

SOBRE LAS SITUACIONES MILITARES

Luciano FARIÑA BUSTO
Comandante Auditor del Aire

I. IDEAS GENERALES. FUNCION PUBLICA Y CONCEPTO DE FUNCIONARIO. RELACIONES ENTRE EL FUNCIONARIO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA

1. *Función pública y concepto de funcionario.* Un estudio sobre las situaciones militares exige la alusión, siquiera de forma breve y a grandes trazos, de conceptos básicos como son los relativos a la función pública, el concepto mismo de funcionario y las relaciones existentes entre éste y la Administración.

La función pública puede concebirse de modo general como el ejercicio de las competencias cuyo desarrollo se imputa a la Administración y que forman parte de la misma, cuyo ejercicio se encomienda necesariamente a una persona física que ostenta la titularidad de los diversos órganos administrativos.

Aparece así la figura del "funcionario público" que se concibe, en una primera aproximación, como "la persona que desempeña una función pública". Ahora bien, este concepto es demasiado amplio por lo que la doctrina ha venido a restringirlo afirmando que para la existencia del funcionario en sentido estricto han de concurrir las siguientes notas: a) nombramiento legal por acto administrativo; b) permanencia en el puesto; c) adscripción a una plantilla, y d) percepción de un sueldo o asignación fija con cargo a los créditos de personal de los Presupuestos Generales del Estado.

Esta concepción formulada por el Prof. VILLAR PALASI ha tenido una gran repercusión doctrinal y jurisprudencial y ha sido recogida para los funcionarios de carrera por el Texto Articulado de la Ley de funcionarios de la Administración Civil del Estado, así como aparece también en el ámbito de la Administración Local (arts. 319 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local, el art. 1.º del Reglamento de Funcionarios de 30 de mayo de 1952, así como en el Texto articulado parcial de la Ley 41/1975, aprobado por Decreto de 6 de octubre de 1977), y en el de la Administración

institucional (Vid. art. 82 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas). Por otra parte leyes concretas y especiales ofrecen definiciones específicas de funcionarios a los efectos de su respectiva aplicación, así v. gr., el art. 119 del Código Penal.

Siguiendo la pauta marcada por el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios, aprobado por Decreto de 7 de febrero de 1964, son funcionarios públicos "las personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho Administrativo".

Este concepto legal, formulado para los funcionarios civiles, es perfectamente aplicable al personal militar profesional que integra los cuadros de mando, en sus distintos grados, de las Armas y Cuerpos de los Ejércitos. Y en este sentido el art. 206 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, promulgadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, dispone que "son militares de carrera los oficiales, suboficiales y personal asimilado que forman los cuadros permanentes de los Ejércitos y han ingresado en las escalas correspondientes por los procedimientos selectivos señalados por la Ley".

Aparecen explícita e implícitamente, recogidos en el precepto transcrito las notas de profesionalidad, estabilidad y nombramiento legal, que son características del concepto de funcionario. Notas que constan explícitamente en disposiciones de diverso rango; bástenos citar al efecto, el art. 12 de la Ley de 29 de noviembre de 1878, Constitutiva de Ejército, a cuyo tenor "los sueldos, funciones y responsabilidad de todas las Autoridades militares como de todos los Generales, Jefes y Oficiales del Ejército y sus asimilados, los determinarán la Ordenanza general, las leyes de presupuestos y reglamentos especiales que se publicarán por Real Decreto con la aprobación previa y directa del Rey".

Podemos, pues, afirmar que los militares son funcionarios públicos, entendido este concepto en sentido técnico-jurídico; si bien su régimen estará afectado por determinadas especialidades que tienen su origen y razón de ser en las particulares misiones que las Fuerzas Armadas han de desempeñar en cumplimiento de los mandatos a ellas conferidos por la Constitución y demás Leyes.

2. *Relaciones entre el funcionario y la Administración Pública.* Entre el funcionario y la Administración pública se establecen dos grandes tipos de relaciones: la relación de servicio y la relación orgánica, de las cuales la primera es antecedente necesario de la segunda. En virtud de la relación de servicio una persona ostenta la cualidad de funcionario público; en virtud de la relación orgánica el funcionario se incrusta en la estructura del órgano administrativo haciéndole actuar por y para él, como parte jurídicamente integrante del mismo.

La naturaleza de la relación de servicio ha sido muy discutida habiéndose formulado en la doctrina diversas teorías:

a) *Teoría del acto soberano*, formulada por la doctrina alemana del siglo pasado, según la cual el Estado puede exigir coactivamente prestaciones de servicios a sus súbditos, cuya voluntad no posee relevancia jurídica.

Mas, como dice GARCIA TREVIJANO, la teoría del servicio civil obligatorio no puede aducirse como explicación científica en tiempos de normalidad.

b) *Teoría del acto contractual*, que a su vez presenta diversas alternativas o modalidades: inicialmente se configura la relación de servicio como un contrato ordinario de arrendamiento de servicios, de mandato o simplemente contrato innominado; más tarde se calificó como contrato administrativo, el llamado contrato de la función pública, en cuya virtud el funcionario se limitaría a aceptar las cláusulas previa y unilateralmente fijadas por la Administración. La tesis contractual supone el respeto a los derechos atribuidos al funcionario en el momento de su ingreso, de forma que si la Administración utiliza el "ius variandi", deberá compensarle económicamente. El funcionario tendría unos derechos ya adquiridos cuya privación no podría llevarse a cabo por la Administración más que por el mecanismo expropiatorio.

c) *Teoría del acto administrativo bilateral*, según la cual la relación de servicios se origina mediante un acto administrativo a cuya formación concurren conjuntamente dos voluntades, la del funcionario y la de la Administración. A este acto complejo la doctrina le denomina de distinto modo, mientras para JELLINEK es un "acto bilateral", para DUGUIT es un "acto común". Como señala GARCIA TREVIJANO, esta tesis constituye una evasión formalista de las teorías contractuales.

d) *Teorías del acto administrativo unilateral*, sostenidas por gran parte de la doctrina; así encontramos entre sus defensores a HAURIOU, KEZE, BONNARD, ROLLAND. Según esta teoría, la relación de servicio nace por un acto administrativo por cuya virtud y previa aceptación (expresa o tácita) del funcionario, queda éste sometido a una situación estatutaria, definida unilateralmente por una norma objetiva, legal o reglamentaria, de la que derivan derechos y obligaciones. En consecuencia, la Administración puede variar en todo tiempo el "estatuto" de la función sin que pueda hablarse de derechos adquiridos del funcionario.

Esta es la teoría generalmente aceptada por la doctrina científica española. Pero como de su formulación podría deducirse una excesiva rigurosidad en su aplicación, principalmente en lo concerniente a un posible ejercicio abusivo por la Administración de sus facultades de modificación del estatuto, su aplicación en nuestra Patria ha venido siendo atenuada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que viene considerando como "inderogables" ciertos derechos atribuidos por el estatuto en el momento de su ingreso, así como reconociendo como no ajustada a derecho la modificación particular —y no con carácter de generalidad— de determinadas normas estatutarias.

II. SITUACION ADMINISTRATIVA. CONCEPTO, NATURALEZA Y REQUISITOS

1. *Concepto doctrinal de situación administrativa*. Como ya hemos adelantado, la relación de servicio es el vínculo que une a un funcionario a

una Administración y la orgánica la que une a ese funcionario concreto a un puesto de trabajo determinado. Por la relación orgánica se es titular de un puesto de trabajo, por la de servicio se es funcionario. La relación de servicio es anterior a la orgánica, de tal forma que no se puede tener la segunda sin haber adquirido la primera; es decir, que no se puede ser titular de un puesto de trabajo sin antes ser funcionario. Así pues, no puede haber situaciones administrativas sin haber funcionarios y éstos lo serán en tanto en cuanto existe una relación de servicio. Por tanto, nota común a todas las situaciones administrativas es que en todas ellas tiene que existir la relación de servicio; si no existiese tal relación —como sucede en la separación o en el retiro— habrá otra cosa, pero no una situación administrativa en sentido estricto.

Es por ello necesario tratar de llegar a formular un concepto de situación administrativa.

Desde el punto de vista doctrinal, GERARD LUPI (1) señala que “por situaciones de los funcionarios se puede entender las diversas posiciones que un agente público puede ocupar por razón de su empleo y grado”, añadiendo que “todo funcionario debe encontrarse en una situación...; un funcionario sin situación es una cosa impensable”. Afirmación doctrinal que no es más que la traducción del principio recogido positivamente en el Estatuto francés de la función pública. Formulación que aparece también recogida en nuestra Ley de funcionarios, en el ámbito de la Administración Civil, y en la Militar por el art. 3.º del Real Decreto 734/1979 (“*las situaciones de los Generales, Almirantes, Jefes, Oficiales, Suboficiales y asimilados serán las siguientes...*”).

El autor francés citado plantea el estudio de las situaciones administrativas en dos grandes apartados: el de las situaciones administrativas normales —aquellas por las que pasan necesariamente todos los funcionarios, actividad y jubilación (para LUPI la jubilación es una situación) y situaciones administrativas excepcionales, excedencia, suspensión— caracterizadas por su temporalidad.

En la doctrina española, autores que han tratado el tema de las situaciones administrativas, como SERRANO GUIRADO (2) o GUAITA (3) no llegan a formular un concepto de situación administrativa. Por su parte DE LA VALLINA VELARDE (4) entiende por situaciones administrativas de los funcionarios públicos “aquellas en que los funcionarios, sin perder la condición de tal, continuando existiendo una relación de servicio con la Administración, pueden temporalmente dejar de prestar un servicio activo en los puestos de plantilla que le corresponden según el cuerpo a que pertenezcan”. De acuerdo con esta formulación aparecen excluidas del concepto, por una parte, la situación de actividad en cuanto situación

(1) LUPI, G.: “Les positions du fonctionnaire”, Paris, 1956.

(2) SERRANO GUIRADO, E.: “La Ley de 15 de julio de 1954 sobre situaciones de los funcionarios de la Administración civil del Estado”. Revista de Administración Pública, núm. 15, 1954.

(3) GUAITA, Aurelio: “El ascenso de los funcionarios públicos”. Revista de Administración Pública, núm. 39.

(4) DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos”. Revista de Administración Pública, núm. 39, 1962.

normal de los funcionarios; y por otra, la jubilación o retiro, en cuanto que estos actos entrañan la pérdida de la condición de funcionario, la extinción de la relación de servicio que une al funcionario con la Administración.

DE LA VALLINA distingue entre situaciones de carácter general, aplicables a todo tipo de funcionarios, y situaciones de carácter especial, aplicables sólo a determinados puestos o a ciertos cuerpos de funcionarios.

2. *Naturaleza jurídica de las situaciones administrativas.* Con carácter general, y siguiendo a TORREBLANCA VERGARA (5) podemos definir esta naturaleza como la suspensión de la relación orgánica del funcionario, o más concretamente, como una modificación del contenido de la relación jurídica que une al funcionario con la Administración. En efecto, en virtud de la relación orgánica, el funcionario vendrá obligado al desempeño de un puesto de trabajo de la plantilla propia del Cuerpo o Escala a que pertenezca; con las situaciones administrativas lo que se produce es una modificación en el contenido de dicha relación.

Por otra parte, las situaciones administrativas constituyen auténticos derechos subjetivos "ex lege" de los funcionarios, con el sentido que los mismos tienen a consecuencia del carácter legal y reglamentario que la relación funcional presenta.

En tercer lugar, las situaciones administrativas vienen caracterizadas por constituir "numerus clausus"; es decir, no pueden darse situaciones diversas de aquellas que el "status" jurídico del funcionario prevé. Por tanto, todo funcionario debe de encontrarse en una de las situaciones que las normas reguladoras de su respectivo estatuto prevean.

3. *Requisitos de las situaciones administrativas.* De conformidad con cuanto hemos expuesto hasta ahora podemos señalar como requisitos de las situaciones administrativas los siguientes:

a) Constituyen una modificación de la relación jurídica que une a funcionario y Administración Pública.

b) En general, son un auténtico derecho subjetivo del funcionario.

c) Constituyen "numerus clausus"; no hay más situaciones administrativas que las que aparecen previamente configuradas en la Ley y reglamentos.

d) No puede haber funcionarios que no se encuentren en una situación administrativa. De esta nota y de la anterior se deduce el carácter de generalidad de las situaciones administrativas, afectan a todos los funcionarios.

e) Todas las situaciones se traducen en un conjunto de derechos y de obligaciones, prefijados por el ordenamiento jurídico, y que constituyen el contenido propio de cada situación.

4. *Concepto que se propone de situación administrativa.* La legislación vigente en la materia, al igual que la precedente, y tanto la reguladora de los

(5) TORREBLANCA VERGARA: "Las situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración civil del Estado". Ed. Instituto García Ovedad, Universidad de Sevilla, 1978.

funcionarios civiles como la concerniente a la Administración Militar, no formulan un concepto de situación administrativa; se limitan a indicar que los funcionarios se encontrarán en alguna de las siguientes situaciones, o que las situaciones... serán las siguientes, o fórmulas semejantes. Por ello se hace preciso intentar la formulación de un concepto de situación administrativa inducido de los preceptos legales.

Si partimos de la idea de que las relaciones entre la Administración y el funcionario nacen mediante el nombramiento y subsiguiente toma de posesión inicial y se mantienen —aunque con diversas modificaciones— en tanto subsista la condición de funcionario, es decir, hasta el momento en que se produce la pérdida de esta cualidad, unido ello a la afirmación de que en todo momento un funcionario ha de encontrarse, necesariamente en una situación, cada una de las cuales está integrada por un particular conjunto de derechos y obligaciones; podemos llegar a concluir que son situaciones administrativas “las diversas modalidades, establecidas por la ley, en que puede encontrarse la relación orgánica de un funcionario y que se traducen en derechos y obligaciones”. No es necesario incluir en la definición que se propone referencia alguna a la relación de servicio que ha de mantenerse en todo caso, puesto que es condición indispensable para que exista el funcionario y por tanto la misma relación orgánica.

III. REFERENCIA HISTORICA GENERAL A LA LEGISLACION POSITIVA SOBRE SITUACIONES MILITARES

Antes de pasar al examen de cada una de las situaciones a tenor de la legislación vigente en el momento actual, parece obligado hacer una referencia a las principales disposiciones que a lo largo de los años han constituido las normas fundamentales en la materia.

1. *La Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878* contenía ya un atisbo de regulación de las situaciones militares, si bien remitía su concreción a una ley orgánica (así, por ejemplo, el art. 13 establecía que “una ley orgánica del Estado Mayor general del Ejército determinará el número de que se ha de componer el cuadro de Oficiales Generales y sus situaciones”).

A la vista de sus preceptos, el cuadro de situaciones que parecía prever la citada *Ley Constitutiva* quedaría configurado del modo siguiente:

- a) servicio activo (art. 27).
- b) excedencia (art. 29).
- c) reemplazo (art. 29).
- d) licenciado absoluto (arts. 34 y 37).
- e) retirado (arts. 32 y 37).
- f) separado del servicio (art. 32).

2. La Base 8.ª de la *Ley de 29 de junio de 1918* preveía las situaciones

en que se encontrarían los Generales, Jefes y Oficiales, que podemos esquematizar como sigue:

A) *Personal del Estado Mayor General del Ejército*: sus situaciones eran:

— *Activo*, que comprendía todos los mandos y destino que corresponden a los Oficiales Generales.

— *Primera Reserva*, que comprendía a todos los Generales que por su edad hayan sido baja en activo y no les corresponda el paso a la segunda reserva. La edad se fijaba en setenta, sesenta y seis y sesenta y cuatro años, respectivamente, para Tenientes generales, Generales de División y Generales de Brigada.

— *Segunda Reserva*, que comprendía a los Generales que por haber llegado al límite de edad establecido (dos años más por empleo, que los anteriormente señalados) deban cesar en la primera reserva y los que por sus achaques se les conceda.

— *Separados del servicio* a cuya situación pasará un Oficial General o asimilado cuando el Gobierno determine su baja en el Ejército, con arreglo a las leyes.

B) *Jefes y Oficiales, y asimilados*. Sus situaciones eran las que siguen:

— *Actividad*, que comprendía a todos los Jefes, Oficiales y asimilados que figuren en las respectivas Escalas de las diferentes Armas y Cuerpos del Ejército.

— *Reserva*, en la que se encontrarán los que procedentes de la situación de actividad causen baja en ella por edad o a petición propia sin previa declaración que les elimine del Ejército.

Las edades que determinaban el pase a la situación de reserva eran: Coroneles, 62 años; Teniente Coroneles, y Comandantes, 60; Capitanes, 56 y Tenientes y Alféreces, 51; aumentados en dos años para los Cuerpos.

— *Retirado*, a la que pasarían los que, por razón de edad o de sus achaques, no se hallasen aptos para servicio alguno en tiempo de guerra o maniobras. A esta situación se pasaba dos años después de cumplir la edad a la cual les hubiese correspondido cesar en servicio activo, si bien los subalternos permanecerían en la situación actividad hasta las edades antes señaladas y una vez cumplida esta pasarían directamente a la de retirado.

— *Separados del servicio*, que comprendía a los que causaren baja en las situaciones de activo o reserva por sentencia de Tribunal o disposición que taxativamente lo determinase, quedando desde luego separados definitivamente del Ejército.

Como podemos observar la situación de reserva era una situación intermedia entre la de actividad y el retiro, pasándose a ésta de modo automático una vez transcurridos dos años desde el cese en la primera de ellas. Hasta tal punto era una situación intermedia que la propia ley establecía expresamente el contenido de la reserva: a) seguirán perteneciendo al Ejército y a su Arma y Cuerpo correspondiente, aunque con separación de los de activo; b) se considerará como de "disponibilidad" para campaña y maniobras; c) estarán afectos durante la paz a unidades de Reserva o territorial, según su residencia, edades, aptitudes y condiciones; d) gozarán de las consideraciones y preeminencias que por sus servicios y

empleos les correspondan; e) disfrutarán del sueldo a que, como haber pasivo, tengan derecho y les esté concedido; en caso conveniente o necesario tomarán parte en iguales condiciones que si estuviesen en activo, en campaña, maniobras y movilizaciones, gozando, en estos casos, de igual sueldo de activo inherente a sus empleos, con todas las gratificaciones y emolumentos anejos al cometido o cargo que desempeñen; f) se les computará el tiempo en que sirvan en campaña para la mejora de sus derechos pasivos y para la correspondiente a la Orden de San Hermenegildo, y durante ella obtendrán las recompensas a que se hubiesen hecho acreedores por sus méritos y servicios del mismo modo que si perteneciesen a la escala activa; g) el restante tiempo que permanezcan en situación de reserva se les computará por mitad para las mejoras de sus derechos en la Orden de San Hermenegildo, sin que el abono por este concepto pueda exceder de un año.

3. *El Decreto de 23 de septiembre de 1939* contempla las situaciones en que podrían encontrarse los Generales, Jefes y Oficiales y asimilados de las Armas y Cuerpos, en todas las escalas del Ejército. Estas situaciones eran las siguientes:

1. *Escala activa y complementaria:*

- A) *Actividad:* a) con destino de plantilla; b) con destino en comisión.
- B) *Disponible:* a) forzoso; b) voluntario.
- C) *Reemplazo:* a) por enfermo; b) por herido.
- D) *Supernumerario.*
- E) *Procesado.*

2. *Escala de Complemento:*

- A) *Actividad.* B) *Disponible.* C) *Procesado.*

3. *Reserva (para Generales).*

4. *Retirado (para Jefes y Oficiales).*

Este mismo cuadro aparece reproducido en términos casi idénticos en los Decretos de 23 de septiembre de 1939 y de 17 de octubre de 1940 que establecían las distintas situaciones en que podían encontrarse los Generales, Jefes y Oficiales de la Armada y del Ejército del Aire, respectivamente.

Si bien, en el Decreto de 17 de octubre de 1940 se preveía la situación de "condenado", en la que se encontrarían los Generales, Jefes, Oficiales y Suboficiales sancionados por sentencia firme con penas que no produzcan la salida definitiva del Ejército del Aire, en tanto no extingan la pena..."

Nos interesa señalar que, mientras las disposiciones citadas van precisando a lo largo de su articulado quiénes se encuentran en cada una de las situaciones indicadas y su contenido, nada dicen respecto a las de reserva y retiro, a pesar de contemplarlas como tales situaciones.

4. *El Decreto de 12 de marzo de 1954*, con diversas modificaciones posteriores, y desarrollado por Ordenes de 27 de marzo de 1954 (Ejército de Tierra), 17 de mayo (Ejército del Aire) y 10 de junio del mismo año (Marina de Guerra), daba nueva regulación a las situaciones militares estableciendo un principio unificador, al menos desde el punto de vista formal, aunque no con todas las consecuencias por cuanto existía la posibilidad de una posible

desvirtuación a través del desarrollo en aplicación a cada uno de los tres Ejércitos. En todo caso hemos de resaltar que las Ordenes de desarrollo supieron respetar los principios del Decreto, hasta tal punto que la mayoría de sus preceptos eran una reproducción del articulado de aquel.

Con arreglo a estas disposiciones el cuadro general de las situaciones para el personal profesional y asimilados de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire queda fijado así:

- a) de plantilla,
- b) disponible,
- c) disponible voluntaria,
- d) reemplazo por herido o por enfermo,
- e) supernumerario,
- f) en servicios especiales, integrada, a su vez, por tres grupos: destinos de carácter militar, destinos de interés militar y cargos civiles.
- g) procesado,
- h) suspenso de empleo,
- i) postergado,
- j) reserva (para oficiales generales y asimilados).

Comparando este Decreto con aquellos a que había venido a sustituir observamos, por una parte, que añade tres situaciones (servicios especiales, suspenso de empleo y postergado); y, por otra, que elimina como situación militar la de retirado, si bien previene la posibilidad de que personal retirado preste servicio, estableciendo que en tal caso se les abonará la diferencia de sueldo incrementando en las asignaciones inherentes al cargo y el perfeccionamiento de trienios, sin que estos sean tenido en cuenta a efectos de derechos pasivos, excepto en caso de movilización decretada por el Gobierno (art. 12).

5. *Legislación actualmente vigente.* La materia cuyo estudio nos ocupa ha sido objeto de reciente modificación en su regulación, siendo las disposiciones fundamentales las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, y el Real Decreto 734/1979, de 9 de marzo.

Las Reales Ordenanzas que, tanto por su rango de Ley formal como, sobre todo, por su trascendencia material, han de constituir punto obligado de referencia en esta como en otras cuestiones concernientes a la regulación de los Ejércitos, contienen las disposiciones básicas, a modo de Ley marco, acerca de las situaciones militares. Así, disponen:

Art. 210. "El militar de carrera, en tanto no pierda su empleo o pase a la condición de retirado, tiene como situaciones básicas las de actividad o reserva. En actividad podrá estar destinado en las Fuerzas Armadas o en organismos con ellas relacionados, disponible para ocupar destino y fuera del servicio activo con carácter temporal". Las situaciones que puedan derivarse de enfermedad, heridas o medidas judiciales o disciplinarias se determinarán reglamentariamente. El militar podrá pasar a supernumerario; el tiempo mínimo de servicio para poder solicitarlo, los criterios de concesión, los plazos de permanencia y las consecuencias que se deriven para su carrera serán fijadas por la Ley".

Art. 211. "Todo militar que acepte ser designado para el desempeño de

una función pública, se presente a elecciones para órganos representativos o participe de cualquier otro modo en la dirección de los asuntos públicos, pasará a la situación que señale la Ley, que determinará los efectos que por tal causa se deriven para su carrera”.

Art. 232 (bajo la rúbrica “de las situaciones pasivas”). “A la situación de retirado se podrá pasar a petición propia, al alcanzar determinada edad o de oficio, como consecuencia de una resolución legalmente adoptada. En ella se percibirán unos haberes pasivos en función del empleo alcanzado y años de servicios prestados, que serán transmisibles a la familia en caso de fallecimiento del causante. Su cuantía y actualización se establecerán en perfecta analogía con los devengos del personal en activo y por ninguna causa podrá ser privado de ellos”.

El análisis de estos preceptos nos sugiere de modo inmediato una primera consideración; la de actividad no es propiamente una situación militar, es el período de tiempo durante el cual se ostenta la cualidad de militar, que comienza con su adquisición mediante el cumplimiento de los requisitos al efecto establecidos, y termina con su cese, llegada la edad del retiro, en los supuestos ordinarios. No obstante lo cual, puede admitirse, como forma de entendimiento —aunque desprovista de rigurosidad técnico-jurídica— que se trata de una situación.

En segundo lugar, que se utiliza para la regulación específica de determinadas situaciones un sistema de remisión a normas de diverso rango jerárquico mientras para los efectos que pudieran derivarse de enfermedad, heridas, etcétera, se estará a lo que disponga “reglamentariamente”, la situación de supernumerario será regulada por Ley (ley formal, se entiende).

En tercer lugar, con respecto a la situación en que haya de encontrarse el personal que desempeñe funciones públicas (no como tal funcionario militar, se entiende) o se presente a elecciones para órganos representativos o participe de cualquier otro modo en la dirección de los asuntos públicos —lo que el Real Decreto-Ley 10/1977, había denominado “actividades políticas y sindicales—, parece dejarse la puerta abierta a no exigir necesariamente la baja en el Ejército con carácter definitivo.

Hechas estas observaciones, los preceptos anteriormente transcritos nos permiten concluir que, a la vista de las previsiones contenidas en las Reales Ordenanzas, el cuadro de las situaciones militares podría ser el siguiente:

1. *Actividad*, dentro de la que se distinguiría:
 - A) Ocupando destino,
 - B) Disponible para ocupar destino,
 - C) Fuera del servicio activo con carácter temporal, en la que se encuadrarían: enfermo, herido, sometido a procedimiento judicial o disciplinario, supernumerario y excedente voluntario.
 - D) Situación especial, en tanto dure el ejercicio de cargos públicos (que podría también incluirse como una modalidad de la anterior señalada con letra C).
2. *Reserva*.
3. *Retiro*.

Finalmente, el B. O. E. de 9 de abril de 1979 insertó el *Real Decreto 734/1979, de 9 de marzo*, "por el que se fijan las situaciones del personal militar y asimilado de las Fuerzas Armadas". Constituye, pues, esta norma —de carácter meramente reglamentario— la disposición de inmediata aplicación en la materia, y que se justifica, habida cuenta del tiempo transcurrido desde la promulgación del Decreto de 12 de marzo de 1954, por la finalidad de "adaptar su redacción a las circunstancias y necesidades actuales de las Fuerzas Armadas", el propósito de homogeneizar sus denominaciones, en lo posible, con las de los funcionarios de la Administración Civil, así como por la acomodación de las situaciones al régimen retributivo establecido por el Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 de marzo.

Con arreglo al Real Decreto de referencia, las situaciones de los Generales, Almirantes, Jefes, Oficiales, Suboficiales y asimilados serán las siguientes:

1. *En servicio activo.*
2. *Disponible forzoso.*
3. *Reemplazo:* a) por herido; b) por enfermo.
4. *Excedencia:* a) voluntaria; b) especial.
5. *Supernumerario:* a) destinos de carácter militar; b) destinos de interés militar.
6. *Procesado.*
7. *Suspenso de empleo.*
8. *Prisionero de guerra.*
9. *Desaparecido.*
10. *Reserva.*
11. *Retiro.*
12. *Situaciones particulares:* a) Ley de reserva (Ley de 17 de julio de 1953); b) en servicios civiles y en expectativa de servicios civiles (Ley de 17 de julio de 1958), y c) situación especial contemplada por el Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero.

El simple cotejo de este cuadro con el que ofrecía la legislación anterior, contemplada en el Decreto de 12 de marzo de 1954 y disposiciones complementarias, nos permite apreciar algunas diferencias entre las que destacan las siguientes.

Se sustituye la denominación de la situación "de plantilla" por la de "servicio activo", probablemente para equiparar la denominación con la correspondiente de los funcionarios civiles; sin embargo, a la vista del art. 210 de las Reales Ordenanzas parece más propia la anterior, por cuanto en servicio activo se está en tanto en cuanto se pertenezca a los Ejércitos, antes de la llegada del retiro, lo que es distinto de que efectivamente se desempeñe un destino.

Se configura con más propiedad la situación de "excedencia", atribuyendo esta denominación a la voluntaria (antes "supernumerario"); la razón parece ser la misma expresada de establecer denominaciones homogéneas con las de los funcionarios civiles.

Se incluyen en la regulación general las situaciones de prisionero de guerra y de desaparecido, lo que era necesario a la hora de integrar en un texto único la regulación general de las situaciones, y es obvio que las

circunstancias que pueden dar origen a ambas situaciones son típicas de la actividad de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Desaparece la situación de postergado, sin que la Exposición de Motivos contenga explicación alguna acerca de este punto.

Finalmente, no queremos dejar de señalar dos aspectos que nos parecen de interés. Es el primero que, a pesar de la proximidad de las fechas de la promulgación de las Reales Ordenanzas y el Real Decreto aludido, no parece que haya existido la debida y conveniente coordinación entre sus redactores, lo que se pone de relieve significativamente en la situación de supernumerario, respecto a la cual la Ley —Reales Ordenanzas— se está refiriendo, a nuestro entender, a la excedencia voluntaria empleando la denominación anterior.

El segundo aspecto, que creemos de mayor trascendencia jurídica es el relativo al rango normativo de la disposición. A nuestro criterio las situaciones militares, del mismo modo que el régimen de ascensos, el retributivo y el sancionador —ya sea en vía judicial o disciplinaria— deberían revestir la forma de Ley, y así lo prevén las propias Reales Ordenanzas acerca de alguna situación concreta; mandato éste que si bien no vincula al órgano que encarna el poder legislativo —por aplicación del principio “lex posterior derogat anterior”— si vincula a la Administración Pública en tanto que, por definición el Reglamento como manifestación de la facultad normativa de la Administración ha de estar subordinada a la Ley; y la Administración pública no dispone de poderes jurídicos suficientes para hacer quebrar la reserva de Ley formal establecida por el propio Poder Legislativo. Sin que a esta argumentación sea obstáculo la alegación que pudiera esgrimirse de que el poder reglamentario es más flexible y se adapta mejor a las modificaciones que las necesidades de las Fuerzas Armadas, por su propia función, pueden requerir. Antes al contrario, a tales necesidades atiende el repertorio —suficientemente amplio— de situaciones; a ello añadamos el principio de seguridad jurídica, consagrado constitucionalmente, y la equiparación de trato —que el mismo Real Decreto recoge como una de las finalidades— con el régimen de los funcionarios de la Administración Civil, cuyo sistema de situaciones se encuentra sometido al principio de reserva de Ley.

IV. LAS SITUACIONES MILITARES EN PARTICULAR

Pasamos ahora al examen de cada una de las situaciones en particular, para lo cual hemos prescindido de adoptar un criterio sistemático, prefiriendo seguir el mismo orden establecido por el propio Real Decreto, no carente, por otra parte, de una cierta lógica, al menos desde el punto de vista cronológico, en el orden normal de pasar de una situación a otra; dejando a salvo, naturalmente, aquellos supuestos en que no pueda establecerse con absoluta rigidez tal orden temporal.

Uno. *SITUACION DE SERVICIO ACTIVO*

1. *Quiénes están en esta situación.* En la situación de servicio activo se

encuentra todo el personal que ocupa destino de los previstos o asignados para su Arma, Cuerpo y empleo en las Fuerzas Armadas, Organismos militares y Ministerio de Defensa.

2. *Contenido y efectos.* La situación de servicio activo es la situación administrativa plena, en la que el funcionario se encuentra en plenitud del goce y ejercicio de todos sus derechos y deberes.

Es, por otra parte, la situación inicial de todo aquel que comienza la carrera militar, comenzando por el otorgamiento del correspondiente nombramiento o empleo, incorporación a su destino y toma de posesión.

El art. 4.º del R. D. 734/1979 se refiere de modo expreso a los efectos de esta situación en orden al cómputo de tiempo de servicio y al aspecto económico, dispiniendo que:

— El tiempo permanecido en esta situación es válido a todos los efectos conforme a las disposiciones vigentes en cada Ejército. Lo que tiene especial relevancia en el régimen de ascensos, cuyas normas reguladoras omitimos citar aquí por no ser objeto específico de nuestro estudio.

— En el orden económico, percibirán las retribuciones básicas, las complementarias, las pensiones y recompensas y las indemnizaciones que correspondan con arreglo a la legislación vigente.

El personal que sea nombrado mediante Decreto para el desempeño de cargos en la Administración Militar que tengan cifrados en presupuestos sueldos y retribuciones complementarias, específicas, dejará de percibir las retribuciones básicas correspondientes a su empleo y antigüedad, a no ser que renunciare al sueldo correspondiente al cargo; en este caso percibirá la totalidad de retribuciones de carácter personal a que se refiere el art. 2.º del R. D. 734/1979.

El régimen retributivo, cuyas disposiciones principales están contenidas en el Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 de marzo, el Decreto 346/1979, de 22 de febrero, sobre retribuciones complementarias, y en el Decreto 176/1975, de 30 de enero, sobre indemnizaciones por razón de servicio, se articula del modo siguiente:

A) *Retribuciones básicas*, constituidas por:

a) *Sueldo*, cuya cuantía se fijará manteniendo la proporcionalidad de diez, cuatro y seis, según los grupos a que se refiere el art. 14 del R. D.-Ley 22/1977.

b) *Grado de la carrera militar*, que resultará del empleo militar alcanzado y de la permanencia en el grupo correspondiente.

c) *Trienios*, constituidos por una cantidad fija determinada en función de los grupos aludidos.

d) *Pagas extraordinarias*, de cuantía igual cada una de ellas a la suma de una mensualidad de los conceptos sueldos, grado y trienios.

La cuantía de las retribuciones básicas se fijará en los Presupuestos generales del Estado.

B) *Retribuciones complementarias*, que serán ordinarias y especiales.

a) *Ordinarias* son:

— *Complemento de destino*, que corresponderá a la responsabilidad derivada del que se desempeñe.

— *Complemento familiar*, en proporción a las cargas familiares.

b) *Especiales*, integradas por los conceptos de:

— *premios por particular preparación*,

— *especial preparación técnica*, y

— *gratificaciones por servicios extraordinarios y ordinarios de carácter especial que retribuirán esta clase de servicios*.

C) *Indemnizaciones* que por razones de servicio puedan corresponderle, así como por residencia en aquellos lugares del territorio nacional en que se establezca por el Gobierno.

Sin embargo, el conjunto de derechos y deberes que constituye el contenido propio de la situación plena o de servicio activo no se agota en los dos aspectos señalados, sino que es de mayor amplitud, lo que nos permite establecer un esquema de derechos y deberes, además de los ya referidos, no sin antes advertir que nos referiremos tan sólo a aquéllos que inciden directamente en el orden estrictamente administrativo, dejando fuera de nuestra consideración todos aquellos otros que las Reales Ordenanzas contemplan bajo la rúbrica de “deberes y derechos civiles y políticos”.

1) *Derecho al cargo*, en un doble sentido:

a) El derecho al empleo, que es un derecho subjetivo perfecto. Así, según el art. 209 de las Reales Ordenanzas (como también el art. 30 de la Ley Constitutiva de 29 de noviembre de 1878) establece de forma tajante que “el empleo militar, conferido con arreglo a la Ley, constituye una propiedad con todos los derechos establecidos”; aserto legal que se refuerza limitando taxativamente las causas de pérdida del mismo; renuncia voluntaria, sentencia firme de tribunal competente o pérdida de la nacionalidad española.

b) Derecho al desempeño de un destino, pero en este caso tiene una especial importancia el interés del servicio. El art. 216 de las Reales Ordenanzas establece que “los destinos... se proveerán por antigüedad; mérito o elección, con estricto cumplimiento de la legislación vigente y ajustándose a criterios en que prevalezca el interés del servicio, la justicia y la equidad”. En concordancia con este precepto, las disposiciones reguladoras de la provisión de destinos en cada Ejército, además de señalar aquellos que han de asignarse por libre designación, prevén los supuestos de cobertura de vacantes o destino por necesidades del servicio; si bien hemos de observar que esta expresión no siempre ha sido rectamente entendida, pues no ampara la absoluta libertad. Se trata de lo que en Derecho Administrativo se denomina “concepto jurídico indeterminado” —distinto de la discrecionalidad—, respecto del cual la Administración no dispone de varias soluciones alternativas igualmente válidas, sino de una sola, por lo que estimamos que su concurrencia o no podrá ser objeto de revisión jurisdiccional, ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

2) *Derecho a la carrera administrativa*, concretado en el *derecho al ascenso* (art. 215 de las Reales Ordenanzas).

La carrera militar es especialmente alentada y protegida por la Ley —“la formación permanente deberá ser preocupación constante del que ejerce la profesión de las armas” (art. 212); “el militar de carrera deberá tener un deseo constante de promoción a los empleos superiores” (art. 214)

hasta tal punto que "la falta de interés en perfeccionar las condiciones requeridas para merecer el ascenso es muestra de poco espíritu militar" (art. 214, in fine).

3) *Derecho a la suspensión temporal del deber de desempeño del destino o cargo encomendados*, concretado en: a) permisos periódicos; b) permisos extraordinarios que por razones personales o familiares estableciesen las disposiciones reglamentarias; c) licencias por asuntos propios, y d) licencias por enfermo.

4) *Derecho a la asistencia y seguridad social*, en los términos previstos en la Ley de 27 de junio de 1975 y disposiciones reglamentarias y complementarias.

A su lado y bajo la denominación más genérica de "acción social" se reconoce "el derecho a residencia, viviendas y acuartelamientos dignos" (art. 195 Reales Ordenanzas).

Los servicios de asistencia de las Fuerzas Armadas atenderán en lo posible los problemas que plantean a sus miembros y familias las condiciones específicas de la vida militar y, muy especialmente, las derivadas de la movilidad de los destinos. La solución de las dificultades económicas, educativas y de adaptación al medio social serán objeto de preocupación constante y preferente (art. 196). Como claramente se deduce del tenor del precepto se trata más bien de una declaración programática, que ha de adquirir efectividad mediante la promulgación de disposiciones concretas.

5) *Derecho a recibir recompensas, condecoraciones y honores*.

Los derechos tienen su contrapartida de *deberes*. De entre los deberes de carácter general a que se alude en los arts. 26 y siguientes de las Reales Ordenanzas, por lo que aquí nos interesa, resaltamos los siguientes:

1. *Deber de respeto a la Constitución* y de cumplimiento ejemplar de los deberes generales de todos los ciudadanos (arts. 26 y 168 Reales Ordenanzas).

2. *Obligación de observar estrictamente las normas sobre uso legítimo de la fuerza* (art. 170).

3. *Deber de residencia* en el lugar de su destino (art. 175 Reales Ordenanzas).

4. *Disponibilidad permanente para el servicio*.

3. *Extinción*. La situación de servicio activo cesa por el pase a otra situación, y de manera particular por pasar a las reservas o retiro, en las condiciones y requisitos que más adelante examinaremos al contemplar esas dos situaciones.

Dos. *DISPONIBLE FORZOSO*

1. *Quiénes se encuentran en esta situación*. Estarán en situación de disponible forzoso todo el personal que procedente de cualquier situación quede pendiente de pasar a otra.

De donde se deduce que tiene carácter de situación "puente", de ahí la nota de transitoriedad insita en la misma.

Normalmente se dará cuando se haya cesado en cualquier situación que no sea la de servicio activo, antes de pasar a ésta. Y también cuando se cese en el destino, lo que se producirá normalmente por ascenso o por

transcurso del tiempo inicialmente previsto para su ocupación, en tanto no le sea asignado otro.

2. *Contenido y efectos.*

2.1. *Cómputo de tiempo de servicio.* El tiempo permanecido en esta situación es válido a los efectos que correspondan conforme a las disposiciones vigentes para las Fuerzas Armadas. De particular importancia es para el cumplimiento de condiciones de ascenso, puesto que con arreglo a las diversas normas reguladoras de éste en los respectivos Ejércitos, el tiempo permanecido en situación de disponible sólo es válido para el cumplimiento del requisito de efectividad o permanencia en el empleo, pero no para el relativo a tiempo de destino efectivo.

2.2. *De orden económico.* A) Durante los seis primeros meses que se permanezca en esta situación se percibirán las retribuciones básicas, las de carácter personal, el complemento de destino y las indemnizaciones que pudieran corresponderle.

B) Transcurridos seis meses y hasta que se le otorgue destino se produce una disminución en los haberes, puesto que las retribuciones complementarias se reducen a "un complemento cuya cuantía será igual al setenta y cinco por ciento del de destino, y las indemnizaciones que pudieran corresponderle".

Este distinto trato merece una cierta crítica en cuanto que establecido con carácter general y sin tener en cuenta los motivos que pudieron haber originado el pasar a esta situación.

3. *Extinción.* La situación de disponibilidad cesará como regla cuando se pase a otra de las previstas, y en particular por la asignación de nuevo destino.

Tres. *SITUACION DE REEMPLAZO.* La situación de reemplazo está ya consolidada en la legislación sobre situaciones militares, y la misma locución "de reemplazo" tiene un sabor inequívocamente militar. De ella dice el Diccionario de la Real Academia lo siguiente: "dícese de la situación en que queda el jefe u oficial que no tiene plaza efectiva en los cuerpos de su arma, pero sí opción a ella en las vacantes que ocurran" y mucho tiene que ver la concepción académica con la regulación positiva, como veremos inmediatamente.

El R. D. 734/1979, distingue dentro de esta situación dos modalidades, atendiendo al origen de las mismas: por herido y por enfermo.

A) *Reemplazo por herido.*

1. *Quiénes se encuentran en esta situación.* Estará en esta situación el personal herido en acto de servicio o con ocasión de él (6) si a los cuatro meses de causada la lesión no se encuentra en condiciones de prestar servicio (art. 6.º-a) uno).

2. *Contenido y efectos.*

(6) Art. 256 Código de Justicia Militar: "Para los efectos de este Código se consideran actos del servicio todos los que tengan relación con los deberes que impone al militar su permanencia en los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire. El mismo precepto califica como actos del servicio de armas todos los actos militares que reclaman en su ejecución el uso, empleo o manejo de las mismas, con arreglo a las disposiciones generales que rijan y a las órdenes particulares que dicten los Jefes en su caso."

2.1. El tiempo permanecido en esta situación se considera válido a los mismos efectos que si continuase prestando servicio en el destino en que fue herido; lo que es perfectamente lógico habida cuenta la causa de la lesión. Pero esta afirmación ha de ser objeto de matizaciones, ya la expresión "los mismos efectos" no parece que sea total y literalmente aplicable al cumplimiento de las condiciones de ascenso; en primer lugar, tal cumplimiento exige un tiempo de efectividad en el empleo y un tiempo de servicio prestado desempeñando un destino; en segundo lugar, porque así se deduce del párrafo segundo del ap. 3, letra a) del art. 6.º del Real Decreto sobre situación: "caso de corresponderle el ascenso y no haber podido cumplir las condiciones de aptitud a causa de la situación de reemplazo (luego, durante la permanencia en la situación de reemplazo tales condiciones no se cumplen), se deberán cumplir al cesar en esta y se ascenderá entonces con ocasión de vacante, recuperando la antigüedad y puesto en la escala que le hubiese correspondido de no haber sido herido, siempre de acuerdo con las disposiciones de cada Ejército".

2.2. *Producción de vacante.* El pase a la situación de reemplazo producirá vacante para el ascenso, y el exceso por la vuelta a la de disponible forzoso o la que corresponda, se amortizará aplicando el turno de normas establecido en cada Ejército.

2.3. *Derechos económicos.* La situación de reemplazo por herido es objeto de especial protección en el orden económico, puesto que en ella se percibirán las retribuciones que le correspondiesen como si estuviese destinado en la misma Unidad, Centro o Dependencia en que prestaba sus servicios en el momento de ser herido o en el que se encuentra destinado en el momento de pasar a la situación de reemplazo por herido, de resultar este último más beneficioso. Si no se hallare en situación de servicio activo, percibirá las retribuciones que correspondan a su último destino.

Difícil será encontrar, salvo supuestos de excepción y debidos a motivaciones de muy diversa índole, casos en que se pueda resultar herido si no es en situación de servicio activo, atendido el concepto que de esta fórmula el R. Decreto de situaciones; a no ser que aquí, con la expresión "servicio activo" se está refiriendo a la permanencia en "actividad"; si así fuera nos encontraríamos con una falta de depuración terminológica que, por ofrecer dificultades de interpretación, debería haberse procurado no introducir.

Cuando las lesiones se produzcan en acto de servicio en el extranjero o estando con disfrute de remuneraciones especiales por razón de la misión que en él se desempeñe, se continuarán percibiendo, mientras se permanezca fuera del territorio nacional, hasta reintegrarse al mismo, en cuyo momento se aplicará el régimen retributivo que se deriva de los dos supuestos anteriormente expresados, en sus respectivos casos.

Cuando la permanencia en el extranjero fuera por razón de destino se aplicará el régimen del primer supuesto.

3. *Extinción.*

3.1. Se cesa en esta situación al producirse el alta por curación según certificado médico expedido por el Tribunal Médico Militar correspondiente; y en todo caso, a los cuatro años de permanencia en esta situación.

3.2. *Efectos del cese.* A su término el interesado pasará a la situación de disponible forzoso o a la que corresponda de no ingresar en el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria (7).

El precepto adolece de cierta oscuridad. Parece evidente que si la causa del cese en la situación es la curación de las heridas, se pase a la situación de disponible forzoso, como situación provisional en la que se permanece en tanto no se pasa a otra. Asimismo, podrá ingresar en el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria si cumple los requisitos exigidos en la legislación específica al respecto. Ahora bien, de no ser estas las dos salidas, ¿qué quiere decirse con la expresión "la (situación) que corresponda"? Quizá se haya pensado en la posibilidad de que el interesado haya solicitado la excedencia voluntaria, puesto que el paso por la de disponible es necesario al menos desde el punto de vista ideal, aunque en la realidad pueda suceder que al mismo tiempo en que cesa (naturalmente por curación) en la situación de reemplazo por herido, sea designado para un destino ordinario (servicio activo) o alguno de los que dan lugar a las situaciones de excedencia especial o supernumerario.

B) *Reemplazo por enfermo.*

1. *Quiénes pasan a esta situación.* Se encontrarán en situación de reemplazo por enfermo aquellos que hayan agotado los plazos señalados para las licencias por enfermo.

2. *Contenido y efectos.*

2.1. *El tiempo que se permanezca en esta situación es válido a los efectos que correspondan de acuerdo con las disposiciones vigentes para las Fuerzas Armadas.* Damos aquí por reproducidas las consideraciones formuladas en este punto respecto a la situación de reemplazo por herido.

2.2. *El pase a esta situación producirá vacante para el ascenso, y el exceso por la vuelta a la de disponible forzoso o la que corresponda se amortizará aplicando el turno normal establecido en cada Ejército.*

2.3. *Derechos económicos.* Si el enfermo se encontraba en situación de servicio activo se considerará a efectos retributivos como destinado en la misma Unidad, Centro o Dependencia, en que prestaba sus servicios en el momento de caer enfermo.

En otro caso, percibirá las retribuciones correspondientes a la situación que tenía antes de pasar a reemplazo por enfermo.

3. *Extinción.* La situación de reemplazo por enfermo no permite continuar indefinidamente en la misma, sino que se establece una duración máxima: dos años consecutivos o cuatro discontinuos en esta situación darán lugar al pase a la que proceda según la legislación vigente (art. 6.º-b) uno, pár. segundo).

El precepto sugiere dos cuestiones. La primera es la relativa al cómputo del plazo de cuatro años, respecto de la cual parece que habrán de entenderse referidos exclusivamente a la situación y no estarían comprendidos en el cómputo los previos periodos de licencia por enfermo.

(7) Ley 5/1976, de 11 de marzo. Reglamento y Cuadro de lesiones y enfermedades aprobado por Decreto 712/1977, de 1 de abril.

La segunda cuestión hace referencia a la determinación de cuál sea la situación a la que haya de pasarse como consecuencia del transcurso de estos plazos. En los supuestos normales podrá ser una de las siguientes, según la respectiva jerarquía militar del afectado: reserva o retiro, y en ambos casos, por causa de inutilidad física o bien por haber llegado a la edad señalada, antes de obtener la curación.

Cuatro. *SITUACION DE EXCEDENCIA*. La situación de excedencia se configura principalmente por constituir una cesación temporal en el ejercicio de su empleo, bien por conveniencia particular, bien por haber sido designado mediante Decreto para el desempeño de un cargo civil.

Aparecen así las dos modalidades de excedencia que contempla el Real Decreto: la excedencia voluntaria y la excedencia especial.

El Texto Articulado de la Ley de Funcionarios de la Administración civil del Estado contempla como tercera modalidad la de excedencia forzosa, que tiene un cierto paralelismo con la situación militar de disponible forzoso. En efecto, si la excedencia forzosa procede por reforma de plantilla o supresión de la plaza de que sea titular el funcionario cuando signifique el cese obligado en el servicio activo, o por imposibilidad de obtener el reingreso en aquel en los casos de cese forzoso en la situación de supernumerario; disponible forzoso estará aquel que, procedente de cualquier situación quede pendiente de pasar a otra, y esa situación de procedencia puede ser perfectamente la de supernumerario, procesado, o incluso la misma de excedencia voluntaria o especial.

A) *Excedencia voluntaria*.

1. *Quienes se encuentran en esta situación*. Estarán en excedencia voluntaria aquellos a quienes se conceda el cese temporal en el ejercicio de su empleo, a petición propia, por necesidad particular o conveniencia también particular, y cumpla las condiciones que se establecen en el art. 7.º del Real Decreto de situaciones.

La excedencia voluntaria, en la concepción positiva se identifica por la concurrencia de dos elementos que permiten diferenciarla de otras situaciones: el primero de ellos es el de "cese temporal en el ejercicio de su empleo" que la diferencia de la situación de servicio activo, pero es común con otras situaciones pues también comportarán el cese en el ejercicio del empleo y con carácter temporal las de disponible, reemplazo, procesado, suspenso de empleo. El segundo elemento es el relativo a la causa del cese, cual es la necesidad o conveniencia particulares del afectado, lo que la diferencia netamente de las situaciones aludidas, que tienen su origen en otras motivaciones que son ajenas a tal necesidad o conveniencia particulares.

Estos elementos nos permiten señalar una diferencia con la misma situación de los funcionarios civiles. El art. 45 del Texto articulado de la Ley de funcionarios de 1964 prevé como causas de la excedencia voluntaria: pertenecer a otro Cuerpo de la Administración o ser titular de otra plaza del Estado o de la Administración local; en caso de matrimonio de la mujer funcionario; por interés particular del funcionario. La segunda causa no podría producirse actualmente en las Fuerzas Armadas, por razones

obvias. De las otras dos, la Administración militar sólo reconoce la de interés particular y no contempla la posibilidad que el militar puede pertenecer a otro Cuerpo de la Administración. Por el principio de congruencia en la producción de normas jurídicas nos parece difícil sostener que existe aquí un olvido del legislador; pensamos mejor que se trata tal vez de una omisión intencionada que entraña el mantenimiento de las características propias de las Fuerzas Armadas. Nos permitimos observar que se olvida aquí el principio de personalidad jurídica única de la Administración del Estado (art. 1.º de la vigente Ley de Régimen Jurídico de la Admón. del Estado), así como que las características propias de las Fuerzas Armadas no quedarían desvirtuadas por la admisión de causa de excedencia voluntaria la pertenencia a otro Cuerpo de la Administración. Tan sólo surgiría un inconveniente en el caso de que ese otro Cuerpo fuera uno también militar, habida cuenta del mantenimiento del principio de ascenso por la previa y necesaria posesión y desempeño de los grados inferiores para acceder a los superiores.

La cesación en el ejercicio del empleo que la excedencia supone ha de ser temporal; es decir, que tiene un límite mínimo y otro máximo de permanencia en la situación, como más adelante veremos.

2. *Requisitos.* El pase a la situación de excedencia voluntaria requiere el cumplimiento de unos determinados requisitos, a saber:

a) Ha de ser a petición propia; en consecuencia, se concede por la Administración.

b) Se exige previa prestación de un tiempo mínimo de servicios, que se cifra en cinco años de servicios efectivos desde la obtención de la categoría mínima de su Escala, de Arma o Cuerpo, o que se encuentre comprendido dentro de las limitaciones propias y particulares de cada Ejército (art. 7.º-a)-dos).

Señalemos que la categoría mínima de las Escalas del Cuerpo de Suboficiales es la de Sargento, y en cuanto a los Oficiales, de modo general, salvo algún caso particular de Cuerpos Auxiliares, la de Teniente; de modo que a este efecto no es computable el empleo de Alférez, cuando se ostenta la condición de Alumno de Academia Militar.

c) Su concesión constituye un derecho, si bien condicionada por las necesidades de servicio, en cuya virtud "se podrá denegar la petición".

A este efecto interesa subrayar que el concepto de "necesidades del servicio" constituye un concepto jurídico indeterminado y no un acto discrecional de la Administración, de tal forma que la denegación habrá de ser motivada, a fin de que pueda ser sometida a revisión jurisdiccional en vía contencioso-administrativa.

La materia ha sido desarrollada por la O. M. 2260/1979, de 10 de julio, por la que se dictan normas para la concesión del pase a la situación de excedencia voluntaria (D.O.E.A. núm. 84, de 14 de julio), con arreglo a la cual se prevé el establecimiento de un porcentaje máximo de personal que pueda estar en la situación de excedencia voluntaria en cada empleo de las distintas Armas, Cuerpos y Escalas de los tres Ejércitos; sistema que se había establecido ya en la Armada con anterioridad, siendo la última de las disposiciones la Orden 333/76, de 30 de marzo.

Fijado tal porcentaje la concesión se hará según el orden determinado por la fecha de entrada de las instancias en el Registro General del correspondiente cuartel General de cada Ejército, sin relación alguna con la antigüedad de los solicitantes. Lo que parece exigir, implícitamente, que los porcentajes máximos sean publicados en los periódicos oficiales.

Una vez alcanzado el porcentaje máximo establecido, las instancias de aquellos a quienes no hubiera correspondido la concesión, y las que se reciban posteriormente quedarán numeradas por orden riguroso de recepción, para tenerlas en cuenta, si procede, en sucesivas concesiones, salvo que el interesado exprese por medio de una instancia posterior que no desea acogerse ya a la situación de excedencia voluntaria.

Si algún titular de instancia no atendida fuera ascendido a un empleo superior, manifestará por medio de otra si persiste en su deseo de optar a la situación de excedencia voluntaria en el nuevo empleo, en cuyo caso se numerará en último lugar entre las no atendidas de dicho superior empleo.

d) Habiendo permanecido ya en situación de excedencia voluntaria no podrá solicitarse por segunda o ulteriores veces hasta que hayan transcurrido tres años desde que se haya cesado en ella.

En la situación de excedencia voluntaria habrá de permanecerse un mínimo de un año y un máximo de cinco, sin perjuicio de lo que se expresará respecto a este límite máximo.

3. *Contenido y efectos*

3.1. *Cómputo de tiempo.* El tiempo permanecido en excedencia voluntaria no será válido a ningún efecto, excepto para la efectividad en el empleo (art. 7.º-5).

3.2. *Detención en la escala.* El acceso a esta situación determinará la detención en la Escala y empleo, en el puesto que se ocupe.

Esto supone una innovación respecto de la legislación anterior, que sólo preveía la detención en la escala y empleo transcurridos tres años, seguidos o alternos, en la situación de supernumerario (hoy excedencia voluntaria) y en el puesto que se ocupase al cumplir el citado plazo de tres años.

La regulación vigente supone, pues, un régimen menos beneficioso que el anterior; sobre todo si pensamos que en determinadas ocasiones el período de licencia por asuntos propios puede no ser suficiente para atender las necesidades particulares, por lo que el afectado se verá abocado a solicitar la excedencia voluntaria con la grave consecuencia que para su carrera militar comporta la detención inmediata en su empleo y escala con la consiguiente pérdida de puestos, que será definitiva.

Como puede suceder que a la entrada en vigor de la disposición se encuentran en situación de supernumerario personas que no se habían visto afectados por la detención en el empleo al no haber transcurrido todavía aquel plazo de tres años, el Real Decreto incluye una disposición transitoria directamente dirigida al mantenimiento de los derechos adquiridos. Así, se preceptúa que "... aun los que cambien automáticamente de denominación, continuarán disfrutando de los derechos económicos y de otro orden que se les reconocían anteriormente, hasta que cesen en esas situaciones o,

voluntariamente, renunciasen a ellos para acogerse a las que ahora se establecen”.

3.3. *Producción de vacante.* El pase a excedencia voluntaria producirá, en su caso, vacante para el ascenso y el exceso que se derive del cese en la misma se amortizará según las normas vigentes al respecto (art. 7.º-7).

3.4. *Derechos económicos.* Consecuentemente con la naturaleza de esta situación, caracterizada por el cese en el ejercicio del empleo, el excedente voluntario no tendrá derecho a las retribuciones básicas ni tampoco a las complementarias, percibiendo exclusivamente, aunque por entero determinadas retribuciones de carácter estrictamente personal, a saber: las pensiones de mutilación y recompensas, las gratificaciones por pérdida de aptitud de vuelo o paracaidismo, y las gratificaciones por tiempo de permanencia en unidades o Servicios de submarinos, buceadores, buzos y vuelo (art. 7.º-8).

4. *Extinción*

4.1. *Formas de cese.* En la situación de excedencia voluntaria se cesará por haberlo así dispuesto la Autoridad competente, en cualquier momento, por necesidades del servicio (art. 7.º-4), pasando a la que se disponga, o bien a petición del interesado (art. 7.º-3 in fine).

El interesado podrá formular su petición una vez transcurrido el período mínimo de un año de permanencia en la situación. Concedido el cese en la excedencia se pasará a la situación de disponible forzoso, que será el supuesto normal, o la que corresponda, supuesto excepcional (art. 7.º-3 in fine).

Sin embargo, el interesado *deberá* solicitar el cese en la excedencia una vez transcurridos cinco años seguidos en ella. Si no lo hiciera continuará en excedencia voluntaria hasta que le corresponda el retiro forzoso por edad o inutilidad física, sin poder volver a la de servicio activo, salvo que el reingreso se produzca por orden de Autoridad competente por necesidades del servicio (art. 7.º-6).

Constituye esta otra importante diferencia con la legislación anterior, a pesar de la reforma introducida en 1967, con arreglo a la cual podía permanecer en excedencia voluntaria de modo indefinido hasta alcanzar la edad de retiro, pero pudiendo solicitar el reingreso en cualquier momento, si bien no recuperando la antigüedad una vez transcurridos los tres primeros años, al cabo de los cuales se producía la detención en la escala o empleo.

De acuerdo con el Real Decreto vigente, salvo el reingreso por orden superior, el transcurso de cinco años seguidos sin solicitar aquél determina, de hecho, la pérdida definitiva de la carrera militar, al imposibilitarse el reingreso al servicio activo.

4.2. *Efectos del cese.* El cese en la excedencia voluntaria comporta la finalización de la inmovilización en la escala, pero no se recupera la antigüedad, pues la pérdida de puestos será definitiva (art. 7.º-6).

B. *Excedencia especial*

1. *Antecedentes.* Esta situación tiene sus antecedentes, primero en la situación de “supernumerario”, aunque con diferentes modalidades para

los tres Ejércitos (8); y más recientemente en la situación denominada "servicios especiales, grupo cargos civiles", regulada en el Decreto de 12 de marzo de 1954, modificado en este punto por el Decreto 2754/1965, de 20 de septiembre.

La regulación últimamente citada, hasta ahora vigente, incluía en esa situación al "personal nombrado mediante Decreto para el desempeño de cargos civiles". Es preciso, sin embargo, advertir, que tal regulación se ha visto sustancialmente afectada por las innovaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero, que regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por los componentes de las Fuerzas Armadas, y el Real Decreto 706/1977, de 1 de abril, dictado en desarrollo de aquél.

2. *Quiénes se encuentran en esta situación.* La prohibición del desempeño de cargos políticos y sindicales impuesta a los miembros de las Fuerzas Armadas, a fin de mantener la neutralidad política de éstas ha incidido de modo decisivo en la regulación actual de la situación de excedencia especial.

Así, pasará a esta situación "el personal nombrado mediante Decreto para el desempeño de cargos civiles, cuando conforme a las disposiciones en vigor puede aceptar el nombramiento sin estar obligado a pasar previamente a la situación especial o de retirado" (art. 7.º-a)-1).

La excedencia especial tiene de común con la voluntaria el constituir un cese temporal en el ejercicio del empleo militar; pero se diferencia de ella en que, en la que ahora contemplamos, este cese temporal viene determinado por el nombramiento para el desempeño de un cargo civil, continuando pues en la prestación de servicios a la Administración, bien que por título jurídico distinto.

3. *Requisitos.* Pueden resumirse en los siguientes: a) Nombramiento por Decreto; b) para el desempeño de un cargo civil; c) que este cargo pueda aceptarse sin necesidad de pasar previamente a la situación especial o de retirado.

Son los requisitos descritos en los dos últimos apartados lo que exigen una especial consideración. En primer lugar, el "cargo civil" ha de ser objeto de una delimitación positiva y negativa; positivamente son cargos civiles todos aquellos que están encuadrados en la Administración civil del Estado, y negativamente, que no se trate de cargos que sean considerados como de interés para la defensa nacional, pues en este caso nos encontraríamos ante la posibilidad de inclusión en otra situación, cual será la de supernumerario, destinos de interés militar (art. 8.º-b)-1).

En segundo lugar, que no se trate de un cargo que según el Real

(8) Ejército de Tierra, Decreto de 23 de septiembre de 1939, art. 5.º "a la situación de supernumerario pertenecerán los Generales, Jefes y Oficiales y asimilados que: a) Pasen al servicio de otros Ministerios, desempeñando un destino de carácter civil...". Armada, Decreto de 23 de septiembre de 1939, art. 5.º "pasarán a la situación de supernumerario 1.º los que sean nombrados para el desempeño de cargos de carácter civil dependientes de otros Ministerios o pasen a prestar sus servicios a Organismos de actividad afines a la Marina...". Ejército del Aire, Decreto de 17 de octubre de 1940, art. 5.º "a la situación de supernumerario pertenecerán los Generales, Jefes y Oficiales y asimilados que: a) los que presten servicio en las industrias aeronáuticas, líneas aéreas o empresas civiles de Aviación; b) pasen al servicio de otros Ministerios, desempeñando un destino de carácter civil...".

Decreto-Ley 10/1977 tenga la consideración de político o sindical, o que, aún teniéndola, haya recaído autorización expresa para su aceptación sin estar obligado a pasar previamente a la situación especial o de retirado.

Se considerarán cargos políticos o sindicales, según el art. 4.º-1 del Real Decreto 706/1977, "los que se obtengan por elección o por nombramiento directo de libre designación en cualesquiera de los niveles jerárquicos y áreas territoriales del Estado; en las Entidades de la Administración local, cuando lleven consigo el ejercicio de la autoridad gubernativa o delegada de cualquier ministerio civil (exceptuándose los Comandantes Generales de Ceuta y Melilla); en la organización o asociaciones de carácter sindical". Los que no estén comprendidos en estos conceptos no tendrán la consideración de cargos políticos o sindicales; conclusión esta a la que podríamos llegar si entendemos que la norma tiene carácter excepcional y por lo tanto ha de ser objeto de interpretación estricta; sin embargo, al objeto de disipar las dudas que pudieran suscitarse, los arts. 4.º-2 y 5.º del Real Decreto últimamente citado especifican aquellos cargos que no tienen la consideración de carácter político o sindical.

Resta señalar que el pase a la situación de excedencia especial se producirá de modo automático sin solicitud del interesado, de modo que, insertado en el Boletín Oficial del Estado el correspondiente Decreto de nombramiento, deberá publicarse a continuación el acto administrativo correspondiente —que tendrá distinto rango jerárquico según el grado militar del interesado— ordenando la nueva situación.

4. *Contenido y efectos*

4.1. *Cómputo de tiempo.* El tiempo permanecido en esta situación se computará como de efectividad en el empleo, pero no será válido para el cumplimiento de las restantes condiciones para el ascenso ni para el ingreso en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo u obtención de la Cruz a la Constancia en el Servicio, ni para mejorar los derechos adquiridos en relación con las mismas (art. 7.º-b)-2).

4.2. *Repercusión en orden al ascenso.* La permanencia en esta situación no impedirá el ascenso del interesado, que se le concederá, de conformidad con las disposiciones que lo regulan en cada Ejército, si tuviere cumplidas las condiciones exigidas. El cumplimiento de las condiciones ha de referirse necesariamente al momento anterior a pasar a la excedencia especial.

Si le correspondiese el ascenso y no reuniese las condiciones exigidas, permanecerá en su empleo hasta que, una vez cumplidas, le sea concedido el ascenso, pero sólo recuperará su puesto en el escalafón y antigüedad correspondiente cuando hubiere cumplido las condiciones dentro de los tres años contados a partir del momento en que le hubiese correspondido el ascenso.

Obsérvese que el "dies a quo" para el cómputo de los tres años para cumplir condiciones no es el del cese en el cargo para que fue nombrado —como sucedía con anterioridad sino el del momento en que le hubiese correspondido el ascenso. Con este mecanismo parece que se trata de forzar al afectado a elegir en vez de continuar su carrera militar en su trayectoria inicial o permanecer en el cargo civil pero truncando, en cierto modo, su

carrera militar. Lo que, si bien parece acertado desde la perspectiva de una entrega absoluta al servicio de las Fuerzas Armadas, no deja de ser susceptible de cierta crítica si pensamos que en la mayoría de las ocasiones el nombramiento vendrá determinado por la competencia personal y profesional del interesado quién, aunque con otro contenido de funciones, sigue sirviendo a la Nación; y viéndose así privados los Ejércitos de individuos de indudable valía, en la mayoría de los casos.

Si no cumpliese las condiciones en el plazo indicado, una vez que las cumpla ascenderá con ocasión de la primera vacante que se dé al ascenso, pero la antigüedad será la que corresponda a dicha vacante, y la pérdida de puestos en el escalafón se considerará como definitiva (art. 7.º-b)-2, párrafo final).

4.3. *Producción de vacante.* El pase a excedencia especial producirá, en su caso, vacante para el ascenso.

4.4. *Derechos económicos.* En el orden económico hay que distinguir entre las retribuciones básicas y las de carácter personal. Respecto de las primeras se podrá optar por las asignadas en los Presupuestos al cargo que ocupe o por las del empleo militar que ostente. En cuanto a las retribuciones de carácter personal, consistentes en pensiones de mutilación y recompensas, gratificaciones por pérdida de la aptitud de vuelo o paracaidismo y por tiempo de permanencia en unidad de submarinos, buceadores, buzos y vuelo, se percibirán de su propio Ejército.

Nada se dice respecto a las retribuciones complementarias, pero parece lógico que sean a cargo del Departamento u Organismo en que preste los servicios, toda vez que aquellas serán las correspondientes al cargo que ocupe.

Salvo las retribuciones personales señaladas, todas las demás, serán satisfechas con cargo al Departamento u Organismo a que esté adscrito, incluso las retribuciones básicas de su empleo militar si optó por ellas. Así parece desprenderse del último párrafo del art. 7.º-b)-4, que comentamos, habida cuenta de la locución "en cualquier caso" con que tal precepto se inicia.

5. *Extinción*

5.1. *Forma del cese.* Se producirá como consecuencia del cese en el cargo para que fue nombrado, y éste a su vez por destitución o dimisión, a petición propia. En uno y otro caso el procedimiento será el mismo que el del nombramiento.

5.2. *Efectos del cese.* Acordado el cese en la situación de excedencia especial, se pasará a la de disponible forzoso y de esta a la de servicio activo o a otra que pueda corresponderle según los casos. El exceso que de ello se derive estará sujeto a las normas vigentes en cada momento sobre amortización.

Cinco. *SUPERNUMERARIO*

1. *Antecedentes.* Esta situación tiene sus antecedentes, de modo parcial, en la de la misma denominación prevista en el art. 5.º de los Decretos de 23 de septiembre de 1939 para el Ejército de Tierra y la Armada, y de 17 de octubre de 1940, para el Ejército del Aire. El más inmediato en el

art. 7.º del Decreto de 12 de marzo de 1954, que la recogía bajo la denominación de "servicios especiales, grupo de destinos de carácter militar y grupo de destinos de interés militar".

Estas dos modalidades han venido a ser recogidas en el art. 8.º del R. D. 734/1979 vigente, pero con la nueva denominación de "supernumerario", con un contenido semejante, aunque no idéntico, a la de igual denominación del Texto articulado de la Ley de funcionarios civiles. Una y otra, aunque integradas bajo la misma denominación, tienen contenido y consecuencias distintas, como veremos a continuación, por lo que puede afirmarse que se trata de dos situaciones distintas que son objeto de regulación bajo única denominación por razones de inercia.

2. *Destinos de carácter militar*

2.1. *Quiénes pasan a esta situación.* El personal destinado a Fuerzas y Servicios Militares y a puestos asignados a militares en función de su condición de tales, dependientes de otro Ministerio u Organismo (art. 8.º-a)-1). Se trata, pues, de puestos estrictamente militares, bien por la propia naturaleza de los servicios prestados o porque deban ser desempeñados por personal militar, aunque no tengan objetivamente aquél carácter. En uno y otro caso la dependencia orgánica será de un Ministerio que no sea el de Defensa o de organismo no integrado en éste. Ello tiene lógicas consecuencias en orden al cómputo del tiempo permanecido en esta situación.

2.2. *Requisitos.* Para el pase a esta situación han de cumplirse determinados requisitos formales, a saber: a) formulación de propuesta por el Ministerio u Organismo de que se trate, correspondiente a sus necesidades; b) informe favorable del Ejército respectivo; c) aprobación de la propuesta por el Ministerio de Defensa (art. 8.º-a)-1).

2.3. *Contenido y efectos*

2.3.1. *Cómputo del tiempo.* Consecuentemente con el carácter militar de los puestos provistos, el tiempo permanecido en esta situación es válido a todos los efectos, incluso en cuanto a la aptitud para el ascenso si el destino es de los que sirven para cumplir condiciones específicas para el mismo, de acuerdo con las normas que lo regulen en el Ejército de procedencia (art. 8.º-b)-2).

Habrá que estar, pues, a las disposiciones reguladoras de los ascensos, y de modo particular a las relaciones de destinos señaladas en cada caso como aptas para el cumplimiento de condiciones específicas de ascenso. Lo que nos excusa de tratar la materia en mayor profundidad por quedar fuera del ámbito de nuestro estudio.

2.3.2. *Producción de vacante.* El pase a supernumerario producirá, en su caso, vacante para el ascenso (art. 8.º-a)-3).

Esta disposición puede producir, en una primera aproximación, cierta perplejidad si no un contrasentido, una vez que se afirma que se trata de destinos militares en sí o que daban ser cubiertos por personal militar. Consecuentemente con ello, en la plantilla de cada Ejército debería haberse tenido en cuenta la provisión de tales destinos, por lo que no habría lugar a producir vacante. Y así vino a entenderlo en relación con los puestos servidos por el personal del Ejército del Aire en la Subsecretaría de

Aviación, actualmente integrada orgánicamente en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la Orden de 14 de noviembre de 1979.

2.3.3. *Derechos económicos.* Las retribuciones personales correspondientes a pensiones de mutilación y recompensas, gratificaciones por pérdida de aptitud de vuelo o paracaidismo y por tiempo de permanencia en Unidades o servicios de submarinos, buceadores, buzos y vuelo, se percibirán del Ministerio de Defensa, salvo que fueran satisfechas con cargo al presupuesto del Ministerio y organismo de que se trate.

Las restantes retribuciones —habrá que entender tanto las básicas como las complementarias— se percibirán del Ministerio u Organismo citados, conforme al presupuesto propio de éste (art. 8.º-a)-4).

Ahora bien, nada se dice sobre la posibilidad de opción entre percibir las retribuciones básicas y complementarias que no sean las antes expresadas, que le hubieran correspondido por razón de su empleo militar, y las que tenga asignadas el puesto servido. Entendemos que es congruente tal postura del Real Decreto con la inicialmente mantenida respecto a las características del cargo, ya señaladas. No se trata de un cargo civil, sino de un destino militar, por sí mismo o que deba ser desempeñado por militares en su condición de tales. Por lo tanto, las retribuciones serán las mismas que le corresponderían como si prestase servicio activo en organismos del Ejército respectivo, dependiente del Ministerio de Defensa, abonándose con cargo a la específica consignación presupuestaria al efecto prevista del Ministerio u Organismo, que así habrá de tenerlo consignado habida cuenta de la naturaleza y características del puesto.

2.4. *Extinción*

2.4.1. *Formas del cese.* Se producirá mediante el cese en el puesto del Ministerio u Organismo. Pero entendemos que en este caso no es necesario pasar por la situación de disponible forzoso, pues el interesado podrá solicitar directamente un destino de los propios de su Ejército, pasando directamente a la situación de servicio activo.

2.4.2. *Efectos del cese.* Si el pase a esta situación ha producido vacante en el empleo o escala respectivos, es lógico que el cese en aquella y la vuelta a la situación de servicio activo determine exceso, que se amortizará con aplicación de las normas aplicables al respecto (art. 8.º-a)-3).

3. *Destinos de interés militar*

3.1. *Quiénes pasan a esta situación.* El personal que, a petición propia, preste servicios en otros Departamentos, Organismo internacional, Organismo autónomo o Empresa, en un determinado puesto o función, que, no siendo militar, sea considerado por el Ministerio de Defensa como de interés para la Defensa Nacional, a propuesta del Ejército correspondiente.

Requiere, por lo tanto, la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Petición del interesado para la prestación de los servicios de referencia; de donde se deduce que no podrá producirse el nombramiento sin que concurra la voluntad del afectado.

b) Que los servicios se presten en Departamento distinto del de Defensa o en organismo autónomo o empresa no dependientes de aquel Ministerio, o incluso en organismos internacionales. Al hablar de empresa

parece que habrá de entenderse "empresa pública" o empresa nacional, aunque adopte la forma jurídica de sociedad anónima; por lo que entendemos que si la empresa es de carácter estrictamente privado tanto por la procedencia de su capital como por la forma jurídica que haya adoptado y el ámbito de su actividad industrial comercial o fabril, no se estará en el caso de la situación que ahora contemplamos.

c) Que el puesto o función desempeñados no sean, por sí mismo militares.

d) Que exista acto expreso del Ministerio de Defensa declarando el citado puesto o función de interés para la defensa nacional a propuesta del Ejército correspondiente.

No precisa el Real Decreto el alcance de la expresión "Ejército correspondiente"; en el sentido de si ha de entenderse como tal el de procedencia del interesado o de aquél con cuya misión, según la Ley Orgánica de bases para la Defensa Nacional, esté más próxima la actividad del Departamento, Organismo o Empresa. Aún pareciendo admisible la interpretación en el primer sentido, no lo es menos que haya que tener una cierta dosis de objetividad, de tal forma que si se trata de personal del Ejército del Aire, la empresa ha de tener relación, p. ej., con la industria aeronáutica.

3.2. *Contenido y efectos.* El contenido de la situación es idéntico a la situación de excedencia especial, lo que confirma el parecer, ya expresado, de que no estamos, en rigor, en presencia de modalidades de una misma situación, la de supernumerario.

3.2.1. *Cómputo del tiempo.* El tiempo permanecido en esta situación se computará como de efectividad en el empleo, pero no será válido para el cumplimiento de las restantes condiciones para el ascenso ni para el ingreso en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo u obtención de la Cruz de la Constancia en el Servicio, ni para mejorar los derechos adquiridos en relación con las mismas.

3.2.2. *Repercusión en orden al ascenso.* La permanencia en esta situación no impedirá el ascenso del interesado, que se le concederá, de conformidad con las disposiciones que lo regulen en cada Ejército, si tuviese cumplidas las condiciones exigidas. El cumplimiento de las condiciones ha de referirse necesariamente al momento de producirse el pase a esta situación.

Si le correspondiese el ascenso y no reuniese las condiciones, permanecerá en su empleo hasta que una vez cumplidas, le sea concedido aquél, pero sólo recuperará su puesto en el escalafón y antigüedad correspondiente cuando hubiera cumplido las condiciones dentro del plazo de tres años contados a partir del momento en que, en condiciones de servicio activo, hubiera ascendido.

Las consideraciones formuladas en torno a la fijación del "dies a quo" son las mismas que las ya expuestas en sede de situación de excedencia especial, a las que nos remitimos.

Si no cumpliese las condiciones en el plazo indicado, una vez que las cumpla ascenderá con ocasión de la primera vacante que se dé al ascenso,

pero la antigüedad será la que corresponda a dicha vacante, y la pérdida de puestos se considerará como definitiva (art. 8.º-b)-2).

3.2.3. *Producción de vacante.* El pase a esta situación producirá, en su caso, vacante para el ascenso. Aquí, contrariamente a lo que sucede, en la modalidad anterior, sí que es completamente lógica esta consecuencia, puesto que el servicio aparece totalmente ajeno no sólo a la estructura orgánica de los Ejércitos, sino también a la misión directamente encomendada a los mismos y demás organismos militares.

3.2.4. *Derechos económicos.* En este orden, se percibirán del Ministerio de Defensa exclusivamente las retribuciones de carácter personal por pensiones de mutilación y recompensas, gratificaciones por pérdida de aptitud y tiempo de permanencia (art. 8.º-b)-4). Las demás retribuciones, aunque, nada se diga al respecto, serán las que correspondan por el puesto desempeñado y con cargo al presupuesto del Departamento, organismo o Empresa.

3.3. *Extinción*

3.3.1. *Forma del cese.* Se producirá como consecuencia de la cesación en el desempeño del puesto que determinó la aplicación de la misma, pasándose, por tanto, a la de disponible forzoso, como situación "puente", antes de pasar a la de servicio activo o a otra que pudiera corresponderle o solicite.

3.3.2. *Efectos del cese.* Reingresando al servicio activo, el exceso de plantilla que de ello se derive está sometido a las normas vigentes sobre amortización (art. 8.º-b)-3).

Seis. PROCESADO

1. *Antecedentes.* La situación de procesado como tal situación administrativa, y con esta denominación no aparecía recogida en la Ley de 29 de junio de 1918, cuya Base 8.ª llevaba como rúbrica la de "situaciones de Generales, Jefes y Oficiales". Aparece con esta denominación en los Decretos de situaciones de 1939 y de 1940, así como en el Decreto de 12 de marzo de 1954; y es regulada actualmente en el Real Decreto 734/1979, que le dedica su artículo 9.º.

2. *Quiénes pasan a esta situación.* Se encontrarán en la situación administrativa de procesado el personal que lo haya sido por auto judicial firme. Tiene, pues, su origen en una actuación ajena al ámbito administrativo, y concretamente en una resolución judicial dictada en un proceso penal.

En el orden procesal, el procesamiento constituye una decisión judicial que tiene carácter constitutivo respecto de la persona afectada, y desde el momento en que tal decisión se pronuncia, que ha de revestir necesariamente la forma de auto (9). El procesamiento se acordará "cuando resulten indicios racionales de criminalidad contra persona o personas determinadas" (art. 553, par. primero, del Código de Justicia Militar, y precepto

(9) Según el art. 486 C. J. M. "las resoluciones que dicten los Jueces Instructores se denominarán: Autos cuando decidan sobre situación, bienes o derechos de los inculcados". En cuanto a su forma, el art. 487 dispone que "los Autos se redactarán fundándolos en Resultandos y Considerandos concretos y limitados a la cuestión que decida...".

concordante L. E. Crim.). Además son de especial referencia el mismo art. 553, pár. segundo C. J., y art. 555 del mismo.

Señalemos, además que la situación de procesado es de carácter temporal, que dura en tanto en cuanto se mantenga el procesamiento en el proceso penal correspondiente.

3. *Requisitos.* El pase a esta situación requerirá, en primer lugar y como antecedente necesario, que se haya dictado auto de procesamiento y que éste haya adquirido firmeza; y en segundo lugar que se dicte el correspondiente acto administrativo, que habrá de adoptarse de modo inmediato y sin ninguna otra formalidad, siempre que el delito que se impute al procesado judicialmente sea de carácter doloso.

Así se deduce del inciso inicial del pár. segundo del apartado uno: "el pase a la situación de procesado será preceptivo cualquiera que fuese la índole del supuesto delito cometido, salvo cuando el procedimiento sea derivado de infracciones culposas comprendidas en el Código Penal Común o en Leyes Penales especiales comunes" (10).

Cuando el delito que se imputa sea de carácter culposo (11) no da lugar a la constitución automática de la situación administrativa de procesado, sino que la regla general será la irrelevancia de la actuación judicial en la esfera administrativa. Ahora bien, aún así podrá declararse al presunto culpable en esta situación previo informe de la Autoridad judicial militar. En efecto, dispone el art. 9.º que "no obstante lo establecido anteriormente, la Autoridad judicial militar, teniendo en cuenta los antecedentes del encartado, la trascendencia del hecho, los daños producidos o podido producir, así como las demás circunstancias concurrentes, podrá elevar el correspondiente informe al Ministerio, quien discrecionalmente resolverá si el inculcado pasa o no a la situación prevista en este artículo".

Aunque la redacción literal del párrafo transcrito pudiera llevar a la conclusión de que pudiera comprender tanto el supuesto de delito doloso como el de delito culposo, nos inclinamos por restringir su aplicación a este último supuesto, no ya solamente por lo que el dolo supone de querer, conscientemente, la acción y el resultado dañoso que de ella se deriva, sino también porque creemos que la dicción reglamentaria "el Ministerio... resolverá si el interesado pasa o no a la situación..." ha de ponerse en directa e inmediata relación con la propuesta al efecto formulada por la Autoridad judicial militar, que ha de referirse a la excepción a la regla general.

4. *Contenido y efectos*

4.1. *Cese en el ejercicio de cargos.* El efecto más inmediato que

(10) La expresión "Leyes penales especiales comunes" adolece de imprecisión técnica e induce a confusión, puesto que leyes especiales es concepto excluyente y opuesto al de leyes comunes. Pudiera entenderse que se refiere a leyes penales especiales, respecto del Código Penal, y no militares, utilizando entonces el adjetivo común como opuesto a ley militar. En consecuencia quedarían incluidas en el ámbito de aplicación del precepto comentado, por ejemplo, la Ley Penal y disciplinaria de la Marina Mercante y la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, que pueden considerarse leyes penales especiales respecto del Código Penal, y no militares pues tipifican infracciones que no son típicamente militares, aunque hasta ahora venga atribuido el enjuiciamiento de aquellas a órganos encuadrados en la Jurisdicción de la Marina de Guerra o del Ejército del Aire.

(11) Recordemos que con arreglo a la técnica de nuestro Código penal no existen "crimina culposa", sino un "crimen culpae"; art. 565 tratándose de delitos, y arts. 586 y 600 tratándose de faltas, si bien la comisión de estas es intrascendente al tema que tratamos, pues no son objeto de procesamiento.

produce la declaración de situación de procesado es el de cese en los cargos, mandos, destinos o comisiones que desempeñe el interesado (art. 9.º-1).

4.2. *Cómputo de tiempo.* La eficacia que la situación administrativa de procesado despliega en orden al cómputo del tiempo permanecido en la misma, ha de tener necesariamente en cuenta la posible adopción de medidas cautelares personales en el proceso, es decir, según se haya acordado o no la prisión preventiva, así como los casos en que se haya decretado el sobreseimiento o recaído sentencia absolutoria.

Como principio general, el tiempo de procesado sólo es válido a efectos de perfeccionamiento de trienios, derechos pasivos, efectividad y antigüedad en el empleo (art. 9.º-2, inciso primero).

Pero en los casos en que se haya decretado el sobreseimiento (12) o se haya dictado sentencia absolutoria, el tiempo permanecido en la situación de procesado será válido a todos los efectos, excepto para la aptitud para el ascenso. Las condiciones de ascenso podrán cumplirse al cesar en dicha situación y, una vez cumplidas, ascenderá con la primera vacante que se dé al ascenso, recuperando su puesto en el escalafón y la antigüedad correspondiente, siempre de acuerdo con las disposiciones de cada Ejército.

Por otra parte, cuando haya recaído sentencia condenatoria habrá que distinguir según que durante la tramitación de la causa el procesado haya estado o no en prisión preventiva, y en el primer caso, que la condena sea superior o inferior al tiempo de privación provisional de libertad.

Si se acordó la prisión preventiva (13) la duración de ésta producirá los efectos propios de la situación de suspenso de empleo, cuando al dictarse sentencia firme ésta imponga pena superior a la de arresto mayor y el tiempo de prisión preventiva se compute como de condena a efectos de abono de la misma (art. 9.º-2, inciso segundo). Lo que implica una doble consecuencia. En primer lugar, un tratamiento más riguroso cuando se haya decretado la prisión preventiva y concurren los requisitos expresados en el precepto. En segundo lugar, que se produce necesariamente un desfase entre la situación procesal y la administrativa, puesto que habrá que esperar al momento en que se dicte sentencia, y bien pudiera suceder que por razones estrictamente procesales se hubiera mejorado la situación personal del procesado al haberse acordado la libertad provisional antes de la finalización de la Causa.

La alusión al abono de la prisión preventiva creemos que carece de relevancia, puesto que tal abono ha de realizarse en todo caso, para el cumplimiento de la condena por imperativo de la Ley (art. 217 C.J.M. y 48 Código Penal), teniendo declarado la jurisprudencia que el abono de la prisión preventiva para el cumplimiento de la condena no constituye en modo alguno una facultad del Tribunal, ni ha de instarse por el condenado, sino que ha de aplicarse de oficio; hasta tal punto que el art. 790 C.J.M., al señalar las reglas a que ha de ajustarse la redacción de la sentencia, dispone (núm. 5.º) que "el fallo... expresará... el abono de la prisión preventiva...".

Finalmente señalemos que no debe sorprender la referencia del

(12) Arts. 718 y ss. C. J. M. y preceptos concordantes LECRim.

(13) Arts. 673 y ss. C. J. M. y preceptos concordantes LECRim.

precepto que analizamos a la pena de arresto mayor, siendo así que tal pena, aún estando prevista en el Código Penal (art. 27) no aparece recogida en la enumeración del art. 209 C.J.M. La disposición es congruente con el Código castrense, y ello puesto que con arreglo al mismo la pena mínima por delito tiene, en su grado mínimo, una duración superior a la del arresto mayor (cuya extensión según el Código penal es desde un mes y un día a seis meses), puesto que la privación de libertad hasta seis meses constituye en el Código de Justicia Militar corrección por falta grave, a tenor del art. 415 del mismo.

Si la condena fuera por tiempo inferior al permanecido en prisión preventiva, la diferencia de tiempo se computará, a todos los efectos, como de permanencia en la situación de procesado; de corresponderle por edad el pase al Grupo de Destino de Arma o Cuerpo, Escala de Tierra y Grupo B, Actividad condicionada o Retiro, el tiempo de procesado será válido a efectos de completar el que faltara para cumplir las condiciones de aptitud para el ascenso.

4.2. *Producción de vacante.* Nada dice el art. 9.º del Real Decreto sobre este punto, por lo que con arreglo a criterios de interpretación sistemática habrá que concluir que la declaración de estar incrucho en la situación de procesado (salvo cuando por haber sufrido prisión preventiva, en su caso, se produzcan los efectos de la suspensión de empleo) no produce vacante para el ascenso.

A la misma conclusión habrá que llegar si tenemos presente que la situación administrativa de procesado —aún suponiendo el cese en los cargos, mandos, destinos o comisiones que se desempeñen— tiene un carácter estrictamente temporal y, por lo tanto, provisional o de pendencia, que no implica el cese en el ejercicio del empleo (que es el que determina la existencia de vacante para el ascenso, como en el caso de excedencia) hasta que recaiga la sentencia.

Sin embargo pueden invocarse también argumentos en contra de esta postura, de entre los que merecen citarse estos dos: que la mera eficacia de cese en cargos, mandos, destinos o comisiones conjuntamente con la propia significación del procesamiento, deben dar ocasión a producir vacante; que ello es congruente con la reducción de retribuciones básicas que se señala al procesado, reducción que no debería tener lugar si se continuase en el ejercicio del empleo.

A su vez, también es cierto que tal reducción en la cuantía de la retribución supone una medida cautelar, a resultas de la resolución definitiva mediante la sentencia que en su día habrá de recaer.

4.3. *Derechos económicos.* Quien se encuentre en situación de procesado percibirá: a) el ochenta por ciento de las retribuciones básicas y de los premios por particular preparación; b) por entero las pensiones de mutilación y recompensas, la gratificación por pérdida de aptitud de vuelo o paracaidismo y por tiempo de permanencia en Unidades o servicios de submarinos, buceadores, buzos y vuelo; premios por títulos aeronáuticos siempre que se hubiera acreditado el derecho correspondiente por los servicios prestados con anterioridad al uno de enero de 1967; complemento familiar, así como las indemnizaciones que pudieran corresponderles.

En caso de sobresimiento o absolución se abonará la diferencia que resulte como si hubiera permanecido en el destino o situación en que se hallaba antes de ser procesado.

Finalmente, si hubiera recaído sentencia condenatoria imponiendo pena de duración inferior al tiempo permanecido en la situación de procesado, ya fuera en libertad provisional o en prisión preventiva, se abonará la diferencia de haberes que resulte por el tiempo que exceda de la condena como si hubiera permanecido en la de disponible forzoso.

5. Extinción

5.1. *Formas de extinción.* Se producirá como consecuencia de la terminación del correspondiente proceso penal, a saber:

a) Mediante el sobreseimiento (14) ya sea definitivo o provisional, puesto que en ambos casos cesa la efectividad de la acción penal iniciada, bien que en el sobreseimiento provisional se produzca una mera suspensión hasta tanto no aparezcan nuevos elementos que permitan la reapertura del sumario, o transcurra el plazo de prescripción. Cualquiera que sea la modalidad del sobreseimiento, la firmeza del auto mediante el cual se acuerde producirá el efecto del cese en la situación administrativa de procesado.

b) Una vez que haya recaído sentencia absolutoria, y en cuanto ésta adquiera firmeza.

c) Finalmente, cuando recaiga sentencia condenatoria, sin perjuicio de que en este supuesto se origine el paso a una situación administrativa distinta, si la pena impuesta no es alguna de las que producen la baja en las filas del Ejército, pues si así fuera se originaría la extinción de la relación que unía al funcionario con la administración.

5.2. *Efectos.* Los efectos de la extinción de la situación de procesado serán distintos según sea la forma de terminación del proceso penal, a que hemos aludido.

La sentencia condenatoria determinará, como hemos adelantado, la extinción de la relación jurídica de funcionario o el pase a la situación de suspensión de empleo, según que la pena o penas impuestas excedan o no, respectivamente, de tres años.

Si el proceso ha concluido mediante auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, los efectos del cese en la situación de procesado tienen una doble consecuencia, en orden al cumplimiento de condiciones de ascenso, y en el aspecto retributivo:

a) Por lo que se refiere al primer punto, el tiempo de procesado será válido a todos los efectos, excepto en cuanto a la aptitud para el ascenso cuyas condiciones podrán cumplirse al cesar en dicha situación y, una vez cumplidas, ascenderá con la primera vacante que se dé al ascenso, recuperando su puesto en el escalafón y la antigüedad correspondiente, siempre de acuerdo con las disposiciones de cada Ejército (art. 9.º-2, pá. segundo).

b) En el aspecto retributivo, tendrá derecho a percibir la diferencia

(14) Arts. 634 y ss. LECrim.; arts. 718 y ss. C. J. M.

que resulte como si hubiera permanecido en el destino o situación en que se hallaba antes de ser procesado (art. 9.º-3, in fine).

Siete. SITUACION DE SUSPENSO DE EMPLEO

1. *Antecedentes.* La situación de suspenso de empleo con la denominación y contenido análogo al vigente aparece en el Decreto de 12 de marzo de 1954, no contemplándose en las disposiciones anteriores.

Su regulación vigente se encuentra contenida en el art. 10 del Real Decreto 734/1979, con remisión expresa a los art. 220, 231 y 226 del Código de Justicia Militar.

2. *Quiénes se encuentran en esta situación.* Según el art. 10 del Real Decreto "la situación de suspenso de empleo se aplicará en los casos previstos en los artículos 220 y 231 del Código de Justicia Militar..." (15).

A la vista de tales artículos podemos concluir que se encontrarán en situación de suspenso de empleo los Oficiales y Suboficiales que, mediante sentencia firme, sean condenados, por delitos comprendidos en el Código de Justicia Militar, a penas privativas de libertad de hasta tres años, y por delitos comunes a penas de prisión menor por menos de tres años y de arresto mayor.

3. *Requisitos.* Exigese como requisito principal la firmeza de la sentencia condenatoria, así lo establece el art. 10-1, pár. segundo del R. Decreto.

No requiere, sin embargo, el cumplimiento efectivo de la condena; es más, incluso la nueva redacción dada al art. 231 del Código de Justicia Militar prevé que los efectos de la suspensión de empleo se produzcan como consecuencia de penas de arresto mayor "en los que se hubiere otorgado el beneficio de remisión condicional", solución que nos parece, cuando menos, no equitativa.

La remisión condicional, a tenor de lo preceptuado en los arts. 93 Código Penal y 245 C.J.M. "deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta", durante el período por que se otorgue el beneficio, y si durante éste período el condenado vuelve a delinquir queda sin efecto la remisión concedida, debiendo cumplir efectivamente la pena privativa de libertad inicialmente suspendida. Y en este caso es evidente que durante el tiempo de ese cumplimiento no podrían aplicarse las consecuencias de una suspensión de empleo ya producida; de otro modo tales efectos se duplicarían.

Entendemos, pues, que sería más congruente con la institución de la remisión condicional que, aplicada ésta quedase también sin efecto la suspensión de empleo, la cual desplegaría toda su eficacia en el caso de comisión de nuevo delito durante el plazo de la remisión.

4. *Contenido y efectos.* Los efectos de la suspensión de empleo serán los establecidos en el art. 226 C.J.M., y comenzarán a contar desde el

(15) El art. 220 C. J. M. dispone que "las penas de privación de libertad hasta tres años inclusive, llevarán consigo las accesorias de suspensión de empleo para los Oficiales y Suboficiales..."; y según el art. 231 del mismo Código "las penas de la Ley común impuestas a Oficiales y Suboficiales producirán los efectos siguientes... las de prisión menor por menos de tres años y arresto mayor, en las que se hubiere otorgado el Beneficio de remisión condicional: suspensión del empleo militar.

momento de la notificación de la sentencia firme y su duración será la de la condena.

De acuerdo con este precepto, en relación con previsión del art. 10 R. D. 734/79, estos efectos que constituyen el contenido propio de la situación que ahora examinamos serán los siguientes:

4.1. *Privación de todas las funciones propias del empleo militar*, y en consecuencia el tiempo permanecido en esta situación no será válido a ningún efecto (16).

4.2. *Pérdida de puestos en la escala*. Como regla, la situación de suspenso de empleo implicará la pérdida del número de puestos en el escalafón del Arma o Cuerpo a que pertenezca el interesado, que procedan durante el tiempo de la condena, en la forma y alcance que establece el art. 226 C.J.M., remisión esta totalmente inoperante pues el indicado precepto se limita a remitirse a su vez "a las disposiciones administrativas aplicables".

Pero se exceptúa de esta consecuencia "aquellos a quienes se imponga la suspensión de empleo como consecuencia de penas de arresto mayor" (17).

La determinación del número de puestos a perder en cada caso se hará de acuerdo con una precisa regla que expresa el art. 10-2 del Real Decreto: "se computará el número de ascensos producidos durante los últimos cinco años en el Arma o Cuerpo y Escalas respectivas, y se dividirá por cinco, a fin de determinar los que corresponda por año. El cociente resultante será el número de puestos a perder por cada año o fracción de condena".

4.3. *Producción de vacante*. El pase a la situación de suspensión de empleo ocasionará vacante para el ascenso, pasando el interesado, al cesar en la misma, a la de disponible forzoso. El exceso que se produzca entonces se amortizará. Pero esta regla se exceptúa cuando la suspensión venga originada por condena a penas de arresto mayor impuestas por delitos culposos del Código Penal o leyes penales especiales comunes. Está refiriéndose el precepto, obviamente al delito de imprudencia punible tipificado en el art. 565 del Código penal y concordantes, p. ej., de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y Ley penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. En tales casos ni tan siquiera se produce la pérdida de destino, pues según el art. 10-4 R. D., tras el cumplimiento de la pena "se reintegrará el interesado a su destino, en situación de actividad".

4.4. *Efectos económicos*. Durante el transcurso de la suspensión de empleo sólo se percibirá la parte de sueldo que en concepto de pensión alimenticia se establezca con este fin por disposición administrativa de

(16) El art. 226 C. J. M. establece que "el tiempo de la suspensión no será de abono para el servicio".

(17) Observamos que el art. 226 C. J. M. (en su redacción vigente según Ley 43/1971, de 15 de noviembre, no afectado por la reforma introducida por la Ley Orgánica 9/1980) incurre en una cierta inexactitud por cuanto incluye bajo la rúbrica de "efectos de las penas" —de las previstas en el propio Código, naturalmente— al citado artículo, y se refiere en él expresamente a las penas de "arresto mayor" que, sin embargo, no aparece en la enumeración que de las penas hace su art. 209. La colocación indicada para esta excepción hubiera sido en el art. 231, o cuando menos en el capítulo VI, del título V del Tratado II, de los efectos especiales que producen para los militares las penas comprendidas en la Ley común.

carácter general, remitiéndose pues para concretar los efectos a las disposiciones reglamentarias, pero introduciendo un elemento de seguridad jurídica al prever una regulación general de la materia, eliminando la posibilidad de criterios discrecionales que pugnarían con el sentido jurídico riguroso en materia sancionadora, como la de esta situación.

El art. 10-5 R. D. 734/79, concreta tales efectos, atribuyendo al suspenso de empleo el ochenta por ciento de sus retribuciones básicas y de los premios por particular preparación, la totalidad de las pensiones de mutilación y recompensas y gratificaciones, complemento familiar, y cuantas retribuciones de carácter personal se establezcan en el futuro, siempre que no esté subordinada a la percepción de un sueldo con cargo al ejército correspondiente, así como la totalidad de las indemnizaciones que pudieran corresponderle.

5. *Extinción.* La permanencia en la situación de suspensión de empleo tendrá una duración igual a la de la condena que la origina, de modo que extinguida ésta cesará aquella.

Al término de la suspensión se pasará a la situación de disponible forzoso, salvo cuando la pena haya sido de arresto mayor por delito culposos, en que se reintegrará a su destino.

Ocho. PRISIONERO DE GUERRA

1. *Antecedentes.* La situación de prisionero de guerra aparece por vez primera incluida en un texto único regulador de las situaciones militares, en el Real Decreto vigente.

2. *Quiénes se encuentran en esta situación.* Según el art. 11-1 del citado Real Decreto "se considerará en esta situación a quienes, sin menoscabo de su honor militar, hayan sido aprehendidos por el enemigo en tiempo de guerra o acto de servicio y sean sometidos a cautiverio".

Así pues, conforme al precepto citado se exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Aprehensión por el enemigo, circunstancias que no ofrece mayores dificultades.

b) En tiempo de guerra o acto de servicio. En cuanto al concepto de tiempo de guerra se plantea la cuestión de si basta una mera situación de hecho o es necesario que se trate de una situación de derecho, es decir, que haya sido previamente declarado el estado de guerra. Resulta difícil dar una solución clara a esta cuestión, sobre todo en el momento presente en que parece superado el concepto tradicional de la guerra como enfrentamiento manifiesto de fuerzas combatientes regularmente organizadas y constituidas, y cuando se reconoce por multitud de tratadistas del tema modalidades de acción violenta en la que se adoptan y emplean tácticas y medios típicamente militares. Por otra parte nuestra Constitución, vigente ya en la fecha de promulgación del Real Decreto de situaciones, no contempla la situación de estado de guerra con esta denominación (18).

(18) El art. 116 se refiere a los estados de alarma, de excepción y sitio, remitiéndose a la correspondiente Ley orgánica, que todavía no ha visto la luz a la vida del Derecho a través de las páginas del Boletín Oficial del Estado. El tema es tratado recientemente por J. F. HIGUERA GUIMERA, "La previsión constitucional de la pena de muerte (Comentario al art. 15, segundo inciso, de la Constitución española de 1978)". Ed. Bosch, Barcelona 1980, pág. 50 y ss.

El concepto de acto de servicio habrá de integrarse fundamentalmente por la vía de la remisión al art. 256 del Código de Justicia Militar.

c) Sometimiento a cautiverio, circunstancia que parece venir a completar la de efectiva aprehensión por el enemigo.

d) La aprehensión por el enemigo y el sometimiento a cautiverio han de serlo sin menoscabo del honor militar. De todos los requisitos exigidos este es el de más difícil concreción, por cuanto que el concepto de honor militar es algo que todos intuimos y en el exámen de supuestos concretos podríamos discernir si ha habido o no menoscabo del honor militar. En todo caso, y a modo de orientación habría que acudir, entre otros preceptos de derecho positivo de los que se podrían inducir conceptos generales, a los preceptos contenidos en los arts. 338 y siguientes del Código de Justicia Militar en los que el bien jurídico protegido es precisamente el honor militar. Con arreglo a ellos podría decirse que existe menoscabo del honor militar en los supuestos de cobardía; la entrega, rendición o abandono al enemigo de fuerzas o plaza sin haber empleado todos los medios a su alcance; la capitulación de más fuerzas que las comprometidas, en condiciones más ventajosas que para los demás a sus órdenes, o adhiriéndose a la capitulación estipulada por otro aún contando con medios para la defensa.

3. *Contenido y efectos.* La situación de prisioneros de guerra despliega una particular eficacia, precisamente como consecuencia de lo excepcional de la misma y de las particulares circunstancias en que se produce.

3.1. *Cómputo de tiempo.* El tiempo permanecido como prisionero de guerra será válido a todos los efectos, salvo en cuanto la aptitud para el ascenso. Pero si durante el cautiverio tuviese cumplidas las condiciones de ascenso, se le concederá.

De no reunirlos, permanecerá en su empleo hasta que sea liberado, en cuyo momento el tiempo permanecido en cautividad le será computado como de efectividad, destino y mando, pudiendo ascender en la forma establecida en las disposiciones en vigor, recuperando en su caso, el puesto en el escalafón.

3.2. *Producción de vacante.* La constitución en cautiverio no determina automáticamente la posibilidad de que se cause vacante. Se establece, por así decirlo, una dilación o demora en este efecto, previendo el art. 11-2 del Real Decreto de situaciones la necesidad de que transcurra un año desde la aprehensión para que se ocasione la vacante.

3.3. *Derechos económicos.* Como parece lógico, el prisionero de guerra no podrá percibir por sí los emolumentos que pudieran corresponderle, y al mismo tiempo tampoco sería justo que cesase el derecho a percibir los que le corresponderían si hubiere estado presente.

Se llega así a una solución intermedia, a virtud de la cual las retribuciones que le correspondan le serán abonadas a su esposa e hijos, y en su defecto, a los parientes que conforme a la legislación de derechos pasivos y por el orden que en ella se establece, y todo ello previa información testifical.

Por lo que se refiere al "quantum", se percibirán por entero tanto las

retribuciones de carácter personal a que se refiere el art. 2.º del Real Decreto, como las que por razón del empleo, situación y destino que viniera desempeñando, corresponderían al prisionero de guerra al caer en cautividad (art. 11-4).

4. *Extinción.* La forma normal de extinción vendrá determinada por la liberación del cautivo. En tal caso se reincorporará al servicio —salvo que por razón de edad le hubiese correspondido pasar al retiro o reserva—, dándose a la amortización el exceso que del reintegro se derive.

Nueve. *SITUACION DE DESAPARECIDO*

1. *Concepto y antecedentes.* La desaparición de una persona ignorándose el paradero de la misma es contemplada por las leyes civiles generales, configurándola como una situación transitoria —la ausencia, que el art. 181 del Código civil concibe como la desaparición de una persona de su domicilio o del lugar de su residencia sin haberse tenido de ella más noticias— durante la cual es necesario arbitrar una serie de medidas tendentes a la protección jurídica de las titularidades patrimoniales y de todo orden que afectaban al ausente, medidas que son antecedente de la declaración de fallecimiento por presunción de éste, siempre que transcurran determinados plazos de duración variable según la situación de hecho en que el ausente o desaparecido se hubiera encontrado (vid. arts. 192 a 194 y concordante del Código civil).

Pues bien, tal situación de hecho ha de ser tenida necesariamente en cuenta por la legislación militar, así por una parte los arts. 365 y siguientes del Código de Justicia Militar castigan como delito contra los fines y medios de acción del Ejército el abandono de destino o residencia, por otra las disposiciones administrativas contemplan la desaparición como circunstancia que origina unos determinados efectos en la situación militar del afectado.

Prescindiendo de disposiciones más remotas en el tiempo —como las reguladoras de la desaparición en acciones de guerra en Marruecos—, la situación administrativa de los desaparecidos era regulada por los preceptos siguientes:

a) El art. 368 del C.J.M., a cuyo tenor, en todos los casos de abandono de destino o residencia, “el Oficial o Suboficial que dejare transcurrir dos meses sin justificar debidamente su situación, será dado de baja administrativamente en el Ejército, sin perjuicio de la resolución que recayere en el procedimiento ni de la rehabilitación administrativa a que en su día pudiera haber lugar” (19).

b) Las órdenes de 5 de agosto de 1954, 13 de febrero de 1958 y 20 de agosto del mismo año, para la Armada, el Ejército del Aire y de Tierra, respectivamente, según las cuales el personal desaparecido en acción de guerra, accidente —de mar o aviación— y otros análogos en función del servicio, no será dado de baja y figurará como presente en nómina hasta que

(19) El precepto se completa con la R. O. de 13 de marzo de 1900 (C. L. núm. 52) y O. de 4 de febrero de 1943. Además, en el aspecto económico se establecen determinados efectos en el art. 133 del Reglamento para la Revista de Comisario de los Cuerpos y clases del Ejército aprobado por R. D. de 7 de diciembre de 1892, así como por R. O. de 25 de abril de 1902.

transcurra un año a partir de la fecha en que ocurrió el accidente, salvo que con anterioridad se expida por las Autoridades competentes certificación de su fallecimiento.

2. *Quiénes se encuentran en esta situación.* Con arreglo a la legislación vigente pasarán a esta situación "quienes hayan desaparecido de su destino o lugar de residencia habitual sin que existan indicios de que la desaparición sea debida a ninguna de las causas previstas en los arts. 365 y siguientes del Código de Justicia Militar" (art. 12 R. D. 734/79).

Así pues, se configura la situación militar de desaparecido como la ausencia involuntaria del destino o lugar de residencia habitual, deslindándose expresamente de la voluntaria, que constituiría el delito de abandono de destino o residencia, con las consecuencias administrativas prevenidas en el art. 368 C.J.M., antes citados, y disposiciones complementarias.

3. *Contenido y efectos*

3.1. *Declaración de baja.* Establece el art. 12-2 que "cuando la desaparición se haya producido en campaña o en accidente o en acciones de cualquier naturaleza en que haya intervenido por razón de servicio o con ocasión de él, el interesado no será dado de baja en su Ejército hasta que transcurran dos años contados a partir de la fecha en que se produjo el hecho determinante de la desaparición, salvo que, por las Autoridades competentes se expida certificado de su fallecimiento". En la misma forma se procederá si la desaparición hubiere tenido lugar con ocasión ajena al servicio (art. 12-4, proposición inicial).

Añadiéndose que transcurridos dos años desde la desaparición se reputará, a todos los efectos militares como fallecido, publicándose la baja en el Diario Oficial del Ejército de procedencia.

Puede apreciarse, según lo que acaba de exponerse que la situación de desaparecido tiene una duración de dos años (salvo, claro está, reaparición dentro de ese plazo).

¿Cuándo comenzará la situación de desaparecido? Será necesaria la publicación del correspondiente acto administrativo o resolución, en la que se fijará la fecha del comienzo de la situación. Pero esta fecha, si bien podrá fijarse con mucha aproximación, si no con exactitud, en caso de accidente o acción de servicio o incluso en campaña —cuando se conozca exactamente la acción en que intervino—, y será aquella la del hecho determinante de la desaparición, puede ofrecer alguna dificultad cuando la desaparición se produzca con ocasión ajena al servicio, en cuyo caso desde el instante en que se observe la ausencia habrá que dejar transcurrir el tiempo mínimo prudencialmente suficiente para realizar las pesquisas oportunas en su búsqueda. En todo caso podría acogerse la regla práctica de computar como fecha de la desaparición aquella en que éste se observó una vez que las pesquisas no dieran resultado cierto respecto a la averiguación de su existencia o fallecimiento.

3.2. *Cómputo del tiempo.* El tiempo que se permanezca en la situación de desaparecido o bajo la declaración de fallecido no tendrá en principio valor ni efecto alguno (art. 12-5 inciso inicial).

3.3. *Producción de vacante.* El desaparecido no ocasionará vacante

de modo inmediato, sino solamente una vez que haya transcurrido un año desde la desaparición.

3.4. *Derechos económicos.* Declarada la situación de desaparecido y en tanto ésta dura, las retribuciones correspondientes serán percibidas por los familiares que tengan derecho a ello conforme a las disposiciones ordenadoras de los derechos pasivos. A cuyo efecto habrá de practicarse la correspondiente información testifical, que se llevará a cabo aplicando las normas del Texto Refundido de la Ley de Derechos pasivos, aprobado por Decreto de 13 de abril de 1972, y Reglamento para su aplicación.

Los parientes a quienes se acredite el derecho percibirán por entero las retribuciones de carácter personal a que alude el art. 2 del R. D. 734/79, y las que por razón del empleo, situación y destino que viniera desempeñando correspondieran al desaparecido al producirse esta circunstancia. Pero si la desaparición se produjere con ocasión ajena al servicio sólo tendrán derecho a percibir por entero las retribuciones básicas, las de carácter personal antes aludidas, y las indemnizaciones que pudieran corresponderle.

Obsérvese el diverso tratamiento recibido en el orden económico según que la desaparición se produzca en acto de servicio o con ocasión de él, y fuera del mismo.

Finalmente señalemos que la percepción de estas retribuciones se hará con carácter provisional, hasta que se produzca la declaración de fallecimiento y consiguiente publicación de la baja, en cuyo caso se aplicará íntegramente la legislación sobre derechos pasivos, o hasta que el desaparecido reaparezca.

4. *Extinción: Causas y efectos.* La situación de desaparecido cesará, en primer lugar, por el transcurso de dos años sin reaparición, y consiguiente declaración de baja; lo que determinará la modificación en el título jurídico a virtud del cual los parientes, en su caso, perciban las retribuciones, que pasarán a ser haberes pasivos.

En segundo lugar por la reaparición o regreso del desaparecido, y en su caso declarado fallecido, y reincorporación al Ejército de procedencia, que tiene particulares efectos por la razón misma que la motiva. veamos:

a) El reaparecido causará alta en el Ejército de procedencia y pasará a la situación de disponible forzoso (art. 12-5).

b) Se realizará la correspondiente investigación tendente a determinar las razones que le impidieron o retrasaron el reintegro al puesto de destino, en atención a cuyo resultado el tiempo permanecido en esta situación podrá computarse como válido a todos los efectos de conformidad con las disposiciones vigentes para las Fuerzas Armadas.

De la redacción del texto parece deducirse que el cómputo del tiempo de la desaparición como válido no se producirá de modo automático, sino que se atribuye a la Administración una facultad discrecional que estará inmediata y directamente influenciada por las causas determinantes de la desaparición y el modo de producirse esta, a resultas de la investigación practicada. Lo cual es perfectamente comprensible, aún teniendo en cuenta que tal como está regulada la situación que ahora examinamos, aparece deslindada de los supuestos de los art. 365 y ss. C.J.M., como hemos dejado

ya oportunamente señalado. Pero no es menos cierto que en ocasiones no podrá realizarse el discernimiento entre unas u otras causas hasta el momento de la reaparición, si llega a producirse.

c) El exceso que, como consecuencia del reingreso se produzca, se dará a la amortización, aplicando las reglas vigentes en cada Ejército.

d) En el aspecto económico, el Ejército de procedencia adoptará las resoluciones pertinentes respecto a la liquidación que corresponda, y subsiguiente abono de las retribuciones al interesado. Siendo aplicable al caso el plazo de prescripción de cinco años de las acciones para exigir el abono de los créditos contra la Hacienda Pública, a tenor de lo dispuesto en la vigente Ley General Presupuestaria, de 4 de enero de 1977.

Diez. SITUACION DE RESERVA

1. *Concepto y antecedentes.* Con la misma denominación de situación de reserva se designan dos situaciones distintas tanto formalmente consideradas como en su contenido. Por una parte se encuentra la situación de reserva como la propia de los Oficiales Generales al cesar en actividad, y por otra la situación de reserva como situación particular referida a los Jefes y Oficiales acogidos a la Ley de 17 de julio de 1953. Examinamos aquí la primera de ellas por tratarse de una situación de aplicación general.

En cuanto a sus antecedentes han quedado apuntados al hacer la referencia histórica a las disposiciones que han venido regulando las situaciones militares, de entre las que interesa destacar aquí, por ser el texto que acaba de ser sustituido, el art. 11 del Decreto de 12 de marzo de 1954, a cuyo tenor "pasarán a la situación de reserva por edad o a petición propia los Oficiales Generales o sus asimilados. Sus haberes serán los que con arreglo a las disposiciones vigentes les correspondan, y de serles asignado algún destino activo por Decreto y Orden Ministerial sus devengos serán los que con arreglo al cargo o empleo figuren en presupuesto".

2. *Quiénes se encuentran en esta situación.* En la regulación vigente, el art. 13-1 del Real Decreto 734/79 establece que pasarán a la situación de reserva "los Generales, Almirantes y sus asimilados, por edad, a petición propia, falta de aptitud psicofísica o profesional o por declaración legal de no apto para el servicio, de conformidad con las disposiciones vigentes en la materia".

Del precepto reproducido se deduce de modo inmediato que la reserva se caracteriza precisamente por constituir la cesación en la relación jurídica como tales funcionarios —equiparado al retiro— pero que despliega unos particulares efectos en atención a la jerarquía militar de los afectados, de modo que no puede decirse que se trata propiamente de un cese total en la relación de servicio. Así por ejemplo, los Generales en reserva mantienen el derecho al uso del uniforme en todo momento y no perciben haberes pasivos, como veremos.

Desaparecida la distinción que hacía la Base 8.ª de la Ley de 1918 entre primera y segunda reserva, la edad de pase a la reserva viene fijada actualmente en setenta, sesenta y ocho y sesenta y seis años, respectivamente para los Tenientes Generales, Generales de División, Generales de Brigada y sus asimilados. Si bien aquella distinción se mantiene en cierto

modo, aunque atenuada, mediante el establecimiento de un "Grupo B", sin mando de Armas, o "Grupo de Destino de Arma o Cuerpo", tratándose de Oficiales Generales de las Armas, que se produce por razones de edad cuatro años antes del pase a la reserva. Pero esto no constituye propiamente una situación administrativa distinta de la de servicio activo, al menos desde el punto de vista que nosotros adoptamos en este trabajo.

3. *Contenido y efectos.* El pase a la reserva de los Oficiales Generales tiene como efecto fundamental y de modo genérico su cese en el servicio activo, si bien en determinados casos podrán seguir desempeñando destino.

Pero como ya hemos adelantado tiene, al menos en el orden económico, consecuencias distintas al retiro. En efecto, el art. 13-2 del R. D. 734/79 establece que el personal en reserva percibirá las retribuciones que le correspondan de conformidad con la legislación vigente en cada momento.

La legislación vigente al respecto esta constituida principalmente por la disposición final sexta del Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 de marzo, de reforma de la legislación sobre funcionarios de la Administración civil del Estado y Personal Militar de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire. A tenor de la misma "los Oficiales Generales y asimilados en la situación de reserva percibirán las retribuciones básicas establecidas en el título II del presente Real Decreto-Ley (sueldo, grado, trienios y pagas extraordinarias), en la misma cuantía que si estuviesen prestando servicio activo, percibiendo las complementarias correspondientes únicamente cuando desempeñen destino de plantilla. A partir de la fecha de su pase a la situación de reserva dejarán de perfeccionar el grado por permanencia y los trienios".

No perciben, pues, haberes pasivos, con la importante consecuencia de la no disminución cuantitativa de sus retribuciones básicas.

4. *Extinción.* La situación de reserva cesará por el fallecimiento del interesado, como causa normal. Excepcionalmente estimamos que también será causa del cese en la misma la separación de las filas del Ejército como consecuencia de resolución judicial adoptada de conformidad con las disposiciones vigentes, en particular los previstos en el Código de Justicia Militar.

Once. SITUACION DE RETIRO

1. *Concepto.* El retiro puede ser considerado en una doble acepción: como acto administrativo que declara el pase a la situación de retiro, y esta misma situación. En este segundo sentido fijamos nuestra atención aquí.

Conviene advertir que conforme al concepto que hemos propuesto de situación administrativa, el retiro no está comprendido en ella, y es que, en rigor no es una situación administrativa de funcionario, pues por naturaleza supone el cese o extinción de la relación de servicio que unía al funcionario con la Administración.

El Real Decreto de situaciones vigente lo considera como una situación, pero nos permitimos creer que sin demasiado convencimiento, pues como única razón para su regulación en él señala el hecho que regula también la situación de reserva de los Oficiales Generales: "Asimismo, hallándose regulada por Decreto de 12 de marzo de 1954 la situación de Reserva a la que pasan los Oficiales Generales, se ha considerado conve-

niente incluir la de Retirado, toda vez que, aun cuando implica la baja del personal en los Ejércitos, parece necesario dejar constancia de la misma, puesto que el personal retirado no se desvincula de manera absoluta de las Fuerzas Armadas, ya que conserva determinados derechos y deberes que por su naturaleza son inextinguibles”.

Entre estos derechos y deberes “inextinguibles” (expresión, por otra parte, no muy concreta) se encuentra indudablemente el derecho a seguir ostentando el empleo militar, ya que éste, como hemos visto ya, “constituye una propiedad”, que “sólo podrá perderse por renuncia voluntaria, en virtud de sentencia firme de tribunal competente o pérdida de la nacionalidad española” (art. 209 Reales Ordenanzas). De donde se deduce, además, que son conceptos distintos el de “empleo militar” y el de “situación de activo”. En suma, un militar retirado sigue ostentando su empleo militar, pero por estar retirado de la posesión de aquel no pueden derivarse todas las consecuencias, derechos, prerrogativas y deberes que comporta estando en activo.

Por otra parte, las mismas Reales Ordenanzas se refieren al retiro en los artículos 223 y 224, que colocan bajo la rúbrica “de las situaciones pasivas”, lo que es de por sí suficiente significativo en orden a lo que aquí se mantiene.

2. *Quiénes se encuentran en esta situación.* Causas. Según el art. 223 Reales Ordenanzas “a la situación de retirado se podrá pasar a petición, propia, al alcanzar determinada edad o por oficio, como consecuencia de una resolución legalmente adoptada”; causas que son concretadas por el art. 14-2 del Real Decreto de situaciones que especifica como tales la “edad, petición propia, falta de aptitud psicofísica o profesional, o por declaración legal de no apto para el servicio”.

Preceptos que a su vez son completados por el Art. 22 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos, aprobados por Decreto de 13 de abril de 1972.

A) *Retiro por edad.* Se dispondrá este retiro cuando se alcancen las edades señaladas, o que en lo sucesivo se señalen, para el pase a esta situación.

Las edades vigentes, con carácter general, para el retiro son: Coronel y Capitán de Navío, 64 años; Teniente Coronel, Capitán de Fragata, Comandante y Capitán de Corbeta, 62 años; Capitán y Teniente de Navío, 58 años; Alférez, 58 años; Subteniente y Brigada, 56 años; Sargento, 54 años. Salvo algunos supuestos especiales que carecen de relevancia.

El retiro por edad es siempre forzoso y habrá de decretarse automáticamente al alcanzar el interesado la que para cada caso esté legalmente establecida, cualquiera que sea la situación militar en que se encuentre.

B) *Retiro por inutilidad física.* El retiro forzoso por inutilidad física se acordará después de declararse definitivamente en el oportuno expediente tramitado de oficio o a instancia del interesado.

Esta modalidad de retiro se decretará de oficio o a instancia del interesado, cualquiera que sea la situación militar en que se encuentre, y tanto en uno como en otro caso, sin excepción alguna, habrá de acreditarse en el oportuno expediente de inutilidad, previo necesariamente al retiro.

C) *Retiro voluntario.* Podrá solicitarse y obtener en cualquier tiempo

y cualquiera que sea la situación militar del interesado en relación con el servicio. De donde parece desprenderse que el retiro voluntario constituye un derecho del funcionario militar, sin que su concesión sea una facultad discrecional de la Administración, sino una facultad reglada. Solicitando el retiro, existe derecho a su obtención que no podrá ser denegado.

3. *Contenido y efectos.* El efecto principal, que caracteriza al retiro, es precisamente la de constituir causa de extinción de la relación de servicio, que se produce, en general con carácter definitivo.

Así, el art. 14-2 del Real Decreto establece que "el pase a esta situación es definitivo, excepto cuando el retiro lo haya sido por inutilidad física y posteriormente desaparezcan las causas determinantes de la misma"; disposición que confirma el art. 23-5 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos: "el retiro constituye una situación definitiva, y ninguno de los que entren en ella podrá volver al servicio activo de las armas en tiempo de paz...", exceptuándose el caso particular del retirado por inutilidad física, declaración que será revisable en cualquier tiempo, en tanto el interesado no cumpla la edad de retiro forzoso, si la inutilidad hubiese desaparecido y así se declarase por disposición especial y expresa.

En consecuencia con lo cual, el efecto fundamental de la situación de retiro es el derecho a la percepción de haberes pasivos, "en función del empleo alcanzado y años de servicios prestados".

Por su parte, el art. 224 de las Reales Ordenanzas dispone que "los militares retirados mantendrán, con arreglo a lo que determine la Ley, los derechos del personal en activo, y recuperarán aquellos a los que renunciaron voluntariamente al incorporarse a la vida militar". Naturalmente que la proposición inicial es demasiado genérica, además de venir matizada por la referencia expresa "a lo que determine la Ley"; y en cuanto a la recuperación de los derechos renunciados (con independencia de la falta de rigor en la expresión, puesto que la renuncia es un acto dispositivo definitivo, además de la doctrina de los propios actos), el más importante de ellos es el relativo a la imposibilidad de desplegar actividades políticas y sindicales que, una vez retirado podrán realizarse en su plenitud, lo que concuerda además, con el Real Decreto-Ley regulador de aquella materia, que exige al militar el retiro.

4. *El retiro para el ejercicio de actividades políticas y sindicales.* Por último hemos de señalar que la pretensión de ejercicio de actividades políticas y sindicales por miembros de las Fuerzas Armadas con grado inferior al de Oficial General, determina la obligación de solicitar y obtener el pase a la situación de "retirado", con los derechos pasivos y asistenciales que le correspondan (art. 5.º-1 Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero).

Con independencia de las consideraciones extrajurídicas implícitas en el tema, y que podrían poner en cuestión la tajante solución adoptada por nuestro legislador en esta materia, en las que no podemos entrar por la índole de este trabajo, sí debemos señalar la trascendencia de esta solución puesto que el retiro es definitivo y comporta la pérdida de la carrera militar por una actividad que puede, y lo es en la mayoría de las ocasiones, ser mucho más breve que la actividad profesional.

En orden a las consecuencias administrativas, el problema más

importante que a nuestro modo de ver se plantea es el de la calificación de este retiro como voluntario o forzoso. La cuestión es de relieve toda vez que, según la legislación de derechos pasivos, para causar pensión, caso de retiro voluntario, se precisa haber cumplido veinte años de servicios efectivos, en tanto que para causar pensión por retiro forzoso basta con tener perfeccionados tres trienios, y dos para causar pensión familiar ordinaria.

El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el Real Decreto-Ley 10/1977, por el personal militar profesional —una de las cuales es precisamente la de solicitar el pase a la situación de “retirado”— será constitutivo de falta leve, de falta grave o causa para la instrucción de expediente gubernativo al amparo del art. 1.011 del Código de Justicia Militar, según que la infracción se hubiera cometido por primera, segunda o tercera vez, respectivamente.

Doce. *SITUACIONES PARTICULARES*

El Real Decreto 734/1979 cierra su articulado con una mención expresa a “situaciones particulares” que merecen un breve comentario, precisamente por su carácter de particularidad y tener recudido su ámbito personal de aplicación.

A) *Situación de reserva creada por la Ley de 17 de octubre de 1953* (desarrollada por O. de 28 de julio del mismo año). A esta situación podrán pasar los Jefes y Oficiales pertenecientes al primer grupo de la Escala activa de las Armas y Cuerpo de Estado Mayor y del Cuerpo de Intendencia que habiendo ingresado en el Ejército con anterioridad a 1 de julio de 1939 lo soliciten voluntariamente.

Quienes pasen a esta situación de reserva serán baja definitiva en la Escala de procedencia y alta en la nueva situación permaneciendo en ella hasta que por su edad les corresponda el retiro para su escala y empleo.

Esta situación comporta particulares efectos pues aún habiéndose producido la baja en el Ejército, el personal acogido a esta Ley,

— percibirá sus retribuciones como si estuvieran en activo, gozando de las variaciones que afecten al personal en activo, que tengan efectos pasivos;

— perfeccionará trienios, y

— continúan sometidos a la jurisdicción castrense en las mismas condiciones que señalan las disposiciones vigentes para el personal en situación de actividad.

Finalmente señalemos que quienes reúnan las condiciones exigidas gozarían de un plazo de seis meses, a contar de la fecha de promulgación de la Ley, para acogerse a la situación regulada en la misma.

B) *Situación en Servicios Civiles y en expectativa de Servicios Civiles, creada por la Ley de 17 de julio de 1958.* Conforme a esta Ley podrían acogerse a la misma los Jefes y Oficiales de las Armas y Cuerpos del Ejército de Tierra en situación de actividad, permitiéndoles servir destinos civiles, aun siendo una situación militar.

Daba derechos, hasta el retiro por edad, al percibo de las retribuciones militares, al ascenso al empleo inmediato y a la perfección de trienios hasta

el retiro, además del mantenimiento del derecho a disfrutar de vivienda militar por dos años. En la Administración civil perciben los complementos, gratificaciones e incentivos de la Ley de Funcionarios.

Como puede observarse se trata de situaciones militares que no son aplicables con carácter de generalidad (sólo afectan a determinado personal del Ejército de Tierra, y durante un determinado período de tiempo; han tenido su razón de ser, muy probablemente, en una determinada política de personal tendente a aligerar los cuadros de mando del Ejército permitiendo reducir sus efectivos a dimensiones que se aproximarán a un ideal de estricta eficacia operativa.

C) *Situación especial creada por el Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero.* El real Decreto-Ley de referencia impuso a los miembros de las Fuerzas Armadas la prohibición de participar en actividades políticas y sindicales en tanto mantuviesen su pertenencia a los Ejércitos, y arbitró un procedimiento para quienes desearan participar activamente en la vida política, pero sin que los Ejércitos se vieran en modo alguno involucrados en esa actividad estrictamente personal de sus miembros. El procedimiento fue el de impedir que continuasen perteneciendo a las Fuerzas Armadas. Los Jefes, Oficiales, Suboficiales y clases profesionales habrían de solicitar el retiro, como hemos dejado expuesto; tratándose de Oficiales Generales, habrán de solicitar y obtener el pase definitivo a "situación especial" que, con el exclusivo fin de posibilitar el ejercicio de aquellas actividades crea el Real Decreto-Ley.

Respecto a esta "situación especial", el art. 5.º del citado Real Decreto-Ley se limita a disponer:

— los que voluntariamente se acogieran a ella, a la que se puede acceder desde cualquier otra de las situaciones existentes en el Generalato, tendrán los mismos derechos económicos y asistenciales que pudieran corresponderle en la situación de reserva.

— a los demás efectos, incluso los jurisdiccionales, la "situación especial" queda equiparada a la de "retirado".

Parece pues que se trata de una situación intermedia entre reserva y retiro, lo que plantea algunos interrogantes, como los siguientes: si el pase a esta situación es definitivo y la solicita un Oficial General ya en reserva, ¿podrá volver a ésta?; la equiparación, incluso a efectos jurisdiccionales, al retiro, ¿quiere decir que en caso de comisión de delito conocerá la jurisdicción ordinaria?

Estas y otras cuestiones creemos que deben ser resueltas por la norma de rango adecuado a fin de sentar criterios seguros que nuestro Estado de Derecho demanda, y quizá fue una ocasión desaprovechada la que brindaba el Real Decreto de situaciones, a fin de dar un adecuado encaje sistemático a las consecuencias del ejercicio de actividades políticas por los miembros de las Fuerzas Armadas. Las reformas que se anuncian en materia de personal pueden ser una nueva ocasión para afrontar esta problemática.

CONCLUSIONES

Primera. Se propone como concepto de situación administrativa militar "las diversas modalidades, previstas por el ordenamiento, en que puede encontrarse un militar, y que se traducen en derechos y obligaciones".

Segunda. En consecuencia tendrían tan sólo la calificación de situaciones aquellas que, dentro de la posición general de activo, supongan una modificación en el régimen jurídico del militar.

Con arreglo a ello la denominada situación de servicio activo no sería una situación en sentido técnico, sino precisamente la posición normal del militar en la plenitud de su ejercicio como tal. Sin embargo, en sentido amplio, y así lo vienen admitiendo la generalidad de la doctrina, puede considerarse como auténtica situación administrativa.

En cambio no puede considerarse en modo alguno como situación la de retiro, que por su propia naturaleza supone la extinción de la relación de servicio existente entre el funcionario y la Administración. No se opone a esta conclusión el mantenimiento de ciertos derechos, algunos de los cuales revisten un cierto carácter honorífico (el uso del uniforme en determinados casos, por ejemplo) y otros de carácter asistencial para cuya percepción se ha realizado en su momento la correspondiente prestación; otros, en fin, consecuencia lógica de la relación jurídica extinguida pero convertida en una posición pasiva.

El retiro encontraría su inclusión lógica entre las causas de extinción de la relación de servicio, que tendría su contrapunto en la inclusión de un precepto relativo a los requisitos que, con carácter general, determinan la adquisición de la condición de funcionario militar.

Tercera. La larga enumeración de situaciones militares podría reducirse, eliminando alguna de ellas, como la de desaparecido. La problemática que plantea la desaparición de un militar puede resolverse sin necesidad de crear una nueva situación administrativa, que tal como aparece configurada aparece perfectamente limitada en el tiempo y con corta duración.

Cuarta. La constante remisión que el Real Decreto 734/1979, hace a la regulación de otras materias (ascensos, retribuciones, derechos pasivos, principalmente) directamente relacionadas con cada situación militar, demuestra lo fragmentario de la ordenación positiva de la relación jurídico-administrativa de la función pública militar, por lo que sugerimos la elaboración de un Estatuto del Militar, del que el primer paso ha sido la promulgación de las Reales Ordenanzas, cuya aplicación esperamos fecunda en los años venideros.

Se ha pretendido con el presente trabajo realizar una exposición de la legislación vigente en materia de situaciones militares, planteando los principales problemas y cuestiones que suscita en el momento presente, legislación que, a no dudarlo, se verá afectada por las disposiciones que en

este momento prepara el Ministerio de Defensa, según reiteradas manifestaciones públicas del Excmo. Señor Ministro.

Aunque durante la preparación hemos procedido a realizar una auténtica labor de recopilación de disposiciones relacionadas todas ellas con la función pública militar, así como a la creación de un fichero de notas jurisprudenciales, a la hora de plasmar nuestro trabajo dándole redacción definitiva hemos prescindido de alardes de erudición tanto doctrinal como jurisprudencial —teniendo en cuenta, por otra parte, que la jurisprudencia es más bien parca, afrontando aspectos muy concretos y en relación a casos muy particulares que poca trascendencia tienen en el plano general—, limitándose a exponer reflexiones personales, maduradas a lo largo del tiempo, derivadas de la inclinación del autor al campo del Derecho administrativo, en particular a lo concerniente a la Administración militar por razones profesionales y de vocación.