerárquico de su cónyuge, y ello aunque no exista ley específicamente aplicable al caso que contemple esa circunstancia como causa de incompatibilidad. Descendiendo al caso, el alegante sostiene que, con motivo de la relación matrimonial entre el jefe de servicio y la jefe de sección, se originaría una situación de permanente conflicto de intereses que afectaría tanto al ejercicio de la jefatura de personal como al desempeño de las funciones que técnicamente corresponden al primero de los citados, sin que dicho conflicto pueda ser paliado mediante la figura de la abstención. Por ello, cualquiera que sea el prisma desde el que se analice la situación, la incompatibilidad aflora inexorablemente, dada la frecuencia de las situaciones y actos en que la actividad profesional de uno y otro estaría condicionada mutuamente por la relación jerárquica, bien sea por la necesidad de actuación conjunta o por la potestad de autorización o concesión que el superior ostenta en relación con el subordinado. Así pues, aunque no exista una específica norma que contemple el vínculo matrimonial como causa de incompatibilidad, ello no impide que esa circunstancia sea apreciada, como así lo hizo la sentencia que puso fin al recurso de apelación. Admitir lo contrario supondría la inaplicación del sistema de fuentes jurídicas al negar la viabilidad de una interpretación analógica o extensiva de otras normas sectoriales, que sí prevén la incompatibilidad para situaciones como la presente; entre ellas las que regulan el estatuto de jueces y fiscales y de miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

⁸ Según asentada doctrina constitucional, el interés legítimo a que se refiere el citado precepto «concorre en toda persona cuyo círculo jurídico pueda resultar afectado por la violación de un derecho fundamental, aunque la violación no se haya producido directamente en su contra, ya que en tales casos los recurrentes se encuentran, respecto de los derechos fundamentales invocados, en una situación jurídico-material que le confiere el interés legítimo que exige el art. 162.1.b) CE (SSTC 84/2000, de 27 de marzo, FJ 1, y 298/2006, de 23 de octubre, FJ 4). Ahora bien, no basta con un interés genérico en la preservación del derecho fundamental que se estime vulnerado, sino que es necesario que el recurrente se encuentre respecto a ese derecho fundamental en una situación jurídico-material identificable con un interés en sentido propio, cualificado o específico (SSTC 13/2001, de 29 de enero, FJ 4,

cido en el art. 23.2 CE⁹, da respuesta el supremo intérprete de la Constitución a la queja de lesión que se expone en la demanda⁹.

y 240/2001, de 18 de diciembre, FJ 4; AATC 139/1985, de 27 de febrero; 58/2000, de 28 de febrero, y 206/2006, de 3 de julio» (AATC 192/2010 y 193/2010, de 1 de diciembre). De acuerdo con la doctrina transcrita, afirmamos que la demandante ostenta un interés cualificado que habilita su intervención en esta sede, dada la potencial repercusión del presente recurso en su esfera familiar y profesional. Y ello porque, si finalmente se estima conculcado el derecho de su cónyuge a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE), podría entonces seguir desempeñando el cargo de jefa de sección en el Servicio Territorial de Medio Ambiente de Burgos, sin que ello impida que, por causa de incompatibilidad, aquél ostente la jefatura del referido servicio.

⁹ Explica al respecto lo siguiente: «Como así lo recoge, entre otras, la STC 80/1994, de 14 de marzo, FJ 3, “este Tribunal ha declarado que en este precepto, que distingue entre ‘funciones’ y ‘cargos’ públicos, se reconoce, de un lado, el derecho a acceder a puestos funcionariales y, de otro, dos derechos —sufragio activo y pasivo— que enmarcan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el art. 1 de la Constitución”. Por otro lado, cumple decir que el derecho que ahora nos concierne es de configuración legal, “de tal modo que compete establecer las condiciones de acceso a la función pública con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 103. CE) al legislador, correspondiendo a éste la decisión sobre los distintos requisitos y condiciones para el acceso a la función pública que han de reunir los candidatos” (STC 130/2009, de 1 de junio, FJ 3, entre otras). Aun cuando el precepto citado se refiere sólo al acceso a las funciones públicas, tempranamente este Tribunal ha precisado que el derecho objeto de examen actúa no sólo en el momento del acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcionarial y, por tanto, es aplicable a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo [SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3; 15/1988, de 10 de febrero, FJ 2.b), y 47/1989, de 21 de febrero, FJ 2]. También hemos reconocido la vinculación del acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad con los principios constitucionales de mérito y capacidad plasmados en el art. 103 CE. Concretamente, en la STC 167/1998, de 21 de julio, FJ 4, sostuvimos “el derecho de acceso a las funciones públicas ‘en condiciones de igualdad’ (art. 23.2 CE) en la medida que implica que esta igualdad que la ley ha de garantizar en el acceso a las funciones públicas tiene un contenido material que se traduce en determinados condicionamientos del proceso selectivo, de manera especialmente relevante el que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad. De este modo se produce una intersección [...] del contenido del art. 23.2 CE con el del art. 103.3 CE”. No obstante, nuestra doctrina contempla una modulación de la intensidad de esos principios cuando no vienen referidos al acceso a la función pública, sino al desarrollo de la carrera funcionarial, y así, en la STC 235/2000, de 5 de octubre, FJ 13, afirmamos que “[c]iertamente este Tribunal ha admitido que, aun cuando los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103.3 CE) rigen no sólo en el momento inicial del acceso a la función pública, sino también en los ulteriores de desenvolvimiento de la carrera administrativa o profesional de los funcionarios (por todas, STC 96/1997, de 19 de mayo, FJ 2), de tratarse de este segundo momento, el atinente a la provisión de puestos de trabajo, es legítima la toma en consideración, a la hora de decidir sobre aquella provisión, de otros valores o fines constitucionalmente lícitos”. Por último, en lo que a este apartado se refiere cumple indicar que también hemos reconocido la estrecha vinculación que media entre los principios de igualdad y legalidad a que se refiere el art. 23.2 CE, que, entre otras resoluciones, aparece recogida en la STC 221/2004, de 29 de noviembre, FJ 3, en los siguientes

Explica el Tribunal Constitucional que la argumentación del TSJ refleja cómo el citado órgano ha construido, sobre la base del vínculo matrimonial existente entre dos funcionarios públicos, un motivo de incompatibilidad que pretende precaver el menoscabo del principio de imparcialidad que debe regir en el marco de la función pública a causa del conflicto permanente de intereses que la relación jerárquica entre dos cónyuges origina en ese ámbito. En línea con lo argumentado por el fiscal¹⁰ señala que, en

tes términos: “[d]icho precepto constitucional no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, por lo que sólo cuando la infracción de las normas o bases del proceso selectivo implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 CE, lo que de suyo exige la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad [SSTC 115/1996, de 25 de junio, FJ 4; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3.c), y 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6.c)] (STC 107/2003, de 2 de junio, FJ 4). Por otra parte, entre las específicas garantías que la jurisprudencia de este Tribunal ha ido situando en el contenido de este derecho fundamental se encuentra la del derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley: el derecho proclamado en el art. 23.2 CE incorpora también el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley, de tal modo que, una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento”».

¹⁰ El fiscal considera que la conclusiones que figuran en la sentencia respecto del conflicto de intereses que surgiría entre el demandante y su cónyuge, con base en la relación jerárquica que mediaría entre ambos, no parte de premisas inexistentes o manifiestamente erróneas ni el desarrollo argumental incurre en quiebra lógicas o arbitrariedad, de manera que no rebasa el campo de opción legítima que la doctrina constitucional reconoce al órgano judicial que lleva a cabo la valoración de la prueba. Por último, el fiscal aborda las quejas referidas al derecho a no padecer discriminación por razón de matrimonio en el acceso al cargo público (arts. 23.2 y 14 CE). En primer lugar, repasa la doctrina constitucional estatuida en torno al derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE, que principalmente garantiza una situación jurídica de igualdad en las condiciones de acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos que tengan carácter discriminatorio. Añade que esa igualdad jurídica también perdura durante la vigencia de la relación funcional, si bien el rigor e intensidad de los requisitos de mérito y capacidad es diferente según se trate del ingreso en la función pública o venga referido a personas que ya han accedido a ella y ya han acreditado el cumplimiento de tales requisitos. Concretamente, en relación con la provisión de puestos de trabajo ulteriores al acceso inicial afirma que, conforme a la doctrina constitucional, cabe tomar en consideración otros criterios distintos de los citados, siempre que su finalidad sea la de lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o, en su caso, satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos. Conforme con las anteriores consideraciones, el Ministerio Fiscal sostiene que el vínculo matrimonial sí puede ser contemplado por el legislador como causa de incompatibilidad para el acceso a un determinado puesto público, sin que ello resulte contrario al derecho reconocido en el art. 23.2 CE, siempre que la previsión legal que lo establezca cuente con una justificación objetiva y razonable que habilite ese trato diferenciado. Sin embargo, en el presente caso la normativa aplicable no contempla esa circunstancia como motivo de incompatibilidad, por lo que cabe afirmar que el órgano judicial ha construido una causa de

el marco estatutario de jueces y magistrados, el legislador ha contemplado diversos supuestos de incompatibilidad para el desempeño de determinados cargos por razón de matrimonio. Concretamente, dada la relación de dependencia que el precepto toma en consideración, el supuesto que guarda mayor similitud con el presente caso es el previsto en el art. 392.2.d), que, puesto en relación con el art. 391, ambos LOPJ, considera incompatibles a los presidentes, magistrados o jueces respecto de los secretarios (hoy letrados de la Administración de Justicia) y demás personal al servicio de la Administración de Justicia que dependan de ellos directamente cuando estuviesen unidos por parentesco (hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad), vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente. Dicho lo anterior, precisa que en el presente recurso no está llamado a resolver sobre la constitucionalidad de una causa de incompatibilidad fijada por el legislador ni mucho menos a pronunciarse sobre la conveniencia de estatuir, para todo el ámbito de la función pública, un motivo de incompatibilidad de similar alcance y contenido a la prevista en el art. 392.2.d) LOPJ. Sí entiende que le corresponde dilucidar, por el contrario, si la incompatibilidad apreciada por el Tribunal *ad quem* es compatible con el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE y, por tanto, resulta asumible desde la perspectiva constitucional pese a que carezca de cobertura legal específica.

A este respecto apunta que el derecho fundamental sustantivo cuya lesión se denuncia es de configuración legal, lo que implica que es al legislador a quien corresponde fijar los requisitos que deben cumplirse, tanto para el acceso a la función pública como para la provisión de ulteriores puestos funcionariales. Ahora bien, la configuración legal a que se refiere el precepto no sólo vincula el contenido del derecho al cumplimiento de

incompatibilidad en contra del criterio sentado por el máximo intérprete de la jurisdicción ordinaria, que proclama el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las incompatibilidades en aquel ámbito, precisamente por su potencial afección al derecho fundamental analizado. Añade que el Tribunal de apelación ha realizado una interpretación fundada en principios generales del actuar administrativo, tales como el genérico deber de imparcialidad que inspira el artículo de la Ley 53/1984 y que es trasunto del art. 103 CE; el principio ético normativizado que impone al funcionario el deber de actuar para favorecer la satisfacción de los intereses generales, al margen de factores que expresen posiciones familiares (art. 53 del Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), y los deberes éticos de imparcialidad, neutralidad y abstención (código ético de los empleados públicos de la Comunidad de Castilla y León aprobado por Orden ADM 62/2010, de 19 de febrero). Tal argumentación constituye una interpretación de la legalidad irrazonable y contraria a la efectividad del derecho fundamental que, a juicio del fiscal, vulnera el derecho reconocido en el art. 23.2 CE.

los requisitos contemplados *ex lege*, sino que también opera como garantía de que al margen de las previsiones legales no es dable imponer limitaciones tanto en relación con el acceso inicial a la función pública como en el curso de la carrera profesional¹¹. Así pues, en relación con el art. 23.2 CE la ley tiene la función de delimitar el contenido y alcance de ese derecho fundamental, esencialmente vinculado a los principios de igualdad, mérito y capacidad, pero también opera como un valladar frente a cualquier imposición de requisitos, condicionantes o incompatibilidades no previstos en ella. Mediante una interpretación de la legalidad que resulta contraria al principio de mayor efectividad del derecho fundamental, el Tribunal de apelación ha creado *motu proprio* una causa de incompatibilidad basada en el nexo matrimonial entre dos funcionarios jerárquicamente relacionados que no aparece recogida en la normativa de aplicación al caso. Estima el Tribunal Constitucional que esa ausencia de previsión legal constituye un obstáculo insalvable que no puede eludirse mediante la invocación a una presunta analogía con algunas situaciones de incompatibilidad previstas para los miembros de la carrera judicial sin tener en cuenta, además, que dicho régimen estatutario presenta las especificidades propias de quienes están llamados a ejercer la función jurisdiccional a que se refiere el art. 117.3 CE, ni tampoco mediante la apelación al continuado conflicto de intereses que pretendidamente repercutiría de manera negativa en el cumplimiento del deber de imparcialidad en el desempeño de las funciones públicas. Así pues, afirma que la sentencia dictada por el Tribunal de apelación vulnera el derecho fundamental objeto de análisis (art. 23.2 CE), por haber configurado una causa de incompatibilidad que no está prevista legalmente y que, a la postre, impide que el demandante pueda ser nombrado jefe del Servicio Territorial de Medio Ambiente de Burgos.

III. COMENTARIO

La presente sentencia nos permite introducirnos dentro de uno de los temas más delicados del empleo público. La necesidad de garantizar la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las tareas públicas siempre ha chocado con el problema de las posibles relaciones familiares o personales que podían existir dentro del entramado burocrático. Como es bien sabi-

¹¹ Vid. J. I. SARMIENTO LARRAURI, «La carrera de los funcionarios en el Estudio del Estado Básico del Empleado Público», *Actualidad administrativa*, núm. 2 (2006), pp. 143-152.

do, el nepotismo¹² históricamente ha afectado de forma grave el funcionamiento eficaz de las Administraciones Públicas a lo largo de la historia¹³. El principio de la meritocracia siempre ha exigido evitar, en la medida de lo posible, la existencia de personas relacionadas familiar o personalmente en los distintos ámbitos del empleo público. Aunque es cierto que un familiar puede perfectamente ser una persona más que meritoria y decente, es verdad que el legislador siempre ha mirado con desconfianza que puedan producirse choques de intereses familiares o personales tanto en el acceso a la función pública como en el ejercicio de sus funciones concretas. De ahí el tradicional régimen de abstención y recusación del procedimiento administrativo¹⁴ y el recordatorio de la necesaria imparcialidad que debe presidir el ejercicio de las funciones públicas que hace el art. 103.3 de la Carta Magna y el Estatuto del Empleado Público, como antes se ha visto. Eso sin olvidar que el citado art. 103 en su apartado primero recuerda que la Administración sirve con objetividad a los intereses generales.

No ha querido en este caso el Tribunal Constitucional agarrarse a dichos principios generales contenidos en la CE y el Estatuto para confirmar la doctrina del TSJ. Creemos que podía haberlo hecho sin faltar a la lógica, puesto que, precisamente por esa generalidad, pueden legítimamente inspirar la interpretación que se haga de preceptos concretos, en este caso de su polémico art. 23.2 que consagra el acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas. En este asunto la falta de previsión legal concreta de una causa de incompatibilidad que sí aparece en otros ámbitos del empleo público ha lastrado la argumentación del Tribunal de apelación hasta el punto de ser revocada su decisión en vía de control constitucional, logro por cierto bastante difícil de alcanzar en los tiempos presentes, dado el marco jurídico actual del recurso de amparo. Que éste

¹² Definido como la asignación de empleos y cargos públicos por motivos personales y familiares alejada del principio de mérito.

¹³ Ejemplos a lo largo de la historia se podrían poner infinitos. Por citar algunos se puede recordar el caso de la tiranía de Pisístrato, que para proteger su poder y planes con el pueblo de Atenas entregó la mayoría de los cargos políticos y públicos a sus familiares y amigos más cercanos. Ya en Roma fue también muy famoso el caso de Pompeyo y su suegro Metelo Escipión, al que puso al mando de dos legiones aunque mostraba una gran ineptitud en ámbitos militares. El caso fue denunciado en el Senado por Marco Antonio sin éxito.

¹⁴ Recordemos que ahora la letra *b*) del art. 23.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, recoge como motivo de abstención «tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable». En el mismo sentido, el art. 53.5 del Estatuto dispone que «se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público».

haya sido el resultado del pleito creo que no impide llamar a la reflexión sobre la necesidad de regular la cuestión en el nivel legislativo de una vez por todas. Ciertamente, por seguridad jurídica y por justicia es bueno que se dé una solución a este problema expresamente y que el legislador no se siga escondiendo de su deber de afrontar la cuestión. Efectivamente, las razones esgrimidas por el TSJ ponen encima de la mesa varios problemas relevantes. En primer lugar, ¿cómo va a hacer su trabajo en las debidas condiciones una jefatura¹⁵ cuando tiene que controlar a un subordinado con el que tiene una relación matrimonial? Resulta quizá excesivo exigir a dicho jefe o jefa que pueda cumplir con las exigencias de objetividad e imparcialidad que le impone el ordenamiento jurídico cuando ha de juzgar el trabajo o las actuaciones de un pariente tan íntimo. En segundo lugar, cabe preguntarse si no viola también la igualdad el hecho de que se tolere esta situación. Qué van a pensar los compañeros cuando sepan que el jefe común que los ha de valorar y controlar a todos se encuentra en posición tan comprometida. ¿Se puede evaluar¹⁶ o controlar de la misma manera a un funcionario con el que no existe relación alguna que a tu propia pareja? Obviamente la respuesta es que no. Podría argumentarse que, a la luz del principio de proporcionalidad, se puede solucionar el problema aplicando el régimen de abstención y recusación cuando sea preciso, en vez de aplicar un veto absoluto, lo cual sería visto como una solución excesivamente rigurosa o radical. Ciertamente, con la literalidad de la ley en la mano la jefatura que incurre en esta causa debe abstenerse y si no lo hace debe ser recusada. Pero de nuevo cabe preguntarse si esto es realista. En algunos casos puede ocurrir que en el fondo se ha nombrado un jefe que no podrá hacer de tal cada vez que se presente un asunto donde aparezca su familiar y habrá que buscarle un sustituto. La práctica ya nos dirá si este mecanismo, aparentemente pensado para casos puntuales, puede ser operativo en situaciones habituales o regulares del ejercicio de la potestad de mando. Por todo esto no sería aventurado defender una regulación del régimen de carrera profesional donde se incrustase la precisión de que el ascenso a las jefaturas está condicionado a no incurrir en causa de incompatibilidad que haga inoperativo su ejercicio con regularidad y de forma ordinaria.

¹⁵ Sobre las jefaturas *vid.* J. I. SARMIENTO LARRAURI, «El personal directivo: funcionario de carrera o personal eventual o laboral», *Actualidad administrativa*, núm. 6 (2012), p. 2.

¹⁶ El art. 20.2 del Estatuto dispone claramente que «los sistemas de evaluación del desempeño se adecuarán, en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación, y se aplicarán sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos».