

CRITERIO SOBRE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACION CIVIL DEL ESTADO, SEGUN EL DECRETO-LEY DE 13 DE MAYO DE 1955 (*)

EL libro de Serrano Guirado (Enrique), intitulado «Las Incompatibilidades de Autoridades y Funcionarios», estudio doctrinal y práctico de gran interés que aporta al acervo de los comentarios de la legislación administrativa, me sugiere una glosa al Decreto-ley de 13 de mayo de 1955 sobre incompatibilidades de los funcionarios de la Administración civil del Estado, debido a una interpretación a mi modo de ver errada de algún precepto de dicho Decreto, que destruye el espíritu recto y razonable que lo inspiró.

Estuve a punto de salir al paso, en letras de molde, a esa interpretación errada que también es la de algún funcionario de un digno Cuerpo del Estado, y que me manifestaba en conversación privada; pero precisamente por ser en privado y aunque por persona interesada, sin consecuencia trascendental, no me juzgué invitado a ofrecer la hermenéutica con que sin duda quiso el legislador español acertar. Mas ahora que públicamente se interpreta en sentido equivocado, aunque con nobleza, me considero obligado a exponer en la misma forma mi modesto criterio.

(*) Al final de este trabajo, insertamos el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955 sobre incompatibilidades de funcionarios de la Administración civil del Estado, que motiva el presente estudio del maestro Alvarez-Gendín.—(L. R.).

El Decreto-ley en cuestión, enmarca a todos los funcionarios de la Administración civil estatal, salvo «los de la Carrera Judicial, Ministerio Fiscal, Cuerpos de Jueces Municipales y Comarcales, del Secretariado de la Administración de Justicia y de la Justicia Municipal, y Cuerpos de personal auxiliar y subalterno de la Administración de Justicia y de la Justicia Municipal, los cuales seguirán rigiéndose, según el artículo 5.º del D. L. en orden a incompatibilidades, por las específicas de sus Leyes, Estatutos y disposiciones especiales dictadas para ellos»; así las figuradas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 109 a 120), Reglamentos orgánicos del personal de Justicia municipal (2 de julio de 1954, 10 y 22 de diciembre de 1955, 13 de enero y 20 de abril 1956) y Ley 22 diciembre de 1955, de oficiales, auxiliares y Cuerpo administrativo de Tribunales.

Pues bien, para los restantes funcionarios de la Administración civil, se «seguirán observando, según el artículo 1.º de dicho Decreto-Ley, los preceptos generales sobre incompatibilidades determinados en la legislación vigente, y los especiales establecidos para cada Cuerpo, carrera o función, aplicándose, además, la incompatibilidad y norma que se expresa seguidamente»:

«*El ejercicio de toda otra profesión*, salvo los casos en 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».

Serrano Guirado a esta norma general de la incompatibilidad del cargo público con toda otra profesión reconoce tres excepciones (1), de dos de las cuales con un gran sentido del

(1) La primera de las incompatibilidades a cuya observancia están sujetos los funcionarios de la Administración civil del Estado es la de dedicarse al ejercicio de toda otra profesión, que ha de entenderse de carácter privado, por cuanto las de carácter público se regulan por la Ley de 15 de julio de 1954.

La norma general autoriza la excepción en los casos siguientes:

1) El ejercicio de un cargo o empleo público y de una actividad profesional privada se admite en «los casos en que, instruido el oportuno expediente, con audiencia del interesado, se declare por el jefe de la oficina

concepto del deber profesional, con un criterio deontológico, formula se protesta. La otra es la que acabo de anotar literalmente, o sea, cuando previo expediente, así se declare.

Puede estar tranquilo respecto de las supuestas excep-

o centro correspondiente que no perjudica al servicio que el funcionario tenga a su cargo.

De optarse por el principio de libertad de profesión, industria o comercio, sin otras limitaciones que las expresadas y legalmente establecidas, puede elogiarse la excepción señalada en cuanto su concesión se condiciona a las resultas de un expediente, que si se instruye, tramita y resuelve con la seriedad que corresponde, constituye una garantía para el servicio público respecto de la actuación profesional privada de un funcionario afecto al mismo; garantía mínima, por otra parte, al admitirse el ejercicio compatible de una y otra profesión.

II) Igualmente, aunque censurable por cuanto no exige expediente ni autorización particular, en los dos siguientes supuestos:

1) Cuando se trate 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; y

2) 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.

Por cuanto al primer supuesto se refiere, resulta paradójico que una disposición que pretende extender el principio de la incompatibilidad, como se declara en la exposición de motivos (párrafo 2.º), introduzca una excepción a la regla general, que exige expediente previo demostrativo de la indemnidad del servicio que tenga a su cargo el funcionario, para conceder a éste la autorización que le permita el ejercicio privado de la profesión para la que habilita el correspondiente título académico. De otra parte, la excepción a la regla se establece para los casos en que son más de temer las consecuencias desfavorables, directas o indirectas, inmediatas o diferidas, que puede originar para el servicio la compatibilidad que se autoriza. La excepción hubiera sido fundada de establecerse en sentido contrario, es decir, para los casos de ejercicio profesional privado en virtud de títulos académicos no exigidos para el desempeño del cargo público, verbigracia, los funcionarios con cargos de funciones jurídicas para el ejercicio de profesiones denominadas técnicas, y viceversa.

En cuanto al segundo supuesto de excepción, la crítica del Decreto-ley ha de ser igualmente desfavorable, pues, aparte de que en cierto sentido resulta contradictoria con la disposición del artículo 4.º, autoriza, sin expediente, las compatibilidades establecidas por los Reglamentos u otras disposiciones legales. (Serrano Guirado. «Las incompatibilidades de Autoridades y funcionarios», págs. 148-50).

ciones el señor Serrano Guirado, pues leyendo bien el texto se descubre el verdadero espíritu del legislador.

La Ley no dice que se exceptúa de toda incompatibilidad:

I. Los casos en que instruido el oportuno expediente con audiencia del interesado, se declare por el Jefe de la Oficina o centro correspondiente que no perjudica el servicio que el funcionario tenga a su cargo.

II. Cuando se trate del ejercicio de la profesión propia del título expedido por Facultad o Escuela especial que se hubiese exigido al funcionario para el desempeño del cargo.

La ley glosada —entendida Ley en sentido material— declara como excepción a la regla general de incompatibilidad con el ejercicio de toda otra profesión, cuando se acredite en expediente que la profesión que ejerce el funcionario no perjudica al servicio que se halle a su cargo.

Ahora bien, en un párrafo aparte no se admite excepción de incompatibilidad de *ninguna suerte*, es decir aún con expediente en que se declare que no hay perjuicio al servicio por el funcionario, «cuando se trate del ejercicio de la profesión propia del título expedido por Facultad o Escuela especial que se hubiese exigido al funcionario para el desempeño del cargo», por una razón de ética profesional. Esto es lo que quiere expresar el texto glosado al decir «No será necesario la instrucción de dicho expediente», porque la incompatibilidad existe siempre declarada por ministerio de la ley.

El precepto legal no admite expediente para que se autorice, verbi gracia, a un licenciado en Derecho cuyo título se exige para el desempeño de la función pública, a ejercer la abogacía, en atención a un sano criterio moral.

La excepción rezará sólo para los catedráticos, profesores de Universidad o Escuela especial, pues si pueden actuar frente a la Administración (artículo 1, norma 4.ª, párrafo 2.º, D. L. 13 mayo 1955), con más razón podrán ejercer la carrera libre en el orden de la defensa, asesoramiento o fomento de interés privado.

El funcionario civil, licenciado en Derecho, no docente, puede atraer clientela o tener un bufete espléndido en razón a los posibles buenos oficios que pueda dispensar singularmente en sus funciones públicas al cliente o a un ciudadano intere-

sado en el negocio o asunto público, aún en el orden del Derecho privado y no en contienda con la Administración, pues a este efecto la incompatibilidad estaba prevista en el artículo 252 del Reglamento sobre la jurisdicción contencioso-administrativa de 22 de junio de 1894.

Cabría hacer una salvedad interpretando el Decreto-Ley por su Preámbulo, cuando el ejercicio de la función pública, por especial naturaleza, implica una relación de libre clientela personal, como los Notarios y Agentes Comerciales, que ejercen la fe pública, puesto que no es obligado al que precise de sus servicios acudir a un determinado fedatario.

La incompatibilidad acaece también con un ingeniero o técnico de Escuela especial, los cuales en sus Reglamentos orgánicos o en preceptos especiales suelen establecer tal clase de incompatibilidades; así el Decreto de 9 de abril de 1943, artículo 58, declara incompatible el cargo de ingeniero y el de ayudante industrial con el ejercicio en la zona de su jurisdicción oficial de cargos técnicos y administrativos al servicio de tercera persona o sociedades, o de gestión directa en negocios o empresas industriales en cuya implantación, funcionamiento o inspección corresponda intervenir a los ingenieros como agentes facultativos de la Administración, aunque directamente no corresponda efectuar tal intervención al funcionario de que se trate.

La incompatibilidad entre un funcionario administrativo y un titular de una profesión libre sanitaria, por ejemplo, es inocua. No pudo atender el legislador a ésta o análoga circunstancia solamente para dictar la norma general. En cambio, aquí sí cabe la excepción, previo expediente.

La excepción o dispensa de la incompatibilidad pudiera subsistir en todo caso en el desempeño libre de las carreras médicas con los cargos oficiales sanitarios, salvo en alguno, como en los Médicos forenses o personal sanitario del Seguro de Enfermedad, que podrían acaso hacer prestaciones de servicios interesados, ya que no inconfesables; pero estas especialidades médicas tienen sus incompatibilidades previstas los primeros en el artículo 12 del Reglamento orgánico de 14 de mayo de 1948 y los segundos en la Orden de 20 de enero de 1948.

El legislador ha querido con los preceptos que venimos glosando evitar competencias profesionales ventajosas, y con esta finalidad se produjeron, si mal no recuerdo, los representantes de Colegios de Abogados en el Congreso habido en Valencia en 1954, una de cuyas conclusiones efebádas al Ministerio de Justicia creo era concurrente con el texto cuyo sentido lógico y hasta gramatical se tergiversa tan de buena fe.

El mismo criterio hermenéutico propugnamos para la 3.^a excepción apuntada por Serrano Guirado, es decir: «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 al Cuerpo o carrera de la Administración o la función pública que les incumbe».

Si el texto legal o reglamentario previene la incompatibilidad, huelga el intento de provocar, previo expediente, la compatibilidad, con un criterio favorecedor, cuando el texto del Decreto-ley que comentamos trata, no de restringir incompatibilidades, sino de ampliarlas, dado que algún Reglamento o Estatuto orgánico de funcionarios civiles no las prescriben. Luego lógicamente el expresado Decreto-ley trata de respetar las consignadas en los Reglamentos de otras profesiones o actividades públicas.

Creemos con estas notas haber puntualizado el sentido estricto del D. L. de 13 de mayo de 1955, para cuya interpretación acudo en ayuda de la de otros juristas.

SABINO ALVAREZ GENDÍN

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO

DECRETO-LEY DE 13 DE MAYO DE 1955 SOBRE INCOMPATIBILIDADES DE FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACION CIVIL DEL ESTADO

Artículo primero. Seguirán observándose para los funcionarios de la Administración civil del Estado los preceptos generales sobre incompatibilidades determinados en la legislación vigente, y los especialmente establecidos para cada Cuerpo, carrera o función, aplicándose, además, las incompatibilidades y normas que se expresan a continuación:

Primera. El ejercicio de toda otra profesión, salvo los casos en que, instruído 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.

No será necesaria la instrucción de dicho expediente:

- a) Cuando se trata del ejercicio de la profesión propia del título expedido por Facultad o Escuela especial que se hubiese 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.

Segunda. El funcionario no podrá ejercer actividades profesionales o privadas, bajo la dependencia o al servicio de otras entidades o particulares, en los asuntos en que éste interviniendo por razón del cargo, ni en los que estén en tramitación o pendientes de resolución de la Oficina local, Cen-

tro directivo o Ministerio donde el funcionario estuviera destinado, adscrito o agregado o del que dependa.

No están comprendidos en esta incompatibilidad los funcionarios que por precepto legal actúen o vengan obligados a intervenir, como fedatarios, mediadores o en funciones especialmente definidas como propias de su profesión pública, el pago de cuyos derechos corresponda satisfacer a los beneficiarios del servicio.

Tercera. La abstención y recusación de los funcionarios de la Administración civil del Estado se regirá, en defecto de procedimiento especial a este fin, como se establece en los párrafos siguientes de la presente norma:

El funcionario promoverá por escrito ante su Jefe inmediato la actuación de quien le sustituya reglamentariamente, y se abstendrá de intervenir, por razón de su cargo, en la tramitación y resolución de los asuntos en que él tenga interés personal o en otro semejante cuya decisión pudiera influir en la de aquéllos, de los asuntos en que hubiere ejercido, con anterioridad, actividades profesionales o privadas al servicio de entidades o particulares; de los asuntos en que tenga interés directo persona con quien le ligue parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado civil, o de afinidad dentro del segundo, o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad con mandatario o representante legal que intervenga en aquéllos, y de los asuntos con cuyos interesados le una amistad íntima o le separe enemistad manifiesta o tenga cuestión litigiosa pendiente.

Sin perjuicio de esta obligación del funcionario, podrán los interesados, en cualquier momento de la tramitación del expediente, promover, por cualquiera de los motivos consignados en el párrafo anterior, la recusación del funcionario, formulándola por escrito, con expresión correcta de la causa o causas en que la funden y aportando las pruebas que demuestren la incompatibilidad. De la recusación y pruebas en que se funde se dará traslado al funcionario recusado para que alegue lo que estime procedente, y presente, en su caso, las pruebas que sean pertinentes.

El Jefe inmediato del funcionario tramitará y resolverá las cuestiones que se planteen sobre abstención por incom-

patibilidad, y tramitará y propondrá las relativas a recusación a la Autoridad a quien correspondiese la resolución del expediente, dentro del cual se promueva aquélla. El despacho de estas cuestiones tendrá el carácter de urgencia, y contra las resoluciones que se adopten no se dará recurso alguno.

Si al resolver el expediente de recusación se apreciara la existencia de temeridad o mala fe en el recusante, éste podrá ser sancionado con multa hasta de cinco mil pesetas, para lo que tendrá en cuenta el grado de temeridad o malicia, la posición económica del recusante y la categoría del funcionario recusado.

Cuarta. El funcionario que no estuviera en situación de jubilado o de excedencia voluntaria no podrá ostentar la representación, asumir la defensa ni prestar el servicio de Perito de otras Entidades o particulares, por designación de éstos, en las contiendas en que el Estado sea parte ante los Tribunales de Justicia, ordinarios, contencioso-administrativos o especiales, ni en las reclamaciones que se promuevan contra actos administrativos de gestión ante los Organismos y Tribunales Administrativos dependientes de cualquier Ministerio, no pudiendo tampoco dichos funcionarios desempeñar profesionalmente servicios de Agencia de Negocios o de Gestoría de Asuntos ante las oficinas locales o centrales de los Departamentos ministeriales.

No se considerará comprendida esta incompatibilidad la representación o defensa, ni la actuación pericial, por Catedráticos y Profesores de Facultad Universitaria o de Escuela Especial, cuyos títulos y condiciones les habiliten legalmente a dichos fines.

Artículo segundo. El ejercicio por el funcionamiento de otras actividades profesionales o privadas compatibles no servirá de causa 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 despacho de los asuntos, debiendo ser calificadas y sancionadas las correspondientes faltas como previene la legislación general de funcionarios.

Artículo tercero. Los órganos de la Administración civil del Estado a que competen la dirección, inspección o jefatura

de los respectivos servicios cuidarán de prevenir y, en su caso, corregir las incompatibilidades en que puedan incurrir funcionarios, promoviendo, cuando así sea procedente, expediente de sanción disciplinaria.

A estos efectos, se calificará de falta grave la incursión voluntaria del funcionario en cualquiera de las incompatibilidades a que se refieren las normas segunda, tercera y cuarta del artículo primero, salvo cuando concurren, además, circunstancias que obliguen a calificarla de falta muy grave.

Artículo cuarto. A los funcionarios de Cuerpos y carreras de la Administración civil del Estado que se rijan por disposiciones especiales se les aplicarán también los preceptos del presente Decreto-Ley, y si estuvieren en oposición con los de aquéllas, los Ministerios respectivos promoverán inmediatamente la adaptación de las normas contenidas en el presente que sea adecuada a la especialidad de las disposiciones que rijan los Cuerpos o carreras de aquéllos dependientes.

Artículo quinto. Las normas de este Decreto-Ley no serán aplicables a los funcionarios de la Carrera Judicial, Ministerio Fiscal, Cuerpos de Jueces Municipales, Comarcales y de Paz y de Fiscales Municipales y Comarcales, del Secretariado de la Administración de Justicia y de la Justicia Municipal y Cuerpos de personal auxiliar y subalterno de la Administración de Justicia y de la Justicia Municipal, los cuales seguirán rigiéndose, en orden a incompatibilidades, por las específicas de sus Leyes, Estatutos y disposiciones especialmente dictados para ellos.

Artículo sexto. Se autoriza a la Presidencia del Gobierno para dictar las disposiciones que estime precisas para el mejor cumplimiento e interpretación de las normas contenidas en este Decreto-Ley.

Artículo séptimo. Quedan derogadas las Leyes y disposiciones legales que se opongan a los preceptos de este Decreto-Ley, del cual se dará cuenta inmediata a las Cortes.