

En definitiva, el criterio del ejercicio efectivo de funciones utilizado por la Administración, y avalado judicialmente por las Sentencias impugnadas en amparo, debe considerarse lesivo de la garantía de indemnidad profesional y económica del recurrente (art. 28.1 CE), puesto que, por motivo de su actividad sindical, se le ha dado un trato diferente e injustificado en relación con el resto de los trabajadores concursantes. Sacrificio que, contra lo sostenido por la Administración y los órganos judiciales, no encuentra justificación en la pretendida preservación de la eficacia administrativa, puesto que no aparece como una media idónea, necesaria y, en definitiva, proporcionada para alcanzar el fin previsto.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Emilio Moya Prieto y, en consecuencia:

1.º Declarar vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la libertad sindical (art. 28.1 CE).

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular la Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia de la Junta de Extremadura, de 8 de octubre de 2004, así como la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Mérida de 23 de mayo de 2006 y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 23 de octubre de 2006, que la confirmaron, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la citada resolución administrativa a fin de que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintisiete de octubre de dos mil ocho.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Eugení Gay Montalvo.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

18811 *Sección Cuarta. Sentencia 138/2008, de 27 de octubre de 2008. Recurso de amparo 2357-2007. Promovido por don Andrés Martín González respecto a la Sentencia y al Auto de nulidad de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid que desestimó su demanda contra la Subsecretaría de Defensa sobre acceso al centro de formación de la Guardia Civil para ascenso a la escala ejecutiva.*

Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad en el acceso a las funciones públicas y a la tutela judicial efectiva: STC 87/2008

La Sección Cuarta del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente; doña Elisa Pérez Vera y don Ramón Rodríguez Arribas, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2357-2007, promovido por don Andrés Martín González, representado por el Procurador de los Tribunales don Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar y asistido por el Abogado don José Luis Fernández Arias, contra la Sentencia de 14 de julio de 2006, la providencia de 11 de diciembre de 2006 y la providencia de 27 de febrero de 2007 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, recaídos en el recurso contencioso-administrativo núm. 1064-2002 contra la Resolución de la Subsecretaría de Defensa de 11 de marzo de 2002. Ha comparecido el Abogado del Estado, en nombre de la Administración General del Estado, y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado el 14 de marzo de 2007 el Procurador de los Tribunales don Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar, en nombre y representación de don Andrés Martín González interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El demandante, suboficial de la Guardia Civil, tomó parte por el turno restringido, en el concurso-oposición convocado por Resolución del Subsecretario de Defensa núm. 111/1997, de 4 de junio, para el ingreso, por promoción interna, de 290 suboficiales en el Centro de formación de la Guardia Civil al objeto de acceder a la escala ejecutiva de dicho cuerpo. De las 290 plazas, 145 se reservaban para el personal comprendido en la disposición transitoria novena del Real Decreto 1951/1995, de 1 de diciembre, entonces vigente, que permitía que hasta el 19 de enero de 1999 pudieran concurrir a estas pruebas suboficiales que no cumplían determinadas condiciones de edad o empleo estipuladas con carácter general, a los cuales, además, no se les exigía la titulación académica requerida a los restantes aspirantes. El demandante concurrió a las plazas reservadas a este personal y en la fase de concurso obtuvo el puesto número 120. Sin embargo, en la fase de oposición prevista por aquella Resolución resultó «no apto», sin impugnar el resultado del proceso selectivo.

b) Otro de los participantes en el proceso selectivo, que, como el demandante de amparo, había superado la fase de concurso y no la de oposición del proceso selectivo restringido, interpuso en diferentes momentos sendos recursos ordinarios contra la convocatoria y luego contra la resolución por la que se le declaraba «no apto» y se le impedía la prosecución de las pruebas selectivas. Frente a la resolución que inadmitió el recurso ordinario contra la convocatoria y contra la que desestimó el dirigido frente a la que le impedía la prosecución del proceso selectivo promovió dicho aspirante sendos recursos contencioso-administrativos ante la Sala de ese orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, registrados con los números 2645-1997 y 425-1998, que fueron acumulados. En Sentencia de 14 de diciembre de 2000 el mencionado Tribunal entiende que el sistema selectivo previsto para el turno restringido no se ajustaba al establecido en la disposición transitoria novena del Real Decreto 1951/1995, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas y Guardia Civil, pues, mientras ésta preveía al efecto un concurso restringido, la convocatoria del Subsecretario de Defensa establecía un sistema de concurso-oposición (FJ 3), por lo que las bases aplicadas en dicho turno eran nulas. La Sentencia, en su funda-

mento jurídico 5, razona «no es posible efectuar una declaración de invalidez parcial de las bases en cuanto aplican la fase de oposición subsiguiente a la inicial del concurso en la base 5.2 y siguientes, conservando los actos aplicativos del concurso, pues el sistema selectivo aplicado, siempre respecto al personal a que se refiere la base 1.1 tiene una unidad de conjunto, siendo indisociables cada uno de sus componentes, de forma tal que no cabe escindir los actos de aplicación de la fase de concurso, ya que las bases tienen una conexión y unidad, y es en dicha consideración global como se ha producido la selección de los aspirantes que superaron las pruebas».

La Sentencia estimó los recursos acumulados y declaró la nulidad de las bases de la convocatoria en lo relativo estrictamente al personal afectado por la disposición transitoria novena del Real Decreto 1951/1995, «nulidad que acarrea la del acuerdo también impugnado del mismo Subsecretario de 29 de diciembre de 1997 [de Defensa] por el que se desestimaba el recurso ordinario interpuesto frente a la resolución por la que se le declara [al suboficial recurrente] no apto en la prueba de inglés por ser un acto aplicativo del anterior, anulando dichos acuerdos por no ser ajustados a Derecho». Tal Sentencia quedó firme una vez que el Tribunal Supremo declaró desierto el recurso de casación que la Administración General del Estado había preparado contra ella. Pese a que el fallo no contenía de modo explícito el reconocimiento de situación jurídica individualizada alguna, la Administración, en ejecución de la citada Sentencia, dio acceso al Centro de formación de la Guardia Civil al suboficial que había promovido el recurso, en atención a que la puntuación obtenida en la fase de concurso le colocaba dentro de los aspirantes llamados a cubrir las 145 plazas correspondientes al turno restringido.

c) El demandante de amparo, en escrito de 31 de diciembre de 2001, solicitó del Subsecretario de Defensa que se reconociera su derecho a acceder al Centro de formación de la Guardia Civil que capacita para ingresar en la escala ejecutiva con fundamento no en el art. 110 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), sino en nuestra STC 85/1998, de 20 de abril, y con invocación del derecho a la igualdad. En resolución de 11 de marzo de 2002 el Subsecretario de Defensa desestimó la solicitud.

d) Don Andrés Martín González interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. En su demanda razonó que no reclamaba la extensión de los efectos de la Sentencia dictada el 14 de diciembre de 2000 por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el recurso núm. 2645-1997 sino, partiendo de la identidad de su situación con la del aspirante que promovió dicho recurso (a quien, en virtud de un entendimiento distinto de las bases aplicables provocado por aquella Sentencia, la Administración le había dado acceso al Centro de formación), que se hiciera para con él la misma interpretación de las bases y, en consecuencia, que se le diera también acceso a dicho Centro; al no haberse hecho así se incurrió en trato desigual, por aplicación de las bases de un mismo concurso de un modo a un aspirante y de otro modo a otro, lo que justificó con abundantes referencias y citas de la STC 10/1998, de 13 de enero. Terminó pidiendo que se reconociera su derecho a ser declarado apto para ingresar en el citado Centro de formación y, tras la superación del curso, a ser promovido al empleo correspondiente con la misma antigüedad y efectividad que fue reconocida a quienes accedieron a dicha Escala en virtud de la referida convocatoria, con todos los derechos económicos y profesionales inherentes.

El Abogado del Estado alegó, en primer lugar, la inadmisibilidad del recurso por falta de actividad administrativa impugnable, pues la actuación administrativa en el seno del art. 110 LJCA, que es la calificación que dio

a lo pedido por el Sr. Martín González, se enmarca en el ámbito de la ejecución de sentencia y no cabe formular frente a la misma recurso contencioso-administrativo ordinario y, subsidiariamente, el aquietamiento del recurrente, pues el demandante había consentido el acto que declaró que no había superado las pruebas.

e) En Sentencia de 14 de julio de 2006 el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid desestimó el recurso contencioso-administrativo. En su fundamento jurídico segundo dice la Sentencia:

«Toda la argumentación jurídica de la parte actora radica en la sentencia de 14 de diciembre de 2000 de la Sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, con lo cual se plantea si se prohíbe la aplicación del artículo 110 de la LJCA, es decir una extensión de efectos; y ha de darse una contestación negativa a las pretensiones del actor, y ello es así ya que no se solicita tal extensión por el recurrente, si bien persigue que se le apliquen los efectos que entiende se derivan de la misma.

Dicho lo anterior, no obstante, ha de estudiarse lo dispuesto en los números 2 y 3 del artículo 72 de la Ley de la jurisdicción, ya que, según los mismos, si bien la anulación de un acto produce efectos para todas las personas afectadas, la extensión de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada solo producirá efectos entre las partes, salvo que se solicite la extensión de efectos de la resolución que declare dicha anulación. Pues bien, el aquí recurrente no fue parte, y además, como se ha dicho, no solicita la extensión de efectos.

Por otra parte, en cuanto a los efectos de dicha sentencia no es posible dejar sin valor la puntuación obtenida en la fase de oposición y tener en cuenta únicamente la de la fase de concurso, escindiendo ambas fases, puesto que las mismas tienen unidad y cohesión y han de ser objeto de consideración global. Todo lo cual, unido a que el actor, a diferencia del recurrente en Navarra, no impugnó la declaración de no haber superado las correspondientes pruebas, acto que por lo tanto quedó firme y consentido, obliga a la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo.»

f) Notificada la Sentencia, el Sr. Martín González promovió incidente de nulidad de actuaciones, exponiendo ampliamente su disconformidad con ella y denunciando, en concreto, la incongruencia omisiva en que, su juicio, incurría, pues, a pesar de que en su demanda no había pedido la extensión de efectos de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 14 de diciembre de 2000, sino que se levantaba contra la desigualdad en que incurría el acto administrativo que le negaba la misma aplicación de las bases que en otro acto anterior se había realizado para dar acceso al Centro de formación de la Guardia Civil a otro aspirante, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid se había limitado a razonar acerca de los efectos de las sentencias según el art. 72.2 y 3 LJCA y sobre la aplicabilidad de la extensión de efectos a terceros regulada en el art. 110 de la misma Ley. Tal incidente fue resuelto por el órgano judicial mediante providencia de 11 de diciembre de 2006, que lo inadmitió a trámite «por cuanto el solicitante crea artificialmente el motivo denunciado, dado que la sentencia resuelve todas las cuestiones planteadas, estudiando tanto la problemática de la imposible extensión de efectos ... como la imposibilidad de que se le apliquen los efectos de la sentencia de otro Tribunal que alude en su demanda, estudiando a tal efecto el art. 72.3 de la Ley de la jurisdicción». Esta providencia, que en el pie de recursos decía que no era firme y que contra ella cabía recurso de súplica, fue recurrida en súplica, que el órgano judi-

cial inadmitió por medio de providencia de 27 de febrero de 2007.

3. Contra la Sentencia de 14 de julio de 2006, la providencia de 11 de diciembre del mismo año y la providencia de 27 de febrero de 2007 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Madrid se dirige el presente recurso de amparo, que se funda en la lesión de los derechos del demandante a acceder en condiciones de igualdad a la función pública (art. 23.2 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de prohibición de la incongruencia omisiva, y a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE). Se sostiene, en primer término, en la demanda que se han vulnerado los art. 14 y 23.2 CE porque el Subsecretario de Defensa, una vez anulada la base 1.1 de la convocatoria por la Sentencia del Tribunal Superior Justicia de Navarra de 14 de diciembre de 2000, debería haber resuelto el proceso selectivo con arreglo a la nulidad declarada y en condiciones de igualdad, y esto no ha ocurrido porque al aspirante que promovió los recursos fallados en aquella Sentencia le ha aplicado las bases de la convocatoria de un modo distinto a como se las ha aplicado al Sr. Martín González. En efecto, mientras ambos estaban en idéntica situación, esto es, habían superado la fase de concurso con una puntuación que les colocaba dentro de las 145 plazas del turno restringido y habían sido declarados no aptos en la fase de oposición, la Administración, después de declararse la nulidad parcial de las bases, dejó sin efecto respecto del primero la fase de oposición, conservando su puntuación de la fase de concurso y, en consecuencia, dándole acceso al Centro de formación de la Guardia Civil, mientras que al demandante de amparo, cuando instó esa misma aplicación de las bases de la convocatoria, le mantuvo la aplicación inicial, esto es, la consideración de ambas fases del proceso selectivo, lo que excluyó su acceso al Centro de formación. La infracción apreciada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra determinó que, al seguirse un concurso-oposición y no un concurso se perjudicó a unos aspirantes en beneficio de otros, pues hubo funcionarios que con puntuación inferior en la fase de concurso resultaron aptos a pesar de no estar comprendidos entre los ciento cuarenta y cinco con mayor puntuación en el concurso, que era el sistema que debía haberse seguido. Cita la representación del demandante en apoyo de su queja la STC 10/1998, de 13 de enero, transcribiendo un pasaje que dice que «si la concursante fue excluida en virtud de una errónea calificación, cuando ésta es corregida por obra del recurso de terceros, la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual, a resolver el recurso a la luz del art. 23.2 CE. Al no hacerlo, se produce un vicio autónomo y distinto que genera el derecho a la reparación» (FJ 6).

Se denuncia, en segundo lugar, la vulneración del art. 24.1 CE porque, a juicio del recurrente, la cuestión central consistente en la lesión de los art. 14 y 23.2 CE no fue resuelta ni por la Sentencia de 14 de julio de 2006 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de la Comunidad de Madrid, ni por la providencia de 11 de diciembre del mismo año por la que se inadmite a trámite el incidente de nulidad de actuaciones ni por la providencia de 27 de febrero de 2007 que inadmitió el recurso de súplica. El recurrente alega que mientras que su demanda contencioso-administrativa fundaba su pretensión en que, a raíz de la nulidad parcial de las bases de la convocatoria que declaró la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, el Subsecretario de Defensa había aplicado dichas bases de un modo distinto a otro aspirante que a él, lo cual constituye una desigualdad prohibida por el art. 23.2 CE, la Sentencia impugnada funda su fallo desestimatorio en que, según los arts. 72 y 110 LJCA, no procede la extensión de los efectos de aque-

lla Sentencia a un tercero como es el Sr. Martín González dejando imprejuizada la *causa petendi* de su demanda. Se denuncia finalmente que el recurrente, que se presentó el mismo día y ante el mismo órgano de selección para realizar un examen igual al que hizo el aspirante beneficiado por la Sentencia de Navarra, con idénticas normas de convocatoria no ha visto reconocidos sus derechos por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid a pesar de que era la misma Administración pública de ámbito nacional la que no aplicó las normas establecidas.

Termina la demanda con la solicitud de que se otorgue el amparo al recurrente y que, en consecuencia, se anule la Sentencia y demás resoluciones impugnadas, se declare la inconstitucionalidad del contenido de dichas resoluciones que limitan los derechos fundamentales invocados por el demandante y se restablezcan los derechos vulnerados.

4. Mediante providencia de 4 de octubre de 2007, la Sala Segunda, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 LOTC, acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda y, a tenor del art. 51 LOTC, requerir a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid a fin de que remita testimonio de las actuaciones relativas al recurso núm. 1064-2002, interesándose, al tiempo, que se emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de 30 de enero de 2008 se acordó dar vista de las actuaciones recibidas al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, durante veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme al art. 52.1 LOTC.

6. El Abogado del Estado, que registra su escrito de alegaciones el 29 de febrero de 2008, comienza diciendo que el presente recurso de amparo ha de clasificarse entre los llamados mixtos y recuerda que «la doctrina constitucional más recientemente sentada parece inclinarse por estudiar primero la pretendida violación del art. 23.2 CE (por todas, SSTC 23/2007, de 12 de febrero, FJ 4, 62/2007, de 27 de marzo, FJ 2, o 66/2007, de 27 de marzo, FJ 2), aunque no falte la expresión del criterio contrario favorable a que se anteponga el examen de las violaciones imputables al órgano jurisdiccional (v. gr. SSTC 124/2007, de 24 de mayo, FJ 2, o 155/2007, de 2 de julio, FJ 1)», concluyendo que «la pretendida infracción que reviste mayor interés es la centrada en el 23.2 CE, por la que comenzaremos». Nota, siguiendo con las cuestiones previas, que el recurrente solicitó la nulidad de las actuaciones, que le fue inadmitida a trámite por providencia de 11 de diciembre de 2006, contra la que no había recurso alguno según los claros términos del art. 241.1 LOPJ, pese a lo cual la representación actora recurrió en súplica. Sin embargo, continúa el Abogado del Estado, no cabe considerar extemporáneo el amparo aun habiéndose interpuesto una súplica tan manifiestamente improcedente porque, al notificársele la citada providencia de inadmisión del incidente, se indicó erróneamente al actor que podía recurrirla en súplica.

Aludiendo ya al primer motivo de fondo, destaca que no hubo violación de la igualdad en el acceso al Centro de formación para el ingreso en la escala ejecutiva de la Guardia Civil porque no es aplicable la doctrina de la STC 10/1998, dado que las circunstancias de ese asunto son totalmente diversas a las del que ahora nos ocupa. Pone de relieve que en aquel caso el cambio en los criterios de valoración tuvo su origen en un recurso administrativo, que la Administración estimó, decidiendo circunscribir la aplicación del nuevo criterio a los aspirantes que

reclamaron, reaccionando de inmediato los demás ante el trato desigual. En este caso, por el contrario, el cambio en las bases de la convocatoria procede de una resolución judicial que estima la reclamación de un aspirante. Los demás, entre ellos el recurrente, habían consentido las bases y los actos aplicativos del concurso-oposición y solo cuando tienen noticia del éxito judicial de su diligente compañero de proceso selectivo piden la igualdad de trato. De todo ello deriva dos diferencias relevantes: a) en aquel asunto el trato desigual procede de una decisión de la Administración mientras que en este deriva de una resolución judicial; b) en el presente caso el actor consintió las bases y los actos aplicativos, siendo este aquietamiento del actor el que determina su distinta posición jurídica y, en consecuencia, le impide pedir un trato igual. Descartado que el actor pueda alegar en su favor la doctrina de la STC 10/1998, no puede aceptarse que se haya violado su derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a cargos y funciones públicas, al menos por las siguientes razones: a) La Sentencia de 14 de diciembre de 2000 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, aun cuando aparentemente adopta la forma de resolución meramente anulatoria, incorpora implícitamente un pronunciamiento de plena jurisdicción a favor del recurrente en aquel proceso, de manera que lo que pretende ahora el demandante de amparo es justamente beneficiarse del reconocimiento de una situación jurídicamente individualizada a favor de un tercero, lo que en nuestro Derecho solo es posible en virtud de la extensión de efectos de las sentencias prevista en el art. 110 LJCA; b) El proceso selectivo convocado por la Resolución 111/1997 del Subsecretario de Defensa era una vía extraordinaria de carácter transitorio y mantiene que la pretensión de trato igual nunca puede conducir a la rehabilitación de estas vías extraordinarias cuando ya ha transcurrido el período transitorio durante el que estaban vigentes, que es lo que ocurre en este caso porque cuando el recurrente plantea su pretensión el Real Decreto 1951/1995, de 1 de diciembre, ya había sido sustituido por el Real Decreto 1735/2000, de 20 de octubre, que no contemplaba ninguna vía extraordinaria de acceso a la escala ejecutiva de la Guardia Civil; c) En el fondo el recurrente se queja de «discriminación por indeferenciación en defensa no de un trato igual sino de un trato desigualmente privilegiado» que le otorgaba la normativa aplicable. Y sabido es que «ni el art. 14 CE ni el art. 23.2 CE permiten recabar el derecho a un trato desigual (por todas, SSTC 308/1994, de 21 de noviembre, FJ 5, 88/2001, de 2 de abril, FJ 3, 257/2005, de 24 de octubre, FJ 4 y 117/2006, de 24 de abril, FJ 2)» y que «el art. 23.2 CE no entraña un derecho al estricto cumplimiento de la legalidad, menos aun –diríamos– a una legalidad de privilegio y exención como la representada por la tan citada transitoria 9».

Termina, en referencia a la alegada incongruencia omisiva, afirmando que no puede apreciarse en modo alguno tal defecto, puesto que la sentencia atacada examina y rechaza todos los fundamentos esenciales de la pretensión del recurrente, reduciéndose esta queja a una mera discrepancia con la tesis de la sentencia, que de ninguna manera puede ser considerada desacertada ni, mucho menos, ilógica, arbitraria o absurda.

7. El Fiscal, que registró su escrito de alegaciones el 28 de abril de 2008, destaca que, aunque expresamente no lo dice así, es intención del demandante atacar, por un lado, la actuación administrativa, en tanto que la lesión del principio de igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas tiene su origen en el acto del Subsecretario de Defensa que desestima su petición de ingreso en los Centros de formación de la Guardia Civil en condiciones de igualdad con el aspirante beneficiado con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra y, por otro, las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de la

Comunidad de Madrid, en cuanto que, además de no reparar la alegada lesión de la actuación administrativa, habrían incurrido en una infracción autónoma, cual es el vicio de incongruencia omisiva, en razón de lo cual el presente recurso de amparo es de los denominados mixtos (STC 155/2007, de 2 de julio, 1), lo que significa, a su juicio, que debe comenzarse el estudio de las vulneraciones de derechos fundamentales que aduce el demandante por aquella que, de estimarse, debiera conducir a la retroacción de las actuaciones. La posibilidad de que, de acordarse ésta, el órgano judicial pudiera dictar una resolución distinta en cuanto al fondo de las pretensiones ante él deducidas, bien por apreciar vulneración del derecho fundamental del derecho de igualdad en el acceso a las funciones públicas, bien por cualquier otro motivo de legalidad ordinaria, imponen dicha forma de proceder de acuerdo con la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo (STC 161/2007, de 2 de julio, FJ 4), lo que determina que el Fiscal se detenga en analizar en primer lugar la denuncia de incongruencia omisiva que se atribuye a las resoluciones judiciales.

Con invocación de la STC 278/2006, de 25 de septiembre, recuerda la doctrina en materia de incongruencia y las especialidades de su aplicación a los procesos contencioso-administrativos. En este punto, señala que el juicio sobre la congruencia, en tanto que implica la confrontación entre la parte dispositiva de la sentencia y el objeto del proceso, que se delimita en cuanto a sus elementos objetivos no solo por el *petitum* –lo pedido– sino también por la *causa petendi* –hechos o realidad histórica que le sirve como razón o causa de pedir (SSTC 29/1999, de 8 de marzo, FJ 2; y 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3)–, se proyecta tanto sobre las pretensiones ejercitadas como sobre los motivos que las sustentan, lo que confirma la propia LJCA, que ordena a los Tribunales de ese orden jurisdiccional que fallen no solo «dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes», sino dentro también «de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición» (art. 33.1). Por el contrario, a salvo las particularidades de las normas sancionadoras, el principio procesal plasmado en los aforismos *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius* permite al Juez fundar el fallo en las normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes, pudiendo así recurrir a argumentaciones jurídicas propias distintas de las empleadas por ellos, si conducen a aceptar o rechazar las pretensiones deducidas o los motivos planteados (desde la inicial STC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 2, hasta la más reciente STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 8).

Inicia el Fiscal el análisis del caso concreto haciendo un recorrido exhaustivo por la demanda formulada en la vía contencioso-administrativa por el recurrente, resaltando los siguientes aspectos de las pretensiones y de los motivos en que se sustentan: a) el demandante no solicita la extensión de los efectos de la Sentencia de 14 de diciembre de 2000 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, pues en su escrito de demanda rechaza expresamente la aplicación al caso del art. 110 LJCA; b) el demandante impugna, no el resultado del proceso selectivo convocado por la Resolución 111/1997, no recurrido por él en su día, sino un nuevo acto administrativo, consistente en la denegación por el Subsecretario de Defensa de su solicitud de acceso al Centro de formación de la Guardia Civil fundada en que había superado la fase de concurso restringido y en que la base de la convocatoria que le obligó a someterse a una fase de oposición, que es en la que fue declarado «no apto», había sido anulada por la referida Sentencia; c) los motivos en que sustenta su pretensión son, de un lado, la nulidad parcial de la Resolución 111/1997 y la conservación como acto administrativo válido de la fase de concurso y, de otro, en que así se aplicaron las bases de la convocatoria por el Sr. Subsecretario de Defensa a un aspirante en situación idéntica, de

modo que una aplicación de dichas bases distinta implicaría, a la luz de la doctrina de las SSTC 10/1998, de 13 de enero; 28/1998, de 27 de enero; y 85/1998, de 20 de abril, una desigualdad proscrita por el art. 23.2 CE. Revisa luego el Fiscal el otro término de contraste, que es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, destacando que: a) identifica de forma correcta tanto el acto administrativo impugnado como los términos en que la cuestión fue planteada por la parte recurrente; b) resuelve que no se puede aplicar la extensión de efectos regulada en el art. 110 LJCA porque el recurrente no había solicitado tal extensión; c) contesta a la pretensión principal, pero no se pronuncia en absoluto sobre los dos motivos fundadores de la pretensión de nulidad, al no explicar por qué no se entiende aplicable a dicho recurrente la nulidad parcial declarada por la Sentencia de 14 de diciembre de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, ni por qué no es de aplicación la doctrina sentada en las SSTC 10/98, de 13 de enero; 28/1998, de 27 de enero; y 85/98, de 20 de abril, deficiencias que no fueron subsanadas por las resoluciones judiciales que resolvieron el incidente de nulidad de actuaciones.

En consecuencia, el Fiscal interesa la estimación de la queja relativa a la incongruencia omisiva de la Sentencia, por entender lesionado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Entiende, por otra parte, que no se ha de entrar a conocer de la otra lesión alegada por el recurrente, pues la apreciación de la concurrencia de un vicio de incongruencia omisiva en las resoluciones judiciales impone, como consecuencia ineludible de la subsidiariedad del recurso de amparo, que el Tribunal sentenciador se pronuncie previamente sobre tal cuestión.

8. La representación procesal del demandante de amparo dejó transcurrir el plazo concedido sin presentar alegaciones.

9. Mediante providencia de 25 de septiembre de 2008, la Sala Segunda, al efecto previsto en el art. 52.2 LOTC, aprecia que para la resolución de este recurso es aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, defiere la misma a la Sección Cuarta.

10. Mediante providencia de 23 de octubre de 2008 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 27 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente proceso constitucional se dirige contra la Sentencia de 14 de julio de 2006 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y contra la providencia de 27 de febrero de 2007 por la que se desestima el recurso de súplica interpuesto contra la providencia de 11 de diciembre de 2006 que a su vez había inadmitido a trámite la nulidad de actuaciones promovida frente a aquella Sentencia. Aunque el demandante no lo diga expresamente, se desprende con claridad de la argumentación de la demanda que ésta también se dirige contra la Resolución del Subsecretario de Defensa de 11 de marzo de 2002 de que traen causa las resoluciones judiciales mencionadas.

Con cita de la STC 10/1998, de 13 de enero, sostiene el demandante de amparo con apoyo en los arts. 14 y 23.2 CE, que se ha vulnerado su derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, porque la Administración militar, una vez anulada la base de la convocatoria para acceder al Centro de formación de la Guardia Civil por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, debería haber resuelto el proceso selectivo con arreglo a la nulidad declarada y en condiciones de igualdad, lo cual no ha ocurrido porque al aspirante que promovió los recursos fallados en aquella Sentencia le ha aplicado las bases de la convocatoria de un modo distinto a como se las ha aplicado a él, a pesar de que ambas situaciones jurídicas eran

idénticas, con el resultado de que el primero tuvo acceso al Centro de formación y él no. Denuncia, además, en segundo lugar, que habiendo realizado el demandante las mismas pruebas selectivas que el aspirante beneficiado con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, aquél no ha visto reconocido su derecho por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pese a que fue la misma Administración de ámbito nacional la que no aplicó las normas establecidas, vulnerándose el principio de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE). Asimismo, en tercer y último lugar, la Sentencia ahora impugnada habría incurrido en incongruencia omisiva, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE).

2. Hemos de analizar, antes de entender de las alegaciones de fondo, si el recurso de súplica que presentó el recurrente contra la providencia de 11 de diciembre de 2006 que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones que había promovido frente a la Sentencia de 14 de julio de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es un recurso manifiestamente improcedente y, por tanto, determinante de que el presente recurso de amparo deba inadmitirse por extemporáneo. Aunque ciertamente la improcedencia del recurso de súplica deriva claramente del art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que dispone que contra la providencia que inadmite un incidente de nulidad de actuaciones no cabe ningún recurso, según la doctrina sentada en la STC Pleno 241/2006, de 20 de julio, «no puede considerarse como manifiestamente improcedente a los efectos de determinar la extemporaneidad del recurso de amparo la interposición por el demandante de amparo de un recurso o remedio procesal objetivamente improcedente si fue inducido a su utilización por una errónea indicación acerca de cuál era el recurso o remedio procedente consignada en la instrucción de recursos» (FJ 3). Pues bien, la aplicación de esta doctrina al caso determina que, al tratarse de un recurso expresamente ofrecido en la Providencia que se recurre, no pueda considerarse como manifiestamente improcedente a los efectos de determinar la extemporaneidad del recurso de amparo.

3. Descartado este óbice procesal, debemos señalar que el asunto que se nos plantea es sustancialmente idéntico al que dio lugar a la STC 87/2008, de 21 de julio, dictada en otro recurso de amparo también interpuesto contra una Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que confirmó como ajustada a Derecho una resolución del Subsecretario de Defensa por la que se denegaba una solicitud igual de otro Guardia Civil. Dicha Sentencia deniega el amparo allí solicitado sobre la base de una fundamentación a la que hemos de remitirnos para la resolución de este proceso constitucional.

a) En relación con la denunciada vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE), que en el recurso se apoya en la doctrina sentada por este Tribunal en su STC 10/1998, de 13 de enero, basta aquí con recordar que en la Sentencia a la que ahora nos remitimos (STC 87/2008) expusimos que el demandante «recibió de la Administración el mismo trato que el aspirante que impugnó ante el Tribunal Superior de Justicia la resolución que puso fin al proceso selectivo, pues a ambos exigió aquella la realización de las dos fases que preveía la convocatoria y a los dos declaró no aptos en función del desarrollo de la de oposición. Si aquel aspirante resultó finalmente nombrado alumno del Centro de formación de la Guardia Civil no fue porque la Administración hiciese una aplicación discriminatoria de las bases de la convocatoria, sino en ejecución de una Sentencia favorable a sus intereses dictada como consecuencia de los recursos contencioso-

administrativos que promovió. En cambio, el demandante no ha obtenido pronunciamiento judicial alguno en su favor que obligara a la Administración a nombrarle alumno del citado Centro de formación, sin que del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE) derive como consecuencia necesaria que la estimación del recurso contencioso-administrativo de un aspirante exija que la Administración altere el acto resolutorio del proceso selectivo para los aspirantes que lo consintieron» (FJ 2).

Respecto de la invocada doctrina de la STC 10/1998, de 13 de enero, añade la Sentencia a la que ahora nos remitimos que «[p]oca relación tiene el caso resuelto en nuestra STC 10/1998, de 13 de enero, con el que tenemos ante nosotros. En éste la Administración dio originariamente el mismo trato al demandante de amparo y al aspirante con el que se compara; en aquél la Administración aplicó diferentes criterios de corrección en uno de los ejercicios de la oposición a unos y otros aspirantes; en éste el demandante de amparo consintió la resolución final del proceso selectivo, que le declaraba no apto y que era, al tiempo, un acto declarativo de derechos para los aspirantes que habían superado las pruebas; en aquél la recurrente impugnó la resolución final del proceso selectivo precisamente porque se fundaba en una aplicación discriminatoria de las bases de la convocatoria, mostrando su disconformidad con que el órgano de selección utilizara dos medidas diferentes en el seno mismo del procedimiento administrativo» (FJ 4).

Por su parte, en relación con la queja sobre la quiebra alegada del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) afirmamos en la Sentencia 87/2008 que tal derecho «no se vulnera cuando ante una determinada controversia un órgano judicial da respuesta diferente a la de otro (STC 189/1993, de 14 de junio, FJ 4, entre otras muchas). Hemos dicho con reiteración que la independencia judicial (art. 117 CE) permite que los órganos inferiores discrepen del criterio sostenido por el Tribunal Supremo, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la Ley (STC 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 6), lo que, con mayor razón excluye la vulneración constitucional denunciada en este caso, en el que la discrepancia se produjo entre órganos de la misma jerarquía» (FJ 5).

b) En cuanto a la pretendida incongruencia omisiva, la STC 87/2008 estableció que la Sentencia en cuestión –de contenido igual en lo esencial a la ahora recurrida– «expresa una razón para no aplicar al demandante la nulidad de las bases declarada en la previa Sentencia del Tribunal de Navarra: el demandante, que «persigue que se le apliquen los efectos que entiende se derivan de la misma» ... «no fue parte» en los recursos contencioso-administrativos en ella resueltos. La Sentencia impugnada suministra también la razón por la que la Administración no estaba obligada a volver sobre el acto resolutorio del proceso selectivo: ‘el actor, a diferencia del recurrente en Navarra, no impugnó la declaración de no haber superado las correspondientes pruebas, acto que por lo tanto quedó firme y consentido’» (FJ 5).

En suma, por los razonamientos expuestos en la citada STC 87/2008, ha de concluirse que la Resolución del Subsecretario de Defensa de 11 de marzo de 2002 no lesionó el derecho del recurrente de acceder en condiciones de igualdad a cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE) y que las resoluciones judiciales del Tribunal Superior de Justicia de Madrid aquí impugnadas no vulneraron ni el principio de igualdad en la aplicación de la Ley ni el derecho a la tutela judicial efectiva por haber incurrido en incongruencia omisiva, por lo que, como en aquel caso, procede la entera desestimación del recurso de amparo.

FALLO

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

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Andrés Martín González.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintisiete de octubre de dos mil ocho.–Vicente Conde Martín de Hijas.–Elisa Pérez Vera.–Ramón Rodríguez Arribas.–Firmado y rubricado.

18812 *Pleno. Sentencia 139/2008, de 28 de octubre de 2008. Cuestión de inconstitucionalidad 640-2005. Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Arenys de Mar en relación con los artículos 57 y 48.2 del Código penal, redactados por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.*

Derecho a la libertad personal, principios de libertad y del libre desarrollo de la personalidad: inadmite cuestión de inconstitucionalidad acerca de la pena de alejamiento. Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 640-2005, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de los de Arenys de Mar, en relación con los artículos 57 y 48.2 del Código penal. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 31 de enero de 2005 fue registrado en este Tribunal un escrito fechado el 21 de enero de 2005, remitido por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Arenys de Mar, al que se acompaña testimonio del procedimiento de juicio rápido seguido en ese Juzgado bajo el núm. 1075-2004 así como Auto del mismo órgano jurisdiccional, de 10 de enero de 2005, por el que plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 57.2 CP.

2. Los antecedentes procesales de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Con fecha 5 de octubre de 2004, el Juzgado de Instrucción núm. 5 de los de Arenys de Mar dictó Auto acordando la incoación de diligencias urgentes en el juicio rápido núm. 57-2004 por un presunto delito de maltrato familiar, al apreciar que los hechos referidos en el