



EN TORNO A LA EXCEDENCIA FORZOSA

35.083.112(46)

Por JOSE MARIA DE FRUTOS ISABEL

Sumario: I. Introducción y planteamiento.—
II. Las incompatibilidades están determinadas no sólo por la función, sino también por el sueldo y por el tiempo.—III. Naturaleza jurídica del contenido económico de la situación de excedencia forzosa: no es gratificación; no es sueldo ni emolumento; el carácter patrimonial del derecho del funcionario; es indemnización.—
IV. Incompatibilidad y compatibilidad de la excedencia forzosa retribuida y el servicio activo: pertenencia simultánea a dos Cuerpos; pertenencia derivativa o sucesiva. La compatibilidad es aquí procedente.

I. Introducción y planteamiento

S IEMPRE ha sido tema interesante y fluido el relativo a las compatibilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos (1), y en la práctica tiene más importancia en nuestros días, en que la insuficiencia de las retribuciones económicas de los funcionarios (2) obliga a éstos a buscar otras ocupaciones, bien en el seno de la actividad privada o en el de la misma Admi-

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

(2) Incluso reconocido por entidades extranacionales. «Es un hecho que no puede negarse que los sueldos básicos de los funcionarios no se han reajustado para adaptarse a la baja de la capacidad adquisitiva y ya no resultan suficientes para procurarse los medios adecuados de subsistencia. Por consiguiente, los Ministerios tienen que conceder a sus empleados tiempo suficiente para completar su sueldo con otras ocupaciones—lo cual es una solución poco satisfactoria para la Administración—o deben adoptar las medidas necesarias para aumentar el sueldo básico de sus empleados a fin de que se ajusten mejor al coste de la vida.» *Informe del Banco Inter-*

nistración pública, en su triple dimensión de central, local o institucional, dando lugar al llamado pluriempleo, que también, justo es decirlo, se quiere cortar o limitar mediante el sistema de dedicación exclusiva, sobre la base prohibitiva, para quien se acoge a él, de no pertenecer a ningún otro Cuerpo del Estado, provincia, municipio o entidad institucional o del Movimiento, ni ejercer ninguna otra profesión (3).

Ello nos lleva a estudiar aquí la determinación de si es compatible o no la situación administrativa de excedencia forzosa respecto de la situación, igualmente administrativa, de servicio activo (4). Claro es, y creo no sería necesario decirlo, que constituye presupuesto necesario que un mismo funcionario pertenezca a dos Cuerpos, no importando que dichos Cuerpos estén adscritos a diferentes Administraciones:

EXCEDENCIA FORZOSA EN CUERPO O EMPLEO	Y	SERVICIO ACTIVO EN CUERPO O EMPLEO
<i>De Administración central</i>		<i>de Administración institucional</i>
<i>De Administración provincial</i>		<i>de Administración municipal</i>
<i>De Administración municipal</i>		<i>de Administración provincial</i>
<i>De Administración institucional</i>		<i>de Administración central</i>
<i>De Administración central (un Ministerio)</i>		<i>de Administración central (otro Ministerio)</i>
<i>De Administración institucional (un ente)</i>		<i>de Administración institucional (otro ente)</i>
<i>De Cuerpo específico de un Ministerio, provincia, municipio o ente</i>	<i>respecto a</i>	<i>Otro Cuerpo del mismo Ministerio, provincia, municipio o ente</i>

nacional de Reconstrucción y Fomento sobre el Desarrollo Económico de España. Oficina de Coordinación y Programación Económica. Madrid, 1962, p. 119.

Más recientemente, *vid.* la interesante obra de NIETO GARCÍA, ALEJANDRO: «La retribución de los funcionarios públicos en España (Historia y actualidad)», *Revista de Occidente*, Madrid, 1967.

(3) Establecido ya para los funcionarios de numerosos Cuerpos docentes y aspiración para todos ellos, establecida en la Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970, artículo 114, 5.

(4) «Entendemos que hay, o debiera haber, incompatibilidad entre los haberes de excedencia y otro sueldo de activo.» MARQUÉS CARBO, L.: *Reglamento de Funcionarios de Administración Local*. Tarragona, Ed. Sagrañes, 1952, p. 112.

Dentro del supuesto inicial que nos planteamos podemos y debemos distinguir diferentes posiciones, según el acceso a los cargos y su respectiva declaración de compatibilidad:

1. El funcionario X, que ejerce en servicio activo dos cargos, que son legalmente compatibles, es, a su vez, declarado en situación de excedencia forzosa en uno de ellos.

2. El funcionario Y, en situación administrativa de servicio activo en un Cuerpo, es declarado excedente forzoso; estando en esta situación, es nombrado, en virtud de oposición a concurso, funcionario de otro Cuerpo, en el que, tras la toma de posesión, se encuentra en servicio activo.

A su vez, puede resultar que este último cargo sea:

2.1 Compatible con el anterior, si ambos se ejerciesen en servicio activo, por razón de la función a desempeñar, con lo que prácticamente estaríamos en el caso 1.

2.2 No compatible con el anterior, tanto por razón de la función, como aunque no lo fuera, por desempeñarse en población distinta.

El objeto de nuestro estudio y, por consiguiente, la pregunta que nos hacemos es la siguiente: ¿Son compatibles o no ambas situaciones, teniendo en cuenta las secuelas económicas que cada una lleva consigo? ¿Requiere cada una de ellas un tratamiento jurídico distinto o, por el contrario, puede ser uniforme la razón jurídica para ambas? Claro es que respecto del primero, tenemos como presupuesto una pertenencia simultánea a dos Cuerpos, y en el segundo, una pertenencia derivativa o sucesiva. Pues bien, con los casos así expuestos, podemos afirmar «a priori» que nada repugna a que tengan un régimen jurídico homogéneo, pero observamos también que, extinguida la causa que origina la excedencia forzosa, el reingreso al servicio activo es distinto, porque en los casos 1 y 2.1 no surge ninguna dificultad, ya que ambos cargos son compatibles. En cambio, en el caso 2.2, por ser incompatibles, debe plantearse el problema de la opción por uno u otro, ya que ante el silencio del funcionario, la Administración le dará un valor o estimación positivo, declarándole en la situación administración de excedencia voluntaria (5).

(5) Artículos 58, 4; 62, 1, c), y 60, 2, del RFAL de 30 de mayo de 1952, y artículo 51, 2, de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964.

II. Las incompatibilidades están determinadas no sólo por la función, sino también por el sueldo y por el tiempo

En nuestro Derecho positivo tenemos, en materia de incompatibilidades, y genéricamente hablando, un régimen jurídico uniforme, el establecido para los funcionarios civiles de la Administración del Estado, al que se remitieron y actualmente se remiten los de las demás Administraciones, fijado por la normativa siguiente:

1. *Administración central*

1.^a Sección 2.^a del capítulo VII del título III de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 (arts. 82 a 86).

2.^a Artículo 9.^o de la Ley de Retribuciones de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado de 4 de mayo de 1965.

2. *Administración local*

Artículo 328 de la Ley de Régimen Local (en adelante LRL) y artículo 37 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local (en adelante RFAL):

«Serán aplicables a los funcionarios de Administración local las incompatibilidades que rijan para los funcionarios civiles del Estado.»

3. *Administración institucional*

La Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, que señala en su Preámbulo:

«Por lo que se refiere al personal, la Ley se inspira en los principios generales que establece la legislación sobre funcionarios de la Administración central del Estado; pero estando en estudio un Estatuto general de éstos, y dada la unidad de criterio que ha de presidir toda la legislación en materia tan compleja y delicada, ha parecido conveniente formular sólo las declaraciones básicas, relegando su reglamentación al Estatuto especial que para el personal de los Organismos autónomos habrá también de dictarse.»

y dispone en el artículo 82,3.

«La relación jurídica existente entre estos funcionarios y los Organismos autónomos a los que sirven es de Derecho administrativo. Con carácter supletorio, les serán aplicables las normas relativas a los funcionarios de la Administración central del Estado.»

Pero dentro del sistema general de incompatibilidades de funcionarios públicos, repetimos, la excepción de la compatibilidad de ciertas funciones; pero, a su vez, observamos dentro de esta compatibilidad una nueva incompatibilidad, la referente a sueldos, es decir, dos funciones son compatibles por determinación legal, pero para que pueda tener efectividad la compatibilidad es preciso que en un cargo se cobre en concepto de sueldo y en el otro en concepto de gratificación (6).

III. Naturaleza jurídica del contenido económico de la situación de excedencia forzosa

Estimamos que el *quid* de la cuestión que hacemos objeto de nuestro estudio está determinado por lo que pueda ser el contenido económico de la excedencia forzosa, pues si esta situación careciera de él, como lo tiene la excedencia voluntaria o la situación de supernumerario, propiamente no surgiría problema alguno, ya que no habría razón para que se estableciera la incompatibilidad.

Pues bien, ¿qué naturaleza jurídica tiene la percepción económica del excedente forzoso?, ¿es sueldo?, ¿es gratificación?, o ¿será otra cosa distinta de ambas?

(6) «El principio de la Ley de 9 de julio de 1855 es fundamental en la materia, no obstante las derogaciones directas o indirectas, formales o de hecho, que hoy padece. En tal sentido, puede afirmarse que su vigencia total o limitada, como la plenitud del derecho de ejercicio compatible de dos o más cargos públicos, depende de las disposiciones de las Leyes de Presupuestos.

La vigencia del principio de incompatibilidad de dos o más sueldos, remuneraciones, etc., sufre hoy la corrección a través de una práctica cada vez más extendida de la autorización en la Ley económica del Estado, para percibir uno de ellos en el concepto de gratificación; práctica que ha permitido la simultaneidad de cargos sin la declaración legal de rango bastante, de acuerdo con las leyes básicas del régimen de la función pública.» SERRANO GUIRADO: *Op. cit.*, p. 117.

Adelantemos que los textos legales no nos responden de una forma clara a nuestra pregunta. La afirmación de

«Los excedentes forzosos tendrán derecho a percibir su sueldo personal y el complemento familiar...» (art. 44,2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado).

«El excedente forzoso tendrá derecho a percibir, mientras permanezca en tal situación, el 80 por 100 del sueldo consolidado...» (art. 57,2 del RFAL).

estimamos que no son, por sí solos, lo suficientemente expresivos para determinar lo que nos preguntamos. Si la mera referencia al sueldo califica *per se* todo lo que con él se relacione tendríamos que llegar a la conclusión, de todo punto peligrosa, que las pensiones de jubilación, viudedad u orfandad y las mesadas de supervivencia son también sueldo. Pero a esta conclusión conduce la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1930:

«Si en situación de excedencia por supresión de cargos existe un sueldo básico de que se parte para precisar cuál se asigna al empleado, nada impide que aquél sirva igualmente en su día para determinar los haberes correspondientes cuando sea separado definitivamente del servicio activo, o, en otras palabras, admitida la virtualidad de dicho sueldo para graduar el de excedencia, no cabe negársela para fijar la pensión de jubilación, que también consiste, como los haberes de excedencia, en partes alícuotas del sueldo.»

Lo mismo podíamos decir del extinguido «plus de carestía de vida» en los funcionarios que lo tuvieran asignado, por cuanto que también consistió en un porcentaje del sueldo. E incluso también afirmar que la misma Ayuda Familiar es sueldo, porque para ser beneficiario de ellas hay que tener consignado *sueldo* en el capítulo 1.º, artículo 1.º del Presupuesto del Estado (art. 1.º de la Ley de 15 de julio de 1954) o «siempre que el funcionario, sea cualquiera la situación en que se halle, tenga derecho al percibo del sueldo» (art. 2,1 de la Ley de 27 de diciembre de 1956 de Ayuda Familiar para los Funcionarios de Administración Local); criterio que también sostiene el Tribunal Supremo:

«la Ayuda Familiar, aunque se perciba por razones de índole familiar, constituye, en definitiva, un complemento del sueldo, cuyo derecho arranca del carácter de funcionario público de la persona que la percibe y disfruta, y es remuneratoria del desempeño de su función.» (S. 10-IV-1957.)

No obstante, sigamos nuestro camino y preguntémosnos, ¿la percepción económica del excedente forzoso es gratificación?

Referido genéricamente a los derechos económicos de los funcionarios es corriente hablar de remuneraciones, gratificaciones, retribuciones, etc., que usualmente vienen a ser términos sinónimos. Pero si había una diferenciación legal entre sueldo y gratificación, determinada por su ubicación en las Leyes de Presupuestos, ya que los sueldos estaban consignados en el capítulo 1.º, artículo 1.º y las gratificaciones en el capítulo 1.º, artículo 2.º, lo que quería indicar que presupuestariamente no eran lo mismo. Y más aún, la retribución de los funcionarios excedentes forzosos, pese a la consideración jurisprudencial de ser sueldo o parte alícuota del sueldo, no se consignaban presupuestariamente en el capítulo 1.º, artículo 1.º, del Presupuesto correspondiente a la sección respectiva de cada uno de los Departamentos ministeriales, donde iban los auténticos sueldos de los funcionarios, sino en la sección 28, titulada «Obligaciones a extinguir de los Departamentos ministeriales» (7).

Modificada la estructura de los Presupuestos del Estado por la Orden del Ministerio de Hacienda de 1 de abril de 1967 («BOE» del 10), reformada por la Orden ministerial de 2 de enero de 1968 («BOE» del 11), el capítulo 1.º del Presupuesto de Gastos va a estar destinado a «Remuneraciones de Personal» y su artículo 11, a «Sueldos, trienios y pagas extraordinarias», pero las retribuciones de los excedentes forzosos van a incluirse dentro del mismo capítulo, pero en el artículo 17, titulado «Personal eventual, contratado y vario» y dentro de él en el concepto 173, todo ello incluido en el término más amplio de «Gastos de diversos Ministerios», donde se incluyen las denominadas «Obligaciones a ex-

(7) Vid. artículo 22 de la Ley de 23 de diciembre de 1961, que aprueba los Presupuestos Generales del Estado para el bienio 1962-63; artículo 25 de la Ley de 28 de diciembre de 1963, que los aprueba para el bienio 1964-65; artículo 23 de la Ley de 21 de diciembre de 1965, que los aprueba para el bienio, 1966-67.

tinguir» (8), lo que también nos vuelve a poner de relieve que hoy por hoy, presupuestariamente, la retribución de los excedentes forzosos no es igual a la de los funcionarios en servicio activo. ¿Será que no son sueldo?

Hay una nota característica de la gratificación y es que corresponde a servicios prestados, al menos formalmente. Ahora bien, como el excedente forzoso no presta servicio alguno, mal puede decirse que en lo que tal concepto perciba sea gratificación. Y menos aún si tenemos en cuenta lo que se entiende por gratificación a la vista del artículo 101,3 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado.

Entonces, ¿será sueldo?

Ya hemos manifestado anteriormente cómo las disposiciones legales señalan que el excedente forzoso tendrá derecho a percibir su sueldo personal y el complemento familiar o al 80 por 100 del sueldo consolidado, según sean de la Administración central o de la local. La doctrina jurisprudencial lo estima así y reiteradamente en sentencias, entre otras, de 20 de abril de 1940, 14 de diciembre de 1946, 17 de febrero de 1947, 22 de mayo de 1948 y 25 de junio de 1949; y más concretamente

«la retribución asignada a quien por reforma de plantillas se halle en situación de excedencia es, según la Ley de 22 de julio de 1918, base 4.ª, dos tercios de su sueldo, o sea, del fijado para la plaza que le correspondiera servir en activo; con lo cual se reconoce la titularidad de un sueldo a favor del funcionario excedente por tal motivo y el derecho a la percepción, más o menos limitada cuantitativamente, de haberes en virtud de aquel sueldo» (S. 12-VII-1930),

«lo que impide reputarle a un mismo tiempo en dos situaciones administrativas, como son las de activo y excedente retribuido, es decir, percibiendo a la vez *dos sueldos del Estado* contra terminante precepto de la Ley que lo impide, salvo excepciones taxativamente declaradas y como tales de interpretación estricta» (S. 12-V-1933),

«pero cuando en el ejercicio de su actividad reforma plantillas, suprime cargos, reorganiza servicios o realiza actos de

(8) Vid. la Orden ministerial de Hacienda de 1 de abril de 1967 («BOE» del 10), que da nueva estructura a los Presupuestos del Estado, modificada por Orden ministerial de 2 de enero de 1968 («BOE» del 11), con sus respectivos anexos.

cualquier naturaleza de los que se sigue el cese del empleado inamovible en el cometido que le es propio, ha de respetar dos cosas que son inherentes a la condición del funcionario: *el sueldo bien que disminuido* por la prestación no efectiva de trabajo y el vínculo trabado con la Administración, dos notas consustanciales con la excedencia forzosa...» (S. 24-X-1959.)

Por otra parte, y aunque indirectamente, también nos viene a decir el Tribunal Supremo que la retribución del excedente forzoso es sueldo, al afirmar que si la remuneración del cargo es en concepto de gratificación, habrá excedencia forzosa, sí, porque, como luego veremos, se impone coactivamente, pero no dará lugar a retribución alguna, porque de haberla ha de ser *a fortiori* un porcentaje del sueldo, pero no un porcentaje referido a una cosa que no existe, so pena de convertir la gratificación, por vía de excedencia forzosa, en sueldo; criterio que nos viene expresado en las Sentencias siguientes:

«tratándose de un funcionario que venía desempeñando a la vez dos destinos de la Administración pública, y que por supresión en presupuestos de la consignación correspondiente a uno de ellos, cesó en su desempeño y en el percibo de la respectiva remuneración, que sólo en concepto de gratificación podía cobrar ante la expresa prohibición del disfrute simultáneo de dos sueldos hecha por la Ley de 9 de julio de 1855, sin existir excepción legal que le comprenda, sólo pudo seguir percibiendo el sueldo de su cargo activo» (S. 12-V-1933),

«si bien es cierto que el Reglamento de 14 de mayo de 1928 aplicado a los funcionarios provinciales, dispone en sus artículos 23 y 27 que en caso de supresión o reforma quedarán excedentes forzosos con los dos tercios del sueldo, no lo es menos que el señor A., al ser designado como profesor de Dibujo, lo fue con una gratificación de 3.000 pesetas anuales, y como la gratificación tiene un carácter jurídico distinto del sueldo por ser compatible con el disfrute de cualquier otro sueldo o función, como ocurre con el recurrente, que es también funcionario municipal, resulta notorio que no existe en este caso sueldo alguno al que pueda referirse la parte alicuota de la excedencia, ni haber pasivo, por lo que no cabe definirse ni declararse en favor del actor.» (S. 6-VI-1952.)

Pues bien, aplicando lo hasta ahora dicho a los casos propuestos, nos lleva a las siguientes conclusiones:

Caso 1: X, funcionario en situación administrativa de servicio activo en los Cuerpos *A* y *B*, cuyas retribuciones percibe como sueldo y gratificación, respectivamente, es declarado excedente forzoso en el Cuerpo *B*, y a pesar de disponer su normativa aplicable que en tal situación tendrá derecho a su sueldo personal o al 80 por 100 del sueldo consolidado, no percibirá nada en este concepto, *aunque si queda excedente forzoso*. Las situaciones administrativas de servicio activo en *A* y excedencia forzosa en *B* son tan compatibles ahora como eran antes de declarada la excedencia, lo que no resulta compatible es el servicio activo *con los efectos* de la excedencia forzosa, que es cosa distinta. O dicho de otra forma, ambas situaciones son compatibles por naturaleza, son incompatibles, en principio—por lo que después diremos—, por sus efectos.

Pero si la excedencia forzosa es declarada en el Cuerpo *A* y sigue estando en servicio activo en *B* (9), ambas situaciones son compatibles tanto por su naturaleza como por sus efectos, ya que «el sueldo personal» o «el sueldo, bien que disminuido» es compatible con la gratificación.

Caso 2: Y, funcionario en activo en el Cuerpo *A*, es declarado excedente forzoso y, como tal, en uso de su derecho, percibe el sueldo personal o el 80 por 100 de su sueldo consolidado. En el afán de mejorar la situación económica a que se ha visto consuetudinario por la decisión de la Administración (10) e impulsado por la necesidad bien pecuniaria o de ocupar su tiempo, ingresa, por oposición, concurso o concurso-oposición, en el Cuerpo *B*.

(9) Estimo que es indudable que la prestación de servicios, aunque la retribución sea en concepto de gratificación, constituye servicio activo. Otra cosa es, y bien distinta, que los servicios prestados y retribuidos en concepto de gratificación no sean computables a efectos pasivos.

(10) Si pensamos que en el régimen actual de retribución de los funcionarios, si bien mejorado con relación al sistema anterior por la Ley de Retribuciones de 4 de mayo de 1985, las remuneraciones resultan decorosas, porque los complementos desbordan y empujeñecen el sueldo, como la excedencia forzosa no afecta aquéllos (salvo el familiar, que es el más escaso), y si a éste, el afectado por la imposición de la Administración, el excedente forzoso, sufre un verdadero castigo, que sólo puede remediar la propia actividad del funcionario excedente si quiere compensar la disminución de su capacidad de ganancia.

2.1 Si el empleo así obtenido es retribuido en concepto de gratificación, hay compatibilidad—por su naturaleza y por sus efectos—, como antes se ha dicho.

2.2 Si la retribución en el Cuerpo B es sueldo, porque percibe dos sueldos, hay incompatibilidad, no por su naturaleza sino por sus efectos.

¿Son ambos casos iguales? A primera vista parece lógico dar una respuesta afirmativa, pero es la misma lógica la que nos indica que la respuesta debe ser negativa, y a ello nos lleva la vida misma de la excedencia forzosa. La diferencia nos la va a dar, como inicialmente apuntamos, el momento de la muerte de la excedencia forzosa, es decir, cuando la Administración la extingue porque llama nuevamente al servicio activo. La vuelta a la normalidad va a producir efectos desiguales. El restablecimiento de la situación nos conducirá otra vez a la pertenencia simultánea en ambos Cuerpos (caso 1) o producirá ahora una pertenencia simultánea donde antes no la había (caso 2.1), pero no puede producirla en el caso restantes (2.2), donde se planteará el problema de la opción; luego no podemos decir que los casos sean iguales.

Hemos de acudir a la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo para que nos diga lo que es propiamente la excedencia forzosa y la claridad de la sentencia de 24 de octubre de 1959 es meridiana

«la distinción fundamental entre las diversas modalidades que puede adoptar la situación de excedencia, viene determinada por la participación que para llegar a ella tenga la voluntad del funcionario, y de ahí que *la excedencia voluntaria se conceda y la forzosa se declare, porque la primera es consecuencia de una significación de la voluntad del funcionario, y la segunda, de la voluntad de la Administración...*»

Y aún añadimos que la voluntad del funcionario es sustancial tanto en el origen de la excedencia voluntaria como en su fin, pues en ambos casos *pide*: la concesión primero, la cesación después, aunque para esta última tenga la limitación temporal de un año. Y aún ha matizado más el Tribunal Supremo el valor

de la voluntad del funcionario al establecer que conceder la excedencia voluntaria es más una obligación que una facultad de la Administración, no otra cosa quiere decir

«lo procedente es la concesión de la situación de excedencia y la excepción la negativa.» (S. 11-XI-1959.)

De igual forma y valor es la voluntad de la Administración en la excedencia forzosa, pues su declaración produce su origen y su declaración produce también su extinción; se impone al funcionario cesar en el servicio activo y reingresar en el servicio:

«El excedente forzoso *será reintegrado* al servicio activo en cuanto exista vacante análoga a la suprimida» (art. 58,2, del RFAL),

y más claro el artículo 18 de la derogada Ley de Situaciones de los Funcionarios Públicos de 15 de julio de 1954

«el reingreso de los excedentes forzosos *se hará sin necesidad de que lo solicite el funcionario*»,

ahora sustituido por el artículo 51,2 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado

«quienes cesen en la situación de supernumerario o procedan de las de excedente forzoso o suspenso *estarán obligados* a solicitar la admisión y participación en cuantos concursos puedan anunciarse para la provisión de puestos de trabajo reservados a su Cuerpo, declarándoseles, de no hacerlo, en la situación de excedencia voluntaria»,

es decir, que si se incumplen los deberes de reingresar, *de oficio*, se pasa a la situación de excedencia voluntaria.

Estamos refiriéndonos legal y jurisprudencialmente a la naturaleza jurídica de la excedencia forzosa y no hemos mencionado para nada el sueldo del excedente forzoso. Nos preguntamos nuevamente, ¿es sueldo la retribución del excedente forzoso? ¿Forma parte dicho sueldo de la naturaleza jurídica de la excedencia? ¿Ha cambiado el criterio jurisprudencial? Si en la Sentencia de 12 de mayo de 1933 se dice

«lo que impide reputarle a un mismo tiempo en dos situaciones administrativas *por su naturaleza inconciliables*, como son las de activo y *excedente retribuido*».

¿por qué no se dice nada en la de 24 de octubre de 1959, poco antes citada, que precisamente se refiere a las diferencias entre la excedencia forzosa y voluntaria, acerca de la retribución que tiene aquélla y de que carece ésta y a pesar de ser un elemento diferenciador, se alude solamente, pero de forma manifiestamente expresiva, a la voluntad de la Administración y del funcionario? ¿No tiene este silencio un alto valor interpretativo?

Pero es más, ¿no lo tiene también el RFAL, que en el capítulo VI—Derechos de los funcionarios—, la sección 3.^a—Haberes activos—no se refiera para nada al derecho pecuniario de los excedentes forzosos y que, en cambio, lo regule el capítulo IV—Situaciones de los funcionarios—, sección 4.^a, Cese en el servicio activo?

¿Y no lo tiene igualmente la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado que en el capítulo IX del título III, relativo a los «Derechos económicos del funcionario» no hace alusión ninguna a los derechos del excedente forzoso, ni tampoco la Ley de Retribuciones de 4 de mayo de 1965, a la que aquélla se remite, limitándose a establecer lo que ha indicado en el artículo 44,2, tantas veces citado?

No afecta a la excedencia forzosa, ni a su naturaleza, el que tenga una retribución, aunque sea sueldo. Prueba de ello es que en los casos propuestos, la excedencia forzosa legalmente se produce, pero sin retribución, sin sueldo. Y si reglamentariamente se estableciera sin sueldo, ¿habría tal excedencia forzosa? La jurisprudencia admite una respuesta positiva en la sentencia de 9 de noviembre de 1932

«la situación, deberes y derechos de los funcionarios municipales del Ayuntamiento de esta capital, se rige por el Reglamento orgánico de dichos funcionarios y, en su consecuencia, no figurando en dicho Reglamento ningún precepto que conceda a los funcionarios excedentes forzosos parte alguna de su haber carecen de derecho para obtenerlo, encontrándose ajustados a derecho los acuerdos requeridos del Ayuntamiento que declararon excedente forzoso al señor B., sin derecho a sueldo alguno.»

Pero resulta paradójico, aunque sea legal, que, por lo que llevamos dicho, es incompatible la excedencia forzosa retribuida con el servicio activo y compatible la excedencia forzosa retribuida con el servicio activo *gratificado*.

También hemos dicho que, jurisprudencialmente, tanto la retribución de la excedencia forzosa como las pensiones de jubilación, de viudedad y orfandad, son sueldo porque se otorgan en relación al sueldo, son *parte del todo* (sueldo) y participan de las características de éste, constituyen partes alicuotas del sueldo.

Pues bien, y he aquí otra paradoja legal, son compatibles en ciertos casos los haberes pasivos (sueldo) con haberes activos (sueldo) y también los haberes pasivos (sueldo) con otros haberes pasivos (sueldo). Esto es lo que establece el Estatuto de Clases Pasivas de 1926 (art. 96, apartado 3.º, párrafo último), si bien lo reducía a un límite cuántico—5.000 pesetas—, que eleva a 15.000 la Ley de 18 de diciembre de 1946 y ahora ha quedado suprimido por la nueva redacción que a dicho párrafo, apartado y artículo, da el artículo 2.º de la Ley de 22 de diciembre de 1960

«Se suprime la incompatibilidad por razón de cuantía en el percibo simultáneo de ciertas pensiones con otras o con haberes activos, contenida en el artículo 96, último párrafo del apartado 3.º del Estatuto de Clases Pasivas, apartado que se entenderá redactado como sigue:

3.º Las pensiones o porción de ellas que correspondan a la viuda, huérfanos o madre viuda (son compatibles), con cualquiera de los percibos siguientes:

a) el sueldo o remuneración que el mismo beneficiario obtenga por servicios prestados al Estado o a las Corporaciones locales;

b) el haber de jubilación o retiro que el mismo beneficiario tenga con cargo a fondos públicos, generales o locales.»

Se podrá objetarme que la pensión de viudedad que pueda percibir la viuda funcionario tiene su origen en *actos de otro*, los servicios prestados por el marido fallecido, conforme; pero también, si el funcionario de dos Cuerpos, bien por pertenencia simultánea o derivativa, queda excedente forzoso en uno de ellos, *lo es igualmente por actos de otro*, los de la Administración, que esa situación le impone; es más, allí hubo un hecho biológico—la muerte—, aquí un hecho volitivo. Y he aquí otra paradoja,

es compatible allí, donde hay ausencia de voluntad, pues *le viene dado*, y no lo es donde hay una plena voluntariedad, que deliberadamente *lo ha querido*.

¿No está aquí ausente la equidad? Tal y como queda expuesto, sí; pero estimamos que podemos buscar la equidad, tanto por vía legal como jurisprudencial.

En primer lugar, afirmando, aunque sea anticipando la conclusión a que llegaremos, que el contenido económico de la excedencia forzosa no es, ni puede ser, sueldo, ni cualquier otro emolumento (11).

La retribución del funcionario o sus derechos económicos, llámense o sean en concepto de sueldo, gratificación, comisión, complementos, primas, pluses, o en un sentido más genérico, emolumentos, es o resulta ser la contraprestación o remuneración del *servicio prestado*, pero no puede serlo del servicio que no se presta, porque la Administración, que es la que impone la excedencia forzosa, así lo ha querido (12). Los preceptos legales son bien claros a este respecto:

«Todos los funcionarios percibirán sueldo o emolumentos de las corporaciones *en que presten sus servicios*» (art. 329,1 de la LRL);

«Toda plaza de funcionario de plantilla tendrá dotación anual fija en presupuesto ordinario, en concepto de sueldo» (art. 80,1, del RFAL);

«Siempre que no sean rebasados los topes legales de gastos de personal, *podrán concederse a los funcionarios en activo gratificaciones por el desempeño de servicios o trabajos especiales*» (art. 87 del RFAL);

«Los funcionarios de la Administración pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de *servicios profesionales y retribuidos...*» (art. 1.º de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado);

(11) Como tampoco lo es la del jubilado, ni del pensionista. *Vid.*, aparte de los tratados generales de Derecho administrativo, entre otros: JORDANA DE POZAS, L.: *Tendencias modernas sobre el régimen de clases pasivas*, Madrid, 1928; GUAITA, A.: «Derechos pasivos», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, vol. VII, 1955.

(12) Por la misma razón de ausencia de servicio prestado, la Real Orden de 26 de octubre de 1918 permite la privación de parte del sueldo por falta de asistencia a la oficina. Por otro lado, el artículo 8.º de la Ley de Retribuciones de los Funcionarios Civiles del Estado establece la posibilidad de reducir, de manera permanente o temporal, el sueldo y complementos de los funcionarios (excepto el familiar) cuando prestaran una jornada de trabajo inferior a la legalmente establecida, que ha sido desarrollado por el Decreto de 13 de agosto de 1966 («BOE» de 10 de septiembre).

«Son funcionarios de carrera los que, en virtud de nombramiento legal, *desempeñan servicios* de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los presupuestos generales del Estado» (art. 4.º de la misma Ley).

Luego todo sueldo o gratificación es por estar en plantilla y prestar servicio, pero esto no puede aplicarse al excedente forzoso que no está, aunque estuvo, en plantilla, ni presta servicio, aunque sí perciba un *quantum*. Criterio que corrobora el Tribunal Supremo al establecer:

«*El sueldo del funcionario es remuneración de los servicios que preste, y por eso la sentencia de este Tribunal de 26 de mayo de 1935 sostiene la doctrina, recogida de otras resoluciones, de que no cabe abonar haberes (concepto más amplio que sueldo) sin que se acredite la prestación de los correspondientes servicios.*» (S. 17-X-1960.)

Pues bien, todo el sistema de nuestro derecho positivo sobre incompatibilidades de funcionarios está establecido sobre la base del servicio activo: por regla general, es incompatible el servicio activo en dos o más empleos públicos, el servicio activo en un empleo público y en una actividad profesional, etc., y entre la percepción de haberes, por prestar servicio; pero resulta difícil pensar que pueda existir incompatibilidad por no prestar servicio, es decir, entre actividad y pasividad.

Queda demostrado, pues, que la retribución del excedente forzoso no es sueldo, pero volvemos a preguntarnos, ¿qué es?, porque indudablemente algo tiene que ser. Pero vamos a indagar en otro aspecto o vía, para llegar a la conclusión deseada.

Cuando una persona ingresa como funcionario al servicio de la Administración, en virtud de la relación jurídica que surge y liga a aquél con ésta, el funcionario es titular de derechos y deberes que integran o forman parte de su patrimonio jurídico. En otras ocasiones (13) nos hemos referido a lo que llamamos «pro-

(13) Vid. «El interés social», discurso de apertura del año académico 1958-59 de la Escuela Social de Santiago, *Boletín de la Universidad de Santiago* núm. 67, 1959, páginas 245-281, y singularmente las pp. 259-262. «¿Es posible la expropiación de deberes?», en *Estudios Jurídico-Sociales*. Homenaje al profesor Legaz Lacambra, Zaragoza, 1960, pp. 959-968.

piedad de la función o del empleo», precisamente para aludir al patrimonio que supone el conjunto de derechos que tiene el funcionario frente a la Administración, como el empleado frente a su empresa. Es corriente hablar, incluso en el lenguaje administrativo, de funcionarios «en propiedad», la provisión «en propiedad» de tal plaza, etc., y es suficientemente expresivo que el artículo 30 de la Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878 diga tajantemente:

«El empleo militar es una propiedad con todos los derechos y goces que las leyes y reglamentos consignan» (14).

su reconocimiento jurisprudencial lo podemos ver, entre otras, en la Sentencia de 2 de julio de 1949:

«tal conjunto de resoluciones relativas al nombramiento, inclusión en los escalafones provisional y definitivo formados y declaración de excedencia forzosa, constituyen por sí una serie de actos de la Administración por los que ésta puso en posesión a tal señora de un conjunto de derechos que entraron a formar parte de su patrimonio jurídico y de los cuales no podía ser despojada sino con la observancia de las disposiciones legales, pues es doctrina de esta Sala (S. 20-XII-1946) que, aunque el Estado en uso de su soberanía, puede modificar y suprimir sus órganos funcionales, ello ha de ser con respeto a los derechos creados a favor de terceras personas.»

Pues bien, la excedencia forzosa, hecho impositivo de la Administración, produce como efecto la privación de unos derechos del funcionario —el de ejercer su función y el de percibir su total remuneración— que, en consecuencia, ve mermado su patrimonio; en resumen, sufre un daño y ello origina, para la Administración, el deber de indemnizar. He aquí el resultado del proceso que nos hemos planteado: el contenido económico de la excedencia forzosa es indudablemente una indemnización, que se materializa en esa percepción económica y en considerar el tiempo de vigencia de la privación como servicio prestado a efectos pasivos. Es más, este criterio de considerar el contenido económico de la excedencia forzosa como una indemnización es tam-

(14) Estimamos que no hay mayor inconveniente en trasladar este principio al empleo civil.

bién jurisprudencial. La única sentencia que hemos encontrado a este respecto es la de 12 de mayo de 1933:

«cuando la excedencia nace de reforma de plantilla, que imponga prescindir de personal, o bien de incompatibilidad por investidura parlamentaria del funcionario, el Estado se ha creído en el deber de otorgarle una compensación, concediéndole parte del sueldo de que se ve privado y el cómputo del tiempo que permanezca en excedencia, entendiéndose que así se indemniza al excedente forzoso de los inconvenientes que su anormal situación puede ofrecerle, sin causa que le sea imputable.»

Por eso es explicable que si reglamentariamente hay excedencia sin retribución, es porque el derecho a la reparación no existe, al no estar integrado o ser constitutivo del patrimonio jurídico del funcionario, en el caso a que hemos aludido anteriormente, (vid. p. 13), resuelto por la Sentencia de 9 de noviembre de 1932. Y la misma razón de ausencia del patrimonio jurídico justifica que pueda suprimirse una plaza o un servicio sin que los funcionarios afectados queden en excedencia forzosa, supuesto que contempla la sentencia de 21 de noviembre de 1948:

«Ni en la Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931, ni en ninguna otra disposición se establecen conceptos en los que puedan fundarse los pretendidos derechos de los mismos (secretarios y otros empleados de los Jurados Mixtos de la Propiedad rústica) a la declaración de excedencia forzosa... y como consecuencia resulta indudable que los funcionarios que por supresión de estos cargos cesaran de prestar servicios en ellos podrán ser utilizados en otros por el Estado en el caso de que lo estimara conveniente para los intereses nacionales, pero, mientras así no lo disponga, no ostentan aquéllos ningún derecho a ser incluidos en la situación legal de la excedencia forzosa, ni al abono de sueldo ni de tiempo de servicios derivado de la misma.»

Pues bien, si la naturaleza jurídica del contenido económico de la excedencia forzosa es una indemnización, ¿qué valor tiene o qué quiere decir «el derecho a percibir su sueldo personal y el complemento familiar» o «el ochenta por ciento del sueldo consolidado», según sean funcionarios de la Administración central o local? Aunque se trate de la misma cantidad o parte de ella

(sueldo), la presencia del sueldo excluye la de la indemnización, que son dos cosas manifiestamente incompatibles, aquél es contraprestación de un servicio y éste reparación de un daño. Cómo se explica la antinomia.

Opinamos, salvo mejor juicio, que la solución correcta estriba en considerar que la referencia al sueldo es para hacer la estimación valorativa del daño, es decir, una cantidad determinada por un módulo, un porcentaje o proporción con relación *al* sueldo, que no es propiamente una parte *del* sueldo o *el* sueldo mismo, o si se quiere, con más precisión terminológica y jurídico-administrativa, justiprecio legal a la privación que impositivamente se hace al funcionario del derecho a prestar su función, es decir, a la privación de *su* propiedad (15). Por ello, en la hipótesis de la existencia de funcionarios gratuitos, de declararlos excedentes forzosos no habría lugar a reparación porque no se les ha causado ningún daño, salvo el moral, y de todos es sabido que el daño, para que surja el deber de indemnización por parte de la Administración ha de ser efectivo, material e individualizado. Lo mismo ocurriría si admitiésemos, en la más pura hipótesis, la expropiación de una cosa sin valor; la expropiación se realizaría, pero no habría justiprecio porque no se produce daño.

IV. Incompatibilidad y compatibilidad de la excedencia forzosa retribuida y el servicio activo

Establecido que el contenido económico de la excedencia forzosa es indemnización, hemos de volver a los casos propuestos para determinar la posible incompatibilidad o compatibilidad que inicialmente nos propusimos; ya estamos en condiciones de hacerlo.

(15) La fundamentación doctrinal que puede aplicarse a esta conclusión puede ser tanto la teoría de los derechos adquiridos, la de la garantía de la propiedad privada, la de la igualdad jurídica y constitucional de los ciudadanos ante las cargas públicas, la de la conversión obligatoria de derechos, como la de los derechos debilitados o condicionados. Vid., a este respecto: GARRIDO FALLA, F.: «La teoría de la indemnización en Derecho Público», en *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marin*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1952, y GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956.

Podía pensarse, en principio, que como la percepción de sueldo e indemnización no es inconciliable, siempre que hubiera una excedencia forzosa debe proceder la indemnización con independencia de que se desempeñe o no otro empleo. Pero precisamente la distinción entre sueldo y gratificación en el sentido legal nos va a dar la solución.

La percepción de la retribución en concepto de gratificación no sólo tiene un valor actual sino también futuro. Y decimos esto porque para percibir en esa modalidad es necesario, cuando legalmente proceda, *la petición u opción del funcionario*, si no pide u opta no procede, pues esa concesión u opción no se declara de oficio; pues bien, la petición del funcionario lleva implícita la pérdida o renuncia del derecho a indemnización en el caso futuro de que fuera declarado excedente forzoso; si ésta se produce, no tiene el derecho en su patrimonio, y al no tenerlo no puede ser objeto de ningún daño y, claro es, tampoco puede ni debe ser indemnizado. Pero si no ha habido petición del funcionario y el derecho a la indemnización sigue estando en su patrimonio jurídico, justo y equitativo es que proceda la indemnización.

Volvamos a los casos para concretar lo que antecede:

Caso 1: X, funcionario activo en los Cuerpos A y B, cuyas retribuciones percibe como sueldo y gratificación, respectivamente, es declarado excedente forzoso en el Cuerpo B y no percibirá nada porque el derecho a la indemnización lo perdió *al pedir* que los servicios prestados en el Cuerpo B lo fueran en concepto de gratificación.

Si es declarado excedente forzoso en el Cuerpo A percibirá, sin perjuicio de la gratificación del Cuerpo B, la indemnización correspondiente porque aquí, como *nada ha pedido*, el derecho que tiene sigue estando en su patrimonio.

Caso 2: Y, funcionario activo en el Cuerpo A, es declarado excedente forzoso y claro es que percibe, porque tiene derecho, la indemnización correspondiente. Estando así, ingresa en virtud de oposición, concurso o concurso-oposición, en el Cuerpo B.

Subcaso 2: 1. Si el empleo así obtenido es o puede ser retribuido en concepto de gratificación, porque legalmente es admisi-

ble y así lo pide el interesado, percibe la gratificación del Cuerpo B, además de la indemnización del Cuerpo A, que ya tenía.

Subcaso 2: 2. Si el empleo obtenido en el Cuerpo B no es o no puede ser retribuido en concepto de gratificación, o aun siéndolo porque el funcionario *no lo pide*, sino que es o resulta ser en concepto de sueldo, percibe, mejor dicho, debe percibir el sueldo correspondiente al Cuerpo B, además de la indemnización del Cuerpo A, pues *nada ha pedido* a la Administración. *He aquí la compatibilidad entre excedencia forzosa retribuida y servicio activo* que estamos buscando. Y vamos a fundamentarla.

El funcionario tiene un derecho al cargo que, por decisión de la Administración, se convierte en un derecho a una indemnización. Posteriormente, el mismo funcionario, mediante oposición, concurso o concurso-oposición, *adquiere* un nuevo derecho que, como el anterior, se integra en su patrimonio. Tanto uno como otro derecho deben ser objeto de protección jurídica y aún podemos decir que en su curso tienen una vida independiente mientras las situaciones se mantengan así.

El Estatuto de Funcionarios, de 7 de septiembre de 1918, en su artículo 45 dispuso:

«b) Cuando el excedente cesare en la representación parlamentaria o por pasar a ejercer otro cargo retribuido que implique incompatibilidad de haberes, perderá desde luego los derechos inherentes a la excedencia forzosa».

precepto que no ha sido reproducido ni en la nueva Ley de Funcionarios ni en la Ley de Retribuciones de los mismos, cuyo precepto más análogo puede ser el artículo 9.º de esta última, que dice:

«Los funcionarios de la Administración Civil del Estado no podrán percibir más que un sueldo con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, salvo aquellas compatibilidades declaradas en forma expresa por Ley.»

Ahora bien, admitido el hecho de que pasar a ejercer otro cargo retribuido origina la pérdida de lo que llamamos indemnización, hemos de preguntarnos, ¿por decisión de quién? De la Administración o del funcionario.

No podemos rectamente pensar que sea la decisión del funcionario, que en esta relación jurídica es administrado y no administrador, y, por tanto, más bien debíamos hablar de *petición* del funcionario que de decisión del mismo. En todo caso, ¿cómo vamos a pensar que de la decisión o petición del funcionario dimane un perjuicio para el mismo? Tampoco hemos de pensar que el hecho de que el funcionario excedente forzoso retribuido *adquiera* por el procedimiento legal establecido—oposición, concurso o concurso-oposición— otro empleo, sea decisión o petición.

La decisión que buscamos tiene que ser forzosamente de la Administración, y es más, de la misma Administración que le otorgó la excedencia forzosa y no de otra.

Lo que quiere decir el precepto citado es que la Administración que impuso la excedencia forzosa puede disponer que el excedente forzoso—que no presta servicio—pase a prestarlo, dentro de la misma Administración, en otro cargo, en el que tendrá otra remuneración, que será o no compatible con su indemnización de excedencia; pero ello *implica un cambio de cargo* respecto del que tenía antes de ser excedente, *no un nuevo cargo*. Prueba de ello es que las dudas que quizá suscitase el mencionado artículo del Estatuto quedan manifiestamente claras con la ley de 15 de julio de 1954, artículo 15, segundo:

«Los ministros de cada Departamento podrán disponer, cuando las necesidades del servicio lo hagan ineludible, que los excedentes forzosos se incorporen obligatoriamente a servir plazas de menor categoría y clase, siempre que el importe del sueldo y remuneraciones correspondientes a la que se les asigne sea superior al total de sus haberes de excedencia forzosa. Los servicios prestados en estas condiciones se estimará lo han sido en la categoría personal de los interesados».

que en otros términos se indica en el párrafo 3.º del artículo 44 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado:

«La Presidencia del Gobierno, en relación con los funcionarios excedentes forzosos de Cuerpos generales y los Ministros, por lo que se refiere a los funcionarios de los Cuerpos especiales, podrán disponer, cuando las necesidades del servicio lo exijan, la incorporación obligada de dichos funcionarios a puestos de su Cuerpo».

y cosa semejante respecto a la Administración local establece el RFAL, artículo 59:

«En los casos de supresión o reducción de servicios, las Corporaciones que en vez de promover excedencias forzosas, a tenor del artículo 12, declaren a extinguir una o varias plazas, podrán encomendar a los titulares de las mismas otras funciones, siempre que guarden analogía con las peculiares del interesado, a cuyo efecto se tendrán en cuenta la capacidad y conocimientos del funcionario, y el prestigio, dignidad y consideración del cargo que ocupe.»

Sostener otra cosa en relación con el caso que nos hemos propuesto es, en consecuencia, afirmar:

1.º Que se atribuye al funcionario un efecto sin causa que le sea imputable.

2.º Un enriquecimiento injusto de la Administración que otorgó la excedencia forzosa retribuida, pues a eso conduce la privación de la indemnización por el nuevo cargo que con su esfuerzo consiguió el funcionario excedente.

3.º La declaración de excedencia forzosa, con la indemnización correspondiente, constituye una sanción para el funcionario porque indirectamente se lo prohíbe el acceso a cualquier otro cargo de la Administración pública, se le limita su libertad individual y se le condena a una pasividad (16). Si puede libremente dirigirse a la empresa privada también puede hacerlo, y mejor debería ser por la experiencia que tiene, a la Administración pública, y más aún cuando en nuestro tiempo se habla de acercamiento de la Administración pública a la empresa privada (17).

Ahora bien, la compatibilidad entre excedencia forzosa retribuida y servicio activo que sostenemos debe jurídicamente per-

(16) A tal fin, es verdaderamente sorprendente la limitación que a los excedentes forzosos impone la regla 3.ª del artículo 83 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles.

(17) De otra parte, también llegaríamos a la consecuencia de que para el funcionario excedente forzoso, «El derecho al trabajo y el deber de ocuparse en alguna actividad socialmente útil», establecido en nuestro sistema constitucional disperso (art. 24 del Fuero de los Españoles, apartados 5 y 8 de la Declaración I del Fuero del Trabajo, y Principio X de los Fundamentales del Movimiento Nacional), sería poco menos que ilusorio.

durar hasta que la misma Administración lo decida, pues si ésta resuelve que el excedente forzoso vuelva al servicio activo por los procedimientos legalmente establecidos, claro es que surgiría entonces la incompatibilidad entre servicio activo y servicio activo; la indemnización proveniente del daño desaparece porque el derecho inicialmente alterado del funcionario recobra su más prístina plenitud y éste es el que resulta incompatible con otro derecho igualmente pleno.

Por el contrario, repetimos, de seguir sosteniendo la incompatibilidad a ultranza, ¿veríamos aquí el equilibrio jurídico entre prerrogativa y garantía característico del régimen administrativo? Nosotros no vacilamos en afirmar que respecto al caso que nos ocupa la prerrogativa de la Administración anula en absoluto la garantía del administrado.