

**STC 77/1988, de 26 de abril**

Capitán del Ejército que pasó en 1970 a la situación de supernumerario alcanzando cargos con rango de Subdirector general se vio legalmente obligado a renunciar a esta situación administrativa en 1977, donde alcanzó posiciones de Director General, cuando solicitó el señalamiento de haberes pasivos se le denegó por no alcanzar los veinte años de servicio exigidos, al no computarse los años desde 1977. Así, el recurrente entendió que tal denegación violaba los arts. 14 y 23.2 CE. Afirma discriminación respecto de sus compañeros militares separados del servicio en consecuencia de una pena lo que no les supone una pérdida de sus haberes pasivos, siendo que un retiro exigido legalmente para ejercer cargos como el suyo resulta más perjudicial. Del mismo modo alega desigualdad respecto de otros funcionarios civiles, quienes quedan en la situación de “servicios especiales” conservando derechos y haberes. Finalmente se compara con cualquier otro trabajador. En relación al art. 23.2, alega señala que la normativa de 1977 causante de su trato discriminatorio violaba el derecho de acceso a cargos públicos pues le forzaba a retirarse “voluntariamente” de su condición de militar. En contra de todos estos argumentos, el TC señala que nadie le obligó a dedicarse a la vida pública, por lo que su acceso no quedó limitado porque se le exigiese, para llevar a cabo su voluntad, la baja del servicio activo. Respecto de las alegaciones de discriminación el Tribunal advierte que no es la misma la situación del militar que la del resto de funcionarios o trabajadores.

TIPO: SENTENCIA

REFERENCIA-NUMERO:77/1988

FECHA-APROBACION:26-04-1988

PUBLICACION-BOE:25-05-1988 [“BOE” núm. 125]

SALA: Sala Segunda: Excmos. Sres. Begué, Latorre, García-Mon, de la Vega, Leguina y López.

NUMERO-REGISTRO:1068/1985

PONENTE: don Angel Latorre Segura

RECURSO-TIPO: Recurso de amparo.

EXTRACTO:

1. Que la Ley pueda sujetar a determinados requisitos el acceso a los cargos públicos es algo expresamente reconocido en el art. 23.2 C.E. Y que entre esos requisitos se cuente la petición de baja en el servicio activo de las Fuerzas Armadas para quienes se integren en ellas es una decisión del legislador que no afecta a ningún derecho constitucionalmente garantizado.

2. Como reiteradamente ha dicho este Tribunal, no toda desigualdad de trato supone una discriminación. La fundada desigualdad de las situaciones iniciales justifica asimismo la desigualdad de sus consecuencias

establecidas por el legislador en la forma que ha estimado más oportuna.

**DISPOSICION-CITADA:**

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.

Artículo 14.

Artículo 23.2.

En general.

Ley 101/1966, de 28 de diciembre. Retribuciones Militares.

Artículo 3.

En general.

Ley 20/1982, de 9 de junio. Incompatibilidades en el Sector Público.

Artículo 1.3.

Artículo 1.5.

Disposición Adicional Séptima.

Ley 30/1984, de 2 de agosto. Reforma de la Función Pública.

En general.

Ley 8/1980, de 10 de marzo. Estatuto de los Trabajadores.

Artículo 46.

Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre. Código Penal Militar.

Artículo 30.

Ley de 17 de julio de 1945. Código de Justicia Militar.

Artículo 223.

Artículo 224.

Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero. Ejercicios de Actuaciones Políticas y Sindicales por Componentes de las Fuerzas Armadas.

En general.

**MATERIAS:**

Derecho a acceder a los cargos públicos

Requisito de baja en las Fuerzas Armadas.

Fuerzas Armadas

Baja en el servicio activo.

Haberes militares

De negación de haberes pasivos.

Principio de igualdad

Baja en las Fuerzas Armadas para acceder a un cargo público.

Militares y civiles.

Militares y trabajadores.

**PREAMBULO:**

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Gloria Begué Cantón, Presidenta, don Ángel Latorre Segura, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Jesús Leguina Villa y don Luís López Guerra, Magistrados, ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 1.068/1985, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Antonio García Díaz, en nombre y representación de don José Quillo Fernández, asistido del Letrado don Miguel Ángel Albadalejo Campoy, contra Acuerdo de la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar de 29 de noviembre de 1983, sobre señalamiento de haberes pasivos y contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de fecha 16 de octubre de 1985. Han sido partes el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y Ponente el Magistrado don Ángel Latorre Segura, quien expresa el parecer de la Sala.

#### ANTECEDENTES:

##### I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en este Tribunal el día 27 de noviembre de 1985, don Antonio García Díaz, Procurador de los Tribunales, interpuso en nombre y representación de don José Guillo Fernández, recurso de amparo contra el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar de 29 de noviembre de 1983 que, resolviendo el recurso de reposición interpuesto contra Acuerdo de la misma Sala de 16 de marzo de 1983, denegó el derecho al señalamiento de haberes pasivos y también contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de fecha 16 de octubre de 1985.

2. Según se deduce de los escritos y documentos presentados, los hechos sobre los que se basa la demanda de amparo son los siguientes:

a) El recurrente, militar con graduación de Capitán, prestó servicios en el Ejército con efectos de 12 de septiembre de 1951.

b) Con fecha 29 de marzo de 1957 pasó a prestar servicios en la Comisaría de Abastecimientos y Transportes (C. A. T.) hasta el 22 de julio de 1970, permaneciendo hasta tal fecha en la situación de servicio activo como militar.

c) Con posterioridad fue nombrado Director de la Central de Información de la C. A. T. pasando en el Ejército a la situación de supernumerario con efectos de 26 de junio de 1970, ocupando diversos cargos con rango de Subdirector General hasta el 3 de noviembre de 1977.

d) Entrado en vigor el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, el recurrente, que ocupaba en tal fecha el cargo de Subdirector General de Vigilancia de Mercado, solicitó autorización para continuar en la situación de supernumerario en el Ejército de Tierra, lo que le fue denegado por orden comunicada de 4 de julio de 1977 donde se le señaló:

“Si el citado Oficial desea continuar en el ejercicio de dicho cargo, quedar incurso en lo dispuesto en el art. 9 del Real Decreto 706/1977, de 1 de abril, que desarrolla el Decreto-ley 10/1977”.

e) Posteriormente por el Real Decreto 2.708/1977, de 28 de octubre, fue nombrado Director General de los Consumidores en el Ministerio de Comercio, por lo que, en consecuencia solicitó el pase a la situación de retirado, que le fue concedida por Orden de 21 de noviembre de 1977. Con posterioridad ocupó diversos cargos, con rango de Director General, hasta el 16 de diciembre de 1982.

f) Solicitado, con fecha 4 de noviembre de 1982, del Consejo Supremo de Justicia Militar el señalamiento de haberes pasivos, le fue denegado por Acuerdo de 16 de marzo de 1983, por no cumplir los veinte años de servicio que requiere el retiro voluntario. Interpuesto recurso de reposición le fue desestimado por Acuerdo de 29 de noviembre de 1983.

g) Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo fue desestimado por Sentencia de 16 de octubre de 1985.

3. La representación procesal del demandante solicita de este Tribunal declare la nulidad del Acuerdo de la Sala del Consejo Supremo de Justicia Militar y también de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Quinta) de 16 de octubre de 1985.

El demandante considera que el Acuerdo impugnado viola los arts. 14 y 23.2 de la Constitución. En cuanto a la presunta vulneración del art. 14 de la Constitución señala que el Acuerdo impugnado le situó en condiciones resultantes de desigualdad en comparación con diversas situaciones que aduce. En primer lugar, considera que existe desigualdad frente a sus compañeros de profesión. A tal fin expresa que su situación es desigual respecto a los militares que son separados del servicio -art. 224 del Código de Justicia Militar- cuya pena de separación no lleva aparejada la pérdida de haberes pasivos. Dicha desigualdad deriva de la circunstancia de que mientras en el supuesto contemplado en el art. 219 del Código de Justicia Militar la pena de separación lleva como consecuencia al retiro “forzoso” en el supuesto aquí contemplado al retiro se califica como “voluntario”, y no da lugar al señalamiento del haber, lo que vulnera el art. 14 de la Constitución.

En segundo lugar estima que se produce desigualdad si su situación se compara con la de otros funcionarios de la Administración del Estado. En efecto, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública establece en su art. 29 las situaciones de los funcionarios y crea la situación de “servicios especiales”, entre cuyos supuestos se contempla la de aquellos funcionarios que sean nombrados miembros del Gobierno o de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, y a los que se les computa el tiempo que permanezcan en la misma a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos. A estos efectos el recurrente señala que antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/1977 la situación de “excedencia especial” de los funcionarios de la Administración Civil del Estado tenía su paralelo dentro de la Administración Militar en la situación denominada “en servicios especiales, grupo de cargos civiles”, en la que el tiempo de permanencia también se consideraba v lido a todos los efectos. Dicha situación desapareció tras la publicación del Decreto-ley anteriormente indicado por lo que se produce una situación de desigualdad a efectos de haberes pasivos entre los funcionarios civiles y militares que accedan a un cargo público, ya que mientras a aquéllos se les reconoce el tiempo de permanencia en el mismo, al recurrente militar que accede a cargo público no. Por ello señala que sólo si el retiro se conceptúa como forzoso la desigualdad a efectos de haberes pasivos desaparece, ya que le resultaría de aplicación lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre.

Finalmente considera que su situación es desigual si se la compara con la de cualquier otro trabajador y con la propia legislación vigente en materia de incompatibilidades. Por lo que se refiere a la primera de las situaciones enunciadas manifiesta que la Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que se aprobó el Estatuto de los Trabajadores, establece en su art. 46 la excedencia forzosa en caso de designación o elección para un cargo público, y que en cuanto a la segunda, la Ley 20/1982, de 9 de junio, sobre incompatibilidades en el sector público, establece que las situaciones de incompatibilidad se entender n, en todo caso, respetando los derechos consolidados o en trámite de consolidación en materia de derechos pasivos o de pensiones de Seguridad Social.

Por todo ello estima que el Acuerdo del Consejo Supremo de Justicia Militar viola el art. 14 de la Constitución por cuanto da lugar a una situación de desigualdad en el reconocimiento de haberes pasivos, desigualdad que pudo ser evitada.

En relación al art. 23.2, alega que el Acuerdo impugnado, basado en el Real Decreto-ley 10/1977, no protegió el derecho reconocido de acceso a los cargos públicos, ya que considera que tanto el Acuerdo del Consejo Supremo de Justicia Militar como la Sentencia del Tribunal Supremo no tienen en cuenta ni en su razonamiento ni en sus conclusiones el art. 23.2 puesto en relación con el art. 9.2 de la C. E., al calificar el retiro previsto en el Real Decreto-ley 10/1977 de “voluntario”, situando en igualdad de motivación y causa la solicitud de retiro por acceso a cargo público con la efectuada por intereses puramente particulares.

4. Por providencia de 10 de diciembre de 1985, la Sección acordó tener por interpuesto el recurso de amparo y abrir el plazo a que se refiere el art. 50 de la LOTC, a fin de que el Ministerio Fiscal y el solicitante de amparo alegasen lo que estimasen pertinente en relación con la posible existencia del motivo de inadmisión consistente en carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional, conforme a lo prevenido en el art. 50.2 b) de la LOTC.

5. Dentro del plazo mencionado, el Ministerio Fiscal despachó el trámite conferido solicitando la admisión de la demanda sin perjuicio de la posición y dictamen que en el momento procesal resulte pertinente, en cuanto a la cuestión de fondo que plantea el recurso.

El Fiscal ante el Tribunal Constitucional en su escrito de 16 de enero de 1986, manifiesta que puede afirmarse que la alegación insistentemente referida a la posible lesión del derecho fundamental que se contempla en el art. 23.2 no parece construida con soporte suficiente, ya que, no obstante su condición de militar, ha podido desempeñar funciones públicas de índole civil, aunque haya tenido que ajustarse a los mecanismos y limitaciones que preveía la legislación vigente en su momento, por lo que la demanda en lo que se refiere a una posible lesión del art. 23.2 carece manifiestamente de contenido.

Por lo que se refiere a la posible conculcación del art. 14, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional, manifiesta que para llegar a conclusiones definitivas es necesario ahondar en el examen de la demanda, y tras detenido estudio comparativo entre la situación y secuelas de la misma en que se encuentra el demandante de amparo y a la que pueden llegar otros profesionales, concluir acerca de si la norma o la aplicación de la misma produce un trato discriminatorio en perjuicio del interesado, por lo que solicita, en este punto, su admisión.

6. Por escrito de fecha 8 de enero de 1986, el recurrente evacuó el trámite de alegaciones reiterándose en las que había formulado en la demanda añadiendo por lo que hace a la posible violación del art. 14 la doctrina de este Tribunal contenida en las Sentencias de 21 de junio de 1983 y 5 de noviembre de 1985 sobre embargo de haberes personales de militares, afirmando que resulta patente la existencia de desigualdad de trato entre militares y no militares por lo que respecta a la aplicación de los derechos pasivos de quienes en uno y otro grupo ejercen la actividad política, sin que pueda aducirse una causa razonable que explique la mencionada desigualdad.

7. Por Auto de 12 de marzo de 1986 la Sección Cuarta (Sala Segunda) de este Tribunal acordó la admisión a trámite del recurso, por lo que se requirió del Consejo Supremo de Justicia Militar la remisión de las actuaciones relativas al Acuerdo de su Sala de Gobierno, de 29 de noviembre de 1983, y de la Sala Quinta del Tribunal Supremo las

referentes a la Sentencia de 16 de octubre de 1985, así como el emplazamiento de quienes fueron parte en el proceso para que pudiesen comparecer en el presente recurso. Por providencia de 21 de mayo, la Sección acordó tener por recibidas las actuaciones remitidas por el Consejo Supremo de Justicia Militar y del Tribunal Supremo (Sala Quinta), y por personado en el procedimiento al Letrado del Estado. Asimismo, se dio vista de las dichas actuaciones al Ministerio Fiscal y al Letrado del Estado para que en el plazo de veinte días formularan las alegaciones que estimasen pertinentes.

8. Con fecha de 12 de junio, el Letrado del Estado evacuó el trámite conferido, en el que solicitó la desestimación del recurso.

En sus alegaciones manifiesta, por lo que se refiere a la lesión del art. 23.2 de la Constitución, que lo que el recurrente plantea en su demanda no hace relación a actos que perturbasen su acceso a los cargos que ocupó, sino las consecuencias de los mismos, ya que en realidad su objeto viene constituido por el reconocimiento de una pensión pasiva por el Consejo Supremo de Justicia Militar. Por eso señala que el acto impugnado no guarda ninguna relación con el derecho a acceder a cargos públicos, sin que, por otro lado, pueda inferirse de la Constitución -como el actor pretende- que el legislador asumiese el deber positivo de proteger a quienes accedan a un cargo público de las pérdidas económicas que sobrevengan con motivo de su desempeño, y menos aún si las perspectivas económicas fuesen aceptadas por el recurrente.

En cuanto a la vulneración del art. 14 de la Constitución, manifiesta que el actor aduce que ha sido discriminado atendiendo a diversas situaciones. En primer lugar alega que ha sido discriminado frente a sus compañeros de profesión, para la cual trae a colación un examen comparativo entre el retiro forzoso por separación de servicio con el retiro voluntario producido al amparo de los preceptos del Real Decreto-ley 10/1977 y del Decreto de 1 de abril de 1977. Esta comparación -señala el Letrado del Estado- trata con el ejemplo de los militares separados del servicio por sanción penal de justificar una relativa identidad de supuestos, en el sentido que en uno y otro caso se produce un denominador común caracterizado por la existencia de una opción: Acceder o no a un cargo público en un caso, y de cometer o no un delito o infracción en el otro. En ambos el retiro sería un efecto indeseado.

Sin embargo, dicha asimilación no es admisible. La voluntariedad se produce cuando el objeto de la opción es el retiro mismo. En el retiro forzoso el efecto mismo del retiro viene prescrito por la Ley y no es producto de ninguna opción del afectado por ella. El que el supuesto de hecho determinante del retiro forzoso sea imputable al interesado no cambia las cosas, pues ello alcanza a un momento lógico y cronológicamente anterior. Por ello la distinción que establece el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada es clara: El retiro voluntario podría no ser querido en su significación absoluta, pero si lo es en su valor relativo como producto de una opción. En el retiro forzoso la voluntad no juega ningún papel al producirse por efecto de la determinación legal. Ante esta diferencia es lógico que la norma depare a cada situación efectos diferentes.

La segunda comparación que traza el recurrente tiene que ver con las personas a quienes el acceso a un cargo público no lleva consigo una consecuencia idéntica a la producida respecto a los militares.

A tal efecto, compara su situación con una serie de funcionarios públicos, así como a personas sometidas a una relación de trabajo. Sin embargo la amplitud del género escogida por la demanda no es correcta por cuanto que en ella se contienen una multiplicidad de situaciones diferentes que eliminan el presupuesto sobre el que recibe

aplicación el principio de igualdad, tal como se puso de manifiesto en la STC 60/1986, cuyo fundamento jurídico 5.º reproduce.

9. La representación procesal del recurrente en amparo evacuó, con fecha de 16 de junio de 1986, su escrito de alegaciones en el que tras manifestar que tanto en el escrito de demanda como en el de alegaciones evacuado a propósito de la apertura del trámite de admisión, previsto en el art. 50 de la LOTC expuso cuanto convino a su derecho, solicitó que las mismas se tuviesen por reproducidas, dictándose, en consecuencia, Sentencia por la que se estimase el recurso planteado.

10. El Ministerio Fiscal, con fecha de 18 de junio de 1986, evacuó el trámite conferido, en el que solicitó se dictase Sentencia, estimando parcialmente la demanda de amparo.

En sus alegaciones, luego de fijar los hechos que consideró relevantes para el presente caso, reiteró lo ya expuesto en las alegaciones anteriores formuladas de que la invocación de la posible lesión del derecho fundamental que se contempla en el art. 23.2 de la Constitución no parece construida con soporte suficiente. Por lo que concluye la inviabilidad de su pretensión por lo que a este precepto se refiere.

Posición muy distinta -señala- era la mantenida en orden a la posible lesión de derecho a la igualdad -art. 14 de la Constitución-. A tal fin señala que las situaciones que afectan a la posible obtención o reconocimiento de haberes pasivos son las situaciones de “supernumerario” primero y de “retiro” después, y si bien tales conceptos y situaciones podrían enmarcarse en el cuadro de la mera legalidad y por ende constituir decisión atribuible en exclusiva a los Tribunales ordinarios, también lo es que si la interpretación de la legalidad afecta a un derecho fundamental trasciende al plano constitucional y entra en el ámbito de competencia de este Tribunal.

Por lo que respecta al pase a la situación de supernumerario señala que los Acuerdos del Consejo Supremo de Justicia Militar en cuanto se refieren al cómputo del tiempo son correctos (desde el 26 de junio de 1970 a 21 de noviembre de 1977 tiempo de permanencia en dicha situación que no es válido a ningún efecto, según señala el Decreto de 12 de marzo de 1954 que regula la situación de los militares en los tres Ejércitos). Sin embargo, según expresa el Ministerio Fiscal, la normativa aplicada al actor conduce a un tratamiento dispar en relación con otros Cuerpos de la Administración. En concreto afirma que la Ley de 7 de febrero de 1964 de Funcionarios Civiles del Estado regula en su art. 46 la situación de supernumerario, y si bien no existe plena identidad entre ella y las precedentes normas aplicables a militares es lo cierto que en su núm. 3 dispone “que la situación de supernumerario se reputar a los demás efectos como en servicio activo”, sin que sea, dado olvidar el carácter de supletoriedad de dicha Ley respecto “de todas las disposiciones legales y reglamentarias relativas a los demás funcionarios”. A lo que agrega que la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, contiene específica mención a la “Administración Militar y Cuerpos de Guardia Civil y Policía Armada”, lo que conduce a una “comunicación” entre servicios prestados en distintas ramas de la Administración. Por todo ello concluye que la limitación que la situación de supernumerario comportaba a los militares al tiempo de encontrarse en ella el hoy actor, produce unos efectos exorbitantes y no justificados en perjuicio de quienes sirvieron, no obstante su condición de militar, determinados puestos de la Administración. De ello se sigue que de aceptarse que la aplicación de las normas entonces vigentes entrañaban trato de desfavor sin justificación alguna, le llevaría a entender que al actor debió computársele todo el tiempo que transcurre desde el 12 de septiembre de 1951 hasta el

21 de noviembre de 1977, lo que supone un período de tiempo superior al de veinte años que más tarde habría de exigírsele para acceder a su petición de reconocimiento de haberes pasivos.

En cuanto al segundo de los aspectos a destacar, es decir, la situación por la que se vio obligado a pasar a partir de 21 de noviembre de 1977 a la situación de retirado, cabe señalar que para el actor el pase a la situación de retirado habría de interpretarse como retiro forzoso, mientras que los Acuerdos que sirven de base al proceso de amparo lo hicieron entendiendo que se trataba de retiro voluntario. No parece que tal alegato pueda prosperar, ya que nadie le obligaba ni de hecho ni de Derecho a pasar a la situación de retirado, que su libre voluntad concretada en la pretensión de ejercer funciones públicas de carácter político fue la que llevó a optar a continuar en el ejercicio de funciones no militares, pasando a la situación de retirado. De ello se siguen, no obstante, secuelas importantes, ya que en los supuestos de retiro voluntario es necesario contar con veinte años de servicios efectivos. Si el tiempo que permaneció en la situación de supernumerario no se computa resulta obvio que el actor no podía obtener la pretendida declaración de reconocimiento de haberes pasivos. Sin embargo -señala el Fiscal- si se acepta la tesis propuesta, es decir, entendiendo que la situación de supernumerario no es óbice para el cómputo del tiempo de permanencia en la misma, claramente resulta que, al pasar a la situación de retirado, el actor contaba ya con más de veinte años de servicios computables a estos efectos. Al no hacerse así ni por los Acuerdos del Consejo ni por la jurisdicción ordinaria resultó lesionado el principio de igualdad, por lo que, en tal sentido resulta pertinente estimar el amparo que se solicita.

11. Por providencia de 18 de abril de 1988 se acordó señalar el día 25 siguiente para la deliberación y votación de la presente Sentencia.

## FUNDAMENTOS:

### II. Fundamentos jurídicos

1. La cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar de 29 de noviembre de 1983, que denegó al solicitante del amparo el señalamiento de haberes pasivos, así como la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1985, que desestimó el recurso contencioso-administrativo contra dicho Acuerdo, vulneran los arts. 23.2 y 14 de la Constitución. La denegación del indicado señalamiento de haberes se basa, en las resoluciones recurridas, en que el solicitante del amparo, que prestó servicios en el Ejército desde el 12 de septiembre de 1951, solicitó y obtuvo el pase a la situación de supernumerario por O. M. de 7 de julio de 1970, con ocasión de desempeñar diversos cargos públicos en la Administración Civil del Estado. Por el mismo motivo y de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, solicitó y obtuvo el pase a la situación de retirado el 21 de noviembre de 1977. Al pedir la fijación de sus haberes pasivos, le fue denegada por el Consejo Supremo de Justicia Militar, por entender que el retiro obtenido tenía carácter voluntario, por lo que, de acuerdo con la legislación vigente, hubiese necesitado veinte años de servicio activo para tener derecho a pensión, ya que según la citada legislación, tampoco le eran computables los años pasados en la situación de supernumerario.

2. El recurrente centra su argumentación en que se debió considerar su retiro como forzoso y no voluntario, lo que le suponía tener derecho a haberes pasivos con sólo haber completado tres trienios (art. 3 de la Ley de 28 de diciembre de 1966 sobre derechos pasivos del personal militar). En este sentido entiende que considerar como voluntario su retiro infringe el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las



funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, que reconoce el art. 23.2 de la Constitución, ya que para ejercer ese derecho se le impone obligatoriamente la baja en el Ejército, por lo que esa baja no puede ser calificada de voluntaria. Por otra parte, al darle este último calificativo al retiro solicitado, con los graves perjuicios que ocasiona, se está obstaculizando injustificadamente la libertad de acceso al cargo público, vulnerando también así el citado art. 23.2 de la Norma suprema. Pero estos argumentos no son convincentes. La Ley de 28 de diciembre de 1966, antes citada, considera retiro forzoso al que se produce “al pasar por cualquier causa legal a la situación de retirado” y le contrapone “el retiro voluntario a instancia del interesado”. Que la Ley pueda sujetar a determinados requisitos el acceso a los cargos públicos es algo expresamente reconocido en el art. 23.2 de la Constitución. Y que entre esos requisitos se cuente la petición de baja en el servicio activo de las Fuerzas Armadas para quienes se integren en ellas es una decisión del legislador que no afecta a ningún derecho constitucionalmente garantizado. El hecho de que para optar al cargo público sea preciso pedir esa baja no convierte a ésta en consecuencia de un mandato legal. El interesado es libre de elegir entre el cargo público y su permanencia en el servicio activo. No puede decirse, por tanto, que su baja es forzosa ni que la ley, al establecerla como requisito para quien desee acceder a un cargo público o continuar en él, ponga obstáculos injustificados al ejercicio del derecho consagrado en el art. 23.2 de la Norma suprema, que en consecuencia no ha sido vulnerado en el caso aquí examinado.

3. En cuanto a la supuesta vulneración del principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución la basa el recurrente aduciendo cuatro términos de comparación. En primer lugar afirma que la calificación como forzoso de su retiro le discrimina respecto a los militares a quienes les haya sido impuesta como principal o como accesoria, la pena de separación del servicio, ya que según el art. 224 del Código de Justicia Militar entonces vigente dicha pena producía la baja en el Ejército respectivo, con pérdida absoluta de todos los derechos excepto los pasivos que pueden corresponder al penado por sus años de servicio. Sostiene el recurrente que en este caso (y lo mismo podría decirse de las consecuencias de la pena de pérdida de empleo que regulaba el art. 223 del antiguo Código y que subsisten en el art. 30 del actual Código Penal Militar, del que ha desaparecido la pena de separación del servicio) el militar afectado también se ha colocado voluntariamente, al cometer el delito, en la necesidad de dejar el servicio, y sin embargo, se considera su retiro como forzoso. Esta alegación no puede ser acogida. Una cosa es la consecuencia legalmente establecida de un delito en que el retiro se produce automáticamente por una “causa legal” y tiene, por tanto, la consideración de retiro forzoso con arreglo a la citada Ley de 1966, y otra es que quien puede elegir entre continuar en el servicio o aceptar un cargo público o permanecer en él opte por esta última posibilidad y solicite el retiro, en cuyo caso, el pase a la situación de retirado se produce a su instancia, y el retiro se califica de voluntario de acuerdo con la misma Ley. Ciertamente el militar condenado pudo no cometer el delito, pero esta voluntariedad no supone una elección entre cometer el delito y continuar en el servicio sino la consecuencia legal, evidentemente no querida, de su conducta anterior.

4. En segundo lugar alega el recurrente que al considerar su retiro como forzoso se le discrimina respecto a otros funcionarios de la Administración del Estado y, concretamente, con los funcionarios civiles, a los que la Ley 30/1984, de 2 de agosto, permite pasar a la situación de “servicios especiales” cuando ocupen altos cargos del Estado y Comunidades Autónomas, situación que sustituye a la anterior de “excedencia

especial”, y que antes de dictarse el Real Decreto-ley 10/1977 tenía su equivalente en la Administración Militar en la situación de “servicios especiales, grupo de cargos civiles”. En todas esas situaciones el tiempo de permanencia en ellos se consideraba válido a todos los efectos y, desde luego, a efectos de derechos pasivos. El citado Real Decreto-ley 10/1977 exigió, por el contrario, a los militares que ostentasen cargos públicos la baja en el servicio activo. El recurrente no impugna esta norma, pero considera que, al menos, se le debían respetar sus derechos pasivos considerando el retiro como forzoso. Tampoco se advierte, sin embargo, ninguna discriminación. El legislador, con el Real Decreto-ley 10/1977, ha establecido un conjunto de normas cuya finalidad es impedir a los miembros de las Fuerzas Armadas desarrollar una actividad política, y estas normas suponen, evidentemente, una diferencia entre los militares y los funcionarios civiles. Pero como reiteradamente ha dicho este Tribunal, no toda desigualdad de trato supone una discriminación, y en este caso la diferente posición en el Estado de los miembros de la Fuerzas Armadas y de los funcionarios civiles explica esa desigualdad, lo que en último término tampoco rechaza el recurrente. Pero sentada esta premisa no puede deducirse de ella, como pretende el recurrente, que vulnere el principio de igualdad el que se le irroge un perjuicio al no calificarse de forzoso el retiro que solicitó para ocupar un cargo público. La fundada desigualdad de las situaciones iniciales justifica asimismo la desigualdad de sus consecuencias establecidas por el legislador en la forma que ha estimado más oportuna. El Ministerio Fiscal sugiere la posibilidad de que existiera una discriminación entre el trato a los funcionarios civiles y los miembros de las Fuerzas Armadas que se encontrasen en la situación de supernumerario, ya que en los primeros esa situación contaba a efectos de derechos pasivos y no en los segundos, a pesar de que esas situaciones eran en ambos casos sustancialmente iguales. Sin embargo, es de señalar que esta alegación, que se formuló por el solicitante del amparo en el recurso contencioso-administrativo, no se ha reiterado en la demanda de amparo, por lo que no cabría tomarla en consideración en la presente Sentencia. Pero es que además el solicitante del amparo estuvo en la situación de supernumerario entre los años 1970-1977, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, por lo que difícilmente le serían aplicables los principios contenidos en ésta. Y aún podría añadirse que siendo distinto el sistema de situaciones de los militares de los reconocidos para los funcionarios civiles, no es posible comparar una de ellas haciendo abstracción de todas las demás. Por todas estas razones no cabe admitir que haya existido una lesión del principio de igualdad entre funcionarios civiles y miembros de las Fuerzas Armadas como pretende el recurrente.

5. En tercer lugar alega el solicitante del amparo que se le ha discriminado en relación con cualquier otro trabajador, ya que el art. 46 del Estatuto de los Trabajadores establece que la excedencia forzosa, que da derecho a la conservación del puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, se concede por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo. Pero basta con recordar la ya aludida situación peculiar que los miembros de las Fuerzas Armadas ocupan en el Estado para señalar que si la discriminación de trato no se produce respecto a los funcionarios civiles, con menos razón, si cabe, puede invocarse respecto a los trabajadores en general.

6. Por último, el recurrente aduce que se provoca una desigualdad frente a la propia legislación en materia de incompatibilidades. El alegato se funda en que, aun admitiendo, lo que el recurrente niega, que el Real Decreto-ley 10/1977 sea equiparable a una Ley de incompatibilidades, se trata al recurrente en forma desigual a lo previsto en la Disposición adicional séptima de la Ley 20/1982, de 9 de junio, sobre

incompatibilidades en el sector público, según la cual las incompatibilidades en ella reguladas se entienden, en todo caso, respetando los derechos consolidados o en trámite de consolidación en materia de derechos pasivos o de pensiones de la Seguridad Social en la forma que reglamentariamente se determine. Tampoco es admisible este argumento. La Ley invocada sólo es de aplicación al personal militar con carácter supletorio (art. 1, apartados tercero y quinto), siendo explicable, por las razones ya expuestas, que también en esta materia rijan normas especiales para los miembros de las Fuerzas Armadas. Además, la Disposición adicional séptima que cita el recurrente se refiere, como acaba de verse, a “derechos consolidados o en trámite de consolidación” y lo que precisamente han negado las resoluciones recurridas es que el solicitante del amparo hubiese consolidado o estuviese en trámite de consolidar un derecho en materia de clases pasivas, al haber solicitado el retiro en 1977, antes de cumplir los veinte años de servicio activo. No cabe, por tanto, establecer una comparación a efectos de aplicación del art. 14 de la Constitución entre personas que se encuentren en situaciones distintas, no sólo por su condición civil o militar, sino porque unas (las contempladas en la Disposición adicional citada) han consolidado o están consolidando derechos pasivos, y otros (el recurrente) no iniciaron su derecho al devengo de tales derechos por haberse producido su baja en el servicio activo antes de cumplir el tiempo fijado legalmente para ello.

FALLO:

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el amparo solicitado por el Procurador de los Tribunales don Antonio García Díaz en nombre de don José Guillo Fernández.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintiséis de abril de mil novecientos ochenta y ocho.