

LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS: LA LEY 20/1982, DE 9 DE JUNIO

POR

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ PASTRANA

Prof. N. N. de Derecho Administrativo. Universidad Complutense

SUMARIO: I. SOBRE EL FUNDAMENTO DE LAS INCOMPATIBILIDADES: A) Las explicaciones doctrinales. B) Los argumentos en el debate parlamentario y en la Ley 20/1982. C) Recapitulación crítica: Conveniencia de distinguir entre funcionarios y empleados y entre altos cargos y funcionarios. D) El «argumento» del Derecho comparado.—II. LOS ANTECEDENTES LEGALES. A) La regulación inicial: incompatibilidades de los altos cargos. B) La Ley de Situaciones de 1954. C) Las incompatibilidades tras la reforma de la función pública 1963-1965. D) Regulaciones específicas.—III. EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE LA LEY 20/1982, DE 9 DE JUNIO: A) Alcance de la regulación establecida. B) Ambito de aplicación subjetivo. C) Las incompatibilidades establecidas en la Ley: régimen común y especiales: a) Régimen común: a') principio general; b') incompatibilidad de retribuciones; c') excepciones: autorización expresa por Ley; d') servicios en jornada reducida; e') incompatibilidad con actividades privadas. b) Regímenes especiales: a') personal sanitario; b') personal sanitario de la Seguridad Social; c') personal no funcionario al servicio de la Seguridad Social, no sanitario. D) Derechos adquiridos. E) Control y sanciones.

I. SOBRE EL FUNDAMENTO DE LAS INCOMPATIBILIDADES

A) Las explicaciones doctrinales

Medida de tan importante repercusión, no sólo para las Administraciones Públicas, sino para la esfera privada de sus funcionarios y agentes, exige, antes que nada, preguntarse acerca de su fundamento, que no puede dejarse, sin más, al terreno de las obviedades, confundiendo lo que son problemas técnicos y jurídicos con los principios políticos abstractos desde los cuales pueden sustentarse, con plena legitimidad, opuestas soluciones. Supuesto que el establecimiento de un régimen de incompatibilidades formales supone una derogación del principio general de libertad de trabajo y de la libertad de empleo, parece lógico que se exija que tales restricciones de principios y libertades fundamentales se funden en razones de interés público asimismo esenciales, que puedan imponer incluso el sacrificio de intereses y derechos privados para los casos en que, con anterioridad a dicha imposición, se venían compatibilizando

legalmente dos o más puestos de trabajo, y los ingresos correspondientes.

Justificaciones al régimen de incompatibilidades existen, desde luego, recogidas en la doctrina iusadministrativista española y extranjera, emitidas al hilo de otras disposiciones que en su día lo introdujeron. Buena parte de esas justificaciones se vienen repitiendo mecánicamente, en cada ocasión que se presenta, y por tanto, también se han invocado en la discusión del Proyecto de la vigente Ley 20/1982, aunque no siempre el contexto social, y aun el normativo, se corresponden con aquel en que fueron emitidas tales opiniones.

Va de suyo, en todo caso, que las razones que se invocan como fundamento de un régimen de incompatibilidades tienen una función esencial al margen de la fundamentación misma: sirven para enjuiciar la validez de tal régimen, con carácter general, y para constatar las desviaciones entre el modelo propuesto y el sistema normativo realmente introducido; sólo por ello merecía la pena un examen atento de la cuestión.

Para la perspectiva doctrinal, y, en general, para un conocimiento histórico-normativo de la cuestión de las incompatibilidades en España, resulta imprescindible remitirse a la obra de Enrique SERRANO GUIRADO sobre esta materia (1). El autor ha expuesto las justificaciones diversas que se han hecho de las incompatibilidades, que podemos recoger, sistematizándolas, en cuatro grandes grupos: explicación histórica, explicación ética, explicación política y explicación económico-laboral. No cabe aquí sino una síntesis de las mismas, aun a riesgo de no seguir exacta y fielmente el esquema de aquél.

a) La que podríamos denominar *explicación histórica* viene a recordarnos cómo la estabilidad en el empleo, reacción lógica frente al precedente del *spoils system* (2) y a la caótica Administración que originó (curiosamente fundado en el principio de igualdad desde el Presidente JACKSON), fue vista desde entonces como un *privi-*

(1) *Las incompatibilidades de autoridades y funcionarios*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

(2) De este sistema dice SERRANO GUIRADO que «generalizó la posibilidad de que la función pública constituyera más sinecura que servicio; más un patrimonio para disfrute intensivo de su poseedor accidental que una profesión noble, cuya titularidad y ejercicio sólo es admisible en interés público. La quiebra del sistema fue radical; hizo posible abusos que en importancia y extensión se habían desconocido en períodos anteriores» (ob. cit., p. 14).

legio, que aunque basado en fórmulas de acceso a la función pública conforme al mérito y a la capacidad, legitimaban al Estado para imponer deberes especiales, y entre ellos el de la dedicación absoluta, absorbente, en cuerpo y alma, a la función pública. La reacción habría conducido, de una parte, a consagrar la independencia y neutralidad política de la Administración y de sus funcionarios, y al reclutamiento fundado sólo en el mérito y la capacidad. El principio de incompatibilidad pretendería, pues, la garantía de independencia de la Administración frente a los propios titulares del poder político, y de garantía del interés público frente a los intereses particulares.

b) Enlazando con este marco se encuentran las que podríamos denominar *explicaciones éticas*. Sus raíces pueden encontrarse en la doctrina clásica española, cuya tesis general, formulada en los albores del Estado moderno, es la de que autoridades y funcionarios no son sino *servidores del oficio*, frente a la precedente y contemporánea concepción patrimonializadora. Pero es en el Estado prusiano donde esta idea encuentra practicidad y su formulación más categórica: la función pública se concibe como un *sacerdocio*, de modo que el funcionario que la sirve viene a abrazar una especie de estado sacerdotal, que afecta a su conducta pública y privada, y que moralmente le incapacita para otras funciones, particularmente para aquellas que puedan afectar a su independencia y neutralidad.

Por extraño que pueda parecer, esta explicación, más mística que jurídica, es la recogida por los iusadministrativistas hasta nuestros días. Así, ZANOBINI, para el cual «los deberes del funcionario tienen un contenido fundamentalmente ético: la obligación del funcionario de dedicar al oficio toda la propia capacidad laboral, intelectual y material, en cuyo deber se comprenden dos obligaciones negativas: la incompatibilidad entre el empleo público y otra actividad lucrativa, y la prohibición de acumular varios empleos públicos» (3). Con otras palabras, es la misma tesis de SERRANO GUIRADO, para el cual «al funcionario se le debe exigir algo más que una jornada de trabajo; la efectiva, moral y personal incorporación a la institución administrativa» (4).

(3) En *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. III, 3.^a ed., Milán, 1946, p. 47.

(4) *Ob. cit.*, p. 28.

c) La *explicación política* tiene su punto de partida en la doctrina de separación de poderes, tal y como la formulara MONTESQUIEU; las autoridades y funcionarios no pueden acumular funciones representativas y otras profesiones en la Administración, ni cargos públicos y privados, etc.

d) Las *explicaciones económico-laborales*, por último, son las más recientes, y se formulan a partir del momento en que las Administraciones Públicas adquieren cierta importancia como empleadores. Se supone que las incompatibilidades pueden actuar sobre el mercado de trabajo, creando o eliminando puestos de trabajo, en función de la política y objetivos que se pretendan.

B) Los argumentos en el debate parlamentario y en la Ley 20/1982

En el Proyecto de Ley de Incompatibilidades que comentamos ni siquiera se contenía un preámbulo dedicado a fundamentar la regulación que en el mismo se hacía de aquéllas. A lo largo de la discusión de las enmiendas al Proyecto en el Congreso de los Diputados se suscitó el tema, sirviendo de origen al artículo 1.º de la Ley una enmienda de la propia UCD (la número 77), que con ligeras variaciones ha mantenido en lo esencial el texto inicial. En su redacción definitiva dice así:

«Uno. La función pública debe ejercerse sirviendo con objetividad los intereses generales, conforme al artículo ciento tres, apartado uno, de la Constitución.

Dos. El desempeño de la función pública será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, pública o privados, por cuenta propia o ajena, retribuidos o meramente honoríficos, que impidan o menoscaben el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario, comprometan su imparcialidad o independencia o perjudiquen los intereses generales.»

Se trataba de incorporar al artículo un fundamento derivado directamente de la Constitución, de su artículo 103 y concordantes. Así se invocan la *objetividad*, la *imparcialidad* y la *independencia* del funcionario, e indirectamente la *eficacia* (impidan o menoscaben el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario). Así redac-

tado resulta que, fuera del ámbito imperativo que se regula en los artículos siguientes, aquí estamos sólo ante una cláusula general en la que no se presume que el ejercicio de otras actividades es incompatible, de modo que la incompatibilidad sólo se producirá si, en el caso concreto, perjudica los valores constitucionales invocados (5).

Quienes, como el Partido Socialista, defendieron la tesis del principio general de incompatibilidad, invocaron, sin embargo, otras razones adicionales. Así, en la defensa de la enmienda a la totalidad del Proyecto, se dijo:

«Seguimos pensando, como dijo en aquella ocasión Felipe González, que de lo que se trataba era de repartir el trabajo disponible, cuando éste se había convertido en un bien escaso en nuestro país... Los socialistas teníamos tres objetivos con este Proyecto de Ley. El primero de ellos, la *lucha contra el paro*, y no porque creamos que la aplicación de un sistema de incompatibilidades va a generar espontáneamente un gran número de puestos de trabajo... la Administración tiene en este tema un papel de ejemplo que debe cumplir a rajatabla, además, porque el Gobierno se ha comprometido a ello en el Acuerdo Nacional sobre el Empleo. El segundo objetivo era la *moralización de la vida política*... Debían ser los políticos los primeros que se aplicaran un sistema rígido de incompatibilidades..., y el tercero, la *reforma de la Administración*... Nosotros creemos que para conseguir esa Administración moderna, profesionalizada y neutral, el establecer un sistema rígido de incompatibilidades era necesariamente el primer paso para poder, de alguna manera, acometer otras reformas.» (6).

(5) El Ministro de la Presidencia afirmaba, al defender el Proyecto de Ley, que «nuestra Constitución, en su artículo 103, ... respalda las ideas-fuerza que deben inspirar una Ley de Incompatibilidades: el servicio objetivo de los intereses generales, el principio de eficacia, y la imparcialidad en el ejercicio de la función pública» («Diario de Sesiones del Congreso», 24 de marzo de 1982).

(6) Diputado señor RAMOS FERNÁNDEZ-TORRECILLA. «Diario de Sesiones» de 24 de marzo de 1982. Lo que sigue en cursiva es mío.

En una mezcla de argumentos de moralidad y de política de empleo basó su oposición al Proyecto el Partido Comunista (7).

La tesis de la equivalencia entre moralidad e incompatibilidad fue expresamente rechazada por el Gobierno en la defensa de su Proyecto por el Ministro de la Presidencia, quien afirmó que

«nadie acepta el postulado de que la máxima incompatibilidad impuesta a los servidores públicos equivale a la máxima moralidad del sistema. La complejidad inherente a todo lo que es real rechaza cualquier simplificación.» (8).

El Diputado BRAVO LAGUNA, también de UCD, refutaba en la misma fecha el argumento de reparto del empleo con estas palabras:

«Es muy difícil que, por un mecanismo de incompatibilidades, se establezca claramente una definición de puestos de trabajo y un aumento sustancial de éstos... y sería engañar a los que se encuentran en la dramática situación del paro decirles que a través de un mecanismo de incompatibilidades se podrían crear cientos de miles de puestos de trabajo en la función pública.» (9).

Por parte del Diputado de Coalición Democrática A. OSORIO GARCÍA, se llegó incluso a un planteamiento contrario a las incompatibilidades, razonándose así en la justificación de sus enmiendas al Proyecto números 55 y 56:

«La Administración precisa una profunda reforma que la haga eficaz; pero los funcionarios eficaces precisan una retribución adecuada a su esfuerzo y paralela a

(7) De la intervención de su portavoz en el Congreso, señor PÉREZ ROYO, son estas palabras: «Constituye hoy un espectáculo inmoral, en un país donde el número de desempleados se acerca a dos millones, el que sigan existiendo personas, sean muchas o pocas, con dos, tres o más puestos en el sector público. Es un espectáculo todavía más grave cuando esa simultaneidad de puestos hace referencia a cierta categoría de puestos, a cierto tipo de puestos... hay que relativizar esa afirmación que se da por sobreentendida de que las incompatibilidades, aplicadas correctamente, no crearían empleo.»

(8) «Diario de Sesiones del Congreso», 24 de marzo de 1982.

(9) *Ibidem*.

las existentes en el sector privado para no propiciar fugas a favor de éste de los mejores. Cuando se den estas dos básicas condiciones, imprescindibles para la buena marcha del país, es posible vigorizar las incompatibilidades.

Por otra parte, desde la libertad, el hombre debe ser libre para poder trabajar más, obtener mayores rendimientos y autorrealizarse al máximo que desee. Desde esta óptica, que debería ser la del Gobierno si desea ser fiel a sus electores, el pluriempleo sensato, no reñido con la eficacia y el correcto cumplimiento del deber y obtenido en lícita competencia, lejos de ser combatido, deberá ser enaltecido. Por el contrario, eliminar dicho pluriempleo sensato es aceptar una tesis de reparto de la pobreza igualitariamente en contra de la libertad individual.

Otra cosa muy distinta es la lucha contra el fraude a la sociedad que representa el funcionario que desempeña varios puestos de trabajo de incompatible horario, o en los que no da el rendimiento por el que se le paga, o adquiridos por medios nepóticos, elitistas o favoritistas...

Nuestra propuesta es trabajar ingentemente y con decisión para reformar la Administración para hacerla eficaz, garantizar un salario digno a sus servidores eficaces, conocer qué pluriempleo queda después, respetar aquél que sea compatible con la eficacia y, desde ahora, plantear las incompatibilidades para los casos fraudulentos...» (10).

El mismo Diputado insistía en que:

«no se empieza la organización de una buena Administración Pública por el camino de las incompatibilidades, sino por otro bien distinto: por el de la reordenación de los Cuerpos de funcionarios, y por la buena, justa y eficaz retribución a los funcionarios» (11).

(10) Justificación a las enmiendas números 55 y 56 al Proyecto de Ley de Incompatibilidades, presentadas en el Congreso de los Diputados el 10 de febrero de 1981.

(11) «Diario de Sesiones del Congreso», de 24 de marzo de 1982.

C) Recapitulación crítica: Conveniencia de distinguir entre altos cargos y funcionarios, y entre funcionarios y empleados

De todas las razones expuestas, parecen indiscutibles las que invocan un fundamento en los preceptos constitucionales, y en definitiva, en el mejor servicio de los intereses generales, garantizando la objetividad, la imparcialidad y la independencia de los funcionarios. Se trata, en definitiva, de poner trabas a una posible colusión de intereses privados con los públicos, y de obtener una mayor eficacia en la gestión de estos últimos, que evidentemente mejora con una dedicación más completa del funcionario.

La invocación de argumentos de moralidad que teóricamente propugnarían una distribución del trabajo en cuanto que ha devenido un bien escaso, parece una razón menor (y en cualquier caso discutible en el marco constitucional vigente, pues con el mismo argumento habría que distribuir los bienes económicos que, por definición, son escasos, siempre y naturalmente). Aparte, claro está, del efecto real de tal distribución, que no resulta ni muchos menos claro de las intervenciones parlamentarias de sus mentores. La idea de que un régimen de incompatibilidades es una pieza importante, o si se quiere, esencial, en la reforma de la Administración Pública, no parece discutible. Lo que se discutió, y con razón, es el procedimiento, esto es, si la reforma debe comenzar por las incompatibilidades o, por el contrario, por el régimen de retribuciones (12), cuya exigüidad ha sido el impulsor fundamental de situaciones de pluriempleo. Sin entrar en la discusión, parece obvio que un régimen de incompatibilidades en el sector público no puede consolidarse sin un régimen retributivo realista, que tenga en cuenta las expectativas paralelas en el sector privado, pues en otro caso la reforma se saldará a medio plazo con una «fuga de cerebros» a éste y, por tanto, con un resultado contrario al esperado: empeoramiento de la eficacia en la gestión pública.

(12) Me limito a transcribir la opinión del maestro SERRANO GUIRADO, literalmente: «La efectiva vigencia de un régimen de incompatibilidades de los funcionarios públicos exige resolver previamente las dos cuestiones siguientes: una ordenación racional de las funciones en que se manifiesta la actividad administrativa, según criterios formales y materiales ..., y un sistema de remuneraciones congruente con las limitaciones y exigencias de cada grupo de empleos ... El olvido de estas dos fundamentales condiciones y consecuencias puede hacer fracasar el mejor sistema legal, o puede originar situaciones irritantes, que es otra forma de fracaso» (*ob. cit.*, pp. 35 y 36).

Si un régimen de incompatibilidades se establece, pues, en función del carácter público de los intereses gestionados, parece lógico que no afecte de igual manera a quienes manejan intereses u ocupan cargos públicos y a quienes, por el contrario, son simples trabajadores de la Administración, con funciones secundarias, sin capacidades decisorias, respecto de los cuales no hay razón de peso para someterles a un régimen exorbitante al que rige para los trabajadores en el sector privado (13). De ese modo no sólo se lograría una regulación más adecuada a las distintas realidades que se están contemplando, sino que, hasta tanto se establezca un régimen retributivo en consonancia con los niveles de dedicación que se propugnan, podrían evitarse efectos antisociales indeseados, pues el peso de una regulación excesivamente genérica ha de recaer cabalmente en los grupos más débiles, mientras que en el alto funcionariado es mucho más fácil escapar a sus efectos mediante el trasvase, facilitado por sus especializaciones y años de contacto, al sector privado.

Quizá sea este el flanco más criticado de la Ley que comentamos, que desde el primer momento quiso ser, por defecto (con la fundada crítica de la izquierda) una Ley de los funcionarios y no de los altos cargos, y que, por el afán de extender sus efectos «moralizadores», alcanza, por exceso, incluso a los trabajadores no funcionarios de la Administración y de empresas en que la participa-

(13) Por esa razón ha existido siempre una mayor preocupación por regular las incompatibilidades de los altos cargos, mientras que es muy posterior la regulación de las incompatibilidades de los restantes funcionarios profesionales (en el Derecho español, el Decreto-ley de 12 de octubre de 1923 reguló las de los altos cargos, mientras que hasta la Ley de 15 de julio de 1954 no hubo regulación genérica para los funcionarios, sin perjuicio de las establecidas en los Reglamentos de cada Cuerpo). Habría que distinguir, pues, entre *autoridades* (es decir, los órganos de ejecución que gozan de poder de mando o coacción de *imperium*, los que participan del poder, según las expresiones clásicas de JEZE y COLMEIRO) y *los demás funcionarios profesionales*. A aquellos se les puede y aun debe exigir una atención y dedicación razonablemente exclusiva al cargo, con prohibición absoluta de dedicarse a otros empleos, públicos o privados. A estos últimos, por el contrario, la incompatibilidad que se les imponga ha de ser variable, en función de lo que exija la plaza o puesto de trabajo que desempeñan. Dentro de estos últimos, aún cabría distinguir, como lo hacen otros Derechos, entre funcionarios en sentido estricto y empleados. Estos carecen de prerrogativas, y su función no afecta, en general, al ejercicio de competencias públicas, de modo que para ellos no existen razones que especialmente requieran un régimen de incompatibilidad distinto al de los trabajadores al servicio de empresas privadas. (Puede verse al respecto el documentado estudio de J. A. GARCÍA-TREVIJANO Fos, en su *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, pp. 399 y siguientes.)

ción de capital de una Administración Pública sea mayoritaria. Una reforma de la Ley ha de tener en cuenta, sin duda, este distinto fundamento del régimen de incompatibilidad, no sólo para su concreto establecimiento, sino para la eventual sanción de las infracciones que se produzcan, que no es lógico sean iguales en el supuesto de cargos con prerrogativas que en el de simples trabajadores sin ninguna influencia en la gestión de los intereses públicos.

Por lo demás, una cosa es que el Legislativo pueda establecer incompatibilidades con el desempeño de otras funciones, públicas o privadas, y otra muy distinta que pueda desconocer, sin más, las legítimamente preexistentes. En este último caso podrá imponer el sacrificio de derechos e intereses particulares que deben, obviamente, ceder ante un interés público superior, pero no es menos obvio que en nuestro sistema constitucional ello ha de hacerse indemnizando al titular del derecho o interés sacrificado (14).

D) El «argumento» del Derecho Comparado

Aunque constituya un *excursus* sobre la cuestión principal, no me resisto a una breve consideración sobre el uso y abuso del Derecho Comparado. Aquí, de un tiempo a esta parte, se invoca, a falta de mejor argumento, el Derecho Comparado, y sobre todo el de

(14) En efecto, el artículo 33.3 de la Constitución española determina que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización...» y el artículo 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa hace objeto de ésta no sólo la privación singular de la propiedad privada, sino de «derechos o intereses patrimoniales legítimos».

Sé tratará, evidentemente, de una expropiación, o si se quiere, de un sacrificio directamente impuesto por el Legislativo, mientras que en los supuestos ordinarios el Legislativo simplemente viene regulando el marco general que permite a la Administración imponer el sacrificio de bienes y derechos particulares, previa la correspondiente indemnización. El hecho de que la expropiación se imponga por el Legislativo directamente no quita a ésta su carácter. Tampoco el dato de que la Ley no haya previsto expresamente la indemnización o la forma en que debe cuantificarse la misma, pues no es obstáculo a que deba entenderse implícita, aplicándose ante el silencio la Ley de Expropiación Forzosa. Es más, si la Ley hubiera prohibido expresamente la procedencia de indemnización, tal prohibición sería de muy dudosa constitucionalidad. (Sobre las expropiaciones impuestas por el Poder Legislativo, pueden verse, entre otros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, II, Cívitas, Madrid, 1981, pp. 195 y ss.; A. SANTAMARÍA PASTOR: *La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador*, en el núm. 68 de esta REVISTA, 1972. Precisamente sobre la necesidad de encontrar en el Estado, más allá de la Administración, el sujeto de Derecho en el ordenamiento jurídico-administrativo, F. GARRIDO FALLA: *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho Administrativo*, INAP, 1982.)

los países de la CEE, cada vez que se quiere demostrar la bondad suprema de la solución que se propugna, aunque normalmente los que tal hacen, ni son expertos en la legislación de esos países relativos a la materia sobre la que se compara, ni menos aún son expertos en Derecho Comparado, en el que practican un intrusismo momentáneo y poco disculpable si no fuera porque el ambiente parece pedir esa referencia necesaria al «marco europeo».

En materia de incompatibilidades no podía faltar quien dijese que la solución «europea» era la incompatibilidad absoluta, y condenase cualquier desviación de la regla en nombre, precisamente, de esa patente de «europeísmo». En un artículo reciente (15) se ha venido a mantener, en efecto, que en los países «evolucionados» (ya este calificativo denuncia una premisa valorativa) rige el denominado «principio de incompatibilidad», mientras que en España se habría consagrado, por el contrario, el principio opuesto, *en la práctica*. Obsérvese que la comparación no se establece, *a priori*, entre legislaciones, sino *en la práctica*. Dicho lo cual, el autor no se molesta en demostrar cuál sea la práctica española; se da por sentado que esa práctica es favorable, sin más, a la compatibilidad, sin ni siquiera distinguir entre la práctica administrativa y la jurisprudencial. En esta última, por cierto, y dicho sea de paso, se ha afirmado el principio de incompatibilidad (SS. del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1982, 29 de septiembre del mismo año y, sobre todo, la muy importante Sentencia de 20 de enero de 1971) (16), y menos aún en demostrar cuál sea la práctica en los países «evolucionados». Al contrario, se nos ofrece un repertorio legislativo que se diferencia en muy poco de las declaraciones que en nuestro Derecho contiene la Ley Articulada de Funcionarios de 1964 (arts. 82 a 86). Es más, contra el propósito teórico del estudio, se deduce de él que, incluso para el caso donde el principio parece más claramente establecido, que es en el Derecho francés, las excepciones son tantas (docencia, médicos y profesionales sanitarios, activida-

(15) *Las bases del sistema español de incompatibilidades de los funcionarios públicos*, de J. E. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, en «Documentación Administrativa», número 195, pp. 139 a 187.

(16) No he obtenido ninguna confirmación de la vieja Jurisprudencia, anterior, desde luego, a la Ley de Situaciones de 1954, conforme a la cual «las incompatibilidades funcionales requieren hallarse declaradas taxativamente para que puedan tener efectividad, sin que puedan extenderse por analogía a otros casos no previstos de forma expresa» (Sentencia 29 de abril de 1932, citada por SERRANO GUIRADO, *ob. cit.*, p. 113).

des artísticas, científicas o literarias, actividades autorizadas por tiempo determinado, ciertas profesiones liberales...), que lo importante sería saber si esas excepciones no desvirtúan, en la práctica, el principio, sin que se nos aporte ningún dato sobre la forma y condiciones en que se otorgan las autorizaciones supuestamente temporales, que sería, sin duda, revelador. El hecho de que una Ley tan reciente como la de 3 de enero de 1977 determine que el Colegio de Arquitectos debe conceder autorización cuando el colegiado sea funcionario o asalariado de una Administración Pública, demuestra hasta qué punto en el sistema francés la incompatibilidad con la función privada ni siquiera es la regla.

Con mayor razón se puede formular la misma crítica para con los otros países objeto de comparación (17), lo que está fuera de lugar, pues nuestro propósito es señalar que si son necesarias las enseñanzas que casi siempre proveen los estudios comparados, un estudio del tema aludido está por hacer, y requiere un esfuerzo importante y un equipo investigador que realice su tarea libre de prejuicios ideológicos, dispuesto en suma a constatar cómo funcionan, en la práctica, las incompatibilidades en esos países, y las causas, razonables o no, que han conducido a la afirmación de numerosas excepciones. Háganse estudios serios, en buena hora, pero entretanto, no se invoquen supuestas soluciones comparadas para elogiar o criticar las adoptadas o propuestas en nuestro país.

II. LOS ANTECEDENTES LEGALES

A) La regulación inicial: Incompatibilidades de altos cargos

En España, la preocupación por las incompatibilidades (aparte remotos precedentes) tiene su primera plasmación legislativa y general en la de altos cargos o autoridades, que lleva a cabo la Dictadura de Primo de Rivera, mediante el Decreto-ley de 12 de octubre de 1923 (18), regulación que fue modificada parcialmente durante

(17) Así, en la República Federal Alemana no hay prohibición genérica, sino sujeción a previa autorización para ejercer otro empleo o actividad. De Bélgica sólo se nos dice cuál es el principio general («los funcionarios no pueden ocuparse de actividades que dañen sus deberes públicos o su dignidad»), pero también que pueden realizar actividades privadas, previa autorización...

(18) Su «Exposición de Motivos» es todo un documento sobre la alta función pública de la época, y un exponente del lenguaje de moralización política que no me sustraigo a recoger: «Motivo de escándalo y suspicacia ha venido sien-

la II República (Leyes de 8 de abril y de 7 de diciembre de 1934, Decretos de 28 de septiembre de 1936, 28 de marzo de 1936 y 19 de junio de 1936) y durante el franquismo (Decreto-ley de 13 de mayo de 1955), que suavizó la regulación precedente, aunque con el confesado intento de terminar con el período de anarquía y tolerancia que antecede entre 1940 y 1954. Sin entrar en detalles que no son de este lugar, el desempeño de los altos cargos a que se refiere el Decreto-ley (Ministro, Embajador en activo, Secretario, Director General y asimilados) resulta incompatible:

a) Con todo alto cargo retribuido al servicio o en los Presupuestos del Estado, del Movimiento o de los Organismos Autónomos, y de la Administración Local, gratuitos o retribuidos, salvo los de carácter docente.

b) Con el desempeño de cargos de todo orden en empresas o sociedades concesionarias, contratistas arrendatarias o administradoras de monopolios, obras o servicios públicos del Estado, de la provincia o del municipio.

c) Con el ejercicio de cargos que lleven anejas funciones de dirección, representación o asesoramiento en toda clase de Compañías, Sociedades mercantiles y civiles, y Consorcios de fin lucrativo, aunque unas y otros no realicen fines o servicios públicos, ni tengan relación contractual con la Administración del Estado, la provincia o municipio.

d) Con el ejercicio de la Abogacía, en todo caso, y con la profesión a que, por razón de sus títulos y aptitudes, pudieran dedi-

do para la moral pública el hecho insólito, desde un punto de vista de sana ética, de que viven en ocasiones en maridaje, o sólo temporalmente divorciadas, las altas funciones ministeriales con las de directores, consejeros, abogados o asesores de las grandes compañías o empresas de servicios públicos o contratistas del Estado, cuyos intereses, en ocasiones en pugna o contraposición con aquéllos, corresponde defender celosamente a los más altos y responsables funcionarios de la nación. Habríamos de vivir época de moral y severidad catoniana, y sería peligrosa tentación y motivos de sospecha esta promiscuidad de dobles y contrapuestas funciones y deberes encomendados a los más conspicuos ciudadanos; pero en tiempos en que a todos nos atacó enfermedad de claudicación y flaqueza, la alarma y la crítica crecen al conocer los frecuentes casos en que quien fue Ministro, antes de serlo, después de haberlo sido, y con pudorosa sustitución cuando lo es, pase de los Consejos de la Corona a los de Administración de una compañía o empresa dependiente del Estado, para administrarla, dirigirla y defenderla, y como la carrera política, o es de desprendimiento, sacrificio o entusiasmo, o se torna en granjería que no inspira respeto ni confianza al pueblo, el Directorio militar, decidido al intento de purificarla y elevar su concepto y prestigio, siguiendo firme el camino emprendido, eleva a la aprobación de V. M. el adjunto proyecto de Decreto.»

carse, siempre que su práctica exija una asiduidad en perjuicio del servicio público.

e) Con la gestión, defensa o asesoramiento de asuntos particulares, cuando la índole de las operaciones o de los asuntos compete a la Administración Pública resolverlos, o quede implicada en ellos la realización de algún fin o servicio público.

Por Decreto-ley de 14 de diciembre de 1978 se regularon las incompatibilidades entre cargos de los Poderes Legislativo y Judicial, otorgando a los funcionarios públicos electos una facultad subjetiva de elegir si quieren desempeñar o no ambos puestos, que se compagina mal, desde luego, con el principio de separación de poderes (19).

B) La Ley de Situaciones de 1954

Para los funcionarios profesionales, la primera regulación general es la llevada a cabo por la Ley de 15 de julio de 1954, sobre situaciones de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, cuya regulación coexistió, sin embargo, con la prevista en los Reglamentos Orgánicos de los Cuerpos. El régimen de incompatibilidad general se aplicó al servicio activo en dos o más Cuerpos o cargos dotados con sueldos consignados en el capítulo 1.º, artículo 1.º, de los Presupuestos Generales del Estado, salvo que se hubiese declarado, por Decreto, la compatibilidad con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley (disposición transitoria cuarta), o se declarase en el futuro por Ley. Por el contrario, se facilitaba la acumulación de plaza en servicio activo en la Administración Central y en Organismo Autónomo, previa declaración y autorización de compatibilidad (art. 4.º a), que no serían necesarias para los funcionarios que vinieran compatibilizando con anterioridad a la Ley.

La compatibilidad de retribuciones venía ya entonces regulada en las Leyes de Presupuestos, pero éstas no se han limitado sólo a esta función, sino que han venido siendo instrumento para la ampliación de los supuestos de compatibilidad, facilitando la autorización sin norma de rango legal bastante, si bien reduciendo uno de los sueldos como gratificación. (Lo que, a su vez, introduce un elemento indeseable cuando la compatibilidad sea fundada y ra-

(19) Estando en prensa este trabajo se inicia la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Incompatibilidades de altos cargos.

zable, al minorar el pago de la justa contraprestación a los servicios efectivamente prestados.)

Para la compatibilidad con la función privada, el Decreto-ley de 13 de mayo de 1955, aplicable a los funcionarios de la Administración Civil del Estado «cualquiera que fuese el Cuerpo al que pertenecieran», estableció el principio general de incompatibilidad en el ejercicio de toda otra profesión salvo que «instruido el oportuno expediente, con audiencia del interesado, se declare por el Jefe de la oficina o centro correspondiente que no perjudica al servicio que el funcionario tenga a su cargo», y sin necesidad de autorización ni expediente, tratándose del ejercicio de la profesión propia del título expedido por Facultad o Escuela especial que se hubiere exigido al funcionario para el desempeño del cargo, o cuando estuviera ya «declarada por los preceptos de las Leyes, Reglamentos u otras disposiciones legales que rijan el Cuerpo o carrera de la Administración, o la función pública que les incumbe».

C) Las incompatibilidades tras la reforma de la función pública 1963-1965

La Ley de Bases de 20 de julio de 1963 recogió el principio general de incompatibilidad de la función pública «con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad que menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario», principio recogido casi literalmente en el artículo 82 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964.

Aparte de este principio general la Ley Articulada (que pretende introducir un mínimo general, sin perjuicio de otras regulaciones más restrictivas, de cada Cuerpo, que resultan en tal caso de aplicación preferente) estableció un doble régimen de

a) *Incompatibilidad con el desempeño de otras plazas en la Administración.*—El artículo 86 prohibió la ocupación simultánea de varias plazas «en la Administración del Estado», salvo que por Ley esté expresamente establecida la compatibilidad o se establezca mediante este mismo procedimiento, previo informe de la Comisión Superior de Personal», aparte del expreso mantenimiento de las compatibilidades ya recogidas en la disposición transitoria cuarta de la Ley de 1954. La interpretación estricta de lo que se ha de entender por «Administración del Estado» permite suponer una ampliación de los supuestos de compatibilidad de la Ley de 1954 en relación con las

plazas de la Administración Institucional y, desde luego, con la Administración Local y del Movimiento y su Consejo Nacional, hasta su liquidación. Al no exigirse expresamente, parece suprimido el requisito de la previa declaración de compatibilidad y la autorización, asimismo preceptiva, recogidas en aquella Ley.

Contra lo que se ha dicho, pues, la Orden ministerial de Hacienda de 29 de octubre de 1965, lejos de ampliar los supuestos de compatibilidad los restringió (al menos para las esferas externas a la Administración del Estado, aunque las ampliara en el seno de ésta), al exigir la preceptiva autorización de compatibilidad y que las plazas no sean, ambas, en propiedad. Restricción que hay que considerar como de dudosa legalidad, por lo que bien puede mantenerse que entre las distintas Administraciones Públicas el régimen era de compatibilidad, limitándose la incompatibilidad en el seno de la Administración del Estado (20).

A nivel de Ley aquel régimen se mantuvo en la Ley de Retribuciones 31/1965, de 4 de mayo (21). El Decreto 889/1972, de 13 de abril, escogió, sin embargo, la misma línea de la OM de 29 de octubre de 1965 (con la misma dudosa legalidad ya predicada para ésta), que obtuvo finalmente consagración legislativa en el artículo 12 de la Ley 42/1979, de Presupuestos Generales del Estado para 1980, que (sin validez, salvo para el citado ejercicio presupuestario), redujo las retribuciones disponiendo que los haberes se percibirían en uno de los dos puestos como gratificación y en cuantía no superior al 75 por 100 del sueldo señalado para ese puesto, sin complementos, trienios, ni pagas extraordinarias. Esta Ley pretendió, por lo demás, sentar las bases de un estricto régimen de incompatibilidad para el futuro, y remitiendo a una Ley de regulación de los puestos en que podrían mantenerse las situaciones de compatibilidad preexistentes (22).

(20) Otro tanto ocurre en la Administración Local, por la remisión hecha en este punto en el artículo 37 del Reglamento de Funcionarios de 30 de mayo de 1952, si bien con excepciones favorables a las compatibilidades internas, la investigación y la docencia, enumeradas en los artículos 37.2 y 38 del Reglamento citado..

(21) En su artículo 19 decía que «los funcionarios civiles del Estado no podrán percibir más que un sueldo con cargo a los Presupuestos Generales del Estado...».

(22) Su disposición adicional cuarta estableció, en efecto, que:

«Desde el 1 de enero de 1980 no podrá reconocerse el derecho a la percepción simultánea de retribuciones por el desempeño de dos o más empleos o puestos de trabajo al servicio de los entes que integran las diversas esferas de la Administración y Seguridad

Fuera de las disposiciones citadas, sólo merece destacarse el Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, que, aparte de ordenar al Gobierno la regulación del régimen concreto de incompatibilidades para antes de 1 de enero de 1978 (mandato incumplido), estableció la «incompatibilidad absoluta» con cualquier otra actividad, pública o privada, para los funcionarios que desempeñen una función o puesto de trabajo «con dedicación exclusiva» (art. 11).

b) *Incompatibilidad con actividades privadas.*—El principio general establecido por la Ley de 1964 es el de la exigencia de previo expediente y declaración por el Subsecretario de que el ejercicio de la otra profesión que el funcionario pretenda no perjudica al servicio que el funcionario tenga a su cargo (art. 86). Pero este principio tenía excepciones importantes, no siendo necesario el expediente y la correspondiente autorización del Subsecretario (23): a) cuando se trate del ejercicio de la profesión propia del título expedido por la Facultad o Escuela especial, que se hubiera exigido al funcionario para el desempeño del cargo; b) cuando la compatibilidad o incompatibilidad con el ejercicio de la profesión determinada estuviera ya declarada por los preceptos de las Leyes, Reglamentos u otras disposiciones legales que rijan el Cuerpo o carrera de la Administración o la función pública que les incumbe.

La Ley regulaba, además, supuestos que, más que de incompatibilidad, eran estrictamente de abstención del funcionario, y establecía asimismo algo que, a pesar de su obviedad, ha sido uno de los grandes argumentos de siempre, y hasta hoy, contra las compatibilidades, que «el ejercicio por el funcionario de actividades profesionales o privadas compatibles no servirá de excusa al deber de residencia que les sea exigible, a la asistencia a la oficina que requiera su cargo, ni al retraso, negligencia o descuido o informalidad en el desempeño de los asuntos».

Social respecto a situaciones de compatibilidad que se planteen por primera vez a partir de la indicada fecha.

En relación con los supuestos excepcionales de compatibilidad existentes al presente, el Gobierno remitirá, durante 1980, un proyecto de Ley regulando las condiciones tanto de orden funcional como económico para el desempeño de dos o más empleos retribuidos con cargo a recursos de los entes citados.»

(23) En ambos casos existía, sin embargo, obligación del funcionario de declarar las actividades que ejerza fuera de la Administración y facultad de la Administración para instruir expediente a los efectos de comprobar que la actividad no impide o menoscaba el estricto cumplimiento de los deberes de aquél.

Sobre este punto de las incompatibilidades con la actividad privada se ha producido en los últimos años una incidencia importante en lo que se refiere a las profesiones liberales, por la intervención de los Colegios profesionales en la práctica, sobre todo de los Colegios de Arquitectos y Aparejadores. Existe ya una Jurisprudencia bastante extensa sobre el particular, de la que únicamente cabe destacar sus posiciones contradictorias, pues: a) una parte estima que no pueden los Colegios profesionales imponer un régimen de incompatibilidades con la profesión y determinadas funciones públicas (24); b) otra parte de la Jurisprudencia, probablemente mayoritaria, estima, por el contrario, que los Colegios profesionales pueden intervenir para aplicar y controlar el régimen de incompatibilidades de los colegiados (25).

(24) Así, la Sentencia de 5 de julio de 1978 desestima el recurso del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España contra el Decreto de 21 de marzo de 1975, que facultó a las Corporaciones Locales para establecer (en las convocatorias para ingreso en puestos de trabajo del Subgrupo de Técnicos de Administración Especial) entre otras causas de incompatibilidad el ejercicio libre de la profesión, frente a la pretensión colegial de que la incompatibilidad se estableciera de forma obligada, entendiendo la Sentencia que la óptica fundamental es que la actividad profesional o privada «no se interfiera en sus deberes, como funcionario». En el mismo sentido, la Sentencia de 18 de junio de 1981 (Ar. 2514), y la de 15 de junio de 1981, en la que se sienta la doctrina de que «el control de las situaciones de incompatibilidad legal a través de la técnica de la denegación del “visado” no puede admitirse que pueda suplantar la potestad que corresponde privativamente a la Administración para definir dichas situaciones, pues no debe olvidarse que es a ésta, y no a los Colegios Profesionales, a quien la norma legal encomienda, preventiva y punitivamente la facultad y el deber de hacer efectivas las incompatibilidades legales..., lo que fácilmente se explica si se tiene presente que en la Ley no se estima como causa de incompatibilidad para el ejercicio de las profesiones liberales la condición de funcionario público, lo que acaso podría legitimar su constatación por los Colegios Profesionales».

(25) El origen de esta Jurisprudencia se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1978 (Ar. 565), en cuyo considerando undécimo se llega a la conclusión de que «la aplicación del sistema de incompatibilidades no es función (exclusiva) de los entes administrativos, sino que corresponde también a los entes colegiales, que son configurados como entes públicos a través de los cuales el Estado y la Administración en general realizan una política descentralizadora de carácter funcional que permite un control de la actividad de los miembros del Colegio... de lo que deriva que no es materia reservada a la Ley, y ni aún siquiera a la Administración, la concreción de las incompatibilidades funcionales, cuando ellas surgen a la realidad fáctica a través del ejercicio profesional libre, cuya organización y control les está encomendada a los Colegios». (Las Sentencias de 26 de marzo, 29 de marzo y 30 de junio de 1980 reiteran la misma doctrina.) La Sentencia de la Sala 4.ª de 19 de octubre de 1981 va todavía más lejos al sostener que «el posible quebranto por el funcionario público de un deber legal de incompatibilidad consiste, precisamente, en el potencial ejercicio de una actividad profesional privada, la cual deviene entonces ilícita... por lo que se habrá producido una infracción del

Por lo demás, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1978 consideró legitimado a un Colegio profesional para impugnar la compatibilidad autorizada a un funcionario por un Ayuntamiento con la actividad profesional liberal, anulando la compatibilidad concedida en aquel caso por entender violados los artículos 82 y 83 de la Ley de Funcionarios.

D) Regulaciones específicas

Regulaciones específicas al margen de la señalada han venido dirigiendo la compatibilidad con la función en las Cámaras legislativas (admitida como principio general desde la Ley de 9 de julio de 1855), o con mandato parlamentario (el Decreto-ley de 14 de diciembre de 1978 permitía a los funcionarios-parlamentarios desempeñar ambos puestos), en el Poder Judicial (con un régimen de incompatibilidad absoluta desde la Ley de 1870, reiterado para el Ministerio Fiscal, Secretariado de las Administraciones de Justicia, Oficiales, Auxiliares y Agentes, por sus disposiciones específicas). Para los funcionarios docentes ha existido siempre un régimen más complejo, siendo el principio general el de compatibilidad con otras actividades de la Administración, al punto de figurar, como vimos, entre las compatibilidades que, por excepción, se permiten a los altos cargos en el Decreto-ley de 1955, y figurar asimismo como expresamente admitidas o admisibles en los Estatutos donde la regla general es la incompatibilidad más absoluta (Ministerio Fiscal, Letrados del Tribunal Constitucional, Consejo de Estado, etc.). Nada se dice expresamente al respecto en la Ley de 1964, quizá porque se entendió innecesario. Lo cierto es que las Leyes de Presupuestos la dan por sentada, aun cuando tradicionalmente minorando la cuantía en un 75 por 100 del sueldo base y en concepto de gratificación, minoración que no tiene justificación, como tampoco la tiene, en este

ordenamiento que regula la actividad profesional privada, ilícitamente realizada por el profesional incompatible, y en cuyo campo o esfera de actividad no es competente la Administración, por serlo un determinado Colegio o Corporación profesional, al que el interesado se encuentra ligado por una especial relación de sujeción, al resultar indudable la habilitación colegial para mantener el orden jurídico y deontológico de la profesión, y de hacer cumplir a los colegiados las leyes generales y especiales (art. 5, Ley de Colegios), así como de impedir los casos de ejercicio profesional en los que no se cumplieran las vigentes disposiciones legales (art. 19.1.c de los Estatutos) al intervenir, pues, en esta materia el Colegio no está estableciendo incompatibilidades a los funcionarios, sino que está ejerciendo competencias inherentes a su propia tutela del Estatuto u ordenamiento profesional privado».

caso por exceso, el mantenimiento de complementos y régimen de exclusiva dedicación para supuestos en que la misma no existe (Decreto 24 de julio de 1975), siendo dudosa la vigencia de esta excepción después del Decreto-ley 22/1977.

III. EL REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE LA LEY 20/1982, DE 9 DE JUNIO

Incumplida la previsión contenida en la Ley 42/1979, de Presupuestos Generales del Estado para 1980, en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1981 se incluyó un largo artículo 15 que constituía por sí solo una nueva regulación de las incompatibilidades de los funcionarios, artículo que finalmente fue sustituido por la obligación del Gobierno de presentar a lo largo de 1981 un Proyecto de Ley de Incompatibilidades, como así sucedió finalmente el 9 de diciembre de 1981 («Boletín Oficial de las Cortes» de 20 de diciembre), Proyecto en gran parte tributario del referido y *nonnato* artículo 15, y que tras la correspondiente tramitación en el Congreso y en el Senado, se convirtió en la Ley 20/1982. Limitaremos la glosa de esta Ley a los siguientes aspectos: a) Alcance de la regulación establecida. b) Ambito de aplicación subjetivo. c) Extensión del régimen de incompatibilidades. d) Control y sanciones.

A) Alcance de la regulación establecida

Era frecuente en las Leyes sobre incompatibilidades determinar su carácter de mínimas y ampliables en las regulaciones específicas de cada Cuerpo, carácter que la Jurisprudencia vino a confirmar incluso como potestad discrecional de la Administración al convocar ciertas plazas que quedaban sujetas, por virtud de la propia convocatoria, a un régimen especial y más restrictivo. Resultaba así un régimen de incompatibilidades caracterizado por su formación sucesiva y su carácter heterogéneo, pero construido alrededor de un núcleo fijo, común y mínimo para todas las categorías, Cuerpos y plazas afectados.

La Ley 20/1982, por el contrario, no contiene ningún precepto que determine su aplicación mínima, a reserva de lo que sucesivas disposiciones puedan imponer, o vengán imponiendo, lo que plan-

tea el problema de si, a pesar de ello, debe entenderse como tal regulación común y mínima o, por el contrario, como regulación general imperativa y no derogable (salvo por norma posterior del mismo rango legal, obviamente) para todos los colectivos afectados.

Aunque la lógica y la tradicional es la solución mínima, lo cierto es que del contexto de la Ley y de algunos de sus preceptos cabe deducir la solución contraria. En efecto:

a) Si la Ley, a diferencia de las Leyes anteriores de incompatibilidad, no ha determinado su carácter mínimo, cabe aducir que ello no es achacable a simple olvido del legislador, bien ilustrado de antecedentes legales al respecto, sino, por el contrario, a una voluntad consciente de establecer un régimen homogéneo para los funcionarios sometidos a su ámbito de aplicación.

b) La Ley tiene aplicación supletoria «respecto de cualesquiera otras disposiciones en materia de incompatibilidades del personal dependiente de las Administraciones Públicas no incorporado a su ámbito de aplicación» (art. 1.º,5). Luego, *a sensu contrario*, la Ley no actúa con carácter supletorio, sino que es directamente aplicable, en su integridad, y no como mínimo modificable, para los funcionarios sometidos a su ámbito de aplicación.

c) Cuando se ha querido exceptuar ese principio singularmente, así se ha hecho en la propia Ley. Es el caso del apartado uno de la disposición transitoria, en el que, al personal sanitario se le otorga un plazo de tres años para acomodarse a lo en ella dispuesto, salvo «las incompatibilidades que estuviesen establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley».

d) La disposición final segunda determina literalmente que

«Quedan derogadas cuantas disposiciones regulen actualmente el régimen de incompatibilidades del personal incluido en el apartado tercero del artículo 1.º de la presente Ley.»

Derogación que se hace en bloque, sin distinción de aquellas disposiciones que estableciesen un régimen de incompatibilidades más restrictivo o más amplio. Quiere ello decir que, cuando menos para aquél (personal civil al servicio de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos; personal al servicio de las Adminis-

traciones de las Comunidades Autónomas y de los organismos de ellas dependientes; personal que ostente la condición de funcionario al servicio de la Seguridad Social y personal que preste servicio en empresas en que la participación de capital de una Administración Pública sea, al menos, mayoritaria, así como al restarste personal al que resulte de aplicación la Ley de Bases del Régimen Estatutario de los Funcionarios Públicos), se ha establecido un régimen común de incompatibilidades no modificable sino por norma con rango de Ley, sea para reducirlo o para hacerlo más exigente. Si se restringe a esos colectivos el carácter homogéneo del régimen de incompatibilidades, quiere ello decir que para el resto del personal al que le es de aplicación directa y no supletoria la Ley jugaría, por el contrario, el carácter de régimen mínimo de incompatibilidades, de modo que subsistirían las regulaciones más restrictivas introducidas en su caso por las normas precedentes, cualquiera que fuese su rango, y se podrían introducir en el futuro nuevas restricciones sin que hubiera necesidad de recurrir para ello a normas con rango de Ley. Será el caso, fundamentalmente, del personal al servicio de los órganos constitucionales. (Para el de las Cortes, *vid.* artículo 72,1 de la Constitución). Pero insistimos en que ésta es solamente, ante el silencio de la Ley, una de las interpretaciones posibles.

Está, finalmente, el caso del personal sanitario al servicio de la Seguridad Social, para el cual la Ley tiene un carácter especial. Por una parte, se sigue remitiendo a su regulación específica, pero por otra, se ordena su adaptación a los principios de la Ley, mediante las normas reglamentarias que, sin embargo, permitirán un régimen de incompatibilidades más benévolo que para el resto del personal sometido a su ámbito de aplicación. La Ley juega así, por consiguiente, el carácter de máximo y no de mínimo, constituyendo uno de sus puntos más criticables.

B) Ambito de aplicación subjetivo

Una de las novedades de esta Ley, frente a las regulaciones precedentes de las incompatibilidades, es su pretensión de incluir en una regulación uniforme a todo el personal de las diversas Administraciones Públicas y de las empresas de ellas dependientes, así como de los órganos constitucionales, si bien la intención de un régimen unitario se quiebra finalmente: a) por los supuestos no in-

cluidos en la Ley; b) por el distinto alcance del régimen, mínimo o no, a que se someté a los colectivos incluidos; c) por el régimen heterogéneo a que se somete al personal sanitario, y d) por la pervivencia de los supuestos exceptuados por Ley. Estudiaremos más detenidamente estas cuestiones en el apartado siguiente, no obstante lo cual conviene realizar aquí algunas precisiones:

1. En el artículo 15 del Proyecto de Ley de Presupuestos para 1981, que constituye el precedente remoto de la Ley, el ámbito de aplicación estaba constituido por la Administración del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Territoriales, Seguridad Social, Sociedades Estatales y otras del sector público, de cuyo ámbito se exceptuaban seguidamente los funcionarios de los Cuerpos especiales al servicio de la Sanidad Local que presten asistencia sanitaria a los beneficiarios de la Seguridad Social; los funcionarios del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses; los funcionarios autorizados para compatibilizar su puesto de trabajo con otro de carácter docente; personal de las Universidades que presten servicios sanitarios a la Seguridad Social y cualquier otro supuesto de compatibilidad existente hasta el presente, autorizado directa y expresamente por Ley.

Este esquema fue prácticamente el recogido en el Proyecto de Ley publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» de 20 de diciembre de 1982, con una sola excepción, pues en este Proyecto se pretendía asimismo exceptuar de la Ley al «personal sanitario, en las condiciones que reglamentariamente se determinen...», excepción que, con modificaciones de matiz, va a prevalecer hasta el final.

2. Para comprender mejor el ámbito de aplicación de la Ley distinguiremos, en primer lugar, el personal incluido y sometido al régimen común y uniforme; personal incluido y sometido a la Ley como régimen mínimo; personal incluido pero sometido a regímenes excepcionales, y personal excluido o exceptuado.

a) El personal incluido y sometido al régimen común uniforme de la Ley es el determinado en el apartado tres de su artículo 1.º, esto es:

- El personal civil al servicio de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos:
- El personal al servicio de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de los organismos de ellas dependientes.

- El personal al servicio de la Administración Local y de los organismos de ella dependientes.
- El personal «que ostente la condición de funcionario al servicio de la Seguridad Social».
- El personal que presta servicios en empresas en que la participación de capital de una Administración Pública sea, al menos, mayoritaria.
- El restante personal al que resulte de aplicación la Ley de Bases del Régimen Estatutario de la Función Pública.

De la simple terminología utilizada por la Ley se deduce, por consiguiente, que su aplicación no se restringe a quienes tengan la condición de funcionario de carrera, y ni siquiera la condición de funcionario, o vínculo jurídico-administrativo aunque sea contractual, sino que, por el contrario, se extiende a toda relación de prestación de servicios (incluida, por consiguiente, la contractual laboral), con tal de que implique un mínimo de continuidad, apreciable en definitiva por la percepción de una retribución periódica (art. 2.º) con cargo a las entidades citadas, cualquiera que sea su cuantía y denominación. El Grupo Parlamentario Comunista proponía, asimismo, la inclusión de los contratos civiles de arrendamiento de servicios. Aunque esta enmienda no prosperó, parece que habrá de estarse a la percepción de retribución periódica para determinar la compatibilidad o incompatibilidad en cada caso concreto. Con la obvia consecuencia, por lo demás, de que la adopción de esta fórmula para salvar la incompatibilidad puede constituir una conducta típica de fraude a la Ley, sancionable como infracción directa a la misma.

Las diversas categorías o colectivos afectados merecen algún comentario adicional. Así:

a') Por lo que se refiere al personal civil al servicio de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos, el Grupo Parlamentario Socialista pretendió, repetidamente y sin éxito, suprimir el calificativo «civil» para extender el ámbito de aplicación al personal militar. Los argumentos del partido del Gobierno justificando la exclusión parecen poco convincentes, frente a la tesis de aquel Grupo Parlamentario de que el mantenimiento en sus términos del párrafo indicado obedecía a una voluntad deliberada de

excluir a los Cuerpos médicos militares, teniendo en cuenta el trato de favor que los sanitarios reciben, efectivamente, a lo largo de la Ley, explícita o implícitamente.

Parece, en cambio, que está sujeto a la Ley el personal civil no funcionario al servicio de la Administración Militar, puesto que el criterio de inclusión no es la naturaleza de la Administración, civil o militar, sino el carácter civil o militar de su personal.

b') El acotamiento que hace la Ley al «personal que ostente la condición de funcionario al servicio de la Seguridad Social» implica una ruptura con el esquema general de la propia Ley. La *ratio legislatoris* es bien simple, sin más que recordar que ya en el Proyecto se incluía al personal sanitario, *in genere*, como excluido del mismo. Al final, se decide que esta exclusión se mantenga, pero para decirlo con términos claros, enmascarando tal exclusión con una supuesta fundamentación técnica, la del carácter funcional o no del personal al servicio de la Seguridad Social. Resulta así que la búsqueda de un pretexto técnico para justificar la exclusión deviene en una paradójica ruptura del esquema técnico de la Ley, que no se atiene, para determinar la inclusión en el régimen incompatibilizador, a la naturaleza, funcional o no, del personal de las Administraciones y entidades o empresas (sin que se explique el porqué de esta ruptura para la Administración de la Seguridad Social), y por otra parte, produce un efecto posiblemente no querido, ya que al excluir al personal sanitario (que es de lo que se trataba) se está excluyendo, además, al personal que, sea o no sanitario, no tiene la condición de funcionario de carrera (esto es, al personal contratado, administrativo o laboral, y a los funcionarios interinos y eventuales), consecuencia probablemente impensada en aquel momento, pero que se impone por los términos estrictos de la Ley (*in claribus non fit interpretatio*).

Más aún, a mi juicio la distinción entre personal funcionario y personal no funcionario de la Seguridad Social no tiene otra significación que la apuntada, pues el personal sanitario no se diferencia en nada del personal no sanitario en cuanto a la naturaleza jurídica de su relación con las Entidades Gestoras: está sujeto a una relación jurídico-administrativa, cuyo contenido es determinado unilateralmente por la Administración, y sujeto a las variaciones que ésta unilateralmente imponga. Se trata, en uno y otro caso,

en definitiva, de funcionarios públicos (26). La Orden ministerial de 30 de diciembre de 1982, sobre medidas provisionales en materia de incompatibilidades, viene a confirmar nuestra tesis (norma 5.ª),

(26) A este conclusión llego en un estudio más detenido sobre el personal de la Seguridad Social en un libro de próxima publicación bajo el título *Derecho Administrativo de la Seguridad Social*. Los razonamientos que llevan a esta conclusión son, en síntesis, los siguientes: a) tanto para el personal, en general, como para el sanitario, en particular, la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 remite a los Estatutos que reglamentariamente se establezcan (arts. 45 y 116, respectivamente), sin distingo alguno; b) la relación jurídica se establece, en virtud de los referidos Estatutos, entre la Entidad Gestora competente y el personal a su servicio, sea o no sanitario, siendo errónea la idea muy extendida de que la relación de éste con la Seguridad Social lo es con la Institución sanitaria, la cual no es otra cosa que un órgano de la Entidad Gestora, a la que se destina no sólo el personal sanitario, sino otro de carácter administrativo; c) la relación jurídica es estatutaria, pero eso no quiere decir que estemos ante un *tertium genus* entre el funcionario y el trabajador, sino ante un tipo de funcionarios, en uno y otro caso, calificando además expresamente de «jurídico-administrativa» tal relación el Estatuto Jurídico del Personal Médico al servicio de la Seguridad Social. La calificación estatutaria es un término de viejo cuño, como demostró GARCÍA-TREVIJANO, para referirse a los funcionarios públicos (no hay sino que recordar el *Estatuto de Bravo Murillo* de 1918); d) los Estatutos configuran auténticos *status* funcionariales, utilizan esa terminología para contraponerla a contratados e interinos, y regulan tal categoría de forma idéntica a la exigida para la calificación funcional por la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 1964; e) los funcionarios se encuentran sometidos, por último, a una situación legal y reglamentaria o «estatutaria», con las características señaladas por nuestra dictrina (*vid.*, por ejemplo, R. ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I/2, 7.ª ed., Barcelona, 1981, p. 282); f) el hecho de que el personal médico tenga un Estatuto específico no significa nada. También lo tienen otros Cuerpos de la Seguridad Social (Interventores, Titulados Superiores del IESS, etc.), sin que a nadie se le ocurra mantener que dejan por eso de ser funcionarios...

A la misma conclusión llega, por otros cauces, E. UCEDA, en *Algunas conexiones entre el Derecho de la Seguridad Social y el Derecho Administrativo*, en «Revista de Seguridad Social», núm. 6, abril-junio 1980, pp. 97 y ss.

Aun si se admitiese que los médicos y sanitarios de la Seguridad Social no son funcionarios, ello sería a costa de admitir al mismo tiempo que tampoco lo es el restante personal dedicado a tareas burocráticas, tesis que significaría el resurgir de una teoría ya abandonada que configura al personal de la Seguridad Social como un *tertium genus* entre el trabajador y el funcionario. Este argumento fue el utilizado por el Diputado del PSOE DE VICENTE MARÍN, de quien tomo estas palabras («Diario de Sesiones del Congreso» de 30 de marzo de 1982): «No hay base jurídica que diferencie el personal de la Seguridad Social en dos grupos. Ustedes están distinguiendo por primera vez en un texto legal ... la existencia de dos colectivos en la Seguridad Social: el personal funcionario y el no funcionario, distinción propia del lenguaje coloquial, que todos entendemos lo que quiere decir, pero las Leyes tienen un lenguaje perfectamente tasado ... Ni unos ni otros son funcionarios. Son personal estatutario ... y no son funcionarios públicos, entre otras circunstancias, porque las Entidades Gestoras no son organismos autónomos, son ... entidades de Derecho público ... De aprobarse el texto en la formulación actual, cabe la posibilidad de que el personal administrativo al que ustedes pretenden llamar funcionario plantee un eventual recurso de amparo o plantee, en cuanto a la aplicación concreta de la incompatibilidad a un personal determinado, un recurso contencioso-administrativo ... Si no se establecen las incompatibilidades para

si bien la Instrucción de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 4 de marzo de 1983 parece querer obviar esa distinción, sometiendo a los contratados a la obligación de declarar otras actividades, sin fundamento legal.

Resulta así evidenciado que no existe ninguna razón jurídica que permita privilegiar a unos funcionarios frente a otros, en materia de incompatibilidades, tratándose de una desigualdad sin otro fundamento que el de las razones políticas del partido entonces en el Gobierno, probablemente la muy poderosa de los votos, por ser el colectivo de los médicos de la Seguridad Social el más afectado por las incompatibilidades y el más numeroso dentro de aquélla.

c') Por lo que se refiere al personal que presta servicios en empresas en que la participación de capital de una Administración Pública sea, al menos, mayoritaria, parece ser ésta una aplicación novedosa del concepto de «sector público» fuera del ámbito estricto para el que se concibió en la Ley General Presupuestaria. El Proyecto del Gobierno se refería a «sociedades estatales y otras del sector público», sin precisar nada sobre participación en el capital. En trámite de enmiendas se propuso sustituir la referencia a «otras del sector público» por «empresas en las que la participación del Estado sea mayoritaria y empresas subvencionadas por el Estado» (27),

el personal sanitario de la Seguridad Social ... se otorga (a este personal) un privilegio respecto del personal sanitario que tiene la condición de funcionario público, al que sí afecta la Ley.» Al defender su enmienda en el Senado («Diario de Sesiones» de 4 de mayo de 1982), decía el Senador PRATS Y CATALÁ que «... la exclusión del personal no funcionario de la Seguridad Social es sencillamente una claudicación ante determinados intereses corporativos por falta de voluntad política suficiente» y el Senador RODRÍGUEZ CASTAÑÓN, en la misma sesión, que «se están discriminando... colectivos en función de su situación subjetiva y no objetiva. Entendemos que la Seguridad Social es un servicio que se presta no en función de quienes lo prestan, sino en función de quienes se presta»; insistiendo en la misma idea del agravio comparativo, el Senador DUARTE CEBÁN argumentaba («Diario de Sesiones» de 5 de mayo de 1982), que «la salud del pueblo no se resentirá en absoluto porque se aplicasen las incompatibilidades sino, muy al contrario, se vería beneficiada por la dedicación absoluta a esta salud de excelentes profesionales que, a diario, gradualmente, salen de nuestras Facultades, cada día mejor formados en los últimos años... Con esta enmienda que apoyamos en este momento se pretende, nada más y nada menos, que romper con un agravio comparativo, porque se trata en este artículo, en este párrafo, de separar funcionarios de dos clases, pero ambos estatutarios, ambos de clases estatutarias: los dos son funcionarios, tanto los funcionarios al servicio de las entidades asistenciales de la Seguridad Social como los de las Entidades Gestoras, todos son personal estatutario ... Se está haciendo un grueso agravio comparativo que seguramente raya en lo inconstitucional, porque personal de la misma condición está recibiendo tratamiento distinto».

(27) Enmienda núm. 3 del Diputado del Grupo Mixto BANDRÉS.

o bien por «empresas públicas, monopolios o cualesquiera otras con participación pública mayoritaria, o que reciban subvención pública o mantengan conciertos con las diversas Administraciones» (28). La redacción con que aparece en la Ley fue finalmente alcanzada en el Senado.

b) Como antes se ha apuntado, la Ley sólo parece jugar el papel de régimen mínimo de incompatibilidades para el personal de los órganos constitucionales. Es más, dicho personal no aparece incluido en el artículo 1.º, 3 entre aquellos a los que la Ley es de aplicación, sino solamente en el artículo 2.º al establecer la incompatibilidad de retribuciones, lo que hace posible sostener que sólo este precepto de la Ley le es, en puridad, directamente aplicable, siéndole en lo demás sólo con carácter supletorio, conforme a lo previsto en el apartado cinco del artículo 1.º

En el Proyecto del Gobierno, el personal de los órganos constitucionales no aparecía ni siquiera mencionado. Una enmienda del Diputado señor BANDRÉS pretendió incluir concretamente al «de las Cortes Generales, incluyendo a los Diputados y Senadores». El Grupo Parlamentario Socialista propuso la inclusión del personal del Consejo General del Poder Judicial, Cortes Generales, Tribunal de Cuentas y Tribunal Constitucional», todos los cuales se encuentran comprendidos, obviamente, aunque sin enumerarlos, en la expresión legal «órganos constitucionales», que se mantuvo finalmente, a pesar de que en el Senado se sostuvo que la Ley de Incompatibilidades no podía regular las del personal de los órganos constitucionales, por tratarse de materia reservada a la Ley Orgánica (29).

c) Se incluye en la Ley pero sometiéndolo a un régimen excepcional, más beneficioso, a diversas categorías de personal sanitario. En primer lugar debe destacarse por su volumen numérico al

(28) Enmienda del Grupo Parlamentario Socialista.

(29) Esta tesis fue defendida por el señor VILLAR ARREGUI («Diario de Sesiones» de 4 de mayo de 1982), a quien pertenecen estas palabras: «El artículo 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha dado origen a no pocos comentarios en la doctrina y a una Sentencia del Tribunal Constitucional, la de 13 de febrero de 1981, en la que penetra en el contenido de ese artículo y establece una doctrina de las llamadas materias conexas. Ambas Cámaras han entendido que la regulación del personal del propio Tribunal Constitucional, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal de Cuentas, por citar sólo tres ejemplos, debía estar en sede de Ley Orgánica, ... si se acogiera la enmienda del Grupo Socialista ... esta Ley estaría incurso en inconstitucionalidad, por directa aplicación del artículo 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en relación con el artículo 81 de la Constitución.»

personal médico de la Seguridad Social, al que se refiere el apartado cuatro del artículo 1.º Ya hemos comentado *supra* lo injustificado de su exclusión del régimen general y de la fórmula técnica utilizada. Con independencia de ello debe precisarse que este régimen de excepción no es aplicable sino a los médicos «asistenciales» de la Seguridad Social, con exclusión, por tanto, de los Cuerpos Médicos o Facultativos de la Seguridad Social que realicen funciones no asistenciales, distinción que tiene base en el párrafo final del apartado cuatro del artículo 1.º, que invoca la «naturaleza de su función asistencial». La Ley no utiliza, por lo demás, la expresión personal «médico», por lo que ninguna razón hay para excluir de este ámbito excepcional al personal sanitario o parasanitario, con otros títulos o incluso sin titulación, al servicio de la Seguridad Social y con funciones «asistenciales», término que en definitiva debe aplicarse a quienes estén adscritos a instituciones de asistencia sanitaria, y probablemente de servicios y asistencia sociales, en la medida en que sus tareas no sean prevalentemente burocráticas.

La tesis de que el régimen común es aplicable a los titulados sanitarios que realizan funciones burocráticas y no asistenciales fue mantenida en las discusiones del Proyecto de Ley en el Congreso por el entonces Ministro de Sanidad y Consumo NÚÑEZ PÉREZ, siempre según la terminología y distinción entre funcionarios y no funcionarios que antes hemos criticado (30).

En régimen excepcional pero transitorio, se coloca, por lo demás, al personal sanitario al servicio de cualesquiera de las Administra-

(30) «Respecto al personal sanitario al servicio de la Seguridad Social hay que distinguir —decía— los siguientes grupos: un personal sanitario de la Seguridad Social que es funcionario y que les afecta, y está incluido, por tanto, en el Proyecto ... que es exactamente el Cuerpo de Inspección de los Servicios Sanitarios del INSALUD, que está compuesto por 571 Inspectores Médicos, 54 Farmacéuticos y 256 ATS. En segundo lugar, también se aplica la Ley a aquel personal sanitario no funcionario, pero que no presta un trabajo de carácter asistencial dentro del INSALUD.» (Esta tesis la hemos rebatido más arriba.) «En tercer lugar, y dentro del personal asistencial ya no funcionario se aplicará el Proyecto de Ley a todo el personal sanitario que trabaja en la Seguridad Social en centros hospitalarios ... que ya no podrán compatibilizar dos puestos hospitalarios» (dentro de la Seguridad Social, se entiende) «... el último supuesto, el del personal que presta servicios asistenciales no hospitalarios ... este grupo lo integran 36.248 médicos y ... 14.239 auxiliares, de los cuales 9.941 son ATS de zona, 1.568 ATS de urgencias y 2.730 matronas ... ¿Qué es lo que hace el Proyecto de Ley con este personal de cupo? Sencillamente, dejar pendiente la regulación de las incompatibilidades, con objeto de ser reguladas en sus disposiciones específicas...» En cuanto a esto último, preferimos no hacer ningún comentario, porque la propia Ley desmiente afirmaciones sólo disculpables en el lenguaje de la esgrima parlamentaria.

tiones Públicas, entidades o empresas enumeradas en el artículo 1.º, 3 de la Ley. Terminado el período transitorio ese personal pasará a regirse por el régimen común de la Ley, salvo en el supuesto ya mencionado del personal sanitario de la Seguridad Social.

d) Por lo que se refiere al personal excluido de la Ley parece obvia la del personal al servicio de la Administración de Justicia y de los funcionarios militares, no así del personal civil al servicio de la Administración Militar (frente a lo que pretendían los Grupos Parlamentarios Socialista y Comunista) (31), por lo demás sometidos a regímenes de incompatibilidades bastante más estrictos. Problemas específicos plantea el personal al servicio de las Instituciones financieras públicas, altos cargos (sobre todo los al servicio de las Administraciones de las Comunidades Autónomas) y personal docente, a los que nos referiremos brevemente.

a') El personal al servicio de las Instituciones financieras públicas se incluía expresamente en el ámbito de aplicación de la Ley en la enmienda núm. 35 del Partido Comunista, pese a lo cual no aparece expresamente recogido en el texto legal. No parece lícito deducir de ello que ese personal haya sido excluido, siendo lo lógico pensar que el legislador entiende subsumido a dicho personal en el de los Organismos Autónomos, estén o no sometidas tales entidades a su régimen jurídico común y al de su personal.

b') El personal docente aparecía ya exceptuado desde el artículo 15 del Proyecto de Ley de Presupuestos del Estado para 1981, que, como antes comentamos, fue el antecedente de la Ley. En el Proyecto se reiteraba esta excepción (art. 1.º, 1. c), bien que sometíendole la compatibilidad a la previa autorización del Subsecretario y con reducción al 75 por 100 de sueldo y grado.

El Grupo Parlamentario Socialista presentó enmiendas que sin negar la compatibilidad de los docentes, la restringía de manera importante. En la enmienda núm. 19 de las presentadas al texto del Gobierno en el Congreso, exigiendo que las materias objeto de enseñanza estén directamente relacionadas con su actividad profesional en la Administración y no tengan, en ningún caso, dedicación exclusiva. En la enmienda núm. 33 (Proyecto alternativo), con exigencias aún más restrictivas: «Podrán ejercer, ocasionalmente, actividades investigadoras o docentes, en centros de selección y for-

(31) Enmiendas núms. 33 y 35 en el Congreso, respectivamente.

mación de funcionarios, en la forma y condiciones que reglamentariamente se determinen.»

El Grupo Parlamentario Comunista mantuvo asimismo un criterio restrictivo muy próximo al ya visto en esta última enmienda (32). Sin que se explicaran las razones, la excepción desapareció y los funcionarios docentes parecieron quedar sometidos al régimen común. Sin embargo, el problema es el de determinar si su compatibilidad, admitida reglamentariamente, debe incluirse entre los supuestos autorizados por la Ley (nos remitimos a lo que luego se dirá sobre esta excepción).

c') En cuanto a los altos cargos nada se decía en el Proyecto sobre ellos. En la Ley se les menciona, casi de pasada, en la disposición adicional segunda, que extiende para ellos la facultad de opción con retribución única, incluyendo a tal efecto, junto a los del Estado, a los de las Comunidades Autónomas, sus Asambleas legislativas y entes preautonómicos.

Parece evidente que esta Ley no sustituye la regulación más general y completa que sobre el tema contiene el Decreto-ley de 1955 que hemos comentado más arriba. De hecho, esta fue la posición del Gobierno, que quedó comprometido, además, por la Ley de Presupuestos de 1982, a enviar un Proyecto específico a las Cortes (33).

d') ¿Qué fue de los colectivos excluidos del ámbito de aplicación en el Proyecto de Ley: Funcionarios de los Cuerpos Especiales al servicio de la Sanidad Local y Médicos Forenses? Estos últimos

(32). En el texto alternativo recogido en la enmienda núm. 35 se limitaba a exceptuar de la incompatibilidad de retribuciones «la participación en Tribunales de pruebas de selección de personal y la docencia en escuelas de formación de funcionarios. Siempre que estas tareas no constituyan su actividad principal...»

(33) Intervención del Diputado de UCD BRAVO LAGUNA («Diario de Sesiones» de 24 de marzo de 1982). Obligación que no cumplió el Gobierno saliente, pero sí probablemente el sucesor. El Diputado del PSOE RAMOS TORRECILLA atacó la situación resultante, alegando que con ella «un Diputado puede ser, además, funcionario activo, optando por una de las dos retribuciones; puede desempeñar también, si es del Partido del Gobierno, dos Consejos de Administración en empresas públicas; puede ser asesor del Ministro, que esto no está contemplado en ninguna parte, porque es funcionario eventual; puede ser también, por ejemplo, Presidente de una empresa pública, más funcionario, más Diputado; evidentemente deberá optar en uno de estos casos para percibir las retribuciones de un puesto, pero queda suficientemente claro que se dan situaciones pintorescas que no contribuyen desde luego, desde mi punto de vista, a esa transparencia económica de la que los legisladores tenemos que ser los primeros en dar ejemplo para conseguir esos objetivos que nos habíamos propuesto» («Diario de Sesiones del Congreso» de 24 de marzo de 1982).

aparecen ahora expresamente mencionados. Pero su situación de compatibilidad parece respetada, al menos por ahora, por la vía general de las compatibilidades reconocidas por Ley, pues efectivamente lo están ya en virtud de una Ley de 17 de julio de 1947.

Por lo que se refiere a los funcionarios de la Sanidad Local, su compatibilidad con la función en la Seguridad Social parece lógica, puesto que, más que tal, su origen se encuentra en una *obligación* de atender a los beneficiarios de ésta, impuesta reglamentariamente (34). La Ley salva su situación de compatibilidad, en la disposición adicional quinta, limitándose a ordenar que «los funcionarios de los Cuerpos Especiales al servicio de la Sanidad Local que presten asistencia sanitaria a los beneficiarios de la Seguridad Social, en las condiciones legalmente establecidas, percibirán las remuneraciones que figuran en los Presupuestos del Estado y de la Seguridad Social».

C) Las incompatibilidades establecidas en la Ley: régimen común y especiales

Como queda dicho, la Ley no establece un único régimen de incompatibilidades, ni las impone con los mismos efectos a los distintos colectivos; no obstante, cabe distinguir, en esencia, dos grandes grupos: a) régimen común; y b) regímenes especiales.

a) RÉGIMEN COMÚN

Por lo que se refiere al *régimen común*, ya hemos examinado los colectivos a los que resulta de aplicación. Nos limitamos, por tanto, a comentar ahora el alcance del mismo distinguiendo incompatibilidad con otros puestos en el sector público e incompatibilidad con actividades privadas.

a') Principio general

El principio regulador de la materia es el recogido en el artículo 1.º, 2, conforme al cual:

«El desempeño de la función pública será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, públicos o privados, por cuenta propia o ajena,

(34) La Orden ministerial de 25 de noviembre de 1947 dispuso que «todo médico de asistencia pública domiciliaria, en servicio activo, con plaza en propiedad, o interinamente, será designado automáticamente médico del Seguro Obligatorio de Enfermedad».

retribuidos o meramente honoríficos, que impidan o menoscaben el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario, comprometan su imparcialidad o independencia, o perjudiquen los intereses generales.»

Se trata, por consiguiente, de una declaración de carácter general que, por la misma indeterminación de los conceptos utilizados, apodera a la Administración Pública de un margen de discrecionalidad en aquellos supuestos que no estén autorizados legalmente, lo que sucederá, con más frecuencia, en relación con las actividades privadas que con las públicas. Frente a las interpretaciones extremas que se han venido ofreciendo de las regulaciones precedentes, no parece que el precepto esté sentando un principio general de compatibilidad o de incompatibilidad, sino ofreciendo los criterios conforme a los cuales una actividad, a pesar de no estar expresamente prohibida por la Ley, puede ser incompatibilizada por la Administración. Aquí la Ley ha ensanchado los criterios consagrados en la Ley de 1964 (art. 82) con los relativos a la imparcialidad o independencia o el perjuicio a los intereses generales. Contra lo que se cree, se trata de principios operativos, hechos valer en ocasiones por la Administración, y respetados por la Jurisprudencia.

b') *Incompatibilidades de retribuciones*

Contra lo que comúnmente se viene entendiendo, el alcance de *la incompatibilidad en el sector público no es una incompatibilidad de empleo, sino de retribuciones*, a diferencia de lo que ocurría en la situación precedente, que era una incompatibilidad doble, de empleo (art. 86 de la Ley de Funcionarios) y de retribuciones (art. 9 de la Ley de Retribuciones de 1965). Así se deduce del tenor literal del artículo 2.º, 1 de la Ley, que es el siguiente:

«No se podrá percibir más de un sueldo con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Organismos y Empresas de ellos dependientes o con cargo a los de los órganos constitucionales...»

Ningún precepto prohíbe, sin embargo, «ocupar simultáneamente varias plazas en la Administración...», como hacía la Ley de Funcionarios de 1964 (cuyo régimen de incompatibilidades, sin em-

bargo, se encuentra derogado por la disposición final segunda de la Ley). Esta interpretación es congruente con la regulación expresamente dispuesta para Diputados y Senadores, altos cargos, y Presidentes de empresas públicas (disposiciones adicionales primera, segunda y tercera), a los que se otorga un derecho de opción a desempeñar simultáneamente su otro puesto de trabajo en el sector público (o no), pero en cualquier caso con derecho a una sola de las retribuciones. Está igualmente en concordancia con la regulación que se hace de la compatibilidad con funciones de representación en Consejos de administración y órganos de gobierno de empresas públicas; no se prohíbe, sino que se permite, la compatibilidad, pero reduciendo las percepciones que de este concepto pueden obtenerse a «dietas e indemnizaciones que correspondan...» (art. 6.º). La fórmula de la Ley no es, en suma, la prohibición directa de acumulación de empleos, sino que se recurre a un mecanismo indirecto, desincentivador, de modo que el funcionario que los acumule, en su caso, no obtenga mayores ingresos a cambio de un mayor trabajo.

El mismo artículo se encarga de aclarar que por sueldo se entenderá a estos efectos «toda retribución periódica, cualquiera que sea la cuantía y denominación».

c') *Excepciones: autorización expresa por Ley*

De la incompatibilidad de retribuciones se exceptúan dos supuestos, autorización expresa por Ley, o que los servicios se presten en régimen de jornada reducida. Ambos plantean problemas interpretativos por la parquedad de la Ley sobre ellos.

Por lo que se refiere al supuesto de autorización expresa por Ley, el principal problema es el de determinar si ha de tratarse de norma con rango legal o si, por el contrario, pueden equipararse a ella otras disposiciones administrativas. Parece que lo que se ha pretendido hacer es impedir que en el futuro puedan introducirse nuevas compatibilidades por disposiciones reglamentarias, mediante reserva de Ley formal. Pero, con independencia de ello, nada impide que la Ley se esté refiriendo igualmente a las compatibilidades declaradas con anterioridad a ella, puesto que al no distinguir no cabe hacer lo contrario al intérprete. Es aquí donde se plantean dudas sobre el alcance del precepto. En el caso, por ejemplo, de las compatibilidades declaradas subsistentes por la Ley de situaciones de 15

de junio de 1954 (las autorizadas por Decreto), y convalidadas nuevamente por la disposición transitoria décima de la Ley de Funcionarios de 1964, el origen directo de la norma que las declara en cada caso, es inferior a la Ley formal, pero este defecto de rango parece sanado por la legalización ulterior, y doble, de que han sido objeto. Hay casos menos claros, como las compatibilidades declaradas entre plazas de las distintas esferas de la Administración, en que ello era posible tras la derogación por la Ley de 1964 de las limitaciones precedentes. ¿Se podrá decir que en tal caso la compatibilidad no se declaraba expresamente, cuando se estaban eliminando limitaciones anteriores? Queda el hecho de que la regulación estatutaria de ciertos colectivos (funcionarios de la Administración Local, funcionarios de Organismos Autónomos, funcionarios de la Seguridad Social...) estaba encomendada legalmente a disposiciones reglamentarias, en las cuales se encuentra normalmente la base de sus compatibilidades.

No parece lógico, en esos casos, privar a esos colectivos del beneficio otorgado a otros que, por las razones que sean, han visto su relación estatutaria regulada con rango de Ley. La distinción admisible debería recaer sobre la legalidad de la norma que estableció la compatibilidad, y no sobre el rango de la misma, que es cuestión por completo eventual. Con todo, para aquellos que se vean privados de la compatibilidad por esta razón, entiendo que se está produciendo, como queda indicado más arriba, una auténtica expropiación. El hecho de que se mantenga la compatibilidad para quienes la tienen reconocida por Ley, no por Reglamento, permite, además, aducir una infracción del principio constitucional de igualdad, ya que la distinción no es, por lo dicho, ni objetiva ni razonable (35), salvo en los supuestos de Reglamento *contra legem*.

En estos casos exceptuados se compatibilizan las retribuciones conforme a lo dispuesto en la propia Ley que autorice la compatibilidad. El tema no ofrece dificultades en cuanto a las que lo hagan en el futuro, pero sí en cuanto a las anteriores, que por lo general

(35) Interpretando un precepto similar (el artículo 86 de la Ley de 1964 que exceptuaba de la incompatibilidad de empleo los supuestos en que «por Ley esté expresamente establecida», la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1970 (Ar. 1897) entiende por Ley no sólo las disposiciones de este rango, sino «disposición legislativa», entendiéndose que «las directrices del ordenamiento en esta materia (son) fijar un sistema de incompatibilidades y respetar las compatibilidades que estuvieran ya declaradas por los preceptos de las Leyes, Reglamentos u otros preceptos legales que rijan el Cuerpo o carrera de la Administración o la función pública que les incumba».

se limitaban a compatibilizar empleos, pero no retribuciones, por lo que en ellas no existía incompatibilidad retributiva, si bien las Leyes de Presupuestos hayan venido imponiendo restricciones al percibo de la totalidad. A mi juicio, el derecho debe consolidarse a la totalidad de retribuciones en los puestos compatibilizados, dado el carácter anual de las Leyes presupuestarias, que no pueden extender sus efectos más allá del ejercicio para el que fueron aprobadas.

d') *Servicios en jornada reducida*

En cuanto a la excepción de que los servicios se presten en jornada reducida, era ésta, curiosamente, una fórmula semejante a la ofrecida por el Grupo Parlamentario Comunista (36). La diferencia está en que en su propuesta, sólo jugaba para aquellas «tareas que por la peculiaridad de su naturaleza y régimen de prestación hayan de realizarse en jornada notoriamente inferior a la considerada como normal», mientras que en la fórmula que finalmente prevaleció, los servicios prestados en jornada reducida no se configuran como un supuesto restringido a determinadas tareas, pareciendo implicar, en definitiva, un derecho del funcionario a que se le permita esta modalidad de prestación de servicios si opta por continuar compatibilizando dos puestos en el sector público. Opción que, asimismo, se desincentiva al determinarse (apdo. 3, art. 2.º) que «en uno de los puestos de trabajo sólo se percibirá como máximo las retribuciones básicas y en el otro no se podrán percibir complementos por dedicación especial, plena, exclusiva o prolongación de jornada». Desincentivación que puede operar discriminatoriamente, en función del peso que las retribuciones básicas y los complementos aludidos jueguen para cada Cuerpo o plaza. De hecho, este fue uno de los puntos discutidos entre Gobierno y oposición (37). En cualquier caso parece lógico que la minoración retributiva se establezca sobre conceptos retributivos que afectan desigualmente a los distintos colectivos (es posible que al personal de alguna empresa pú-

(36) Texto alternativo, artículo 3.º, en la Enmienda núm. 35 al Proyecto del Gobierno, en el Congreso. El PSOE pretendió limitar la fórmula a la función docente.

(37) La tesis del Grupo Parlamentario Socialista fue, en efecto, la de que la fórmula perjudica a los Cuerpos inferiores y beneficia a los superiores que perciben sus retribuciones no básicas por vías distintas de los complementos enumerados. La tesis del Gobierno fue la contraria, además de admitir que los complementos habrían de adecuarse a lo previsto en esta Ley (*vid.*, «Diario de Sesiones del Congreso» de 24 de marzo de 1982).

blica ni siquiera le afecte). Por lo demás, no es congruente con la política de retribuciones que los sucesivos Gobiernos confiesan perseguir, centrada en las retribuciones básicas, pues si las complementarias llegaran a ser despreciables, el efecto desincentivador sería mínimo. Lo lógico hubiera sido imponer una reducción proporcional a la de jornada, para lo cual se cuenta, incluso, con lo previsto en el artículo 8.º de la Ley 31/1965, de 4 de mayo («A los Cuerpos o funcionarios que por la índole de su función o por estar autorizados debidamente prestaran una jornada de trabajo menor que la fijada en el artículo 5.º, 2, la retribución de sueldo y complementos, salvo el familiar, y los incentivos, se les reducirán de manera permanente o temporal, según los casos, para establecer la debida proporción entre la retribución correspondiente a la jornada normal de trabajo y la duración de la jornada menor a la que se refiere este apartado»), y en el Decreto 2229/1966, de 13 de agosto.

En cualquier caso, el interesado no podrá hacer uso simultáneamente de más de uno de los supuestos excepcionales citados (autorización por Ley o jornada reducida).

e) *La incompatibilidad con actividades privadas*

Se rige por lo establecido en el artículo 1.º, 2 (el denominado principio general) y lo previsto en los artículos 3.º, 4.º y 5.º, de los que se deduce, a mi juicio, un auténtico derecho para el personal sujeto al ámbito de aplicación de la Ley a realizar actividades privadas que no estén incursas en alguna de las limitaciones recogidas en dichos preceptos. Ya se ha señalado más arriba que la Administración tiene una potestad discrecional para apreciar si la actividad del funcionario, o demás personal afectado, impide o menoscaba el estricto cumplimiento de sus deberes, compromete su imparcialidad e independencia o perjudica los intereses generales. Cualquiera que sea la amplitud que se quiera otorgar al margen de discrecionalidad de la Administración, es obvio, sin embargo, que sus actos declaratorios de incompatibilidad son impugnables por los medios ordinarios que nuestro ordenamiento permite para su control. Por eso mismo el artículo 4.º de la Ley precisa que «contra dicha resolución podrán interponerse los correspondientes recursos administrativos y jurisdiccionales» (38). El procedimiento es exactamente el contra-

(38) Precisión rigurosamente innecesaria, en principio, pero que tiene el sentido práctico de manifestar que se tiene un derecho a la compatibilidad, nacido de la Ley, y no de los actos de la Administración, que por eso mismo

rio al de la Ley de Funcionarios de 1964. En ésta, el funcionario, como principio general, no podrá ejercer otra profesión, salvo los casos en que, instruido el oportuno expediente, se declarase por el Subsecretario del Departamento correspondiente que no perjudicaba al servicio (39). Ahora, por el contrario, el funcionario puede ejercer libremente tales actividades, sin más restricción que la de declararlas a la Administración, en tanto por ésta no se declare incompatibilidad, para lo cual se limita el plazo de un mes (parece que a contar desde la declaración) el tiempo en el que puede dictarse la resolución incompatibilizadora, plazo que hay que suponer que es de caducidad para la Administración, porque está fijado cabalmente para dar seguridad al funcionario frente al arbitrio de aquélla. Por lo demás, la Administración no tiene que demostrar que el funcionario, mediante su actividad privada, está de hecho perjudicando los intereses generales, o actuando con parcialidad, etc., sino solamente que tales circunstancias se pueden producir razonablemente como consecuencia de las que concurren en la actividad privada en su relación con la pública. Este es el criterio de la Jurisprudencia anterior, que hay que estimar aplicable a la nueva Ley (40).

La compatibilidad tiene una gran importancia, singularmente en cuanto al ejercicio de las profesiones liberales, en torno a lo cual

ni siquiera autoriza la realización de las actividades privadas, sino que se limita a declarar, excepcionalmente, la incompatibilidad, cuando se produce alguno de los supuestos previstos en la Ley, declaración que ha de estar suficientemente motivada, como acto limitativo de derechos, y para permitir la ulterior impugnación. En la situación anterior, la Jurisprudencia había llegado a mantener, basándose en el Decreto-ley de 1958, que la compatibilidad era una «excepción condicionada a la apreciación en cada caso de que la compatibilidad no perjudica al servicio, lo que revela claramente el carácter potestativo y discrecional para el Jefe de la Dependencia...» (Sentencias de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1962, y 3, 5 y 6 de octubre del mismo año).

(39) La necesidad de previa autorización en el esquema de la Ley de 1964 (cualquiera que fuese la práctica administrativa) no era dispensable, conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, en la Sentencia de la Sala 5.^a de 18 de mayo de 1976, se declara que «es precisa la autorización del Subsecretario del Departamento en que preste sus servicios como funcionario de carrera».

(40) La Sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1968, estima «que en todos estos preceptos (los de la Ley de Funcionarios y Reglamentos de Funcionarios de la Administración Local) ha incorporado el legislador el designio de evitar la existencia de contactos o áreas de actividad coincidente que puedan dar lugar a que los medios y facultades concedidos al funcionario, por razón de su cargo, puedan ser utilizados en provecho particular, pudiendo venir en perjuicio del interés público, o por lo menos del prestigio que por su objetividad, imparcialidad e independencia, debe rodear al

se libró la batalla parlamentaria. Los partidos de la izquierda pretendían la incompatibilidad total con las profesiones liberales (el Grupo Parlamentario Comunista, de manera total, artículo 4.º del Proyecto alternativo, Enmienda número 35, cit. El Grupo Socialista, de manera matizada, con una compensación económica, a través del complemento de exclusiva dedicación). Por lo demás, este último Grupo pretendía añadir a las facultades discrecionales de la Administración un nuevo criterio que, a nuestro juicio, hubiera hecho sus resoluciones virtualmente incontrolables, al ordenar que se tuviera en cuenta en cada caso el nivel de desempleo existente en la profesión de que se trate o en la región donde se presten los servicios.

Aparte de lo anterior, la Ley contempla tres supuestos concretos de incompatibilidad y una prohibición. Aquéllos, regulados en el artículo 3.º, son los siguientes:

a) El asesoramiento o la pertenencia a Consejos de administración de empresas privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que desarrolle el Organismo en el que preste sus servicios el funcionario.

b) La titularidad individual o compartida de conciertos de prestación continuada o esporádica de servicios, cualquiera que sea la naturaleza de éstos, con la entidad pública en la que el funcionario desempeñe su puesto o cargo.

c) La participación superior al 10 por 100 en el capital de sociedades que tengan conciertos de prestación de servicios, cualquiera que sea su naturaleza con la Entidad pública en la que se presta la función pública, así como el trabajo, regular o discontinuo, retribuido o no, sujeto o no a horario, al servicio de la Entidad concertada.»

Consistiendo la prohibición en que «el personal a que se refiere esta Ley no podrá invocar o hacer uso de su condición de funcio-

funcionario, sin que sea precisa la prueba de que se haya producido, bastando con la coincidencia y la posibilidad». Congruente con esta doctrina es la aplicación de sanciones a quienes incurran en situaciones abstractas de incompatibilidad, con independencia de que existiese o no efectiva conclusión con los intereses privados (Sentencias de 25 de enero de 1977 y 20 de octubre del mismo año, también de la Sala 5.ª).

nario para el ejercicio de actividad mercantil, industrial o profesional» (art. 5.º).

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que mientras que la prohibición se refiere «al personal incorporado al ámbito de aplicación de esta Ley», las incompatibilidades reguladas en el artículo 3.º se refiere sólo «al ejercicio de la función pública», lo que parece excluir al personal no funcionario de las Administraciones afectadas y al personal al servicio de las empresas públicas o con participación pública mayoritaria.

Las actividades derivadas de la administración del patrimonio familiar están excluidas expresamente de la Ley, salvo que caigan en alguno de los supuestos tipificados en el artículo 3.º

b) RÉGIMENES ESPECIALES

El régimen «privilegiado» es el aplicable, como queda dicho, al personal no funcionario de la Seguridad Social, y al personal sanitario en general.

a') El *personal sanitario*, abstracción hecha de su eventual condición de personal de la Seguridad Social, dispone de un período transitorio de tres años para compatibilizar los puestos de trabajo de carácter sanitario o asistencial, hospitalarios o extrahospitalarios, que viniera desempeñando a la entrada en vigor de la Ley, aun cuando resultaran incompatibles por aplicación de lo dispuesto en la misma, siempre y cuando se trate de puestos que no fueran legalmente incompatibles antes de entrar en vigor la Ley.

La compatibilidad se mantiene en cuanto a los empleos y parcialmente en cuanto a las retribuciones, ya que se dispone que «la remuneración por el desempeño de uno de los puestos de trabajo a que se refiere el párrafo anterior consistirá en una cantidad equivalente al 75 por 100 del sueldo inicial y, en su caso, grado, a percibir en concepto de gratificación, sin devengo de pagas extraordinarias y ningún otro concepto retributivo». Parece que el precepto está pensado para el supuesto de dos puestos de trabajo, no para cuando sean más de dos, en el que han de plantearse serias dudas interpretativas, que a mi juicio han de resolverse a favor del mantenimiento de la integridad de las restantes retribuciones, conforme al principio de interpretación limitativa de las normas que restringen derechos particulares, y ello a pesar del evidente agravio

comparativo que puede producirse para quienes sólo tengan dos sueldos.

Este régimen excepcional se extingue a los tres años, que deben contarse, a falta de previsión legal expresa, a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley (el 1 de enero de 1983), de modo que el 1 de enero de 1986, su situación se reconduce al régimen común, sin perjuicio de lo cual, ya durante el régimen transitorio, se les obliga a optar, irrevocablemente, por las plazas en que permanecerán cuando se produzca la vigencia del régimen común.

b') El *personal sanitario de la Seguridad Social* está amparado obviamente por el beneficio de ese régimen transitorio, pero además, extinguido éste, no le es de aplicación automática el régimen común, sino el que reglamentariamente se establezca, y en el cual, conforme a la Disposición adicional cuarta de la Ley, cabrá el desempeño simultáneo de dos puestos de trabajo (y de las retribuciones correspondientes), siempre que uno de ellos forme parte de la plantilla de un establecimiento hospitalario y el otro en un ámbito asistencial no hospitalario (fórmula que permite compatibilizar dos puestos en el seno de la propia Seguridad Social), o bien, si los dos puestos son no hospitalarios, siempre que correspondan a centros dependientes de distintas Administraciones Públicas, Seguridad Social, empresas estatales, u otras del sector público o centros concertados (por consiguiente, con la única exigencia de que ambos puestos no sean de la Seguridad Social, aunque pertenezcan al sector público).

c') *¿Quid del personal no funcionario al servicio de la Seguridad Social, y que no sea sanitario?* La Ley no prevé nada al respecto, sin duda porque la exclusión de su ámbito de aplicación es consecuencia de una imprevisión técnica, con consecuencias probablemente indeseadas. No obstante, los términos literales de la Ley son inequívocos, en el sentido de resultar excluidos de su ámbito de aplicación, lo que jurídicamente no puede significar otra cosa que la de que permanecen sometidos al mismo régimen de incompatibilidades establecido con anterioridad a la Ley 20/1982.

Por lo demás, la extensión de estos regímenes excepcionales no alcanza sino a los aspectos expresamente establecidos en la Ley, lo que implica que el régimen común le es de aplicación, por el contrario, y muy concretamente en lo que se refiere a las compatibilidades con la actividad privada.

D) Derechos adquiridos

A diferencia de la tradición de nuestra legislación de incompatibilidades, que siempre las ha establecido para el futuro, con un cuidadoso respeto por la seguridad jurídica, la Ley 20/1982 no respeta los posibles derechos adquiridos, sino en el supuesto de las compatibilidades declaradas expresamente por Ley. En los demás casos hay, por consiguiente, un sacrificio de esos eventuales derechos, respecto de los cuales el legislador ni siquiera se ha planteado el problema de la indemnización a los afectados, lo que no significa que deba excluirse.

En efecto, sin necesidad de descender aquí a una exposición doctrinal sobre el concepto y significación de los derechos adquiridos, es obvio que su respeto se impone al legislador como una exigencia elemental del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), junto con el de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de «derechos individuales». Con cualquiera de esas configuraciones jurídicas cabría alternativamente defender la indemnizabilidad de las compatibilidades sacrificadas por la nueva Ley (41). No

(41) Sobre el alcance de la expresión «derechos individuales» existen, que yo sepa, dos posiciones contrapuestas: la de quienes entienden que es equivalente a «derechos adquiridos» E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, cit., p. 75), y la de quienes mantienen que la expresión tiene una significación más limitada, restringida concretamente a los derechos y libertades recogidos en los artículos 15 a 29 de la Constitución (F. LÓPEZ MENDO, en *El principio de irretroactividad en las normas juridico-administrativas*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982, pp. 210 y ss.). Parece, cuando menos, que esta delimitación es artificiosa, y que, de haberlo querido así el constituyente, la hubiera incluido entre las garantías de los derechos y libertades fundamentales, mientras que, recogida en el artículo 9.º, junto al principio de seguridad jurídica, no es sino una explicitación técnica de éste, que en la doctrina tradicional incluye a los derechos adquiridos (en contra de esta tesis, sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1981 mantiene esa equiparación con «derechos fundamentales»). No es este el lugar de estudiar la doctrina de esa Sentencia; dígame de pasada que sus lamentables efectos —desprotección para los pensionistas que, en la práctica, quedaron despojados de su pensión— hablan en contra de la alegría con que se desecha la teoría de los derechos adquiridos. Los mismos autores polemizan sobre qué «disposiciones» están afectadas por el principio de irretroactividad, manteniendo los primeros que están excluidas las que tengan rango de Ley formal, mientras que LÓPEZ MENDO extiende a éstas el límite dicho. Particularmente, aunque por razones distintas, estoy con esta última opinión, en cuanto que los límites del artículo 9.º se refieren, con carácter general, a los «poderes públicos» y no a la Administración en concreto. Hay, por consiguiente, a mi juicio, un reconocimiento constitucional de que los derechos adquiridos constituyen un límite a la retroactividad de las Leyes, con independencia de que el interés público pueda, en tales supuestos, imponer el sacrificio de los derechos mediante su indemnización (art. 33).

cabe argüir contra lo anterior que el funcionario, al encontrarse en una situación estatutaria, no tiene otros derechos que los que variablemente le confiera el Estatuto en cada momento vigente. Aparte de que esta tesis no parece sino un residuo histórico de las viejas doctrinas decimonónicas que negaban la existencia de derechos públicos subjetivos frente al Estado, es que la propia doctrina (v. gr. GARCÍA-TREVIJANO) y la Jurisprudencia españolas han venido admitiendo, como excepción, derechos adquiridos en cuanto al cargo y a la retribución correspondiente, de los que cabalmente se hace cuestión con la introducción de nuevas incompatibilidades (42). Habrá que precisar, en cada caso concreto, sin embargo, si se trata de auténticos derechos, o bien de derechos «debilitados» o «condicionados» (RANELLETTI, ZANOBINI), pues sólo los primeros constituyen un límite al legislador, de modo que su sacrificio, impuesto por razones de interés público, implica necesariamente derecho a la correlativa indemnización. Cabe esbozar, sin embargo, los siguientes

(42) En este punto, sin embargo, no es sólo que la mayoría de nuestra doctrina viene manteniendo la tesis general de que la relación estatutaria no permite que el funcionario tenga otra cosa que derechos condicionados, sino que para algún sector doctrinal toda invocación de los derechos adquiridos, por parte de los funcionarios, es una rémora condenable frente a la potestad organizativa de la Administración (p. ej., el conocido trabajo de A. NIERO, *Los derechos adquiridos de los funcionarios*, en el núm. 39 de esta REVISTA, 1962), sobre todo en momentos en que se preparaba una importante reforma de la función pública. Estoy aquí con LÓPEZ MENUDO cuando relativiza las calificaciones de «regresivas» que se pretenden colgar a quienes defienden la aplicación de los derechos adquiridos para los funcionarios. Suyas son estas palabras que me limito a transcribir: «el problema podría plantearse hoy, en la coyuntura de una nueva reforma administrativa, si no de modo sustancialmente distinto, si con las correcciones derivadas de los cambios político-jurídicos, económicos y sociales operados en España en los últimos veinte años. Evidentemente, la situación actual de los funcionarios públicos no es la misma a la que propiciara el referido movimiento crítico ... el propio devenir de los tiempos y circunstancias podrían justificar hoy una reconsideración del problema, quizá en un sentido teóricamente «regresivo» (aunque no en la sustancia) tendente a moderar el cauce de esa pretendida potestad omnimoda de la Administración, tan enfatizada en los últimos años, de autoorganizarse sin trabas (justificado esto en una razón de interés público no siempre constatada), y poner mayor acento en el respeto a la situación jurídica del que presta sus servicios a la Administración, haciendo de ello una mera profesión u oficio, muy ajena en sus intenciones a una voluntaria jerarquización o sumisión incondicionada ... baste referirnos a la cada vez más difícil comprensión, desde el plano de la justicia material o de la igualdad, de un «*status* funcional» despojado teóricamente de derechos invocables, sometido al irresistible arbitrio de la Administración ... Tampoco es de olvidar ahora, en las puertas de una ordenación de la función pública, la importante transformación de las circunstancias; en la hora presente, se impone la búsqueda de un punto de equilibrio, que sin mermar en nada la satisfacción efectiva del interés público, cuya prevalencia no se discute, garantice al máximo la seguridad y prosperidad de las condiciones de empleo del funcionario trabajador» (ob. cit., pp. 290 y 291).

supuestos: a) *Compatibilidades reconocidas directamente por Ley o por disposición administrativa de carácter general.* Respecto de ellas, al menos de las reconocidas por Ley formal, no se plantea problema alguno, porque la Ley 20/1982, admite el mantenimiento de las preexistentes. Es evidente que, si por el contrario, se impusiera una interpretación restrictiva, excluyente de las compatibilidades autorizadas por disposición reglamentaria se estaría ante el supuesto de derechos adquiridos, sacrificados por la nueva Ley, y por tanto, indemnizables; b) *Compatibilidades no reconocidas directamente por la Ley, pero admitidas por ésta o por disposición reglamentaria.* Hay que distinguir aquí distintos supuestos, entre otros: a') *compatibilidades que no exigen previa declaración de compatibilidad* (es el caso, p. ej., de las existentes con plazas de la Administración Local y del extinto Movimiento y su Consejo Nacional, en el sistema derivado de la Ley de 1964, a pesar de lo establecido luego, ilegalmente a mi juicio, por la Orden de 29 de octubre de 1965). Este caso parece evidente que hay que reconducirlo, en cuanto a sus consecuencias prácticas, al anterior. El hecho de que, efectivamente, se tenga o no la declaración previa de compatibilidad, no altera la situación; b') *compatibilidades sometidas a la previa declaración de compatibilidad.* Aquí hay que determinar en cada caso los efectos concretos que prefiguran tal declaración. La regla general, salvo que otra cosa se diga en las normas reguladoras, es la de que la declaración de compatibilidad no es otra cosa que un acto autorizatorio, con efectos declarativos y no constitutivos de aquélla (como la propia terminología legal induce a pensar), de modo que la Administración al declararla o autorizarla no hace otra cosa sino reconocer un derecho preexistente, que no nace del acto, sino de la Ley, que condiciona su ejercicio al examen previo por la Administración de las circunstancias o requisitos legales. De modo que se trata de un derecho efectivamente adquirido, y por tanto, indemnizable. La excepción estará en los supuestos en que la declaración de compatibilidad no tenga tales efectos declarativos, sino constitutivos o en los que aquélla sea de otorgamiento discrecional y revocable (hay una reiterada Jurisprudencia, p. ej., para el Cuerpo Superior de Policía, recogida en las Sentencias de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre, 5 y 6 de octubre de 1962, 11 de marzo, 4 de abril y 8 de mayo de 1963...). En estos supuestos excepcionales no hay, ciertamente sino un derecho condicionado, que si es revocable por la Ad-

nistración, lo es con más razón por el legislador, con carácter general, y sin necesidad de indemnización. A este supuesto son reconducibles, p. ej., los supuestos de compatibilidades entre plazas, dentro de la propia Administración del Estado, otorgadas conforme a la Orden ministerial de 29 de octubre de 1965.

Fuera de estos supuestos, el derecho adquirido existe, a mi juicio, tanto en el supuesto de que la compatibilidad efectivamente existente estuviera o no amparada por la declaración previa, siempre que ésta no tuviese, por lo dicho, efectos constitutivos. Por el contrario, no existen propiamente derechos adquiridos, sino a lo sumo expectativas no indemnizables para los funcionarios que no alcanzaron, antes de la vigencia de la Ley 20/1982, las situaciones de compatibilidad aludidas.

Los únicos derechos adquiridos que se han querido respetar expresamente por la Ley 20/1982 son los de carácter pasivo, previéndose en la disposición adicional séptima que «las situaciones de incompatibilidad que se establecen en esta Ley se entienden, en todo caso, respetando los derechos consolidados o en trámite de consolidación en materia de derechos pasivos o de pensiones de la Seguridad Social en la forma que reglamentariamente se determine». El precepto transcrito tanto se puede referir a la compatibilidad de pensiones entre sí como de éstas con retribuciones, aunque la intención original se limitase a lo primero (43). El problema fundamental es la interpretación que reglamentariamente vaya a darse a la expresión «en trámite de consolidación». A quienes pierdan la posibilidad de adquirir una pensión anteriormente compatible se les impone, por lo demás, un sacrificio de las cuotas satisfechas en favor de las entidades públicas que las percibieron, que podría dar lugar a la correspondiente acción indemnizatoria, que debe alcanzar, como mí-

(43) Como es sabido, el artículo 46.3 del Texto Refundido de 21 de abril de 1966, preceptúa que «es incompatible el cobro de dos o más pensiones causadas en su favor o en el de sus familiares, por un mismo funcionario, civil o militar, pagadas con fondos del Presupuesto General del Estado», exceptuando el número, y las que se causen «por haber desempeñado dos o más empleos retribuidos con sueldos cuya percepción simultánea estuviera autorizada por la Ley...», excepción que viene siendo interpretada restrictivamente, exigiendo la compatibilidad por Ley formal (*vid.*, Ramón AGUILAR ROS: *Estudio inédito*). En el ámbito de la Seguridad Social, la regulación es mucho más compleja, por las relaciones entre el Régimen General y los Regímenes Especiales. Sin embargo, hasta ahora, cabía perfectamente el supuesto de que un funcionario acumulase, por ejemplo, una pensión de la Seguridad Social (por serlo en un Organismo autónomo), otra de Clases pasivas (si tenía derecho a ella en el Estado) y otra, en la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local.

nimo, el importe de las referidas cuotas, y en su caso, el capital necesario para obtener mediante inversión del mismo una renta equivalente a la pérdida (44).

Con carácter general, sin embargo, y dejando aparte el tema de la compatibilidad de pensiones (que debe tener, además, su sede específica en la legislación reguladora de la Seguridad Social y Derechos Pasivos), hay base jurídica para sostener que la nueva Ley genera auténticos derechos a favor de los funcionarios para los cuales, con base en ella, se autorice u otorgue alguna compatibilidad. En efecto, en el Proyecto del Gobierno se pretendía establecer un régimen de incompatibilidades «en precario» no sólo susceptible de revisión legal (lo cual es siempre posible), sino evitando que a tales revisiones pudieran oponerse posibles derechos adquiridos a su amparo (lo que demuestra, en el fondo, dicho sea de paso, la mala conciencia del legislador frente al tratamiento otorgado en la Ley a los derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior), y permitiéndose, incluso, ambiguamente, una revisión administrativa, previéndose en el artículo 2.º del citado proyecto que

«El reconocimiento de las situaciones de compatibilidad que se establecen en el número anterior se entiende *sin perjuicio de su revisión, cuando las necesidades del servicio así lo exijan.*»

La innovación de las «necesidades del servicio» parecía querer amparar, en definitiva, la supresión de la compatibilidad por decisión administrativa, reglamentaria o por simples actos administrativos, aun en los supuestos en que la misma derivase directamente de la Ley. Pues bien, este precepto ha desaparecido definitivamente en el texto de la Ley, lo que tiene una significación precisa: las compatibilidades en ella previstas sólo pueden anularse por una nueva Ley, generando, entre tanto, derechos adquiridos para los funcionarios amparados en aquella, que en el supuesto de que sean sacrificados

(44) Con todo, el texto se debe, en su redacción actual, a las Enmiendas números 8, 27, 50, 58 y 71, presentadas en el Senado. Texto que contó con la oposición del Grupo Parlamentario Socialista. En la Enmienda núm. 33 de las tramitadas en el Congreso propuso (Disposición transitoria séptima del texto alternativo) reducir la protección a los derechos pasivos ya adquiridos a la entrada en vigor de la Ley.

por la nueva legislación habrán de serlo con la correspondiente indemnización.

Lo que abunda en cuál ha de ser la solución que ha de darse a los derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior a la Ley que comentamos. El silencio de la Ley está hablando a favor de nuestra tesis indemnizatoria.

E) Control y sanciones

El legislador se ha preocupado por el problema del control tanto o más que por el contenido de las posibles incompatibilidades que establece, sin duda, porque era consciente de la experiencia de las precedentes legislaciones sobre incompatibilidades, condenadas por una práctica irregular, y por controles inconexos dejados a cada Ministerio y organismo. En la nueva Ley subsisten los controles administrativos correspondientes (el Subsecretario del Ministerio, el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma, el Pleno de las Corporaciones Locales, intervienen para declarar la incompatibilidad, en su caso, con actividades fuera de las Administraciones Públicas; a los órganos a los que compete la dirección, inspección o jefatura de los servicios les corresponde cuidar, bajo su responsabilidad, de prevenir o corregir, en su caso, las incompatibilidades en que pueda incurrir el personal, promoviendo, en su caso, expediente de compatibilidad o expediente disciplinario; elaboración de relaciones de vacantes que se produzcan por aplicación de la Ley; ...). Pero se abre además la vía para un control del Legislativo, al establecerse en la disposición adicional sexta que

«Los órganos superiores competentes en materia de función pública informarán cada seis meses a las Cortes Generales de las autorizaciones de compatibilidad concedidas.»

El control se refuerza, sobre todo, mediante el mecanismo sancionatorio, por el papel preventivo que ha de jugar, sin duda, la calificación de las faltas por infracción de la Ley. El artículo 7.º contiene a este respecto un reforzamiento de la legislación precedente que venía considerando falta grave incurrir en incompatibilidad, mientras que ahora se califica como *muy grave* «el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos anteriores», calificación que puede supo-

ñer, como es sabido, la separación del servicio. Por eficaz que pueda resultar el precepto, no deja de ser susceptible de crítica en la medida en que establece una calificación automática y apriorística sin matizar condiciones de imputabilidad, culpabilidad y proporcionalidad, básicas en todo Derecho sancionatorio. Por lo demás, planteará numerosos problemas a la hora de su aplicación práctica. Así, el funcionario que haya declarado sus actividades, si éstas resultan incompatibles, y continúa percibiendo sus retribuciones por ellas, ¿está incurriendo en conducta sancionable, o está exculpado por ser la propia Administración la que no tuvo en cuenta su declaración de incompatibilidad? De hecho, la aplicación práctica de la Ley, la demora real que está sufriendo, implica que situaciones como la dicha se generalicen e impidan virtualmente la aplicación de un régimen sancionatorio tan estricto, en cuyo supuesto lo único previsible es que se reclamen por la Administración las retribuciones indebidamente percibidas. Pero hay también una falta de proporcionalidad, como apuntábamos, ya que se está calificando como falta muy grave lo mismo la conducta de quien no declara las actividades lucrativas que ejerce fuera de la Administración, sin perjuicio para ésta, que la de quien, aparte de ello, se sitúa en algunas de las situaciones colusorias previstas en el artículo 3.º, y a su amparo obtiene beneficios particulares. Las soluciones excesivamente generales, por eficaces que sean, resultan, en suma, injustas.

La Ley es, cambio, mucho más matizada cuando previene que los incumplimientos del deber de residencia, asistencia al lugar de trabajo, retraso, negligencia o descuido en el desempeño de los mismos dará lugar a faltas que serán «calificadas y sancionadas... conforme a las normas que se contengan en el régimen disciplinario aplicable» (lo cual no era necesario que se dijese expresamente). Lo que sí es una novedad es que, en tales casos, el funcionario compatible se encuentra con una sanción adicional: queda automáticamente suspendida la autorización de compatibilidad que se le hubiera concedido, supuesto que, sin embargo, no encaja realmente en el esquema legal en el que, como hemos visto, la autorización juega un papel residual, por tener el funcionario un derecho *ex lege* y no dependiente, salvo excepcionalmente, de autorización administrativa.