

LAS SITUACIONES DE SUSPENSIÓN EN LAS FUERZAS ARMADAS

RICARDO FORTÚN ESQUIFINO
Teniente Coronel Auditor

SUMARIO:

I. Introducción. II. Las situaciones administrativas en el contexto del régimen jurídico del militar profesional. III. Suspensión de funciones. 1. Antecedentes. 2. Concepto y naturaleza. 3. Procedimiento. a) El inicio y sus causas. b) Criterios de valoración y resolución. c) Informes. d) Trámite de audiencia. 4. Duración. 5. Efectos. 6. Prohibición de destino tras el cese en la situación. IV. Suspensión de empleo. 1. Antecedentes. 2. Concepto y naturaleza. 3. Procedimiento. 4. Duración y efectos.

I. INTRODUCCIÓN

A falta de una definición legal de la situación administrativa, podemos partir junto con la doctrina de la distinción entre la relación de servicio, o relación corporativa, según el concepto acuñado por Parada Vázquez¹, que permanece durante toda la vida funcional al tratarse del nexo de unión con la Administración, y la relación orgánica o vínculo con el concreto destino o puesto de trabajo. Iniciada, por tanto, la relación de servicio mediante el acceso a la función pública y destinada a extinguirse naturalmente por la jubilación o retiro, admite, entre su comienzo y su fin, que la relación orgánica que le es consecuente pueda presentar diversas modalidades. Será plenamente operativa en cuanto se ocupe un puesto de trabajo y se ejerzan las funciones o competencias asignadas al mismo, pero también caben otros supuestos en los que estas características podrán ser alteradas o modificadas ante la aparición o concurrencia de determinadas circunstancias, objetivas o subjetivas,

¹ PARADA VÁZQUEZ, Ramón: "Derecho Administrativo", Tomo II, decimotercera edición, Marcial Pons, Madrid 1999, p.477.

dependientes o no de la voluntad del interesado, que exigen su tratamiento específico a través de un sistema coherente que contemple las diversas situaciones en las que es posible encontrarse y les dote de sus correspondientes efectos jurídicos.

Para responder a esta exigencia, históricamente el ordenamiento jurídico ha destinado las oportunas normas a regular la materia; normas, que al tiempo que atendían un interés particular del empleado público, configurando derechos subjetivos, también han constituido un eficaz instrumento de una política de personal en la función pública. De ahí, pues, que se trate de una normativa llamada a regular una materia muy sensible a los criterios imperantes en cada momento, lo que no ha facilitado la presencia de las condiciones precisas para su correcta elaboración técnica. Porque la legislación sobre situaciones administrativas en el ámbito de la función pública, lejos de ser modélica, ha ofrecido, y ofrece, numerosos ejemplos de normas dispersas e inconexas ², en algún caso, también, contradictorias ³, o que parecen responder fundamentalmente a criterios de oportunidad, o encontrar su justificación en circunstancias puramente coyunturales, lo que inevitablemente conduce a curiosas diferencias de

² Un ejemplo de falta de conexión nos lo ofrece el tratamiento del retiro, concebido como situación administrativa en el art. 223 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en el RD 734/1979, de 9 de marzo, de Situaciones Militares, y en la OM 110/81, de 31 de julio, que desarrolla el anterior, cuando ya la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, en su texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, consideraba la jubilación como causa de cese en la relación funcionarial, ajena por tanto a las situaciones administrativas. No obedece la diferencia de trato a ninguna peculiaridad del régimen castrense, pues el retiro, acorde con la jubilación, no aparecía contemplado entre las situaciones recogidas en el Decreto de 12 de marzo de 1954, que las regulaba hasta su derogación por el RD 734/1979.

³ El art. 26 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, establece que los letrados al servicio del Tribunal Supremo serán nombrados “entre funcionarios de las Administraciones Públicas y de la Administración de Justicia”, quienes “continuarán en servicio activo en sus respectivos Cuerpos”. La aplicación de este precepto no ha sido pacífica para quienes desde las Fuerzas Armadas, y en concreto, desde el Cuerpo Jurídico Militar, accedían por concurso de méritos a la condición de letrado del Tribunal Supremo, dado que no concordaba con la situación de servicio activo definida en la Ley 17/1989, de 19 de julio. Para corregir la indeterminación de esta última, el art. 140.1 b) de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, prevé específicamente el pase a la situación de servicios especiales de quienes presten servicios en el Tribunal Supremo. De este modo la contradicción se hace más puntual, siendo resuelta por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dando prioridad al criterio de especialidad sobre el de temporalidad, y, en consecuencia, prevaleciendo el citado precepto de la Ley de Demarcación y Planta Judicial como norma especial, aunque sea norma anterior en el tiempo. Criterio que aparece recogido, entre otras, en sentencias de 11 de abril y 26 de diciembre de 1996, bajo la vigencia de la Ley 17/1989, o en sendas sentencias de 2 de noviembre de 2000, estando en vigor la Ley 17/1999.

trato ⁴, que trasladan al ánimo del destinatario de las mismas, y del ciudadano en general, la impresión de haber sido elaboradas con ocasión de sucesos particulares de cierta trascendencia social ⁵, o dictadas a impulsos de incomprensibles movimientos de carácter pendular. Un clarísimo ejemplo de esto último lo encontramos en el tratamiento legal dispensado a los militares que deseaban optar por el ejercicio de actividades políticas, a quienes en un periodo de tiempo que corre desde 1977 hasta 1999, es decir, en veintidos años, se ha pasado, con distintos estadios intermedios, de exigírseles el abandono irreversible de las Fuerzas Armadas a conce-

⁴ Tomemos dos grupos de servidores públicos a quienes les es exigible observar una escrupulosa neutralidad política en el ejercicio de sus funciones: los miembros de las Fuerzas Armadas y los componentes del Poder Judicial. Pues bien, en las dos notas que siguen a ésta, se deja constancia del trato que durante los últimos años se ha dispensado a los mismos cuando optaban por dedicarse al ejercicio de actividades políticas, y podrá comprobarse la curiosa evolución a la inversa que ambos grupos han experimentado, sin que en ningún momento hayan coincidido con disposiciones comunes que dieran respuesta también común a un supuesto de hecho idéntico, protagonizado por quienes vienen obligados a mantener un riguroso respeto por las distintas opciones políticas.

⁵ Fue de público y general conocimiento el tránsito por la actividad política de algunos magistrados. Presentáronse, tras dejar sus funciones jurisdiccionales, a elecciones generales en las listas de algunos partidos políticos, y fueron elegidos como diputados a Cortes, e incluso alguno de ellos fue designado para ocupar alto cargo en la Administración del Estado. Nada más finalizar su andadura política, regresaron de nuevo a la actividad jurisdiccional, volviendo a servir en los mismos destinos judiciales que tenían asignados antes de comenzar aquélla, y siendo entonces, cuando reiniciada la función jurisdiccional, correspondió a uno de estos magistrados conocer de un asunto criminal de gran trascendencia política y social, tanto por su gravedad como por la relevancia pública de quienes aparecían relacionados de un modo u otro con el mismo, y que, a su vez, habían compartido actividad política con el magistrado instructor. La opinión pública, la presión mediática generada en torno al asunto, y los criterios de personalidades de la política o de la cátedra, llevaron al legislador a modificar la normativa que permitía la realidad de tal estado de cosas. Así se aprobó la LO 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya exposición de motivos comienza por reconocer “la necesidad de un cambio legal urgente... (de) aquellas normas sobre situaciones administrativas del personal de la Administración de Justicia, en especial las del estatuto de los Jueces y Magistrados, que se refieren al desempeño por éstos de cargos públicos de carácter político ajenos a la Administración de Justicia”. Y se modificó, entre otros, el art. 357 para impedir el reingreso al servicio activo durante un periodo de tres años de quienes se presenten como candidatos en elecciones políticas y no sean elegidos, y de quienes finalicen su mandato representativo en cámaras legislativas o corporaciones municipales, o cesen en el desempeño de cargos políticos o de confianza. Durante los citados tres años permanecerán, caso de volver a la carrera judicial, en situación de excedencia forzosa sin ejercer potestades jurisdiccionales; excepcionalmente, el servicio activo solo será posible antes de cumplir el plazo si se accediera a destinos no jurisdiccionales. En síntesis, obsérvese la trayectoria seguida: del regreso inmediato al servicio activo y al mismo destino tras finalizar la actividad política, a una espera de tres años en excedencia forzosa para asegurar “un mayor distanciamiento entre el quehacer público no judicial y el ejercicio de la potestad jurisdiccional” (de la exposición de motivos).

derles la posibilidad del reintegro al servicio activo inmediatamente después de cesar en la actividad política ⁶. Y aunque sea cierto que la elaboración y entrada en vigor de normas con rango de ley destinadas, en desarrollo de sus respectivos mandatos constitucionales, a ordenar y regular los regímenes estatutarios de diferentes sectores de la función pública, ha supuesto un esfuerzo compilador y unificador que ha puesto fin en gran medida a la multiplicidad y dispersión de las normas existentes, ello no puede ocultar la pervivencia de los defectos denunciados.

⁶ Entre las indicadas fechas la evolución ha sido la siguiente:

a) El RDL 10/1977, de 8 de febrero, para el ejercicio de las actividades políticas descritas en su art. 2 exigía a los miembros de las Fuerzas Armadas “solicitar y obtener el pase a la situación de retirado”, o a una “situación especial” equiparada a la de “retirado” si se trataba de oficiales generales. Solución traumática ante la pérdida definitiva de la carrera militar de quienes optaban por la actividad política. No obstante, también fue utilizada como pretexto y medio de obtener una baja en las Fuerzas Armadas que no era reconocida de otro modo por quienes pretendían satisfacer intereses de distinta naturaleza, por lo general, de tipo laboral.

b) Los apartados 4 y 5 del art. 100 de la Ley 17/1989 modificaron sustancialmente el régimen del personal militar profesional que ahora podía volver a la Fuerzas Armadas aunque obligados a permanecer en situación de excedencia voluntaria durante un plazo de dos años desde el momento en que no resultaren elegidos, o desde que finalizaran su mandato representativo o cesaran en el cargo político. Tomo de RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: “La Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional (Ley de la Función Militar)”, en Revista Española de Derecho Militar, núm. 54, Tomo I, julio-diciembre 1989, p.201, la cita extraída del Diario de Sesiones del Senado (Sesión Plenaria correspondiente al 28 de junio de 1989) durante la discusión del precepto, en la que “el Sr. Martínez Sospedra (CDS) propuso reducir el plazo de tres años a un año y el Sr. Sanz Escalera (Coalición Popular) igualar el derecho de los militares a participar en política con el vigente para jueces y magistrados (D. Sesiones del Senado, cit., págs. 6004 y 6005)”. Como se observa, después de barajarse durante la discusión parlamentaria diversos plazos de tiempo, el texto legal lo fijó en dos años de excedencia voluntaria, que también fue objeto de críticas por quienes lo consideraban una desigualdad injustificada con los funcionarios civiles que podían reintegrarse de inmediato al servicio activo tras cesar en su actividad política. Así, PARADA VÁZQUEZ, Ramón: “Modelos de función pública y función pública militar” en “La función militar en el actual Ordenamiento constitucional español”, editorial Trotta, p.64, para quien “no hay forma alguna, ciertamente, de justificar en las “peculiaridades” de la profesión castrense que invoca la Exposición de Motivos esta flagrante discriminación, atentatoria a la dignidad del militar profesional y por ello, entre otros, a los artículos 14 y 23 de la Constitución”.

c) La LO 28/1994, de 18 de octubre, por la que se complementa el régimen de personal del Cuerpo de la Guardia Civil, en su disposición adicional cuarta introdujo importantes modificaciones al art. 100 de la citada Ley 17/1989, suprimiendo la necesidad de permanecer dos años en situación de excedencia voluntaria y permitiendo el reintegro directamente a la situación de disponible desde el mismo momento en que no se fuere elegido o se cesare en la actividad política. En esta situación se estaba pendiente de ocupar destino, siendo computable a efectos de trienios y derechos pasivos, y por un periodo máximo de seis meses, también como tiempo de servicios efectivos.

De entre aquellos regímenes, por citar solo los más característicos, cabe señalar los de aplicación a los miembros del Poder Judicial, a los funcionarios públicos, o a los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en virtud de las previsiones legislativas contenidas en los arts. 122.1, 103.3 y 104.2 de la Constitución, respectivamente. Las situaciones de los primeros se hallan reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, en normas modificadas por las Leyes Orgánicas 16/1994, de 8 de noviembre, y 5/1997, de 4 de diciembre. El estatuto de los funcionarios públicos se articula principalmente a través de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo, y de la parcialmente vigente Ley de Funcionarios Civiles del Estado, cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero. Esta normativa legal, que es materia básica a los efectos de la legislación autonómica, se complementa por vía reglamentaria con el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, que aprobó el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

Por último, el régimen estatutario de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se contiene en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo. No obstante, dada la diferente naturaleza, civil y militar, respectivamente, del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil, el régimen estatutario se complementa, además de por lo que dispone la citada Ley Orgánica y normas que la desarrollan, con la legislación referida a los funcionarios de la Administración del Estado para el primero, y con el ordenamiento militar en el caso del segundo. Ello ha supuesto que la normativa reguladora de las situaciones de los funcionarios civiles sea igualmente de aplicación a los integrantes de la Policía, en tanto que los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil han compartido las mismas situaciones contempladas para

d) Lo último –hasta el momento– nos lo ofrece el art. 141 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, que siguiendo la misma política legislativa iniciada en la ley anterior, admite el reingreso a la situación de servicio activo, tras no haber sido elegido o una vez finalizada la actividad política. Sin embargo, a diferencia de la normativa anterior, la nueva ley mejora el trato de la excedencia voluntaria por razón de actividades políticas, puesto que será computable el tiempo pasado en la misma a efectos de trienios y derechos pasivos, con derecho a percibir el importe de los trienios que correspondan durante el tiempo en que se desempeñe el cargo público (art. 141.9). También en esta Ley encontramos una disposición adicional –la quinta– destinada a reparar parcialmente los perjuicios causados a quienes fueron obligados a causar baja en las Fuerzas Armadas para dedicarse al ejercicio de actividades políticas.

quienes forman parte de las Fuerzas Armadas. Normativa común, en este caso, que, sin embargo, dejó de serlo, primero parcialmente, con las modificaciones introducidas para la Guardia Civil por la Ley 28/1994, de 18 de octubre, por la que se completa el régimen del personal del Cuerpo, y después definitivamente con la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, que, derogando la anterior así como la normativa militar hasta entonces aplicable, regula de modo autónomo un específico y propio régimen para el personal de la Guardia Civil. En este régimen, según la declaración que cierra la exposición de motivos, “se recoge de forma suficiente su especificidad propia y se mantiene, en lo fundamental, un régimen similar al del personal de las Fuerzas Armadas”.

II. LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS EN EL CONTEXTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL MILITAR PROFESIONAL

Al ámbito de las Fuerzas Armadas también llegó el esfuerzo homogeneizador y de actualización por medio de la Ley 17/1989, de 19 de julio, de Régimen del Personal Militar Profesional, que puso fin a la sucesión de normas que hasta ese momento se habían aprobado específicamente para regular las situaciones administrativas militares. Entre aquéllas destacan el Decreto de 12 de marzo de 1954, como primera norma que contempla las situaciones militares de forma unificada para los tres Ejércitos, aunque fuera desarrollado por el mismo número de Órdenes, cada una con un ejército destinatario, o el Real Decreto 734/1979, de 9 de marzo, desarrollado por la Orden 110/81, de 31 de julio ⁷. Frente al carácter general de estas normas, otras regularon situaciones particulares, como la Ley 20/1981, de 6 de julio, que crea la reserva activa, y cuya novedad más trascendental consistió en la equiparación de la edad de pase a retiro forzoso con las edades señaladas para la jubilación en la administración civil, que tradicionalmente habían sido más elevadas que las que regían para el personal militar ⁸, o el Real Decreto 1000/1985, de 19 de junio, que creó la situación de

⁷ Un estudio en profundidad del RD 734/1979 realiza FARIÑA BUSTO, Luciano: “Sobre las situaciones militares”, Revista Española de Derecho Militar, núm. 39, enero-junio 1982, p.107.

⁸ Se recogía así una vieja aspiración de igualar las edades de retiro con las vigentes en la administración civil para la jubilación. Sucesivos Reales Decretos, como el 1611/81 y el 1128/85, fueron señalando las edades de retiro a medida que se modificaban las de jubilación para asimilarlas a estas últimas. El art. 64 de la Ley 17/1989 mantuvo como causa de cese de la relación de servicios profesionales en la función militar, el retiro “al cumplir la

reserva transitoria con el objeto de absorber los excedentes originados por las leyes de plantilla ⁹.

La Ley 17/1989, de 19 de julio, fue derogada por la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, que recoge, como aquélla, un contenido propiamente estatutario, con el alcance que al mismo reconoce el Tribunal Constitucional, en su sentencia 99/1987, de 11 de julio ¹⁰, es decir, un ámbito en el que se entiende comprendida la normativa relacionada con la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las condiciones de promoción en la carrera administrativa, las situaciones que en ésta pueden darse, derechos y deberes de los funcionarios y su responsabilidad, el régimen disciplinario, la creación e integración de Cuerpos y Escalas, y, finalmente, el modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las administraciones públicas. A excepción del régimen disciplinario, contenido, dada la naturaleza de las sanciones a imponer, en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, las demás materias encuentran su regulación en la Ley 17/1999, norma que, como dice su exposición de motivos, “aborda todos los aspectos que configuran el régimen de los militares profesionales”. Es, desde luego, un régimen de naturaleza jurídico-administrativa o estatutaria.

Reconoce de este modo la Ley su vocación de norma integral, aunque resulte decisivo, sin embargo, preguntarse hasta qué punto profundiza en todos los aspectos abordados en su articulado. En una materia sometida al

edad de jubilación forzosa fijada con carácter general en la Administración Civil del Estado”. El art. 145 de la vigente Ley 17/1999 señala la edad de sesenta y cinco años para el retiro forzoso, pero significativamente suprime la cláusula genérica de la norma anterior y omite la referencia a la jubilación forzosa de los funcionarios civiles. La explicación puede encontrarse en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, cuyo art. 107 da nueva redacción al art. 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, por la que, aún manteniendo la edad de jubilación forzosa de los funcionarios públicos en los sesenta y cinco años, sin embargo, les reconoce la importante facultad de que “voluntariamente prolonguen su permanencia en la misma (situación de servicio activo) hasta, como máximo, los setenta años de edad”. Facultad de retrasar el cese de la relación profesional no reconocida a los miembros de las Fuerzas Armadas, aunque para la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional la temprana edad en la que forzosamente se da por finalizada la relación profesional de estos últimos no sea una causa por la que “pueda verse negativamente afectado el art. 14 CE” (sentencia de 4 de octubre de 2000).

⁹ Sobre la reserva transitoria puede verse NEVADO MORENO, Pedro: “La función pública militar”, Marcial Pons, Madrid 1997, p. 303.

¹⁰ La sentencia 99/1987, de 11 de junio, fue dictada en el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Un estudio de esta sentencia puede encontrarse en SAINZ MORENO, Fernando: “El Estatuto de la Función Pública después de la sentencia TC 99/1987 y de la Ley 23/1988”, en Revista de Administración Pública, núm. 117, septiembre-diciembre 1988.

principio de reserva de ley que establecen la Constitución y la Ley Orgánica 6/1980, la normativa reglamentaria debe limitarse a desarrollar aquellos aspectos a que se contraen las remisiones a la potestad reglamentaria contenidas en la norma legal. Como recuerda el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia 99/1987, el principio de reserva de ley “no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador”.

Y ciertamente en la delimitación y configuración del régimen del personal militar adquiere gran trascendencia la normativa reglamentaria, como así demuestra la abundante, en número y extensión, producción de reglamentos dictados en aplicación de la Ley 17/1989, de 19 de julio, todavía vigentes hasta que se lleve a término el desarrollo de su sucesora, la citada Ley 17/1999, que previsiblemente alcanzará igualmente un importante grado de desarrollo reglamentario, en cuya elaboración lo decisivo será lograr su correcta adecuación a la norma legal, tarea que en determinados aspectos se torna compleja ante la generalidad e indeterminación de algunos de sus preceptos ¹¹.

Este régimen administrativo, contenido en normas de legalidad ordinaria y reglamentarias, complementa otro residenciado a nivel constitucional, y ambos configuran, en un sentido amplio, el *status militar*, cuyo presupuesto constitucional encontramos en el art. 8.2 de la Constitución a través de la norma legal que lo desarrolla, la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, modificada por Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero. Tradicionalmente el militar ha sido sujeto de un *status* peculiar que

¹¹ Sin embargo, no siempre la infracción del principio de reserva legal encuentra su causa en la letra ambigua e inconcreta de un precepto. En ocasiones, la degradación del principio es tan manifiesta que no resulta sencillo encontrar una explicación plausible de tal proceder. Un ejemplo, como caso extremo, tanto por la materia como por el rango de la norma, nos lo ofrece la OM 43/1993, de 21 de abril, sobre régimen del alumnado de los centros docentes militares de formación, cuyo art. 24, regla b), realiza una interpretación extensiva y perjudicial de una norma sancionadora incorporada a ley orgánica. La regla en cuestión atribuye potestad disciplinaria para imponer sanciones que afectan a la libertad personal a autoridades y mandos no recogidos en la relación que “*numerus clausus*” establecía el art. 19 de la LO 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. El vigente régimen disciplinario, aprobado por LO 8/1998, de 2 de diciembre, cuenta con un precepto específico, el art. 43, de atribución de potestad disciplinaria en relación con los alumnos de los centros docentes militares de formación, que subsana la grave quiebra del principio de legalidad y seguridad jurídica que ocasionó la citada disposición.

ha condicionado su capacidad de obrar. Pasados, sin embargo, los tiempos en que ello le conducía a soportar la pérdida de la titularidad de determinados derechos, la moderna doctrina constitucional ha desplazado la cuestión hacia el ejercicio de los derechos de lo que antes era renuncia a su titularidad. De este modo, el militar no será privado de su condición de sujeto de derechos y titular de todos aquéllos que son reconocidos a la generalidad de los ciudadanos por no hacerle de inferior categoría, pero en aras del mantenimiento de la plena disposición de los Ejércitos en condiciones de cumplir con las misiones que les son propias, se encuentra excluido o limitado en el ejercicio de ciertos derechos durante el tiempo en que mantenga activamente su condición militar.

Del aludido régimen jurídico constitucional, en un apresurado repaso, cabe señalar las manifestaciones contempladas en los arts. 25.3, 26, 28.1, 29.2, 70.1e) y 117.5 de la Constitución, además de las exclusiones, restricciones y limitaciones recogidas en la normativa de desarrollo constitucional y jurisprudencia que la interpreta, incorporadas a disposiciones dictadas en desarrollo de preceptos constitucionales que pueden no contar con previsión limitativa alguna para los miembros de las Fuerzas Armadas, como así sucede, entre otras, en materia de libertad de expresión, o de los derechos de reunión, manifestación o asociación. Evidentemente, se trata de exclusiones o restricciones que, salvada su constitucionalidad, por la misma vía en la que son establecidas, podrán ser modificadas, alteradas o suprimidas. Destacar, por último, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, consideradas como regla moral de la Institución, aunque este carácter moral pierda intensidad ante el contenido eminentemente jurídico de las normas incluidas en los Títulos quinto y sexto, que conforman su Tratado tercero. Particularmente, el Título quinto afecta a libertades y derechos fundamentales, y su regulación por norma de rango legal sólo puede explicarse desde la singular trayectoria legislativa de su elaboración, y a que en los momentos de su aprobación parlamentaria y sanción real la ley orgánica no se hubiera incorporado todavía al ordenamiento jurídico ¹².

¹² Las Reales Ordenanzas fueron elaboradas por el legislador constituyente de forma simultánea a la Constitución. Aprobadas el 20 de diciembre de 1978 y sancionadas el día 28 del mismo mes, la Constitución no había entrado todavía en vigor, circunstancia que se demoró hasta el día 29 de diciembre, fecha de su publicación, tras su sanción el anterior día 27. Si nos atenemos a estas datas cabe considerar las Reales Ordenanzas como norma preconstitucional, mas, si tomamos en cuenta la fecha de su publicación, el día 12 de enero de 1979, entonces es postconstitucional, pues cuando entró en vigor ya la Constitución estaba plenamente vigente.

No es propósito de este trabajo, sin embargo, entrar en la exposición y análisis exhaustivo de todo el conjunto normativo que en líneas generales se ha descrito. Ello justificaría una amplia monografía que excede del objetivo, sin duda, más modesto, de caracterizar, siquiera sea a grandes rasgos, el régimen jurídico que ese conjunto de normas ordenan y regulan, para situar en su contexto la regulación de las situaciones administrativas. En esta línea, pues, destaca sobre cualquier otra consideración la extraordinaria influencia que sobre el régimen jurídico del militar tiene el carácter de la institución de la que es miembro, que se extiende, incluso, a aquellos aspectos del mismo que pudieran parecer más alejados de los elementos esenciales que la identifican. Las misiones que el art. 8.1 de la Constitución asigna a las Fuerzas Armadas, y la caracterización de éstas sobre las notas de disciplina, jerarquía y unidad, indispensables para estar en disposición de cumplir con las mismas, vienen a configurar un régimen jurídico en el que las aludidas notas se elevan a la categoría de principios rectores, impregnándolo y trascendiendo a todos sus aspectos, esenciales y accidentales, principales y secundarios, de tal modo que conceptos como neutralidad, subordinación, disciplina o servicio aparecen presentes con un rigor e intensidad desconocidos en los regímenes propios de otros servidores públicos. La misma exposición de motivos de la Ley 17/1999 incorpora múltiples referencias a ello. Así, uno de los objetivos en la configuración del régimen de los militares profesionales es “dar prioridad a los intereses y demandas de la organización”, regulado este régimen “con la finalidad de que las Fuerzas Armadas estén en condiciones de cumplir la misión definida en el artículo 8 de la Constitución”, pues “no cabe duda de que el militar debe tener un régimen específico para un mejor cumplimiento de su misión, como se deduce de nuestra propia Carta Magna, que refrenda las singularidades de las Fuerzas Armadas”.

Es también, por tanto, un régimen específico, propio del personal militar profesional, que excluye la aplicación de normas destinadas a regir en el ámbito profesional de otros empleados públicos. Particularmente, considero que no resultan aceptables aquellas posturas que tienden a asimilar, cuando no a identificar, el régimen jurídico administrativo del personal militar al estatuto de los funcionarios públicos, cuya reserva legal previene el art. 103.3 de la Constitución, y desarrolla la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que sólo resultaría de aplicación al personal militar con carácter supletorio, según su art. 1.5, del mismo modo que lo es para el resto del

personal al servicio del Estado ¹³. Ello no quiere decir, sin embargo, que sean rechazables las aproximaciones en algunos concretos aspectos a la función pública civil, por el contrario, en determinados extremos es procedente e incluso conveniente un tratamiento homogeneizado, pues carece de objeto mantener diferencias cuando no hay circunstancia relevante alguna que lo justifique.

Igualmente es un régimen aplicable en su generalidad a todo militar profesional, de cualquier ejército y escala, y tanto si está integrado en la estructura operativa de las Fuerzas Armadas, como si presta servicios en una realidad diferente como es la Administración militar. Aunque esta última consideración acerca de unas Fuerzas Armadas contempladas en el art. 8 de la Constitución como una realidad jurídica diferenciada de la Administración militar, a la que se alude en su art. 97, me sitúa más próximo a las tesis institucionalistas que de las concepciones administrativistas que se han formulado tratando de explicar la naturaleza que a aquéllas atribuye el texto constitucional ¹⁴, en una polémica doctrinal de manifiesto interés ¹⁵, tan sólo la dejo enunciada con el propósito de señalar el carácter unitario y estable de un régimen jurídico que, sin quiebras ni excepciones, seguirá al militar profesional allá donde preste sus servicios en calidad de tal.

En todo caso, al afrontar el estudio de las situaciones administrativas y su incardinación en este régimen jurídico, debemos comenzar por considerarlas como parte o contenido característico del mismo, aspecto propio de un régimen estatutario público según expresa el Tribunal Constitucional. Igualmente, no es materia que incorpore, en principio, elementos esenciales definidores de la institución o de las características singulares

¹³ En sentido similar se expresa EGIDO TRILLO-FIGUEROA, Benito: "Situaciones Administrativas", en "Comentarios a la Ley de Régimen de Personal de la Guardia Civil", Cuadernos de la Guardia Civil, Madrid 2000, p.130.

¹⁴ PEÑARRUBIA IZA, Joaquín: "Presupuestos constitucionales de la Función Militar", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, p.51. Este autor hace una completa clasificación de las diversas concepciones jurídicas sobre las Fuerzas Armadas, sus principales representantes, y una elaborada síntesis de la justificación de sus respectivos criterios doctrinales.

¹⁵ MOZO SEOANE, Antonio: "Las Fuerzas Armadas y su ordenamiento jurídico", en Revista Española de Derecho Militar, núm. 65, enero-junio 1995, p.609. Para este autor "el interés por este tema parece haber decaído un tanto, pasados los primeros años inmediatos a la promulgación de la Constitución y la natural preocupación por valorar sus aspectos más relevantes. Sin embargo, el replanteamiento de semejante pregunta (el porqué de la inclusión de las Fuerzas Armadas en el título preliminar de la Constitución) está, a nuestro juicio, más que justificado y el tema es, aún, merecedor de alguna indagación, no sólo por su alcance y significado teóricos sino también por sus consecuencias prácticas para la adecuada comprensión y aplicación del ordenamiento jurídico militar, como se puede comprobar a diario por quienes nos ocupamos de esta parcela del Derecho Público".

que la distinguen e identifican. Ambas circunstancias muy bien podrían conducirnos a la conclusión de la inexistencia de obstáculos que impidan su tratamiento de acuerdo a los mismos parámetros imperantes en materia de situaciones en todo el ámbito de la función pública, sin perjuicio de respetar la impronta peculiar que también en aspectos como el que se trata dejan los principios que rigen la organización y actuación de las Fuerzas Armadas. No obstante, a mi juicio, el legislador no siempre, ni en todos los casos, ha valorado esta circunstancia en sus correctos términos, y ello le ha impulsado a regular las situaciones administrativas del personal militar con notables y evidentes diferencias respecto de las normas aplicables a los demás empleados públicos, dispensándole un tratamiento por lo general más gravoso que el de estos últimos tal como ha tenido oportunidad de señalar la doctrina ¹⁶. Y si bien es cierto que la Ley 17/1999 supone un grado evolutivo importante en la aproximación a las disposiciones generales que regula las situaciones en la función pública, todavía presenta puntos de divergencia con las mismas ¹⁷.

Efectivamente, el legislador ha manifestado su propósito de aproximar la “normativa militar” a la que rige para el resto de la función pública en general. Así aparece en el preámbulo de la Ley 17/1989, en el que, al mencionar los “criterios que han guiado la elaboración de esta Ley”, se cuenta, entre otros, el de “compatibilidad en lo posible, con las disposiciones legales que regulan la función pública”; o, asimismo, en la exposición de motivos de la Ley 17/1999, con una expresión semejante se afirma que el régimen del militar “no puede ser ajeno a los planteamientos que con carácter general definan la función pública y el sistema educativo general, por lo que se ha tratado de compatibilizar en lo posible el régimen militar con las disposiciones legales que regulan los anteriores”. Sin embargo, el

¹⁶ NEVADO MORENO, Pedro: “La función pública militar”, cit., p.285. Considera el autor que, aunque el legislador de la Ley 17/1989 tomó como referencia la ordenación prevista en la Ley 30/1984, tras las modificaciones introducidas por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, y el nuevo Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles, las diferencias en materia de situaciones del personal civil y militar se han acentuado. Desde una posición más crítica, ESCRIBANO TESTAUT, Pedro: “La carrera militar tras la Ley 17/1989”, Revista Española de Derecho Militar, núm. 71, enero-junio 1998, p.85, considera que la regulación de las situaciones administrativas en la citada ley “se articula en condiciones sumamente gravosas para los militares por relación con la de los funcionarios civiles”. Ya se dejó constancia en nota anterior de la oposición que en esta misma línea mantiene Parada Vázquez en relación con la situación que esta ley previene para los militares que ejercen actividades políticas. Obsérvese que, en todo caso, los criterios expuestos se manifestaron con ocasión de la Ley 17/1989.

¹⁷ Así lo destaca igualmente tras examinar las diferencias existentes, PEÑARRUBIA IZA, Joaquín: “Presupuestos constitucionales de la Función Militar”, cit., p.246.

acierto del propósito queda difuminado ante la puesta de su tope “en lo posible”, locución que, por su ambigüedad, nada define, ni nada concreta, a la que cabe atribuir un significado variable en función de los criterios que impongan el momento y las circunstancias, alejado de las notas de permanencia y estabilidad que requiere la seguridad jurídica, y, en definitiva, perdiendo su auténtico sentido de límite destinado a preservar y mantener las singularidades propias y relevantes de lo castrense. Basta tener presente el ya aludido tratamiento de la situación de los militares que se dedican al ejercicio de actividades políticas para darse cuenta de cuán relativo ha sido el concepto de “lo posible”.

La situación ordinaria o común es la de servicio activo de quienes ocupan destino o se encuentran pendientes de su asignación por un periodo máximo de seis meses “y no se encuentran en otra de las situaciones administrativas reguladas en este Título”, conforme dispone el art. 139 de la Ley. Dada la singular configuración de la carrera militar, compartimentada en escalas, categorías y empleos militares, a los que se accede cumpliendo con exigencias relativas a tiempos de servicio, de mando o de función, de asistencia a cursos, evaluaciones, entre otras, el servicio activo es una situación especialmente relevante por ser desde ella como se concibe en la norma legal la progresión adecuada en la carrera. Además del servicio activo contempla la ley, en una relación cerrada contenida en el art. 138, las situaciones de servicios especiales, excedencia voluntaria, suspenso de empleo, suspenso de funciones y reserva. No es posible permanecer simultáneamente en más de una situación, aunque si cabe pasar por todas ellas, bien por resolución adoptada a instancia del interesado, o bien por resolución adoptada de oficio como respuesta a la aparición o concurrencia de determinadas circunstancias, en principio, no dependientes de la voluntad del afectado. En estas últimas se cuentan las situaciones objeto de este comentario, la de suspenso de empleo y suspenso de funciones, que tienen características comunes con otras situaciones, como su generalidad, excepcionalidad o temporalidad, pero también presentan unos rasgos sólo compartidos por ellas, relacionados con la causa y con la relevancia constitucional de sus efectos.

Son situaciones de carácter general, previstas para todos los militares profesionales. También pueden acordarse respecto de los miembros de la Guardia Civil con arreglo a lo dispuesto en la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, cuyos arts. 84 y 85 contienen una regulación similar a la de la Ley 17/1999; de ahí que lo que se exponga respecto de los miembros de las Fuerzas Armadas deba entenderse también aplicable a quienes forman parte de aquel Cuerpo, sin perjuicio de dejar constancia, cuando corres-

ponda, de las ligeras variaciones que respecto de la normativa castrense contienen los últimos preceptos citados. Finalmente, la nota de generalidad se extiende a la legislación específica aplicable a otros grupos de servidores públicos, aunque en ésta puedan apreciarse algunas notas y efectos no siempre coincidentes con las de sus equivalentes en las citadas Leyes 17/1999 y 42/1999, incluida la propia denominación, que responde generalmente a las de suspensión provisional y definitiva ¹⁸ o firme ¹⁹. De otra parte, por contraposición a la situación ordinaria o normal de servicio activo, son situaciones excepcionales, y también esencialmente temporales, siendo la ley la que determina su duración máxima o la hace determinable conforme a los criterios establecidos por la misma.

No obstante, la circunstancia que caracteriza especialmente ambas situaciones frente a las demás es la de su conexión con el derecho sancionador, con el que guardan una relación de causa a efecto, ya que el pase a ambas situaciones es consecuencia de una previa actuación o resolución adoptada en el proceso penal o en un expediente gubernativo instruido en el ámbito disciplinario. Su conexidad con una parcela del ordenamiento jurídico en la que por exigencias constitucionales priman las garantías personales traslada al campo de aplicación propio de ambas situaciones la preocupación por el respeto de las mismas, con el objeto de que no pierdan su auténtico sentido de constituirse en reflejo, por razones del servicio y en el ámbito profesional del interesado, de las consecuencias jurídicas de una decisión adoptada en materia penal o disciplinaria, pero sin que el pase a las situaciones suponga un agravamiento de esas consecuencias o un perjuicio añadido no previsto ni contemplado en la ley.

De otra parte, también desde la perspectiva del art. 23.2 de la Constitución, que establece el derecho al acceso y a la permanencia en el ejercicio de la función pública, los efectos de estas situaciones, en cuanto privan del mismo, presentan una indudable relevancia constitucional.

Finalmente, señalar que aunque no necesariamente se pase de modo sucesivo por ambas situaciones, desde luego, en los casos en los que así sucede en razón de un mismo procedimiento penal o expediente gubernativo, siempre la de suspenso de funciones precede a la de suspenso de empleo, por lo que en este orden se analizarán a continuación, invirtiendo el orden legal instaurado en la Ley 17/1989 que antepone la suspensión de empleo.

¹⁸ Art. 359.2 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹⁹ Art. 20.1 del RD 365/1995, de 10 de marzo, que aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los funcionarios civiles.

III. SUSPENSO DE FUNCIONES

1. ANTECEDENTES

El antecedente inmediato lo encontramos en la situación de procesado, vigente desde el Decreto de 23 de septiembre de 1939. Como su propia denominación indica se pasaba a la misma como consecuencia de auto judicial firme de procesamiento por delito doloso y, excepcionalmente, también culposo, cesando el interesado “en los cargos, mandos, destinos o comisiones que desempeñe” (art. 9.1 del R.D. 734/1979). Su rigidez se manifestaba en su adopción obligatoria cuando de delito doloso se trataba, y en su duración, que corría pareja al tiempo en que se permaneciera como procesado en el procedimiento penal, es decir, generalmente hasta su terminación por sentencia firme o auto de sobreseimiento.

La vigencia de esta situación finaliza con la situación de suspenso de funciones, introducida por la Ley 17/1989, que, aunque novedosa en el ámbito castrense, presentaba una evidente influencia de la suspensión provisional de los funcionarios civiles. No fue bien recibida por la doctrina, pues como observa Sánchez del Río y Sierra ²⁰, esta ley “ha venido en cierta medida a empeorar la condición de quienes sean objeto de un procedimiento judicial”, y la sola incoación de un procedimiento penal, sin necesidad de una previa imputación formal, se convierte en causa suficiente para que discrecionalmente la autoridad administrativa acordase el pase a la nueva situación. Con importantes diferencias de redacción pasa al art. 143 de la vigente Ley 17/1999, de 18 de mayo ²¹.

²⁰ SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, Javier: “El estatuto del imputado y del procesado (artículos 162 a 168)”, en “Comentarios a la Leyes Procesales Militares”, Tomo II, Ministerio de Defensa, Madrid 1995, p.1550.

²¹ El contenido del precepto es el siguiente:

“1. El pase a la situación de suspenso de funciones del militar profesional se podrá acordar como consecuencia del procesamiento, inculpación o adopción de alguna medida cautelar contra el imputado en un procedimiento penal o por la incoación de un expediente gubernativo.

2. El Ministro de Defensa, valorando la gravedad de los hechos imputados, la existencia o no de prisión preventiva, el perjuicio que la imputación infiera al régimen de las Fuerzas Armadas o la alarma social producida, podrá acordar la suspensión en el ejercicio de sus funciones, determinando expresamente si dicha suspensión conlleva el cese en el destino. El militar profesional en situación de suspenso de funciones permanecerá inmovilizado en el puesto que ocupe en el escalafón u ordenación correspondientes. De igual forma actuará en relación con el militar profesional que le sea incoado un expediente gubernativo.

El periodo máximo de permanencia en esta situación será de seis meses o el de duración de la prisión preventiva, caso que se hubiere acordado por la autoridad judicial en algún momento del procedimiento y fuese superior a seis meses.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA

Dos son las causas que, de acuerdo con el apartado 1 del citado precepto, dan lugar a pasar a la situación: una, “como consecuencia del procesamiento, inculpación o adopción de alguna medida cautelar contra el imputado en un procedimiento penal”; otra, “por la incoación de un expediente gubernativo”.

Se observa en la primera causa una significativa corrección de la ley anterior. Ya no es bastante la instrucción de cualquier procedimiento penal, sino que se exige reunir la condición de imputado en el mismo, bien por la concurrencia de indicios racionales de criminalidad, así apreciados en el correspondiente auto de procesamiento, bien por derivarse tal condición de cualquier otro acto o resolución procesal de inculpación o acusación, o finalmente porque se hubiere adoptado alguna medida cautelar. No precisa el texto legal que la medida cautelar deba referirse a la libertad personal, ante lo que no cabe descartar como causa de pase a la situación la adopción de medidas cautelares que afecten a otros derechos, en cuanto impidan o limiten el ejercicio de las funciones encomendadas. Piénsese en medidas impuestas *ad cautelam* que afecten a la tenencia de armas de fuego, o supongan la retención o intervención del permiso de conducción de quien se encuentra destinado en unidades de tráfico, en especial, tratándose de miembros de la Guardia Civil, o que limiten la libertad de circulación con la retención judicial del pasaporte de quien se encuentra destinado en el

3. En el supuesto de cese en la situación de suspenso de funciones por levantamiento de la prisión preventiva, el Ministro de Defensa podrá acordar, por resolución motivada en la que habrán de valorarse los hechos imputados, la trascendencia social y el interés del servicio, la prohibición de solicitar y obtener destino por un periodo de tiempo que no podrá exceder del momento de dictarse sentencia firme o auto de sobreseimiento.

4. El tiempo permanecido en la situación de suspenso de funciones solo será computable a efectos de trienios y derechos pasivos. En caso de sobreseimiento del procedimiento, sentencia absolutoria o terminación del expediente gubernativo sin declaración de responsabilidad, será repuesto en su destino si a su derecho conviniere, recuperará la situación en el escalafón u ordenación correspondientes, incluido el ascenso que hubiera podido corresponderle, y el tiempo transcurrido le será computable como tiempo de servicios.

Cuando el periodo de tiempo permanecido en la situación de suspenso de funciones sea superior a la duración de la condena por sentencia firme o de la sanción disciplinaria por expediente gubernativo, la diferencia le será computable como tiempo de servicios.

5. La suspensión de funciones acordada por las autoridades con potestad disciplinaria, según lo previsto en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, no tendrá más efectos que el cese del militar inculpado en el ejercicio de sus funciones por un periodo máximo de tres meses.

6. A los efectos de las plantillas establecidas en el Título III de esta Ley, los militares profesionales en la situación de suspenso de funciones contabilizarán de igual forma que los que se encuentran en la de servicio activo.”

extranjero. Por lo demás, es indiferente que la imputación lo sea en un procedimiento judicial instruido al amparo de las normas procesales comunes por órganos del orden jurisdiccional penal, que en el instruido por órganos de la jurisdicción militar con arreglo a la Ley Procesal Militar.

La segunda causa está referida a la incoación de un expediente gubernativo. Es éste un procedimiento disciplinario que la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, reserva para la investigación, depuración y, en su caso, sanción de las causas que dan lugar al mismo, enumeradas en su art. 17, aunque también pueda finalizar con la sanción de faltas graves o leves. Su incoación procede ante la comisión de hechos con apariencia de constituir una infracción disciplinaria de las previstas en el citado artículo, y se lleva a efecto mediante la oportuna orden de proceder o acuerdo de inicio como acto de trámite que establece el marco de la actuación investigadora encaminada a esclarecer los hechos recogidos en el parte, la denuncia o en la propia orden, que deberá ser adoptada, en todo caso, por autoridad disciplinaria competente, es decir, con facultades atribuidas para ello y con una relación jerárquica o funcional directa con el expedientado. El esquema es similar en la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, con la precisión de ser objeto del expediente gubernativo la investigación y sanción de las faltas muy graves contempladas en su art. 9.

Dada la naturaleza de las causas expuestas, la doctrina manifestó su preocupación y cautela ante una situación que guardaba una muy directa relación con el derecho sancionador, que podía lugar a excesos si se admitía una permanencia duradera en la misma en condiciones claramente lesivas, y que carecía de una interrelación clara con los efectos propios de la de suspenso de empleo ²². Y ha de reconocerse que, en gran parte, a estas críticas doctrinales se debe que el legislador pusiera un límite temporal a la permanencia en la situación, por Ley Orgánica 28/1994, de 18 de octubre, que modificó en este punto la Ley 17/1989, y que, en la misma línea, la jurisprudencia de los tribunales comience a dar muestras de reconocimiento de la intercomunicabilidad de los efectos de las situaciones de suspenso de funciones y de suspenso de empleo, como se analizará más adelante al comentar esta última situación.

No obstante, todo ello no puede hacernos ignorar su carácter de situación administrativa que, si bien, ciertamente, deriva de una previa actua-

²² NEVADO MORENO, Pedro: "La función pública militar", cit., p. 296. También SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, Javier: "El estatuto...", cit., p. 1551.

ción o resolución propia del ámbito sancionador, no supone que forme parte del mismo, ni que se encuentre sometida a sus principios y garantías. La Sala de lo Contencioso-Administrativo (Secciones Cuarta y Quinta) de la Audiencia Nacional ha tenido ocasión de pronunciarse en este sentido para rechazar la aplicabilidad del principio de presunción de inocencia ²³, declarar la imposibilidad de vulneración del principio “non bis in ídem” ²⁴, o negar el carácter de sanción disciplinaria ²⁵. También la Sala Quinta del Tribunal Supremo ha deslindado conceptualmente la situación administrativa de la medida cautelar contenida en la normativa disciplinaria ²⁶, en la forma que lo hace la propia Ley, en el apartado 5 del precepto comentado, cuando separa los distintos efectos de la “suspensión de funciones acordada por las autoridades con potestad disciplinaria según lo previsto en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas”, que serán los específicamente establecidos en esta normativa ²⁷, abonables a la sanción que pudiera imponerse, y, desde luego, como admite la sentencia de 23 de marzo de 1999, no extrapolables al supuesto de la situación administrativa.

Del conjunto de los pronunciamientos judiciales se desprende una doctrina general sobre el carácter y naturaleza de la situación, de la que es una muestra el fundamento de derecho que se transcribe a continuación, repetido en diversas sentencias de la Audiencia Nacional ²⁸. Dice así:

«En efecto, la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo, en autos de 30 de octubre de 1992, 2 de abril, 17 y 28 de junio y 13 de octubre de 1993, ya mantuvo que la situación de suspenso en funciones acordada en la resolución impugnada es una más de las que administrativamente se prevén para los militares profesionales y es que aún reconociendo la existencia de cierta afinidad con la medida cautelar de suspensión que los artículos 4 de la Ley Orgánica 12/1985 y 35.2 de la Ley Orgánica 11/1991 prevén para ciertos supuestos disciplinarios, no cabe confundir ambas situaciones ni por su origen ni por la autoridad de que puedan emanar, ni por su duración ni por sus propios efectos. Afirmándose con rotun-

²³ Sentencias de 25 de noviembre de 1999 y de 30 de marzo de 2000.

²⁴ Sentencia de 13 de abril de 2000.

²⁵ Sentencias de 24 de junio, 23 de septiembre y 25 de noviembre de 1999, de 30 de marzo, de 13 de abril y 21 de junio de 2000.

²⁶ Auto de 29 de noviembre de 1991, y sentencias de 2 de marzo y 22 de abril de 1994.

²⁷ Art. 55.2 de la LO 8/1998, de 2 de diciembre.

²⁸ El fundamento de derecho transcrito corresponde a la sentencia de 23 de septiembre de 1999. En los mismos términos, o con ligeras variaciones, se recoge también en sentencias de la misma Sala de 24 de junio y 25 de noviembre de 1999, de 30 de marzo y 8 de noviembre de 2000.

didad que no estamos ante “sanción disciplinaria alguna” sino ante una situación militar prevista en la Ley 17/1989, de 19 de julio, esto es, “ni es sanción, ni tiene relación alguna con el Derecho Disciplinario Militar”, mientras que sí “es, en cambio, la adopción de una nueva situación militar de los recurrentes Guardias Civiles” (del auto de 17 de junio de 1993). Por su parte, la Sala especial de conflictos del Tribunal Supremo también ha llegado a la misma conclusión en autos de 16 de diciembre de 1992, 4 de marzo, 24 de junio y 27 de diciembre de 1993 o 18 de marzo de 1995, señalando que el acto impugnado constituye “una medida cautelar y, por tanto, provisional que, aún conectada con un procedimiento penal, carece en absoluto de carácter sancionador o disciplinario. Su finalidad específica es reflejar, por estrictas razones de servicio y en el ámbito profesional del interesado, las consecuencias jurídicas de un procedimiento judicial seguido en su contra, tal y conforme sucede con cualquiera que, en iguales circunstancias, desempeñe funciones públicas”»

3. PROCEDIMIENTO

a) El inicio y sus causas. El conocimiento por parte de la Administración militar de la realidad de alguna de las causas que pueden originar el pase a la situación de suspenso en funciones y cuando la misma afecte a un militar profesional, incluidos los de complemento y los de tropa y marinería, que se encuentre en situación de servicio activo, determinará el inicio del correspondiente procedimiento administrativo. Tratándose de militares profesionales de carrera cabe también iniciar el procedimiento desde su situación de reserva.

El art. 47 del Reglamento General de Adquisición y Pérdida de la Condición de Militar y de Situaciones Administrativas del Personal Militar Profesional, aprobado por Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, impone a la autoridad judicial o gubernativa que tramite un procedimiento judicial o incoe un expediente gubernativo la notificación al Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente la iniciación de dichos trámites con el objeto de poder comenzar el procedimiento de pase a la situación. De inmediato puede observarse, cuando se trata de diligencias judiciales, el criterio por completo divergente que mantiene al respecto la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, cuyo art. 165 ordena al órgano judicial la remisión al Ministerio de Defensa o a la Dirección General de la Guardia Civil del auto de procesamiento dictado contra militares profesionales una vez que el mismo sea firme, no antes, y a “los efec-

tos que proceda en materia de situaciones de personal”. Aún más concluyente resulta su art. 236, para el que “la detención y prisión de los militares, en tanto no se dicte auto de procesamiento y éste sea firme, no producirá cambio en su situación militar”. Es evidente que estos preceptos procesales se justifican en la situación administrativa de “procesado”, que fue derogada pocos meses después de entrar aquéllos en vigor, y aunque la regulación de los efectos administrativos no sea materia propiamente procesal, con su incorporación al texto se dejaba constancia de los previstos entonces en las normas de situaciones. Al perder vigencia no son ahora éstos los efectos que produce el auto de procesamiento o una medida preventiva que afecte a la libertad personal dada la nueva regulación administrativa. No obstante, el citado precepto reglamentario no puede imponerse al mandato procesal en lo que concierne a la obligación de los órganos judiciales de comunicar a la autoridad militar o administrativa la realidad de un procedimiento judicial mediante la remisión del auto firme de procesamiento. Disposición ésta de la que no cabe, por otra parte, desconocer la cautela que supone ante una precipitada actividad administrativa productora de importantes prejuicios personales y profesionales.

Por lo demás, en relación a la jurisdicción ordinaria, las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecen los medios por los cuales la Administración puede conocer de la instrucción de un procedimiento penal a un militar. Como más significativas cabe citar el auxilio o cooperación contemplada en el art. 399.2 de la última ley citada, o el conocimiento a través de la representación atribuida al Servicio Jurídico del Estado cuando del presunto delito pueden derivarse responsabilidades civiles para éste.

Por último, ningún problema de conocimiento plantea el expediente gubernativo, cuya orden de inicio está reservada a un reducido número de altos cargos de la administración o a mandos militares de empleos superiores, y la sanción, en todo caso, sólo corresponde al Ministro de Defensa, y en el ámbito de la Guardia Civil, también al Director General del Cuerpo para todas las sanciones que no supongan la separación del servicio.

b) Criterios de valoración y resolución. El Ministro de Defensa es la autoridad competente para decretar el pase a la situación de suspenso de funciones de los miembros de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de la Guardia Civil. Su acuerdo debe ir precedido de un juicio valorativo acerca de la gravedad de los hechos, la existencia o no de prisión preventiva, el perjuicio que la imputación infiera al régimen de las Fuerzas Armadas o

de la Guardia Civil, en su caso, y la alarma social producida. Se trata de una valoración a realizar en el marco de los hechos concretos recogidos en la resolución judicial o en el acuerdo de incoación del expediente gubernativo, acerca de su gravedad intrínseca, la alarma social producida o el perjuicio inferido al régimen de las Fuerzas Armadas, en especial por su relación con el daño o riesgo producido en la disciplina o en el servicio.

No obstante, de todas las circunstancias mencionadas, la que adquiere una especial relevancia es la de la existencia de prisión preventiva en razón a que significa la misma imposibilidad material y física de desempeñar las funciones de un destino por la incomparecencia forzada al mismo. Además, por lo general, también cuando hay prisión preventiva resultan apreciables todas o algunas de las demás circunstancias a valorar, puesto que constituyen su fundamento. Así, la gravedad de los hechos imputados y la alarma social producida por los mismos, son criterios que motivan la medida en los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y también, la misma gravedad, junto con el perjuicio inferido al régimen de las Fuerzas Armadas por su relación con la disciplina y el servicio, como criterios que en los procedimientos penales militares justifican igualmente la adopción de la medida, conforme a lo dispuesto en los arts. 216 y 217 de la Ley Procesal Militar. Su particular significación originará un tratamiento diferenciado de la situación administrativa cuando concurra la prisión preventiva, estableciéndose reglas especiales referidas a su duración y a la obtención de destino una vez finalizada la misma.

La ley concede al Ministro de Defensa un amplio margen de discrecionalidad, pero, al mismo tiempo, le exige también un juicio de proporcionalidad, de modo que no se acuerde el pase a la situación si el perjuicio derivado de sus efectos resulta desproporcionado a la entidad de los hechos o a los daños causados en la disciplina o el servicio. Juicio que, por otra parte, exige extremar la prudencia cuando versa sobre una resolución judicial no firme o adoptada en una fase temprana del procedimiento, pues la práctica forense ha demostrado en los últimos años la realidad de decisiones judiciales que confieren la cualidad de imputado con la exclusiva finalidad de contar con todos los instrumentos de defensa ante una acusación que después se muestra infundada o de una liviandad que en principio podía no aparentar. En cualquier caso debe imperar el criterio restrictivo en la valoración de las circunstancias legales, que por no ser expresadas con carácter excluyente, cabe complementar con la consideración de cualesquiera otras que por razones de equidad deban ponderarse igualmente.

En definitiva, ponderación, proporcionalidad, criterio restrictivo y equidad son notas que han de estar presentes cuando se adopta la resolución que pone fin al procedimiento administrativo. Si esta resolución acuerda el pase a la situación de suspenso de funciones determinará si conlleva el cese en el destino, salvo que se trate de miembros de la Guardia Civil para quienes el cese en el destino se acordará, en su caso, por el Ministro del Interior. Obviamente el cese en el destino sólo podrá acordarse respecto de aquéllos que lo tengan adjudicado.

c) Informes. El expediente administrativo se integra sucesivamente por los informes del Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente o, en su caso, del Director General de la Guardia Civil, y del Asesor Jurídico General de la Defensa. A éste último corresponde la emisión de los preceptivos informes jurídicos y de los que le fueren solicitados, así como el asesoramiento en el ámbito del Departamento, conforme previene el art. 16 del Real Decreto 1883/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa. El fundamento de su informe, previo a la resolución ministerial, suele constituirse en la motivación de ésta.

Por lo que respecta a los primeros, aunque ni la ley ni el reglamento exigen su informe al respecto, su intervención no debe quedar reducida a la que parece adjudicarles el citado art. 47 del Reglamento, para recibir la noticia de un procedimiento criminal o expediente gubernativo y dar posterior traslado al Ministerio de Defensa. De ahí que cada una de las mencionadas autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, emita informe sobre la procedencia de acordar el pase a la situación y del cese en el destino.

d) Trámite de audiencia. Por último, aunque en orden cronológico debe ser el primer trámite del procedimiento, ha de tomarse en consideración la audiencia del interesado. No es preciso detenerse aquí en demasía sobre la trascendencia de un trámite cuya garantía de efectividad encontramos en el art. 105 c) de la Constitución, y que se entiende preceptivo en la generalidad de los procedimientos administrativos por el art. 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El objetivo de todo trámite de audiencia consiste esencialmente en dar información al interesado, ilustrándole acerca de la finalidad del expediente administrativo instruido y permitiéndole el acceso al mismo, o en este caso concreto, mediante el traslado de la resolución judicial o del acuerdo de incoación del expediente gubernativo, y simultáneamente dar inicio a un periodo razonable de tiempo en el que le sea permitido formu-

lar alegaciones y aportar pruebas. Pues bien, una desconcertante sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) de la Audiencia Nacional, de 24 de junio de 1999, no aprecia que la omisión del trámite ocasione indefensión en razón a que la decisión administrativa, adoptada al amparo del art. 102 de la Ley 17/1989, “trae su origen del auto de procesamiento dictado en causa penal cuyo conocimiento es patente para el actor”. A tan discutible doctrina ²⁹ cabe oponer que no es posible identificar información con conocimiento de la causa que origina el expediente administrativo, y sobre todo que el trámite de audiencia no es sólo información, puesto que ésta, una vez adquirida con la amplitud y extensión precisa, abre paso a la posibilidad de alegar y probar, que indudablemente es una facultad distinta al derecho de defensa ejercido en un proceso penal.

Sin embargo, la misma Sala y Sección en sentencia de 13 de abril de 2000, dictada igualmente con ocasión de la impugnación de una suspensión de funciones acordada al amparo del citado art. 102, admite la contradicción en el expediente administrativo al afirmar que “lo único que puede discutirse en el procedimiento administrativo es la gravedad de los hechos imputados, no desde el punto de vista penal sino desde el punto de vista administrativo”. Haciendo abstracción de lo limitado del pronunciamiento ³⁰, lo decisivo del mismo es la admisión de alegaciones acerca de la gravedad de los hechos, por lo que igualmente se deducen admisibles las

²⁹ Contendida en el fundamento de derecho cuarto que dice lo siguiente: “A la luz de lo anteriormente expuesto carecen de virtualidad jurídica las alegaciones efectuadas por la parte demandante, el procedimiento administrativo seguido para el cambio de situación administrativa del actor, de servicio activo a suspenso de funciones, se adecua a la normativa específica prevista en el artículo 102 de la ley 17/89 y artículos 45 y siguientes del Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional, sin que pueda apreciarse la indefensión denunciada, cuando la decisión administrativa trae su origen del auto de procesamiento dictado en causa penal, cuyo conocimiento es patente para el actor y el cambio de la situación administrativa no exige la previa audiencia del interesado, al ser una consecuencia ipso iure establecida en su status funcional, previo informe del Jefe del Estado Mayor y sujeta a la resolución motivada del titular del departamento ministerial en base a los parámetros fijados por la norma, los que han sido debidamente ponderados y analizados por la Administración, quien emite por ello, su decisión dentro del ámbito de su potestad autoorganizativa y discrecional, conforme a derecho.”

³⁰ Consecuencia de que el demandante solo alegaba que el auto de procesamiento, en que se basaba la resolución impugnada de pase a la situación, no relataba hechos probados, pues sólo tienen esta consideración los que se declaren como tales en sentencia, en lo que, evidentemente, convenía la Sala, pero afirmando que el cambio de situación no es efecto de la sentencia sino del procedimiento judicial.

alegaciones en relación con la alarma social producida o con el perjuicio inferido al régimen de las Fuerzas Armadas, es decir, sobre aquellos criterios legales valorados por la autoridad administrativa, y que no pueden sustraerse a la valoración del interesado en el ejercicio de su derecho a la contradicción y a la defensa.

Ciertamente, el art. 143 no hace mención del trámite de audiencia, pero no deja de ser paradójico concluir que por ello no es preciso concederla cuando el art. 133 la exige expresamente como acto previo a la resolución de cese en el destino, medida que, desde luego, no ocasiona los perjuicios que produce el pase a la situación, entre los que se cuenta, generalmente, el mismo cese en el destino. No es coherente justificar la ausencia del trámite cuando la pérdida del destino es consecuencia del pase a la situación, y exigirlo, so pena de nulidad, cuando el destino se pierde por falta de idoneidad o por el ejercicio de la facultad prevista en el art. 133.2. Tampoco es admisible justificar la sustitución del trámite por un presumible ejercicio posterior del derecho al recurso; no lo es ni conceptualmente, ni por la naturaleza de los perjuicios que causa el pase a la situación, a los que hay que sumar el efecto añadido, propio de una materia que se rige por un efectivo principio de publicidad, de que se resienta el mismo derecho al honor o a la imagen personal y profesional, sin que una posible revocación sea capaz de reparar en toda su extensión los daños producidos en este orden por una difusión que podía haberse evitado. Tan sólo puede justificarse la ausencia del trámite cuando concurre la existencia de prisión preventiva, dada la objetividad de esta circunstancia y los peculiares efectos que la caracterizan, conforme ha quedado ya expuesto.

4. DURACIÓN

La disposición adicional cuarta de la Ley 28/1994, de 18 de octubre, modificó la redacción originaria del art. 102 de la Ley 17/1989, para introducir un límite temporal a la permanencia en la situación, y poner fin así a la vinculación que históricamente ha mantenido con la duración del procedimiento judicial hasta su finalización.

El vigente art. 143.2, segundo párrafo, de la Ley 17/1999, siguiendo la misma línea, establece como periodo máximo de permanencia el tiempo de seis meses. Comenzará cuando se adopte la resolución, a la que puede otorgarse efectos retroactivos si existe prisión preventiva, y su transcurso determinará el fin de la situación y el cese de todos sus efectos. No obstante, el propio texto legal previene una excepción que permite superar ese

plazo e, igualmente, también se tomarán en consideración otras circunstancias que impiden que llegue a su término. Entre estas últimas caben las siguientes: en primer lugar, la propia reconsideración ministerial de una resolución esencialmente revocable; el auto de sobreseimiento y la sentencia absolutoria dictados en el proceso penal, sin necesidad de que sean firmes, pues estas resoluciones exculpatorias enervan la causa de imputación judicial que originó el pase a la situación; y el acuerdo de terminación del expediente gubernativo. La sentencia condenatoria firme determinará igualmente el fin de la situación para pasar a la que corresponda, y tan sólo cuando ésta no fuera firme podrá continuar la permanencia en la situación hasta el cumplimiento del plazo.

Antes de examinar la excepción al límite máximo de permanencia en la situación hay que advertir sobre la confusión y equivocidad de la redacción legal. El legislador en lugar de optar por un tratamiento simplificado de la prisión preventiva, similar al que rige para otros empleados públicos³¹, introduce en el citado párrafo segundo del apartado 2, así como en el apartado 3 del precepto, determinadas especialidades que, además de no resolver todos los supuestos, crean dudas sobre su acierto y justificación.

Se autoriza a que el periodo máximo de permanencia sea “el de duración de la prisión preventiva, caso que se hubiera acordado por la autoridad judicial en algún momento del procedimiento y fuese superior a seis meses”. Para comprender correctamente esta disposición debe partirse de la redacción equívoca que al respecto introdujo la Ley Orgánica 28/1994, la cual al establecer el límite máximo de seis meses lo hizo con la salvedad de “que se hubiera acordado prisión preventiva por la autoridad judicial”, de tal modo que lo que parecía autorizar un exceso sobre el límite, también parecía imponer una duración inferior si la prisión no llegaba a ese tiempo. Ahora la disposición comentada, en su ánimo de corregir la anterior, finaliza con una alusión temporal aparentemente referida a la medida cautelar, pero que entiendo hace referencia más a la duración de la situación administrativa, autorizando a que su límite sea superior al máximo inicialmente previsto cuando concurre la prisión preventiva. De este modo se da también solución a alguna de las cuestiones que presenta la prisión sobrevenida al comienzo de la situación.

³¹ El art. 21.2 del RD 365/1995, de 10 de marzo, dispone: “Si durante la tramitación de un procedimiento judicial se decreta la prisión provisional de un funcionario u otras medidas que determinen la imposibilidad de desempeñar su puesto de trabajo, se le declarará en suspensión provisional por el tiempo a que se extiendan dichas medidas.”

No hay dificultad cuando el pase a la situación se acordó en razón, entre otras circunstancias, de la concurrencia de la medida cautelar, puesto que, entonces, no se cesará en la situación si al agotarse el plazo semestral persiste la privación de libertad, prolongándose hasta que se ponga fin a la prisión. Incluso, habiéndose pasado a la situación sin concurrir la prisión, si ésta se adoptase antes de consumirse el citado plazo legal, no hay inconveniente a que llegado éste a término no se produzca el cese en la situación mientras la medida cautelar tenga plenos efectos.

Mayor complejidad presentan los supuestos de prisión sobrevenida al cese en la situación; es decir, si es posible acordar de nuevo el pase a la situación en la que ya se cesó, como consecuencia de una medida cautelar adoptada en fase avanzada del procedimiento penal, e, incluso, cuando hubiere recaído sentencia condenatoria pendiente de resolución de recurso, si ya con anterioridad, y en razón del mismo proceso penal, el interesado permaneció en la situación durante el tiempo máximo autorizado de seis meses, o superior en caso de prisión preventiva anterior. El texto legal no ofrece un fundamento claro a tal posibilidad, y tan sólo desde un planteamiento sustentado en el hecho de la privación de la libertad que imposibilita para el desempeño de funciones públicas, en la aproximación al tratamiento que la medida tiene en orden a pasar a la situación de suspensión provisional los funcionarios públicos, y, desde luego, con una perspectiva de posterior abono para el caso de pasar a suspenso de empleo, podría justificarse el reingreso en la situación. En otro caso, habría de admitirse que la confusión del precepto conduce al mantenimiento de la situación administrativa del interesado, sin alterarla, incluso si se encuentra en servicio activo con destino al que no se puede comparecer por hallarse privado de libertad bajo una imputación criminal. Y francamente, esta posibilidad, a mi parecer, no deja de ser un absurdo.

5. EFECTOS

Los efectos de la situación consisten en la inmovilización del interesado en el puesto que ocupe en el escalafón u ordenación correspondiente, el cómputo del tiempo permanecido en la misma sólo a efectos de trienios y derechos pasivos, y, si así se hubiera acordado, la pérdida de destino. Si la situación no lleva consigo la pérdida de destino, el art. 48.2 del Reglamento impide que pueda desarrollar actividad alguna en la unidad, centro u organismo en que estuviese destinado. Igualmente, el art. 31 de la Orden Ministerial 120/1993, de 23 de diciembre, por la que se aprueban las Nor-

mas de Clasificación y Provisión de Destinos del Personal Militar Profesional, sólo admite la solicitud de vacantes desde la situación de servicio activo, y excepcionalmente desde la de servicios especiales y de reserva.

En cuanto a los efectos retributivos el art. 10.4 del Real Decreto 1494/1991, de 11 de octubre, que aprueba el Reglamento General de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, previene que se percibirá el 75 por 100 de las retribuciones básicas.

A los efectos de plantillas quienes se encuentren en esta situación contabilizarán de igual forma que los que se encuentran en servicio activo.

En cuanto a reglas de compensación, el apartado 4 del precepto, establece dos supuestos. El primero, en caso de sobreseimiento del procedimiento, sentencia absolutoria o terminación del expediente gubernativo sin declaración de responsabilidad, conduce a la reposición del interesado en su destino si a su derecho conviniere, y lo hubiera perdido al pasar a la situación, a la recuperación de su situación en el escalafón u ordenación correspondientes, y al cómputo del tiempo pasado en la situación como tiempo de servicios. Evidentemente, también, devolución de las retribuciones dejadas de percibir.

El segundo supuesto es el de condena por sentencia firme o sanción disciplinaria extraordinaria también firme, por tiempo inferior al que se haya permanecido en la situación, en cuyo caso la diferencia le será computable como tiempo de servicios. De ello se desprende que esta compensación parcial se aplicará a todo el tiempo permanecido en la situación cuando se impongan penas o sanciones carentes de dimensión temporal, como la pena de multa o la sanción de pérdida de puestos en el escalafón, y aún así su tratamiento resultará realmente desfavorable por ser los efectos de la situación más lesivos que los de la propia pena o sanción. Si por el contrario, se trata de penas o sanciones que dan lugar a pasar a la situación de suspenso de empleo, se planteará la cuestión de la compensación o abono entre los efectos de una y otra situación, que será objeto de examen al analizar esta última.

6. PROHIBICIÓN DE DESTINO TRAS EL CESE EN LA SITUACIÓN

Una muestra más del desafortunado tratamiento de la prisión preventiva volvemos a encontrar en el apartado 3 del precepto, que quiebra con la evolución generalmente positiva que la Ley 17/1999 representa en el tratamiento de las situaciones administrativas y, en concreto, con la línea ya iniciada por la disposición adicional cuarta de la Ley Orgá-

nica 28/1994 en lo que respecta a la suspensión de funciones, al introducir una regla que, pese a su novedad, es regresiva y vestigio de la antigua situación de procesado y de la misma suspensión de funciones previa a la reforma operada por la citada disposición adicional, recordando aquellos efectos que permanentemente acompañaban al interesado durante toda la tramitación del procedimiento judicial hasta su resolución firme. De ahí que pueda volverse a los argumentos que a aquella situación se oponían, además de los que surgen frente al hecho de tratarse de un efecto no propio de la situación, sino que comienza precisamente cuando ésta cesa, lo que conduce a preguntarse sobre la auténtica “ratio” de una disposición que autoriza a prohibir la solicitud y obtención de destino al margen de los mecanismos que en beneficio e interés del servicio ya se establecen en la normativa aplicable a la provisión de destinos.

El presupuesto lo constituye el cese en la situación de suspenso de funciones por levantamiento de la prisión preventiva. No contempla el supuesto de cese en la situación por el transcurso de seis meses, por lo que si se cesó en la situación al cumplirse este plazo, incluso habiendo prisión preventiva siempre que se revocara con anterioridad, no resulta de aplicación la disposición, como así entendió la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 11 de octubre de 2000.

El Ministro de Defensa para los militares, y el Director General de la Guardia Civil para los miembros de este Cuerpo, son las autoridades competentes para acordar la prohibición de solicitar y de obtener destino mediante resolución motivada en la que habrán de valorarse los hechos imputados, la trascendencia social y el interés del servicio. Esta prohibición se establecerá por un periodo de tiempo que no podrá exceder del momento de dictarse sentencia firme o auto de sobreseimiento, por lo que, consecuentemente, tendrá efecto durante el periodo de tiempo concreto que se fije en la resolución o, a lo sumo, hasta que se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento penal. Se trata de una medida de duración determinada, o al menos determinable, de ahí que la citada sentencia no acogiera las alegaciones de su inconstitucionalidad, justificadas por el recurrente en una pretendida duración indefinida. Aunque bien es cierto que, si no es señalado un plazo concreto de vigencia en la misma resolución que la acuerde, su duración dependerá, en definitiva, de la mayor o menor celeridad que se imprima al procedimiento penal y de sus vicisitudes procesales.

IV. SUSPENSO DE EMPLEO

1. ANTECEDENTES

Con la salvedad de un remoto antecedente en la situación de “condenado” que preveía el Decreto de 17 de octubre de 1940 para los miembros del Ejército del Aire condenados a penas que no implicaran la separación o expulsión de su Ejército, el antecedente más inmediato de la vigente situación lo encontramos en la que con la misma denominación introdujo el Decreto de 12 de marzo de 1954. Desde éste pasó al Real Decreto 734/1979, de 9 de marzo, cuyo art. 10, con muy deficiente técnica de remisión a determinados preceptos del Código de Justicia Militar de 1945, deja patente el origen penal de sus causas y sus efectos. La Ley 17/1989 la incorpora también al elenco de situaciones que la misma contempla, con un tratamiento más autónomo que el de la norma anterior, y acogiendo, por vez primera, la imposición de una sanción disciplinaria como causa de la situación. Con una mayor precisión terminológica e importantes matices pasa al art. 142 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo ³².

³² El contenido del precepto es el siguiente:

“1. Los militares profesionales pasarán a la situación de suspenso de empleo por alguna de las siguientes causas:

a) Condena, en sentencia firme, a la pena de prisión del Código Penal Militar o del Código Penal, en este último caso mientras se encuentre privado de libertad y sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; o a las penas, principal o accesoria, de suspensión de empleo o cargo público.

b) Imposición de sanción disciplinaria extraordinaria de suspensión de empleo.

2. El militar profesional que pase a la situación de suspenso de empleo por la causa definida en la letra a) del apartado anterior quedará privado del ejercicio de sus funciones, cesando en su destino, durante el tiempo en que se ejecute la pena privativa de libertad o la de suspensión de empleo o cargo público, hasta la total extinción de éstas.

La suspensión de empleo por el supuesto definido en la letra b) del apartado anterior, surtirá los efectos previstos en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, cesando el afectado en el destino sólo cuando la sanción impuesta fuese por un periodo superior a seis meses.

3. Los militares profesionales también podrán pasar a la situación de suspenso de empleo cuando lo acuerde el Ministro de Defensa, a la vista de la sentencia en que se impusiera la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio o cualquier otro derecho, cuando dicha inhabilitación impida o menoscabe el ejercicio de sus funciones.

4. El militar profesional que pase a la situación de suspenso de empleo, cualquiera que fuese la causa que lo motive, permanecerá en el escalafón u ordenación correspondientes en el puesto que ocupara en ese momento y no será evaluado para el ascenso. Al cesar en ella finalizará la inmovilización, siendo definitiva la pérdida de puestos.

El tiempo permanecido en la situación de suspenso de empleo no será computable a efectos de tiempo de servicios, trienios y derechos pasivos.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA

Este precepto configura una situación administrativa que pretende ser reflejo de las vicisitudes de la ejecución de una condena penal o sanción disciplinaria que afecta a los derechos o a la libertad personal del interesado, impidiendo o perturbando el normal y ordinario ejercicio de las funciones que debe desempeñar. Son penas o sanciones a las que no se anuda la consecuencia de la pérdida de la condición militar, pero sí la de una alteración profunda de su contenido en razón a que dan lugar a pasar a una situación de efectos similares a los ya examinados con ocasión de la suspensión de funciones, pero ahora con carácter definitivo en todo caso.

Las causas de pase a la situación cabe clasificarlas, conforme a lo establecido en los apartados 1 y 3 del precepto, en la forma que sigue:

a) Condena, en sentencia firme, a la pena de prisión del Código Penal Militar. Cabe puntualizar que se trata de penas de prisión que no exceden de tres años, pues conforme establece el art. 28 del citado texto legal, de superar ese periodo la pena de prisión lleva consigo la accesoria de pérdida de empleo, que produce la baja en las Fuerzas Armadas. Privación de libertad implícita en la pena de prisión a la que no resulta legalmente posible aplicar el beneficio de su remisión condicional.

b) Condena, en sentencia firme, a la pena de prisión del Código Penal, si concurre efectiva privación de libertad del interesado. No procede pasar a la situación cuando se suspende la ejecución de la pena de prisión o ésta es sustituida por otra de las previstas en el art. 88 del Código Penal. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en la normativa disciplinaria que dispone la instrucción de un expediente gubernativo cuando la pena del Código Penal sea de prisión en cualquier extensión por delito doloso o superior a un año por delito cometido por imprudencia ³³.

c) Condena, en sentencia firme, a las penas principal o accesoria de suspensión de empleo o cargo público. El art. 33 del Código Penal contempla la pena de suspensión de empleo o cargo público, considerándola grave si excede de tres años, o menos grave si no supera ese tiempo. Es

5. El militar profesional que pase a la situación de suspenso de empleo por el supuesto definido en la letra b) del apartado 1 de este artículo, si la sanción disciplinaria extraordinaria ejecutada fuere posteriormente revocada con carácter definitivo, en vía administrativa o jurisdiccional, será repuesto en su destino, si a su derecho conviniera, recuperará su situación en el escalafón u ordenación correspondientes, incluido el ascenso que hubiere podido corresponderle, y el tiempo transcurrido en dicha situación le será computable a efectos de tiempo de servicios, trienios y derechos pasivos.”

³³ Art. 17.6 de la LO 8/1998, de 2 de diciembre, y art. 9.10 de la LO 11/1991, de 17 de junio.

una pena privativa de derechos que puede imponerse con carácter principal cuando así se prevea expresamente, o con carácter accesorio, y con la misma duración que la pena principal, en los supuestos del art. 56. El art. 43 del mismo texto legal le confiere los efectos de privar del empleo o cargo público durante el tiempo de la condena.

En el Código Penal Militar la pena pierde la unicidad que le caracteriza en la normativa común y pasa a tener un tratamiento diversificado en dos penas de carácter accesorio que recoge el art. 24.2. La suspensión de empleo es una pena accesoria de la de prisión de seis meses y un día a tres años impuesta sólo a militares, y la de suspensión de cargo público es pena accesoria de toda pena de prisión hasta doce años. Esta última suspensión tendrá las consecuencias señaladas en el Código Penal, conforme a la remisión que efectúa el art. 34, en tanto que la suspensión de empleo, pena de larga tradición en los textos punitivos castrenses, lleva consigo los efectos que detalla el art. 31.

La mención expresa a estas penas, junto a la ya examinada de prisión, como causas de pase a la situación, elimina las dificultades que la genérica redacción del art. 101 de la Ley 17/1989 presentaba respecto de los condenados a penas no privativas de libertad o a pena militar de prisión no superior a seis meses que por imperativo legal no lleva la accesoria de suspensión de empleo. Estos últimos, si se encontraban en servicio activo, se veían obligados a dejar materialmente de prestarlo para pasar a cumplir la pena de prisión, sin que se pudiera acordar su pase a la situación de suspenso de empleo, porque al relacionarse directamente en la interpretación de aquel texto legal, la situación administrativa con la pena accesoria de su misma denominación, la inexistencia de ésta impedía que se acordase el pase a la situación. Para evitar tal contrasentido de un servicio activo en privación de libertad se acudió a remedios alternativos no plenamente convincentes, y en algún caso posteriormente revocados por decisiones judiciales, como era el pase a la situación de disponible con pérdida de destino o el mantenimiento de la situación de actividad con condicionamientos que pugnaban con su auténtico carácter.

d) Imposición de sanción disciplinaria extraordinaria de suspensión de empleo. Sanción que puede imponerse a resultas de la instrucción de un expediente gubernativo con los efectos que establece la normativa disciplinaria y una extensión que oscila entre un mes y un año, salvo que sea por condena penal en cuyo caso podrá imponerse hasta el tiempo de duración de la pena de prisión. Al tratarse de una sanción no penal prima el principio de su ejecutividad inmediata impuesto por el art. 67 de la Ley

Orgánica 8/1998, y de ahí que pueda acordarse el pase a la situación sin demorarlo al momento de firmeza de la resolución. No obstante, en previsión de su revocación, el apartado 5 del precepto contempla las medidas a adoptar si ello sucediera.

e) Por último, el apartado 3 recoge la condena a pena de inhabilitación especial para profesión, oficio o cualquier otro derecho, cuando la inhabilitación impida o menoscabe el ejercicio de sus funciones. Aunque no lo mencione expresamente, se trata de condena en sentencia firme a cualquier pena principal o accesoria de inhabilitación especial, excepto la referida al empleo o cargo público por ser causa de la pérdida de la condición militar, conforme dispone el art. 146.1 de la Ley. Es pena común, grave o menos grave según supere o no los tres años de extensión, y privativa del derecho al ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo, “o de cualquier otro derecho” que se concretará expresa y motivadamente en la sentencia, según previenen los arts. 39 y 45 del Código Penal.

En este punto es más precisa la redacción del art. 84.3 de la Ley 42/1999, que alcanza también a los supuestos de imposición de penas comunes de privación de los derechos de tenencia y porte de armas, a conducir vehículos de motor o a residir en determinados lugares o acudir a ellos cuando esta privación, igualmente, impida o menoscabe el ejercicio de las funciones de los miembros de la Guardia Civil.

En cualquier caso, tanto para los miembros de las Fuerzas Armadas como del Cuerpo de la Guardia Civil, a diferencia de las causas anteriores, el pase a la situación de suspenso de empleo por esta causa es facultativo y tan sólo se acordará si el cumplimiento de la pena impide o menoscaba el ejercicio de las funciones.

f) Como colofón, tras el examen de las anteriores causas, cabe extraer en conclusión la que ya se anticipaba al comienzo, es decir, que esta situación debe servir para adaptar la “realidad administrativa” a la realidad impuesta por la ejecución de una pena o sanción, cuyo cumplimiento efectivo perturba el normal desarrollo de las funciones a desempeñar, bien por imposibilidad material de la privación de libertad en las penas de prisión, bien por la imposibilidad jurídica derivada de las demás penas o de la sanción disciplinaria. Expuesto en términos de interrogante: ¿es suficiente la sola condena o sanción para pasar a la situación, o debe atenderse a las vicisitudes de su ejecución pues solo de ésta se deriva un efectivo daño al servicio?. En mi opinión, esta última circunstancia debe resultar decisiva para acordar el pase a la situación, pues si no hay ejecución de la pena o

sanción es inexistente el perjuicio al servicio por su causa, y ello excusa decretar el pase a la misma. En este sentido, el texto legal supone un considerable avance respecto del texto anterior, el art. 101 de la Ley 17/1989, tanto por la determinación de las penas y de la sanción que conducen a la situación, como por la exigencia de un efectivo perjuicio al servicio, patente en los apartados 1 a) y 3 del precepto; y, en especial porque el primer párrafo del apartado 2 ofrece de modo inequívoco el fundamento en que sustentar la tesis expuesta, pues de acuerdo con su redacción, los efectos del pase a la situación se mantienen durante el tiempo “en que se ejecute” la pena impuesta, es decir, solo la ejecución demanda y exige la situación administrativa y sus efectos. En materia disciplinaria el apartado 5 corrobora el mismo fundamento al contemplar los efectos de la sanción “ejecutada” posteriormente revocada.

De acuerdo con todo ello, la resolución disciplinaria que suspenda la sanción o acuerde su inexecución, y la resolución judicial que haga aplicación de la remisión condicional de la pena o que proceda a sustituir la prisión por otra pena, se alzarán como causas impeditivas del pase a la situación. Del mismo modo sucederá cuando se demore la ejecución de la pena a la espera de la resolución de un indulto o de una conmutación que puede alterar la naturaleza misma de la ya impuesta, pues, en definitiva, con la situación en estudio debe tratarse de sintonizar y acompasar la actividad administrativa a la actividad jurisdiccional de ejecución de la pena o penas impuestas en sentencia firme, y, consecuentemente, si no hay tal actividad, tampoco debe haberla en el ámbito administrativo para modificar la situación del interesado.

3. PROCEDIMIENTO

El art. 340 de la Ley Procesal Militar impone al Secretario del órgano judicial militar la obligación de remitir testimonio de las sentencias firmes dictadas en materia penal al Ministerio de Defensa, y similar obligación recoge el art. 497 respecto de las sentencias firmes que se hubieren dictado en lo contencioso disciplinario. Las leyes reguladoras de los regímenes disciplinarios de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil recogen también, en sus respectivas disposiciones adicionales, un mandato dirigido a los órganos de la jurisdicción ordinaria de poner en conocimiento del Ministerio de Defensa toda resolución que pusiere fin a los procesos penales instruidos al personal sometido a la aplicación de las mismas. A través de estos cauces, además de por aquellos otros que en ejecución de las sen-

tencias requieren de su colaboración o cooperación, la administración militar tiene conocimiento de la realidad de las anteriores resoluciones judiciales, que en cuanto afecten a personal profesional en situación de servicio activo o de reserva, en este caso solo de militares de carrera, provocará el inicio del correspondiente procedimiento de pase a la situación de suspenso de empleo. También desde la situación de suspenso de funciones, de concurrir aquellas causas, debe pasarse directamente a la de suspenso de empleo sin necesidad de reintegrarse previamente a la de servicio activo o de reserva.

La única norma relativa al procedimiento la encontramos en el art. 44 del Real Decreto 1385/1990, sólo parcialmente vigente, que confiere al Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente la potestad de acordar el pase a la situación del personal del mismo dependiente, ordenando su publicación en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa. No obstante, la competencia será del Ministro de Defensa cuando la motivación del acuerdo resida en el apartado 3, es decir, por pena de inhabilitación especial cuya ejecución impida o menoscabe el ejercicio de las funciones encomendadas, que concurre con la facultad que también le atribuye el art. 133.4, de cesar en el destino sin acordar el pase a la situación en los supuestos de cualquier otra condena firme, distinta de las contempladas en el precepto en estudio, cuya ejecución imposibilite el ejercicio de las funciones propias del destino. Finalmente a la misma autoridad le confiere la competencia el art. 84.4 de la Ley 42/1999 para acordar el pase a la situación de los miembros de la Guardia Civil cualquiera que sea la causa que lo justifique.

Por lo demás, el procedimiento no presenta mayores complejidades, basando constatar la firmeza y ejecutoriedad de la resolución judicial, que suele certificar el mismo órgano que la dictó. Aquí el trámite de audiencia relativiza su trascendencia ante la circunstancia de que la decisión administrativa, salvo en el supuesto del apartado 3, es obligada consecuencia de una previa sentencia judicial, sin margen a la discrecionalidad. Tampoco para el interesado sería lícito traer al procedimiento administrativo la discusión acerca de hechos ya probados, de la imputación firme o de la pena a cumplir.

4. DURACIÓN Y EFECTOS

La situación comenzará a producir sus efectos a partir del momento en que la sentencia es firme y se lleve a cumplimiento, aunque la publicación del pase a la situación sea posterior. Será aquél el momento determinante del cese en la situación en la que se estuviere y del pase simultáneo a la de

suspense de empleo, en la que se permanecerá durante todo el tiempo de ejecución de la pena o penas impuestas, o durante el tiempo de cumplimiento de la sanción disciplinaria.

El pase a la situación por razón de condena penal lleva aparejada la privación del ejercicio de las funciones y el cese en el destino. Si lo fuera por causa de sanción disciplinaria de suspensión de empleo tendrá los efectos previstos en la normativa disciplinaria ³⁴, cesando en el destino cuando fuera impuesta por un periodo superior a seis meses. En este último supuesto el legislador se ha aproximado a los regímenes de otros servidores públicos que señalan el límite de los seis meses como la circunstancia temporal que determina la pérdida del destino ³⁵, suavizando el rigor de la ley anterior, en la que se originaba en todo caso este efecto, por breve que fuera la duración de la sanción.

Además, cualquiera que fuera la causa de pase a la situación, el interesado permanecerá en el escalafón u ordenación correspondientes en el puesto que ocupare en ese momento y no será evaluado para el ascenso. Al cesar en ella finalizará la inmovilización, siendo definitiva la pérdida de puestos. El tiempo permanecido en la situación no será computable a efectos de tiempo de servicio, trienios y derechos pasivos. Se percibirá el 75 por 100 de las retribuciones básicas conforme dispone el art. 10.4 del Reglamento General de Retribuciones.

Cualquier duda que la naturaleza de estos efectos pudiera provocar sobre el aforamiento de los suspensos de empleo y de su sometimiento a las leyes penales y disciplinarias militares, debe despejarse en sentido afirmativo, pues la respuesta contraria no puede encontrar su justificación en el silencio legal, dado que cuando la ley persigue la desvinculación así lo manifiesta expresamente, como sucede en la mayor parte de los supuestos de servicios especiales y de excedencia voluntaria. Además de la circunstancia, que igualmente así lo avala, de la existencia de preceptos disciplinarios, a que anteriormente se hizo referencia, que toman como tipo de la infracción sancionable haber sido condenado, abstracción hecha de que se ejecute o no la pena impuesta, o pase o no el condenado a la situación de suspenso de empleo.

El apartado 5 contempla el supuesto de que la sanción de suspensión de empleo se hubiera ejecutado antes de su revocación definitiva en vía

³⁴ Art. 20 de la LO 8/1998, de 2 de diciembre, y art. 16 de la LO 11/1991, de 17 de junio.

³⁵ Art. 363.2 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; y art. 22.1 del RD 365/1995, de 10 de marzo.

administrativa o jurisdiccional, imponiendo entonces la reposición del interesado en su destino si le conviniere, la recuperación de su situación en el escalafón u ordenación correspondiente, con derecho al ascenso que le hubiera podido corresponder, y el cómputo del tiempo transcurrido en la situación a efectos de tiempos de servicios, trienios y derechos pasivos.

Resta, finalmente, analizar la importante cuestión de la compensación entre los efectos producidos por las situaciones de suspenso de funciones y suspenso de empleo cuando se pasa por ambas en razón a un mismo procedimiento penal o expediente gubernativo. Aún siendo los efectos de la suspensión de empleo más gravosos que los de la suspensión de funciones, por el obligado cese en el destino y no ser computable el tiempo de la primera a ningún efecto, su análoga naturaleza permite el abono o compensación. Sin embargo, la ausencia de previsión al respecto ha sido tradicional en las normas que sucesivamente han regulado la materia, actuando como impedimento a cualquier operación compensatoria entre los efectos de una y otra suspensión. Podría aventurarse, incluso, que la Ley 17/1989, con la inversión del orden sucesivo lógico de ambas situaciones, anteponiendo en su enunciado y tratamiento la de suspenso de empleo, no hace sino remarcar la incomunicabilidad de sus respectivos efectos.

Observa Sánchez del Río y Sierra ³⁶, lamentándose por ello, el hecho de que “ni la Ley 17/89 ni el RD 1385/90 contienen previsión alguna sobre adaptación de las situaciones de suspenso de funciones y de suspenso de empleo: ambas son compartimentos estancos que producen sus propios efectos, la primera durante todo el tiempo que dura la tramitación de un procedimiento judicial y la segunda como consecuencia de una condena impuesta por tribunal competente, sin que se disponga un sistema de abono o compensación de tiempos perdidos, puestos descendidos o ascensos fallidos”. Aunque formalmente el texto del art. 142 de la Ley 17/1999 no hace variar un ápice la validez y el acierto del diagnóstico, puesto que sigue sin incluirse previsión alguna que autorice expresamente la comunicación de sus efectos cuando las situaciones se suceden, sin embargo, su silencio no debe continuar interpretándose con el sentido impeditivo en que se ha venido haciendo hasta ahora.

En efecto, del mismo modo que las medidas cautelares en el procedimiento sancionador, penal o disciplinario, son de abono para el cumplimiento de la sanción impuesta, no debe sustraerse a la misma operación de compensación los efectos análogos producidos por situaciones justificadas

³⁶ SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, Javier: “El estatuto...”, cit., p. 1551.

en aquellas circunstancias, so pena de que se llegue a trocar la naturaleza de una situación administrativa por la de una auténtica sanción. Así lo viene entendiendo la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Quinta) de la Audiencia Nacional, en sentencias de 11 de febrero de 1999 y 19 de abril de 2000, que acude también a un argumento comparativo para justificar la compensación, como es el de la discriminación con los funcionarios civiles a quienes resulta de abono el periodo de permanencia en la situación de suspensión provisional. Discriminación, cabe añadir, que puede predicarse prácticamente de todos los servidores públicos, quienes encuentran en sus respectivas normas estatutarias criterios de compensación y abono ³⁷. Tampoco hay, “peculiaridad castrense” alguna en que amparar un tratamiento desigual.

Por último, ante la necesidad de que la situación de suspenso de empleo se mantenga durante la ejecución de la condena o sanción disciplinaria, la compensación de los efectos, incluidos los retributivos, deberá practicarse sobre los propios de la suspensión de funciones, conforme pone de manifiesto la última sentencia citada.

³⁷ Art. 363.1 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; y art. 50.5 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero.