

## DOS CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN MATERIA DE CLASES PASIVAS

José Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ  
*Capitán Auditor del Aire*  
*Letrado del Consejo de Estado*

### SUMARIO

I. EL ORDEN COMPARTIDO DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE CLASES PASIVAS MILITARES.- II. LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 40.2 DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 1985.- III. LA BASE REGULADORA DE LAS PENSIONES CAUSADAS POR LOS OFICIALES GENERALES DE LOS EJERCITOS Y LOS CABALLEROS MUTILADOS.

#### I

En nuestro ordenamiento jurídico existe un sistema de competencias compartido entre el Consejo Supremo de Justicia Militar(1) y la Dirección General de Costes de personal en materia de Clases Pasivas del personal militar y asimilado de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil. En efecto, el Decreto 1120/1966, de 21 de abril, por el que se aprobó el texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios Civiles disponía en su artículo 6.1 que:

“... la determinación y concesión de pensiones causadas por los funcionarios civiles del Estado corresponde a la Dirección General del Tesoro, Deuda Pública y Clases Pasivas, continuando atribuidas al Consejo Supremo de Justicia Militar las facultades que actualmente tiene en esta materia respecto de las pensiones causadas por el personal militar”.

\_ El artículo 8.1 del mismo texto preceptuaba que:

“... corresponde al Director General del Tesoro, Deuda Pública y Clases Pasivas... la ordenación del pago de todos los haberes pasivos...”

(1) Hoy Ministerio de Defensa.

El Decreto 1211/1972, de 13 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y asimilado de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Armada establecía en su artículo 5º que:

“... corresponde al Consejo Supremo de Justicia Militar: 1. El reconocimiento y concesión de las pensiones causadas por el personal militar incluido en esta ley”.

El artículo 7º del mismo cuerpo legal disponía que:

“corresponde al Director General del Tesoro y Presupuestos la ordenación del pago de todos los haberes pasivos...”

El artículo 11º del Real Decreto Legislativa número 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el vigente texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, mantiene el esquema de reparto de competencias existente en las normas a que se han hecho mención y que han sido objeto de refundición.

En este orden compartido de competencias entre el Consejo Supremo de Justicia Militar, a quien compete el señalamiento de las pensiones del personal militar y asimilado, y la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, a la que corresponde ordenar el pago de dichas pensiones, hay que centrar una serie de controversias suscitadas al momento de interpretar las normas reguladoras de Clases Pasivas.

## II

1. La primera controversia que surgió entre los órganos citados se suscitó con ocasión de la interpretación del artículo 40.2 de la Ley 50/84, de Presupuestos Generales del Estado. Este precepto disponía:

“2. Las pensiones en favor de los huérfanos del indicado personal (funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado, de las Cortes Generales y de la Administración de Justicia, así como del personal militar y asimilado de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos de Seguridad del Estado) que estuvieran causadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley pero que no vinieran percibiéndose en dicho momento por falta de aptitud legal para ello de su titular o porque no concurrieran los presupuestos habilitantes de la percepción, no se percibirán desde el 1 de enero de 1985, salvo en el supuesto de que a 31 de diciembre de 1984 se dieran en el titular del derecho todos los requisitos de aptitud legal exigidos por la legislación aplicable o concurrieran todos los presupuestos habilitantes de la percepción”.

a) La Dirección General de Costes de Personal consideró que el artículo 40.2 de la Ley 50/1984 era un desarrollo del artículo 32.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que, de aplicación bien directa, bien supletoria, a todo el personal al servicio de la Administración del Estado, ordenó la supresión de las pensiones de orfandad para las mayores de veintiún años, salvo que estuvieran incapacitadas para el trabajo; el artículo 40.2 de la Ley 50/1984

contenía una regla general (no se percibirán desde el 1 de enero de 1985 las pensiones causadas pero no percibidas por falta de aptitud legal o por no concurrir los presupuestos habilitantes) y una excepción (salvo que el titular el 31 de diciembre de 1984 tuviera aptitud legal o concurrieran los presupuestos habilitantes) que eran en sí mismas contradictorias; dicha contradicción había de resolverse en favor de la primacía de la regla general, dada la vigencia del artículo 32.3 de la Ley 30/1984. Por ello, las pensiones señaladas por el Consejo Supremo de Justicia Militar a huérfanas mayores de veintiún años con posterioridad a 31 de diciembre de 1984 no eran conformes al ordenamiento jurídico.

b) El Consejo Supremo de Justicia Militar, por su parte, consideró que debía prevalecer la excepción en el ámbito militar toda vez que el citado artículo 32.3 de la Ley 30/1984 no era de aplicación al personal de las Fuerzas Armadas y estimó que, del tenor literal del artículo 40.2 de la Ley 50/84, no era posible llegar a una conclusión negativa a la concesión de pensión de orfandad a quienes el 31 de diciembre de 1984 tenían aptitud legal o concurrían en ellos los presupuestos habilitantes para su percepción, estando causada la pensión.

c) La divergencia entre el Consejo Supremo de Justicia Militar y la Dirección General de Costes de Personal se centró pues en que ésta última consideraba que las pensiones de orfandad reconocidas con posterioridad al 1 de enero de 1985 en favor de huérfanos mayores de 21 años que el 31 de diciembre de 1984 tenían aptitud legal o en los que concurrían todos los presupuestos habilitantes, cuando reunían el requisito que les faltaba, no eran conformes a derecho.

Debe señalarse que el Consejo Supremo de Justicia Militar había reconocido el derecho a percibir pensión sólo desde el momento en que ambas circunstancias –aptitud legal y presupuesto habilitante– concurrían en el beneficiario, esto es, desde el momento en que éste reunía el requisito que le faltaba –bien aptitud legal, bien presupuesto habilitante– el 31 de diciembre de 1984.

ch) Respecto a la cuestión controvertida, el Consejo de Estado, al que fué sometida la divergencia, afirmó que la postura sustentada por el Consejo Supremo de Justicia Militar era correcta. Tras desechar que en el tenor del artículo 40.2 de la Ley 50/84 existiera alguna errata, el Alto Cuerpo Consultivo manifestó que se trataba de una norma transitoria reguladora del derecho expectante de pensión de orfandad de los mayores de 21 años, respetando los derechos consolidados –nacidos de pensiones causadas por el fallecimiento del funcionario– aún cuando éstos no estuvieren reconocidos en favor de un beneficiario mayor de 21 años por no tener a 31 de diciembre de 1984 aptitud legal o no reunir los presupuestos habilitantes para su percepción. En otros términos, el Consejo de Estado estimó que el artículo 40.2 respetó el derecho a que se siguiera transmitiendo con posterioridad a 1 de enero de 1985 la pensión causada desde el momento en que el beneficia-

rio reuniera conjuntamente la aptitud legal y los presupuestos habilitantes, siempre que a 31 de diciembre de 1984 concurriera alguna de las circunstancias.

2. La interpretación del artículo 40.2 de la Ley 50/84, a la vista de tenor poco claro que tiene, no es fácil. Hay que resaltar en primer término que el texto publicado en el Boletín Oficial del Estado de 31 de diciembre de 1984 es exacto, depurado de cualquier errata o error. El intérprete, por tanto, ha de ceñirse a sus términos. No son válidas las afirmaciones correctivas, es decir, aquéllas que señalan, por ejemplo, que en la excepción la conjunción alternativa "o" debería haber sido sustituida por la copulativa "y".

Los términos de la excepción son exactos, según deduce:

a) Del texto inserto en el Boletín Oficial del Estado, por cuanto la corrección de errores de la Ley 50/84, de 30 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 25 de julio de 1985, no introduce rectificación alguna en el artículo 40.2.

b) Del texto auténtico de la Ley, promulgado y sancionado por el Jefe del Estado y obrante en el Registro de Leyes de las Cortes Generales; pues consultado éste, se aprecia una identidad absoluta entre el tenor del artículo 40.2 y el inserto en el Boletín Oficial del Estado.

c) De la tramitación parlamentaria del precepto, pues su redacción no sufrió modificación alguna durante aquélla. En efecto, el texto del Proyecto (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de Diputados nº 119-1, de 11 de octubre de 1984), el dictamen de la Comisión de Presupuestos del Congreso (Boletín 119-II, de 30 de noviembre de 1984); el aprobado por el Pleno del Congreso (Boletín 119-III, de 10 de diciembre de 1984); el inserto en el Boletín del Senado (núm. 216 (a) de 7 de diciembre de 1984) como remitido por el Congreso; el informe de la Ponencia (Boletín núm. 216 (b) de 14 de diciembre de 1984); el dictamen de la Comisión de Presupuestos del Senado (Boletín 216 (d) de 31 de diciembre de 1984) y el que con carácter definitivo aprobó el Congreso (Boletín nº IV, de 31 de diciembre de 1984) coinciden exactamente entre sí y con el publicado en el Boletín Oficial del Estado de 31 de diciembre de 1984.

En la conclusión, no es posible apreciar en el tenor del artículo 40.2 error de expresión o errata.

3. La interpretación del artículo 40.2 de la Ley de Presupuestos para 1985 no puede hacerse aisladamente, con desconocimiento de las restantes normas reguladoras de las Clases Pasivas. Antes al contrario, el artículo 40.2 de la Ley 50/84 sólo puede ser objeto de una interpretación adecuada si se inserta en su correspondiente grupo normativo y se analizan, una vez ubicado en dicho grupo, las relaciones de coordinación que lo ligan con otras normas del mismo. Sólo así será posible encontrar su verdadero sentido.

a) La Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública establece en su artículo 32.3 que

“las pensiones de orfandad que se causen a partir de la entrada en vigor de la presente Ley se extinguirán al cumplir el beneficiario, cualquiera que fuera su sexo, la edad de veintiún años, salvo el supuesto de incapacidad absoluta para el trabajo”.

El número 4 del mismo Texto legal prevé que

“A partir de la publicación de la presente Ley, las pensiones en favor de los huérfanos mayores de veintiún años salvo que hubieran sido declarados incapacitados con anterioridad a cumplir dicha edad y tuvieran derecho al beneficio de justicia gratuita según las disposiciones vigentes, *serán incompatibles* con la percepción de haberes por trabajo activo que permitan su inclusión del titular en cualquier régimen público de Seguridad Social”.

La exigencia de declaración de incapacidad y el derecho al beneficio de justicia gratuita son en este precepto causas de incompatibilidad de la percepción de las pensiones.

El artículo 32 de la Ley 30/84 es un precepto aplicable sólo a los funcionarios civiles de la Administración del Estado pues, aún teniendo carácter supletorio para todo el personal al servicio de la Administración, la existencia de previsiones específicas para las pensiones de orfandad en las regulaciones vigentes de otros colectivos de funcionarios impide considerarlo aplicable a éstos.

b) La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1985, de 30 de diciembre de 1984, ha articulado un nuevo sistema de Clases Pasivas, regulando las pensiones con arreglo a criterios distintos a los hasta ahora vigentes.

La nueva regulación de Clases Pasivas tiene un ámbito de aplicación definido. Subjetivamente, se aplica a todos los funcionarios civiles de la Administración del Estado, al Personal Militar y asimilado de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, a los funcionarios de la Administración de Justicia y a los de las Cortes Generales (artículo 27 de la Ley 50/84, de 30 de diciembre).

Temporalmente, la nueva regulación es de aplicación a “las pensiones que se causen a partir de la entrada en vigor” (artículo 26.2 de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre). Las causadas anteriormente continúan rigiéndose por “la normativa vigente durante 1984” (artículo 26.1 de la Ley 50/84).

c) De acuerdo con el planteamiento indicado, la Ley de Presupuestos para 1985 establece una nueva regulación para las pensiones de orfandad causadas con posterioridad a la entrada en vigor de la misma por cualquier funcionario de la Administración del Estado, de la Administración de Justicia, de las Cortes Generales o de las Fuerzas Armadas (Ley 50.84, artículos 26, 27 y 33); dicha regulación tiene pues carácter general, pues da un tratamiento común a todas las pensiones causadas con anterioridad al primero de enero de 1985.

Igualmente, y de acuerdo con los principios señalados en la Ley 50/84, respeta las pensiones de orfandad causadas con anterioridad al primero de

enero de 1985 y reconocidas en favor de mayor de veintiún años, que vinieran percibiéndose en dicha fecha, si bien establece la incompatibilidad para su percepción si el beneficiario cobra haberes por trabajo activo que permita su inclusión en cualquier régimen público de la Seguridad Social—regla que no es de aplicación cuando el huérfano hubiera sido declarado incapaz con anterioridad a cumplir los veintiún años y tuviera derecho al beneficio de justicia gratuita— (artículo 40.1). Esta previsión del artículo 40.1 no es sino una aplicación del principio de respeto a las pensiones causadas, reconocidas y percibiéndose con anterioridad al 1 de enero de 1985.

4. En relación con las pensiones de orfandad, la Ley 50/84 prevé además la situación de aquéllas que, causadas con anterioridad al primero de enero de 1985, no vinieran percibiéndose por falta de aptitud legal o por no concurrir los presupuestos habilitantes para su percepción. Dicha previsión se encuentra en el artículo 40.2 que contiene:

a) una regla general (“las pensiones en favor de los huérfanos del indicado personal al que se refiere el número anterior, que estuvieran causadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, pero que no vinieran percibiéndose en dicho momento por falta de aptitud legal para ello de su titular o porque no concurrían los presupuestos habilitantes de la percepción, no se percibirán desde el 1 de enero de 1985...”).

b) una excepción (“...salvo en el supuesto de que a 31 de diciembre se dieran en el titular del derecho todos los requisitos de aptitud legal exigidos por la legislación aplicable o concurrieran todos los presupuestos habilitantes de la percepción”).

El artículo 40.2 es un precepto aplicable a todos los funcionarios comprendidos en el ámbito del artículo 27 de la Ley 50/84. Se trata, además, de una disposición, que como todas las que incluyen una regla general y una excepción, contiene una contradicción pues ello es inherente a este tipo de normas; la existencia de esta contradicción—entre regla general y excepción—no puede resolverse dando prevalencia a aquélla y, en consecuencia, privando de sentido y ámbito de aplicación a la segunda, sino que es preciso encontrar una interpretación razonable que salve el ámbito de una y otra.

Dicha interpretación razonable obliga a poner de manifiesto que el artículo 40.2 de la Ley 50/84 es un precepto dotado de sentido y coherente con el resto de las previsiones del citado texto legal.

a) En efecto, el artículo 40.2 tiene un tenor gramaticalmente claro—no hay errata alguna— y un sentido lógico, al establecer, junto a una regla general, una salvedad o excepción que se construye sobre una disyunción (aptitud legal del titular o presupuesto habilitante), pues si en lugar de emplear la partícula “o” utilizará la conjunción copulativa “y” el precepto carecerá de sentido. Si ocurriera de este último modo se estaría ante dos formulaciones de una misma regla general, expresadas una, en forma positiva, y otra en forma negativa; se trataría de una norma reduplicativa que anularía, al contradecirla, su propia estructura de regla general y salvedad o excepción

ya que vendría a identificar sus previsiones. Es decir afirmar que no se percibirá una pensión en el supuesto de que falte el requisito a) o b) es lo mismo que decir –en positivo– que se percibirá cuando se den los requisitos a) y b). Esta identidad de los términos –en positivo y en negativo– impide configurarlo como regla general y como excepción; ya que si la excepción tiene idéntico alcance que la regla general, la proposición carece de sentido.

Así pues, si la Ley formula una regla general y una excepción, ha de buscarse una interpretación que respete esa estructura del mandato normativo.

b') En segundo término, un análisis de las disposiciones reguladoras de las pensiones de orfandad contenidas en la Ley 50/84 pone de manifiesto el papel bien definido que asume en la misma el artículo 40.2. En efecto, las pensiones de orfandad causadas, reconocidas y percibiéndose al momento de entrada en vigor de la Ley, se contemplan por ésta en el artículo 40.1; se trata de una norma que, sin perjuicio de las previsiones sobre incompatibilidades, consagra el respeto a las mismas. Las pensiones de orfandad que se causen a partir de 1º de enero de 1985 son objeto de regulación en el artículo 33. Por último, las causadas pero aún no reconocidas y, en consecuencia, no percibidas todavía son el objeto del artículo 40.2. Este último precepto es una norma que contempla, al incluir la mencionada salvedad, el derecho expectante a pensión de orfandad de quien sólo reúne uno de los requisitos para percibirla –bien aptitud legal, bien presupuesto habilitante–, asegurándole la protección y el respeto a dicha expectativa toda vez que podrá cobrar el haber pasivo por orfandad, aun cuando fuere mayor de 21 años, desde el momento en que concurra en el beneficiario el requisito que, a 31 de diciembre de 1984, le faltaba. En síntesis, el artículo 40.2 de la Ley 50/84 es una norma que regula el derecho expectante de pensión de orfandad de los mayores de 21 años, respetando los derechos consolidados –nacidos de pensiones causadas por el fallecimiento del funcionario– aun cuando éstos no estuvieren reconocidos en favor de un beneficiario mayor de 21 años por no tener a 31 de diciembre de 1984 aptitud legal o no reunir los presupuestos habilitantes para su percepción. En este sentido, puede calificarse de auténtica norma de derecho transitorio.

5. Definido en los términos que anteceden la función del artículo 40.2 y su sentido, procede determinar el ámbito de aplicación del mismo.

Para ello, es preciso analizar el significado y el contenido de las expresiones legales “presupuesto habilitante” y “aptitud legal” que no pueden ser identificadas.

Con carácter previo a dicho análisis debe recordarse que: a) el nacimiento del derecho a pensión se produce al fallecer el funcionario, esto es, al causarse la misma, momento al cual ha de referirse el derecho a las pensiones de viudedad, orfandad y en favor de los padres; b) el ejercicio del derecho a pensión requiere la concurrencia en su titular de la “aptitud legal”;

c) efectividad del derecho exige la concurrencia de los presupuestos habilitantes legalmente determinados; ch) la existencia de alguna causa de incompatibilidad impedirá, por último, la percepción de la pensión mientras subsista aquélla, pero no su reconocimiento.

A) *Concepto de "aptitud legal del titular del derecho".*

La noción de "aptitud legal del titular del derecho" no está determinada de modo enunciativo en ninguna de las disposiciones reguladoras de las Clases Pasivas de los funcionarios civiles ni del personal militar y asimilado.

Sin embargo, de un análisis de los distintos textos legales (Estatuto de Clases Pasivas de 1926, artículos 82, 83 y 90; Texto Refundido de Derechos Pasivos del Personal Militar de 1972, artículos 31 y 32; artículos 19, 36 y 54 del Texto Refundido de Clases Pasivas, entre otras) puede deducirse que aptitud legal del titular del derecho es la capacidad personal del mismo. Tiene pues un contenido subjetivo. En concreto, determina la capacidad personal para ser titular del derecho a pensión de orfandad tener un estado civil distinto del de casada (soltera, viuda, separada civil, divorciada), toda vez que el requisito de la nacionalidad española ha de entenderse derogado tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 por vulnerar el artículo 14 de la misma según ha declarado la jurisprudencia y confirmado el propio legislador (Ley 50/84, artículo 39).

B) *Concepto de presupuestos habilitantes*

No están tampoco definidos en la Ley cuáles son los presupuestos habilitantes. Pero, al igual que sucede con la noción de "aptitud legal", el examen de las distintas disposiciones reguladoras de la materia permite deducir que son aquellas circunstancias que, sin tener carácter personal, facultan al titular para percibir la pensión causada por la muerte de su padre. En concreto, deben señalarse como presupuestos habilitantes: a) inexistencia de pensión de viudedad por fallecimiento del cónyuge; b) pérdida de pensión por nuevo matrimonio y c) privación del derecho a la pensión a la viuda por los motivos legales de mala conducta. Todos ellos son supuestos que tienen un denominador común: la pensión está vacante.

6. El artículo 40.2 de la Ley 50/84 respeta el derecho a que se siga transmitiendo con posterioridad a 1 de enero de 1985 la pensión ya causada desde el momento en que el beneficiario reúna conjuntamente la aptitud legal y los presupuestos habilitantes, siempre que a 31 de diciembre de 1984 concurriera alguna de las dos circunstancias.

En consecuencia, a la vista de la conclusión alcanzada y de las disposiciones reguladoras de la materia, se puede sintetizar el régimen de las pensiones de orfandad del personal militar y asimilado en los siguientes términos:

a) *Pensiones causadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1984.* Se

percibirán por los hijos del funcionario fallecido hasta la edad de 21 años e incluso después si estuvieren incapacitados para el trabajo y tuvieran derecho al beneficio de justicia gratuita (Ley 50/84, art. 33).

b) *Pensiones causadas con anterioridad al 31 de diciembre de 1984 y que en dicha fecha eran percibidas.* Seguirán cobrándose por los beneficiarios hasta la edad de 23 años o incluso superior cuando estuvieran incapacitados para el trabajo y tuvieran derecho al beneficio de pobreza, si el causante ingresó en las Fuerzas Armadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1959; si el causante hubiere ingresado con anterioridad a dicha fecha, las huérfanas seguirán percibiendo la pensión hasta que contraigan matrimonio y los huérfanos sólo lo harán hasta la edad de los 23 años o más si están incapacitados para el trabajo y tuvieran derecho al beneficio de pobreza.

c) *Pensiones causadas con anterioridad al 31 de diciembre y no percibidas en dicha fecha.* No se percibirán desde el 1º de enero de 1985 salvo que el titular del derecho tuviere aptitud legal o concurrieren todos los presupuestos habilitantes para ello.

En este caso, *tiene derecho a pensión:*

1. Por tener aptitud legal el 31 de diciembre de 1984:

Las huérfanas casadas en dicha fecha que ulteriormente dejaron de estar pensión, si ésta falleció, contrajo matrimonio o fue excluida de su percepción con posterioridad. Estas huérfanas tendrán derecho a percibir la pensión desde el momento que quede vacante por matrimonio, óbito o exclusión de la madre.

2. Por concurrir todos los presupuestos habilitantes para la percepción de la pensión el 31 de diciembre de 1984:

Las huérfanas casadas en dicha fecha que ulteriormente dejaron de estar siempre que el día 31 de diciembre de 1984 la madre no percibiese ya la pensión por haber contraído nuevas nupcias, por fallecimiento o exclusión legal. Estas huérfanas tendrán derecho a percibir la pensión desde el momento en que dejen de estar casadas.

Unas y otras percibirán sus pensiones: a) hasta los 23 años o edad superior si están incapacitadas para el trabajo y tuviesen derecho al beneficio de pobreza o justicia gratuita, cuando el causante hubiere ingresado en el servicio con posterioridad al 31 de diciembre de 1959, b) hasta que contrajeran nuevo matrimonio, si el causante hubiera ingresado en las Fuerzas Armadas con anterioridad al 31 de diciembre de 1959.

Por ello, los actos de reconocimiento de pensión hechos por el Consejo Supremo de Justicia Militar en favor de mayores de 21 años, con posterioridad al 1º de enero de 1985, para percibirla desde el momento en que reunían la circunstancia que les faltaba el 31 de diciembre de 1984 —aptitud legal o presupuesto habilitante— son ajustados a las previsiones del artículo 40.2 de la Ley 50/84.

7. El criterio sentado por el Consejo de Estado y el parecer expuesto en las páginas anteriores es el recogido por el artículo 59.2 párrafo tercero del

Texto Refundido de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, que dispone:

“Las pensiones de orfandad de Clases Pasivas, a las que sea aplicable la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984, causadas con posterioridad al 23 de agosto de dicho año por personal comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 30/84, de 2 de agosto, o con posterioridad al 31 de diciembre en otro caso, no se percibirán en cuanto su titular sea mayor de veintiún años de edad y tenga derecho además al beneficio de justicia gratuita.

.....  
No obstante lo dicho, las pensiones de orfandad causadas con anterioridad al 23 de agosto de 1984 o al 1 de enero de 1985, que no vinieran percibiéndose a 31 de diciembre del mismo año no se extinguirán, pese a tener su titular más de veintiún años y no tener derecho a beneficio de justicia gratuita, si en esta última fecha estuviera éste en posesión de todos los requisitos de aptitud legal, viviendo o no el cónyuge del causante, o si no, estando vacante la pensión, el titular careciera de aptitud legal”.

### III

1. La determinación de la base reguladora de las pensiones causadas por los Oficiales Generales de los Ejércitos y los Caballeros del Benemérito Cuerpo de Mutilados es otra de las cuestiones controvertidas entre el Consejo Supremo de Justicia Militar y la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas. La diferencia suscitada se puede resumir:

a) La Dirección General de Costes de Personal consideró que, para el cálculo de las pensiones familiares causadas por los Oficiales Generales y los Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria, había de tenerse en cuenta únicamente la regulación contenida en la Ley 50/84, de 31 de diciembre: en concreto, la fijación de las pensiones familiares ordinarias causadas por aquéllos había de hacerse calculando, con arreglo a los módulos contenidos en el artículo 27, una pensión teórica de retiro que sirve de base para la aplicación de los porcentajes señalados en el artículo 32 y siguientes de la referida Ley. En consecuencia, el haber regulador de las pensiones familiares ordinarias de los Oficiales Generales y Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria es el correspondiente a una hipotética pensión de retiro de éstos, calculada en la forma que previenen los artículos 27 y siguientes de la Ley 50/84.

b) El Consejo Supremo de Justicia Militar estimó que las pensiones familiares ordinarias causadas por los Oficiales Generales y Caballeros Mutilados habían de calcularse aplicando los porcentajes establecidos en la Ley 50/84 a una base reguladora determinada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 20.1 del Real Decreto Ley 22/77 pues el artículo 27 del primero de los textos legales sólo era aplicable a quienes pasaban a la situación de

jubilados o retirados, circunstancia ésta que no concurría en el caso de los Oficiales Generales y Caballeros Mutilados.

La cuestión controvertida se centraba pues en determinar cuál es la base reguladora que sirve para calcular las pensiones familiares causadas por los Oficiales Generales y los Caballeros Mutilados fallecidos con posterioridad al 31 de diciembre de 1984 y cómo se calcula aquélla.

c) El Consejo de Estado estimó por su parte que el artículo 27 está previsto para aquéllos supuestos en que los Oficiales Generales y los Caballeros Mutilados pierden la condición de militar y, por consiguiente, no pueden pasar a la situación de reserva o asimilada a activo, conservando no obstante los correspondientes haberes pasivos. En concreto, el Alto Cuerpo Consultivo afirmó:

“En efecto, aunque, como señala la Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878, el Ejército es una de las carreras del Estado y el empleo militar una propiedad con todos los derechos y goces que las leyes y reglamentos consignan, la condición de militar —y por tanto la de Oficial General o Caballero Mutilado— puede perderse, además del fallecimiento, por distintas causas. Una, voluntaria, es la renuncia a la condición de funcionario; otras son forzosas. Entre éstas últimas pueden mencionarse: la pérdida de la nacionalidad española, la sanción disciplinaria de separación del servicio en virtud de un expediente gubernativo y la pena de pérdida de empleo impuesta como principal o accesoria o como efecto especial que producen para los militares determinadas penas comprendidas en la Ley común (artículo 209 de las Reales Ordenanzas). Todas ellas conllevan el que el militar afectado queda fuera de los Ejércitos, sin poder reingresar en ellos voluntariamente y con pérdida de los derechos militares, a excepción del empleo y los derechos pasivos, en los casos del que renuncia a la nacionalidad o del separado del servicio (artículo 39 de la Ley 50/84 y artículo 64 de la Ley Orgánica 12/85, de 27 de noviembre) o, a excepción sólo de los derechos pasivos que pudieren corresponderle, en el caso del condenado a la pena de la pérdida de empleo (artículo 30 de la Ley Orgánica 13/85, del 11 de diciembre).

La pérdida de la condición de militar por cualquiera de estas causas no conlleva la pérdida de los derechos pasivos. Así se deduce del artículo 172, *in fine*, de la Ley 85/78, de 28 de diciembre, que establece que “el militar... en ningún caso podrá ser privado de los derechos pasivos que pueden corresponderle” y de lo prevenido en los artículos 64 de la Ley Orgánica 12/85, de 27 de noviembre y 30 de la Ley Orgánica 12/86, de 11 de diciembre. Por tanto quien voluntaria o forzosamente se aparte de los Ejércitos conserva su derecho a percibir los haberes pasivos que pudieren corresponderle. Este derecho también lo tienen los Oficiales Generales y los Caballeros Mutilados como funcionarios militares que son.

Los Oficiales Generales y Caballeros Mutilados que renuncian a su condición de militar, que pierden la nacionalidad o que son separados del servi-

cio o condenados a la pena de pérdida de empleo no pueden percibir, desde el momento de la renuncia, resolución o sentencia firme, haberes activos por cuanto ya no forman parte de los Ejércitos y, en consecuencia, no están en situación de actividad en las Fuerzas Armadas. Tienen, sin embargo, en aplicación de lo dispuesto genéricamente en el artículo 172 de las Reales Ordenanzas, derecho a percibir los haberes pasivos que puedan corresponderles en función del empleo alcanzado y del número de años de servicio. De lo dispuesto se deduce que existe un supuesto en el que Oficiales Generales y los Caballeros Mutilados pueden percibir –y de hecho perciben quienes están en esta situación– haberes pasivos. Dicho supuesto se produce en todos los casos en que, fuera del fallecimiento, causan baja en las Fuerzas Armadas bien voluntaria (renuncia) bien forzosamente (pérdida de nacionalidad, separación del servicio y pérdida de empleo).

Determinado el supuesto en el que los Oficiales Generales y los Caballeros Mutilados –o ex Oficiales Generales y ex Caballeros Mutilados en puridad cuando hubieren sido condenados a la pena de pérdida de empleo– pueden ser perceptores de haberes pasivos, la previsión del artículo 27 de la Ley 50/84, de 30 de diciembre, cobra sentido en cuanto se refiere al cálculo de la pensión de jubilación o retiro del personal que al 31 de diciembre de 1984 se encontraba en situación de... segunda reserva... o en situaciones militares equivalentes.

Los haberes reguladores y coeficientes de aplicación establecidos en el artículo 27 de la tan citada Ley 50/84 son aplicables para fijar el haber pasivo correspondiente a los Oficiales Generales y Caballeros Mutilados que causaren baja por causa distinta del fallecimiento en las Fuerzas Armadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1984.

En consecuencia, las previsiones del artículo 27 sólo son de aplicación en los casos en que proceda fijar un haber pasivo a los Oficiales Generales o Mutilados que, con posterioridad al 31 de diciembre de 1984, hubieren causado baja en las Fuerzas Armadas por renuncia a su condición de militar, por pérdida de la nacionalidad española, por haber sido separado del servicio o condenado a la pena de pérdida de empleo.

El haber pasivo así fijado en estos casos será, además, el regulador de las pensiones familiares causadas por dichos Oficiales Generales y Caballeros Mutilados pues sobre él operarán los porcentajes fijados en los artículos 32 y 33 de la Ley 50/84”.

2. El parecer del Consejo de Estado no puede ser compartido. En efecto, los Oficiales Generales de los Ejércitos y los Caballeros Mutilados no pasan nunca a la situación de retirados o jubilados. En todo momento, y hasta su óbito, se le considera en situación de actividad o asimilada a ésta. Así se deduce de las disposiciones reguladoras de las situaciones de unos y otros ya desde el pasado siglo. No quiere decir ello que la situación de unos y otros sea de *servicio activo* pues en la legislación administrativa militar reguladora de las situaciones del personal de los Ejércitos no es posible

identificar las situaciones de actividad y servicio activo. La primera de ellas se configura como *supraconcepto*, esto es, como situación genérica que engloba a otras muchas que tienen todas el denominador común de contraponerse a la de retirado. Por ello, no cabe entender en modo alguno que todas las situaciones comprendidas en la genérica de actividad tienen el mismo contenido y determinan los mismos efectos que la de servicio activo pues si así se hace se confunde, con notorio error, el contenido de lo genérico –actividad– y de una de sus especies –servicio activo–.

1'. Los Oficiales Generales de los Ejércitos no pasan a la situación de retirado, sino a la reserva –asimilada a la de activo– desde que así lo dispusiera la Ley de Presupuestos de 26 de mayo de 1835. Desde entonces esta previsión legal no ha sido modificada sino reiterada por numerosas disposiciones ulteriores (Ley de 29 de noviembre de 1878; Ley de 14 de mayo de 1883; Ley de 19 de julio de 1889 y Leyes de 29 de junio de 1918 y 8 de mayo de 1920). En la actualidad, con la denominación de situación de reserva se designa la propia de los Oficiales Generales al cesar en actividad. De acuerdo con el artículo 13.1 del Real Decreto 734/79, de 9 de marzo, pasan 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.”

La reserva, según la legislación militar, como situación administrativa, se caracteriza por no extinguir la relación de servicio, aunque el Oficial General cese en el servicio activo. Por ello, al pervivir la citada relación, los Oficiales Generales no se integran en las Clases Pasivas del Estado y continúan percibiendo, con cargo a los Presupuestos del Ministerio de Defensa, “las retribuciones básicas ... en la misma cuantía que si estuviesen prestando servicio activo” si bien “a partir de la fecha de su pase a la situación de reserva dejan de perfeccionar el grado por permanencia y los trienios según dispone el Real Decreto Ley 22/1977, de 30 de marzo.”

En síntesis, los Oficiales Generales en situación de reserva no perciben haberes pasivos pues se consideran en situación de actividad. Además, en dicha situación, no perfeccionan trienios, ni pueden ascender a empleos superiores.

2'. Los Caballeros Mutilados, integrados en el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, tampoco pasan a la situación de retirado en ningún caso. Así lo dispone el artículo 8º de la Ley 5/76, de 11 de marzo: .

“Los que ... sean clasificados como Caballeros Mutilados ... ingresarán ... en el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, pudiendo permanecer en el mismo hasta su fallecimiento ...”

Hasta el momento de su óbito, los integrantes del Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria se consideran en situación *asimilada* al servicio activo, perfeccionando incluso trienios a los efectos de Clases Pasivas familiares y percibiendo sus haberes activos con cargo a los Presu-

puestos del Ministerio de Defensa. Además, en dicha situación pueden incluso ascender a empleos superiores.

3'. El artículo 27 de la Ley 50/84, de 30 de diciembre establece:

“A partir de 1 de enero de 1985 la determinación de los haberes de jubilación o retiro ... del personal militar y asimilado de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos de Seguridad del Estado, comprendido en el ámbito de aplicación de la legislación de Clases Pasivas se ajustará a las normas contenidas en el presente y en los artículos siguientes:

1. *Los haberes reguladores anuales que se tendrán en cuenta para el cálculo de la pensión de jubilación o retiro del personal mencionado en el primer párrafo del presente artículo que al 31 de diciembre de 1984 se encuentre en situación de servicio activo, reserva activa o segunda reserva ... o situaciones militares equivalentes que se entenderán, en cuanto en esta Ley no se haga distinción expresa, como asimiladas al servicio activo ... serán, en cada caso, los que correspondan al funcionario en razón del índice de proporcionalidad y grado, o coeficientes multiplicadores o elemento de identificación equivalente asignados a los Cuerpos, escalas, plazas, empleos o categorías en que hayan venido prestando sus servicios desde su ingreso al servicio del Estado hasta el momento de su jubilación o retiro, de acuerdo con las siguientes tablas.”*

Si se interpreta el precepto de forma aislada es necesario concluir que la previsión establecida en el mismo de que:

“1. Los haberes reguladores anuales que se tendrán en cuenta para el cálculo de la pensión de ... retiro del personal ... que a 31 de diciembre en situación de segunda reserva (caso de los Oficiales Generales) o en situaciones equivalentes (caso de los Mutilados) ... serán los que correspondan ... de acuerdo con las siguientes tablas:”

Carece de sentido pues, como se ha señalado, ni los Oficiales Generales ni los Mutilados de Guerra por la Patria pasan nunca a la situación de retirado; nunca reciben pensión por tal concepto sino que perciben haberes activos.

Es preciso, sin embargo, interpretar el artículo 27 de la Ley 50/84 en relación con otras previsiones del Capítulo VI de aquella Ley y tratar de encontrar un sentido a la afirmación legal que contempla la existencia de un haber regulador para el cálculo de la pensión de retiro de quienes nunca pasan a la situación de retirado. No es posible estimar que el Legislador introdujo en el tenor del precepto la citada previsión sin finalidad alguna. Antes al contrario, el intérprete debe buscar el sentido de todas las afirmaciones legales valiéndose de los criterios y elementos que el ordenamiento ofrece y, en concreto, de aquéllos a que se refiere el artículo 3 del Código Civil.

4'. Los artículos que regulan las pensiones familiares y pueden dotar de sentido a la previsión contenida en el artículo 27 de la Ley 50/84 son el 32 (Determinación de haberes familiares de Clases Pasivas. Pensiones de viu-

dedad), el 33 (Pensiones de orfandad) y el 34 (Pensiones en favor de los padres).

El primero de ellos establece:

“A partir de 1 de enero de 1985, la determinación de los haberes en favor de las familias del personal funcionario mencionado en el primer párrafo del artículo 27, que en dicha fecha se encuentre en situación de servicio activo o asimilada a ésta ... se ajustará a los normas contenidas en el presente y siguientes artículos:

.....  
2. El importe de la pensión de viudedad será del 50 por 100 del de la pensión de jubilación o retiro del funcionario fallecido ...

*En caso de que el fallecimiento del funcionario causante de la pensión se produjera estando en situación de servicio activo, reserva activa o segunda reserva; ... u otras situaciones militares legalmente asimilables, para el cálculo de la pensión correspondiente al cónyuge viudo, se tomará la que se hubiera señalado al causante caso de haber sobrevivido hasta la fecha de su jubilación o retiro, manteniéndose invariable su categoría profesional o empleo”.*

Los artículos 33 y 34, por su parte, se limitan a fijar los porcentajes del haber regulador que importan las pensiones de orfandad y en favor de los padres, remitiéndose, por lo demás, a los párrafos segundo, tercero y cuarto del número 2 del artículo 32 de la Ley.

La previsión contenida en el párrafo segundo del número segundo del artículo 32 de la Ley carece, en sí mismo considerada, de sentido, en el caso concreto de los Oficiales Generales que se encuentren en situación de segunda reserva o de los Mutilados que quedan comprendidos en el inciso “u otras situaciones militares legalmente asimilables”. En efecto, al no retirarse ni a unos ni a otros puede fijarse pensión de retiro y, en consecuencia, no puede determinarse el importe de la pensión de viudedad, orfandad o en favor de los padres mediante la aplicación de los porcentajes legalmente establecidos. Esta laguna es la que, contra el parecer de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, llena al Consejo Supremo de Justicia Militar entendiéndose que la referencia a la “pensión de retiro” ha de estimarse hecha a “haberes percibidos” al momento de fallecer el Oficial General o Caballero Mutilado causante.

5'. Las dificultades de interpretación y aplicación suscitadas por los artículos 27.1 y 32.2 de la Ley 50/84, de 30 de diciembre, pueden resolverse si se ponen en relación uno y otro y se atiende al criterio general de fijación de las pensiones familiares establecido en el texto legal para los funcionarios fallecidos en situación de activo. Existe identidad de razón entre la posición del funcionario fallecido en situación de activo y el Oficial General en reserva y el Caballero Mutilado en todo caso, pues uno y otros están, al momento de su óbito, en una genérica situación de actividad. Por ello, es preciso analizar la solución legal prevista para el caso de funcionario fallecido en situación de activo.

Las pensiones familiares de un funcionario fallecido en situación de activo se determinan mediante la aplicación de ciertos porcentajes (50% caso de viudedad, 25% más 10% por cada hijo caso de orfandad, 15% caso de pensiones en favor de los padres) a su pensión de jubilación o retiro, calculada en la forma que establece el artículo 32.2 párrafo 2º. Es claro que el causante nunca percibe dicha pensión de jubilación o retiro ya que fallece en situación de activo.

Puede afirmarse que el citado haber pasivo de retiro tiene carácter "teórico" pues su determinación se hace sin producirse previamente el acto administrativo de declaración de retiro o jubilación, por cuanto nunca es percibido por el funcionario y sólo sirve de base para calcular el importe de las correspondientes pensiones familiares.

La forma de cálculo expuesta es la que se recoge en el artículo 32.2 para el caso de que el funcionario falleciera en situación legal de segunda reserva u otras situaciones militares asimilables. En estos casos, el importe de la pensión será del 50% de la pensión de retiro que "se hubiera señalado al causante caso de haber sobrevivido hasta la fecha de su ... retiro". Expresamente dispone la ley que en estos casos procede fijar, al menos teóricamente, una pensión de retiro para los fallecidos en situación de segunda reserva o asimilable a la de actividad.

La determinación del haber de retiro ha de hacerse, al no establecer la ley otra forma distinta, de acuerdo con las normas que contienen los artículos 27.1 y 28, esto es, aplicando al haber regulador anual correspondiente, en razón del índice de proporcionalidad y grado, establecido en la tabla del artículo 27.1, el "porcentaje del regulador", único o múltiple, que proceda.

Concebido así el sistema de fijación de las pensiones familiares causadas por los Oficiales Generales en situación de reserva y por los Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria cobra sentido la afirmación contenida en el artículo 27.1 de la Ley en cuanto dispone que "los haberes reguladores anuales que se tendrán en cuenta para el cálculo de la pensión de ... retiro ... del personal ... que ... al 31 de diciembre de 1984 se encuentre en situación de ... reserva ... o segunda reserva ... o en situaciones militares equivalentes (al servicio activo)" serán los fijados con arreglo a la tabla que incorpora.

En consecuencia, hay que entender que los haberes reguladores establecidos en el artículo 27.1 para el cálculo de las pensiones de retiro no son aplicables, ni a los Oficiales Generales en situación de reserva ni a los Caballeros Mutilados mientras estén en aquella situación o pertenezcan al Benemérito Cuerpo, por cuanto no perciben en tal caso haberes pasivos. Sin embargo, cuando, una vez fallecidos, causan pensiones familiares o cuando, sin producirse su óbito, son separados del servicio, dichos haberes reguladores les son de aplicación a los efectos de determinar una teórica pensión de retiro que sirva de base para fijar el importe de las familiares que pudieren corresponder. No es pues necesario acudir a la legislación anterior para fijar la base reguladora en estos casos sino que ha de aplicarse el artículo 27 de la

Ley 50/84 pues es preciso poner en conexión el citado precepto con los artículos 32, 33 y 34 del mismo texto. En ese sentido, acompaña la razón a la Dirección General de Costes de Personal cuando señala que “el legislador ... ha omitido ... lo (que) es cabalmente la norma de conexión entre su artículo 27 y sus arts. 32 y concordantes.”

6°. El cálculo de la pensión teórica de retiro debe hacerse aplicando al haber regulador correspondiente –determinado de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 27.1 y 28.1, si el causante sólo hubiera tenido su único empleo, o de acuerdo con la fórmula matemática a que se refiere el artículo 28.2, si el causante hubiera ostentado varios empleos– uno o varios porcentajes de cálculo, en función de los años de servicio prestados.

La única cuestión que debe plantearse en torno a esta fórmula de cálculo de la pensión teórica es la del tiempo de servicios efectivos computables a los efectos de determinar el porcentaje correspondiente. En otro términos, la fijación del *dies ad quem* de la situación de actividad computable a los efectos de la pensión.

La Dirección General de Costes de Personal y el Consejo Supremo de Justicia Militar parecen fijar dicho *dies ad quem* en el del fallecimiento tanto para los Oficiales Generales como para los Caballeros Mutilados.

No puede compartirse el criterio señalado, en lo que a los Oficiales Generales se refiere, por cuanto la situación y el régimen jurídico de éstos difiere sustancialmente de la de los Caballeros Mutilados del Benemérito Cuerpo Militar.

Los Caballeros Mutilados, como se ha expuesto anteriormente, están en activo hasta su fallecimiento, perfeccionando trienios durante toda su vida y pudiendo incluso ascender a empleos militares superiores de acuerdo con la legislación aplicable. La situación de actividad de los Mutilados del Benemérito Cuerpo tiene un contenido real equiparable al servicio activo de los funcionarios militares.

La situación de reserva de los Oficiales Generales es distinta. Bajo el concepto genérico de reserva, se agrupan dos situaciones diferentes, la reserva activa y la segunda reserva.

La reserva activa es una situación de activo, con un contenido real de actividad, en la que los Oficiales Generales, como el restante personal militar, continúan perfeccionando trienios, cruces y cualquier otra retribución que corresponda en función del tiempo de permanencia en situación de actividad. El tiempo pues permanecido en esta situación es de actividad a todos los efectos y, por tanto, computable a efectos pasivos.

La segunda reserva es una situación distinta. A ella pasan “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” (artículo 13.1 del Real Decreto 734/1979, de 10 de marzo) y en ella permanecen “de por vida..., siéndoles reconocido el fuero militar y los honores y prerrogativas que a su empleo corresponda ...” (Ley 20/81, de 6 de

julio, artículo 9º). En esta situación de segunda reserva, no perfeccionan trienios ni grado por permanencia (Real Decreto Ley 22/1977, de 30 de marzo, disposición final sexta).

La simple lectura de los preceptos citados muestra de modo inmediato que la segunda reserva se caracteriza precisamente por constituir la cesación, en la relación jurídica, como tales funcionarios, de los Oficiales Generales —equiparándose 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 de un cese total en la relación de servicio* pues perviven determinados contenidos y efectos de la misma. Así por ejemplo, los Generales en segunda reserva continúan figurando en los escalafones militares, si bien no en las Escalas Activas, mantienen el derecho al uso del uniforme, no perciben haberes pasivos y conservan los honores y tratamiento correspondiente. Son, todos ellos, reflejos de una situación genérica de actividad que carece de contenido real pues no generan trienios, ni consolidan grado de permanencia, ni pueden ocupar puestos de mando militar en los Ejércitos, salvo en tiempo de guerra, ni cargos militares, salvo que excepcionalmente el Gobierno, a la vista de las circunstancias especiales que concurren en el caso, así lo recuerde.

La segunda reserva es una situación intermedia entre la del retirado —que ya no es militar aunque conserva reflejos de su antigua situación— y del que está en servicio activo; queda comprendida en la genérica situación de actividad pero no es asimilable en modo alguno a la de servicio activo. Así lo ponían de manifiesto la Orden Circular de 7 de julio de 1933 en la que se señalaba que “el personal que se encuentre en situación de reserva no tiene el concepto de pasivo ni retirado, pero tampoco puede considerarse en activo, ni disfrutar de los derechos reconocidos a quienes están en tal situación”; la Orden del Ministerio de la Guerra de 17 de febrero de 1934 que al resolver una cuestión de protocolo y representación afirmaba que: “los Generales de División y Brigada en situación de reserva no tienen la condición de retirado pero no por ello han de considerarse en activo en el Estado Mayor General sino sólo en situación de actividad a efectos honoríficos”, y se puede deducir del tenor de la Base 8ª de la Ley de 29 de junio de 1918, de los Decretos de 23 de septiembre de 1939 y 12 de marzo de 1954 y del artículo 210 de las Reales Ordenanzas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre que dispone:

“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...”

La situación de reserva —hoy denominada segunda reserva— se contrapone pues a la de servicio activo, dentro de una, genéricamente denominada de actividad. En ella permanecen los Oficiales Generales sin posibilidad de

ascender, sin generar trienios y sin aptitud legal –salvo la excepción indicada– de ejercer mando; es decir, sin contenido “real” de actividad.

Pues bien, y a los efectos que interesan, si no perfeccionan trienios, no ven aumentado el tiempo computable para la fijación de los haberes pasivos familiares. Por ello, el *dies ad quem* que debe tomarse como determinante del porcentaje regulador que opera sobre el o los correspondientes haberes es el del pase a la situación de segunda reserva en el caso de los Oficiales Generales, de tal modo que el tiempo permanecido en esta última situación no es computable a los efectos de la fijación de la pensión teórica de retiro que servirá de base a los familiares que traigan su causa de aquel.

En consecuencia, la fijación del *dies ad quem* referido es:

1. Para los Oficiales Generales que fallecieron, el día de su pase a la situación de segunda reserva.
2. Para los Caballeros Mutilados, sin embargo, como continúan devengando trienios hasta su fallecimiento, el día de su óbito.
3. Para unos y otros, caso de haber sido separados del servicio, el día que la correspondiente resolución sea firme.