

toria de las partes interpeladas en el domicilio que se consigne en la demanda provocadora de la relación procesal, entendiéndose que en el presente caso, por este Juzgado se han cumplido todos los presupuestos procesales, y por cuanto, si bien la nueva LEC, permiten que se efectúen las averiguaciones en cuanto al paradero de los demandados en caso de ser desconocidos, conforme a la LEC, en el artículo 269 se establecía la posibilidad de notificación edictal, a fin de facilitar la continuación del procedimiento».

5. El precedente relato procesal, a la vista de las actuaciones judiciales, conduce necesariamente a la estimación de la demanda de amparo, pues, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta, el Juzgado de Primera Instancia no actuó en este caso con el cuidado y la diligencia exigibles a los órganos judiciales ex art. 24.1 CE en la práctica de los actos procesales de comunicación. En efecto, ha de destacarse en primer término, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en su escrito de alegaciones, que el funcionario del servicio común de notificaciones encargado de notificar la interposición de la demanda a los ahora recurrentes en amparo no se constituyó en el domicilio de éstos en Móstoles, identificado no sólo con el nombre de la calle y el número (Avenida de la Constitución n.º 11), sino también con el nombre de la edificación (Parque Tingo María) en la que se encuentra la vivienda de los demandantes de amparo, como ha quedado acreditado en el incidente de nulidad de actuaciones con el plano que los solicitantes de amparo han aportado de la ubicación de su vivienda en Móstoles. El resultado infructuoso del intento de emplazamiento es achacable a la falta de diligencia del citado funcionario que, en cuanto se integra y forma parte de la organización judicial, ha de imputarse, en última instancia, al Juez o Tribunal decisor (SSTC 112/1987, de 29 de julio, FJ 4; 172/2003, de 29 de septiembre, FJ 4), que al desestimar el incidente de nulidad de actuaciones persistió en el error inicialmente cometido, pese a que se habían aportado por los ahora demandantes de amparo elementos suficientes que evidenciaban que el funcionario encargado del emplazamiento no se había constituido en el domicilio señalado en la demanda de amparo.

La anterior conclusión ha de ser completada con la consideración de que, además, el órgano judicial, ante el resultado infructuoso de la diligencia de emplazamiento personal de los recurrentes en amparo en el domicilio que se indicaba en la demanda, procedió a emplazarlos mediante edictos, sin practicar gestión alguna a partir de los datos obrantes en las actuaciones tendente a localizar a los demandados, pese a que en autos constaba la vivienda de su propiedad en la que se habían realizado las obras cuyo impago había originado el litigio, sita en Castrojimeno (Segovia), c/ Real, como se indicaba en la demanda, se recoge en la Sentencia de 26 de julio de 1999 y también en la providencia por la que en fase de ejecución se acordó el embargo de los bienes de los ahora solicitantes de amparo. Así pues, al margen de los efectos ya apuntados, que desde la perspectiva del art. 24.1 CE se derivan del resultado negativo de la diligencia de emplazamiento personal de los demandados intentada en el domicilio indicado en la demanda, el órgano judicial, en vez de actuar con la diligencia que le era exigible ex art. 24.1 CE, accedió sin más, tras el resultado de aquella diligencia, a la solicitud de la parte actora de que se procediese al emplazamiento edictal de los demandantes de amparo, a pesar de que no concurría, como se desprende de lo expuesto, el presupuesto necesario para acudir a esta modalidad de emplazamiento, cual es, como ya se ha dejado constancia, la convicción razonable o la certeza del hecho que le sirve de factor desencadenante, esto es, no ser localizables los demandados por desconocerse su domicilio o encontrarse en ignorado paradero,

dado su carácter subsidiario y remedio último para la comunicación entre el órgano judicial y las partes procesales (SSTC 65/2000, de 13 de marzo, FJ 4; 191/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 225/2004, de 29 de noviembre, FJ 4).

Si a ello se añade que del examen de las actuaciones judiciales no se desprende que los solicitantes de amparo hubiesen actuado con negligencia o tuviesen conocimiento extraprocesal del litigio, sólo cabe concluir que el órgano judicial, al acudir a su emplazamiento por edictos, no se atuvo a las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva y causó a los recurrentes en amparo una real y efectiva indefensión al no poder personarse en el proceso a fin de defender sus derechos e intereses.

#### FALLO

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

#### Ha decidido

Estimar la demanda de amparo presentada por don Antonio García Martín y doña Juliana Cuesta Guijarro y, en su virtud:

1.º Declarar que en las actuaciones del juicio de menor cuantía núm. 258/97 del Juzgado de Primera Instancia de Sepúlveda se ha vulnerado el derecho de los demandantes de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerlos en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del Auto de 24 de marzo de 2003 y de la Sentencia de 26 de julio de 1999, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquél en que fueron emplazados mediante edictos para que sean de nuevo emplazados personal y debidamente con todas las garantías.

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

Dada en Madrid, a nueve de mayo de dos mil cinco.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

#### 9526

*Sala Segunda. Sentencia 118/2005, de 9 de mayo de 2005. Recurso de amparo 3889-2003. Promovido por don Carmelo Bayona Pérez frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional y la resolución in voce de un Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo en litigio sobre declaración de inutilidad para el servicio como militar profesional.*

*Alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: inadmisión de demanda en relación con una denegación presunta, por silencio administrativo negativo, pese a haberse dictado resolución expresa antes de interponer el recurso de amparo.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3889-2003, promovido por don Carmelo Bayona Pérez, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Rosina Montes Agustí y asistido por la Letrada doña María Jacinta Chercoles Cejudo, contra la Sentencia de 14 de mayo de 2003 dictada en el recurso de apelación núm. 260-2002 seguido ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso interpuesto por el ahora demandante de amparo contra la resolución dictada *in voce* por el Juez Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 en el acto de la vista oral del procedimiento abreviado núm. 87-2002 que, a su vez, había rechazado la pretensión de que fuera anulada la denegación presunta por silencio administrativo de la declaración de inutilidad para el servicio como militar profesional del recurrente, por considerar que vulneran el derecho a una tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia y el principio de igualdad. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer de la Sala.

## I. Antecedentes

1. Por medio de escrito registrado en este Tribunal el 13 de junio de 2003, doña Rosina Montes Agustí, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don Carmelo Bayona Pérez, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales citadas en el encabezamiento de la Sentencia.

2. La demanda de amparo se basa en los siguientes hechos:

a) El demandante de amparo, que ostenta el empleo de Brigada de la escala de Suboficiales del cuerpo de especialistas del Ejército del Aire, instó el 7 de septiembre de 2000 que se declarase su inutilidad permanente para el servicio por insuficiencia de condiciones psicofísicas y se acordara su cese en la relación de servicios.

b) Mediante Resolución de 27 de julio de 2001, el General jefe de la Región militar Sur acordó iniciar la incoación de un expediente para determinar el alcance de la insuficiencia psicofísica del demandante de amparo y su posible declaración de inutilidad permanente para el servicio a las Fuerzas Armadas. En la notificación que el Instructor le hace de dicha resolución el día 10 de septiembre, se advertía expresamente de que «el plazo de instrucción del expediente no podrá exceder de tres meses, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 30/92 y la fecha a partir de la cual se inicia a computarse es el 27 de julio de 2001. Asimismo los efectos del silencio son los previstos en el art. 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común». Se señalaba también el órgano competente para la resolución del procedimiento, así como unas direcciones y teléfonos para obtener información sobre el estado de la tramitación del mismo.

c) El 5 de septiembre de 2001 el Jefe de la Unidad le informa que la insuficiencia que presenta no tiene relación causa-efecto con las vicisitudes propias del servicio y, el 28 de septiembre, se le ofrece el trámite de audiencia. Entendiendo el Instructor que estaba concluido el expediente, lo eleva para su resolución expresa el 28 de octubre de 2001.

d) El 8 de noviembre de 2001 el General jefe de la Región militar Sur lo da por concluido e informa en sentido favorable a que se declare su insuficiencia de condi-

ciones psicofísicas y lo eleva para iniciar un nuevo expediente de evaluación a la Dirección de Gestión de Personal de acuerdo con el art. 4 de la Orden Ministerial 24/1992, de 30 de marzo. El 29 de noviembre de 2001 es analizado el expediente por la Junta de evaluación del Mando de personal del Ejército de Tierra y se acuerda solicitar un nuevo dictamen al Tribunal médico central del Ejército.

e) Al no haberse resuelto expresamente el expediente, contra la resolución presunta por silencio administrativo de la declaración de su inutilidad para el servicio el demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo el 25 de mayo de 2002. El Juez Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 2, en procedimiento abreviado núm. 87-2002, en el acto de la vista oral celebrado el 23 de septiembre de 2002 dictó Sentencia *in voce* acordando la inadmisión del recurso por entender que había transcurrido el plazo de caducidad establecido legalmente para la impugnación en vía jurisdiccional de los actos presuntos de la Administración. En concreto considera que, a pesar de que se le notificara la apertura del expediente el 10 de septiembre de 2001, la fecha fijada por la Administración era la del 27 de julio de 2001, por la que debe ser ésta la que ha de tenerse como el inicio del cómputo. Por ello declara que el recurso contencioso-administrativo se interpuso transcurridos más de seis meses desde que se produjo el acto presunto, de conformidad con el art. 46.1 Ley de la jurisdicción en relación con el art. 42 de la Ley 30/1992 (en redacción dada por Ley 4/1999).

f) Don Carmelo Bayona Pérez interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución por no ajustarse al art. 24 CE, solicitando que se dictara una Sentencia sobre el fondo de la cuestión y se declarara la inutilidad permanente y el pase a retiro del apelante con todos los efectos favorables desde el 10 de diciembre de 2001.

g) La Sentencia de 14 de mayo de 2003 de la Audiencia Nacional desestimó el recurso interpuesto. Señala la Sentencia que «de conformidad con los arts. 42, 43 y 44 de la Ley 30/92 en redacción dada por la Ley 4/99, la Administración estaba obligada a resolver el expediente administrativo de determinación de insuficiencia de condiciones psicofísicas en el plazo de tres meses, tal y como se le comunicó al propio apelante (folio 33), por lo que transcurrido el mismo (nótese que el expediente se inicia el 27.7.01 y el recurso se presenta el 25.5.02) ha de entenderse que despliega sus efectos el silencio administrativo en sentido negativo, al tratarse de un expediente administrativo incoado de oficio por la propia Administración del que puede derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas para el interesado, de conformidad con el art. 44.1 Ley 30/92. Encontrándonos ante un acto presunto desde ese momento, de conformidad con el art. 46 de la jurisdicción, el plazo para interponer el recurso contencioso administrativo es de 6 meses, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto». La Sentencia considera que «en el caso que se enjuicia, el expediente administrativo se incoó el 27 de julio de 2001, por lo que los tres meses concluyeron el 27 de octubre de 2001, y es a partir de dicha fecha desde la que se ha de computar el plazo de seis meses. El plazo de seis meses se rebasó con creces ya que el recurso contencioso administrativo se presentó el 25 de mayo de 2002, por lo que el mismo es extemporáneo siendo inadmisibles a tenor del artículo 69 de la Ley de la jurisdicción. Todo ello sin perjuicio de las acciones que al apelante puedan asistir para requerir a la Administración para que proceda a dar cumplimiento a su obligación de resolver y, una vez cumplida la obligación por ésta pueda, ante la resolución expresa, impetrar la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos por el cauce procesal adecuado en tiempo y forma».

Rechaza la Sentencia, además, la infracción del art. 24.1 CE pues «como derecho de configuración legal el interesado debe cumplir con los condicionamientos legales para el acceso en tiempo y forma a la revisión jurisdiccional de los actos administrativos, aun cuando los mismos devengan ante la inacción administrativa por el cauce de la ficción legal del silencio administrativo cuando, por mor del cumplimiento del artículo 42.4 de la Ley 30/92, el interesado tiene plena constancia del plazo que ostenta la Administración para resolver el procedimiento administrativo y los efectos del silencio administrativo y, por ello, ante la constatación del *dies a quo*, goza del conocimiento de los datos fácticos necesarios imprescindibles para la tutela judicial efectiva de su presunto derecho cercenada por la resolución administrativa presunta en el plazo que imperativamente le exige el artículo 46.1 de la Ley de la jurisdicción».

3. Don Carmelo Bayona Pérez interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales anteriores que fue registrado en este Tribunal el 13 de junio de 2003. El recurrente alega que en la orden de apertura del expediente, que se le comunicó el 10 de septiembre de 2001 se decía que «el plazo de instrucción del expediente, no podrá exceder de tres meses, de acuerdo con la Ley 30/92, y la fecha a partir de la cual se inicia a computarse es el 27 de julio de 2001. Asimismo los efectos del silencio son los previstos en el artículo 44 de la Ley 30/92», pero sin advertir en ningún momento de si llegado el 27 de abril de 2002 sin interponer recurso contra la desestimación por silencio administrativo del acto presunto (27 de octubre de 2001) ya habría caducado la acción y tendría que esperar a una resolución expresa. Es decir, entiende que la notificación es defectuosa y que, por lo tanto y en aplicación de la doctrina constitucional, el plazo sólo se computa a partir de la interposición del recurso. Máxime si se tiene en cuenta que en el presente caso el recurrente ha computado los plazos desde que se le notifica la apertura y verdaderamente se inicia el expediente, es decir, desde el 10 de septiembre de 2001, esto es, tres meses después de computado el plazo de instrucción desde la fecha en que realmente se empieza a instruir y el interesado tiene conocimiento de ello, por lo que desde el 10 de diciembre de 2001 (acto presunto), los seis meses posteriores, vencerían el 10 de junio de 2002, de tal manera que la interposición el día 25 de mayo de 2002 se efectuó en plazo. Asimismo alega incongruencia y falta de razonamientos en la Sentencia y en el suplico alega también, de modo genérico, vulneración del art. 14 CE.

Solicita la acumulación del presente recurso con el tramitado en la Sección Cuarta de este Tribunal con el núm. 1895-2003 interpuesto por don Rafael Ortega López, al versar sobre el mismo asunto y concurrir idénticas circunstancias, así como la elevación de oficio al Pleno de la posible inconstitucionalidad del artículo 46.1 de la Ley 29/1998.

4. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia 12 de enero 2005, acordó conocer del presente recurso amparo y admitir a trámite la demanda presentada y, por ello, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y a la Región Militar Sur, a fin de que en un plazo que no excediera de diez días, remitieran certificación de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 260-2002 y al expediente administrativo núm. 182-2001, respectivamente. Asimismo acordó dirigir atenta comunicación al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 2, a fin de que en ese mismo plazo remitiera certificación de las actuaciones correspondientes al recurso contencioso-administrativo núm. 87-2002, debiendo previamente emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en

amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer en el presente recurso de amparo.

5. Por diligencia de ordenación de 17 de febrero de 2005 se acordó tener por personado y parte del procedimiento al Abogado del Estado en la representación que ostenta acordándose entender con él las sucesivas actuaciones, así como dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, para que dentro de los mismos presentaran las alegaciones que estimasen pertinentes conforme determina el art. 52.1 LOTC.

6. En escrito registrado el 14 de marzo de 2005, el Abogado del Estado interesó la desestimación del recurso de amparo. Tras señalar que este Tribunal no puede entrar a examinar la vulneración del art. 14 CE, por tratarse de una simple alegación genérica huérfana de contenido, ni tampoco la incongruencia alegada por cuanto, además de inexistente, incurre en óbice procesal al no haber interpuesto el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ, considera que el presente recurso de amparo incurre en un importante óbice procesal oculto por el demandante de amparo, cual es el de que en el momento de presentar su demanda no existía una lesión efectiva, actual y concreta, tal y como viene exigiendo este Tribunal.

Se alega que la ficción del acto denegatorio desaparece obviamente ante el acto administrativo real, es decir, la resolución expresa que decide el procedimiento. En la medida en que no cabe recurso amparo más que contra lesiones efectivas y reales y concretas de un derecho fundamental (por todas, SSTC 27/2001, de 29 de enero, y 202/2002, de 28 de octubre) y que esa lesión efectiva, real y concreta debe existir justamente en el momento de presentar la demandada amparo, debe tenerse en cuenta que la demanda se presentó el 13 de junio de 2003 y que en esa fecha había cesado de existir el acto presunto negativo pues el 15 de enero de 2003 el Ministerio de Defensa dictó una Resolución expresa declarando la utilidad para el servicio del demandante de amparo con ciertas limitaciones «para ocupar destinos que requieran marchas y/o bipedestación prolongada, carga de pesos, conducción de vehículos todo terreno y exposición a ambientes ruidosos». Resolución expresa que fue notificada al demandante el 26 de marzo de 2003 y contra la que interpuso recurso de reposición el interesado, que fue desestimado por nueva Resolución expresa del Ministerio de Defensa de 18 de junio de 2003, notificada al interesado el 5 de agosto de 2003, dejando expedita la vía contencioso-administrativa.

En todo caso, el Abogado del Estado examina las vulneraciones de fondo que se dicen producidas. En cuanto a la constitucionalidad del artículo 46.1 LJCA, segundo inciso, alega que este precepto fija el plazo de seis meses de caducidad para pedir tutela judicial en relación con un acto presunto, tanto positivo como negativo. En el silencio positivo, según opinión general plasmada en el párrafo primero del artículo 23.3 LPC, no hay ficción, sino real y firme adquisición de facultades y derechos que sólo puede removerse mediante un procedimiento de revisión de oficio mediante Sentencia judicial dictada tras un proceso contencioso (artículo 62.1 LPC) siendo tan relevantes los efectos jurídicos vinculados al silencio positivo, el legislador obra a favor de la seguridad jurídica cuando señala el artículo 46.1 LJCA un plazo de caducidad para pretender jurisdiccionalmente la invalidación del acto presunto positivo estimatorio. Por ello no cabe tachar de inconstitucional el artículo 46.1 LJCA pues inconstitucional será, en todo caso, que pueda caducar la acción contencioso-administrativa contra un acto presunto negativo. De este modo, alega que en realidad basta con interpretar el segundo inciso de ese precepto como regla que se contrae exclusivamente a los actos presuntos positivos para evitar toda tacha de inconstitucionalidad.

Alega que, además, similares razones constitucionales de seguridad jurídica por las que se somete a un plazo de caducidad la impugnación contencioso-administrativa de actos presuntos positivos militan a favor de que también esté sujeta a caducidad la impugnación de los actos presuntos negativos, siempre y cuando pueda demostrarse que existe una vía judicial de tutela mediante la que se puede obligar a la Administración al cumplimiento de su obligación de resolver expresamente (arts. 42.1, 43.1, 43.4, 44, 89.4 y concordantes de la LPC), obligación no sólo impuesta positivamente por la Ley, art. 42.1 LPC, sino vigorizada por la prohibición establecida en el art. 89.4 de la misma norma, si quien deja pasar el plazo legal para recurrir en vía contencioso-administrativa contra un acto presunto desestimatorio dispone sin embargo de una vía judicial de tutela para compeler al cumplimiento de la obligación legal de resolver que pesa sobre la Administración. Al existir una vía de tutela para compeler a la Administración a dictar el acto resolutorio expreso tal y como la ley obliga (arts. 71.1 y 108.1 LJCA en relación con el art. 29 LJCA), la inadmisión del recurso contencioso-administrativo contra el acto presunto, por interposición extemporánea, no priva en ningún caso del posible acceso a la jurisdicción en términos absolutos y simplemente lo retrasa hasta que se dicte el acto expreso cuya emisión puede ser impuesta a la Administración mediante la vía de tutela jurisdiccional. Razones suficientes para el Abogado del Estado para negar la inconstitucionalidad del precepto que se pretende.

Finalmente señala que aunque se hubiera incumplido la obligación de resolver expresamente, lo que no ha sucedido, existió la vía judicial de tutela mediante la cual hubiera sido factible imponer a la Administración el cumplimiento de su obligación y dar satisfacción así al derecho al acceso a la jurisdicción de control en términos constitucionalmente suficientes.

7. El 17 de marzo de 2005 se registró en este Tribunal escrito del demandante de amparo en el que se ratificaba en las alegaciones contenidas en la demanda original.

8. Por escrito registrado el 28 de marzo de 2005 en este Tribunal, el Ministerio Fiscal interesó el otorgamiento del amparo y el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado.

El Ministerio público reitera la doctrina de este Tribunal en la que se señala que la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo y que el silencio negativo, como institución creada para evitar los efectos paralizantes de la inactividad administrativa, no puede obligar al ciudadano a recurrir, siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento con el acto presunto, exigiéndosele un deber de diligencia del que se exige a la Administración. Deducir de este comportamiento pasivo un consentimiento con el contenido del acto administrativo que fue impugnado en tiempo y forma, supone una interpretación absolutamente irrazonable desde el punto de vista del derecho de acceso a la jurisdicción tal y como mantienen las SSTC 179/2003, 188/2003 y 220/2003.

En el caso concreto la caducidad de la acción judicial fue apreciada porque el recurrente dejó transcurrir el plazo de seis meses establecido legalmente para la impugnación en la vía judicial del acto administrativo presunto impugnado, con lo que, claramente, a su juicio, las resoluciones han cerrado de forma irrazonable y desproporcionada la posibilidad de que el acto presunto haya podido ser revisado en la vía contencioso administrativa. Considera, en definitiva, que no puede calificarse de razonable una interpretación que prime los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar

con todos los requisitos legales, por lo que el motivo a su juicio debe ser acogido.

9. Por providencia de 5 de mayo de 2005, se acordó para deliberación y votación de esta Sentencia el día 9 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La presente demanda se interpone contra las resoluciones judiciales mencionadas en el encabezamiento a las que se imputa incongruencia (art. 24.1 CE), vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia (art. 24.1 CE); asimismo propugna la autocuestión de inconstitucionalidad del art. 46.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). El demandante de amparo alega que la violación de este último derecho se produce porque la falta de resolución expresa de la Administración no puede colocarle en peor situación que cuando se notifica defectuosamente una resolución expresa, pues si así fuera se estaría dando a la Administración que incumple su deber de resolver expresamente un trato de favor, tal y como ha ocurrido al no entrar las resoluciones judiciales en el fondo del asunto como consecuencia de apreciar la caducidad de la acción en la que la Administración le ha hecho incurrir. El Ministerio Fiscal interesa igualmente el otorgamiento del amparo.

Por el contrario, el Abogado del Estado solicita la inadmisión de la demanda de amparo o, subsidiariamente, su desestimación en cuanto al fondo del asunto. En particular entiende que se producen varios óbices procesales, como el del incumplimiento de la subsidiariedad del recurso de amparo en relación con la incongruencia alegada, la invocación y carga de argumentación que corresponde al recurrente en relación con el principio de igualdad y, sobre todo, la inexistencia de lesión efectiva y actual en el momento de interponer la demanda de amparo por cuanto ya existía resolución expresa. Asimismo, propugna una interpretación conforme con la Constitución del precepto del que se solicita el planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad y aduce que, en todo caso, en el caso concreto al ahora recurrente se le informó correctamente del plazo y del inicio del cómputo para recurrir en la vía contencioso administrativa.

2. El análisis constitucional del supuesto que ahora se enjuicia exige descartar, ya desde el inicio, todo pronunciamiento de este Tribunal sobre la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) y sobre el derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia de la última de las Sentencias impugnadas.

En relación con la genérica alegación de que se ha vulnerado el art. 14 CE, contenida exclusivamente en el suplico de la demanda de amparo, porque, según reiterados pronunciamientos de este Tribunal, es carga procesal del demandante proporcionar la fundamentación jurídica y fáctica que razonablemente sea de esperar, sin que corresponda al Tribunal reconstruir de oficio las demandas de amparo (por todas, STC 119/1999, de 28 de junio, FJ 3; ATC 124/2004, de 19 de abril) y, además, resulta imprescindible la invocación previa del derecho vulnerado (art. 44.1.c LOTC, extensible a los supuestos contemplados en el art. 43 LOTC: SSTC 79/1984, de 12 de julio, 209/1992, de 30 de noviembre, 212/1993, de 28 de junio), requisito que tampoco concurre.

Respecto a la incongruencia denunciada porque, además de la falta de fundamentación en que también incurra esta supuesta infracción constitucional, se vulnera igualmente el carácter subsidiario del recurso de amparo (art. 53.2 CE) al no haber interpuesto de modo previo incidente de nulidad de actuaciones contemplado en el

art. 241 LOPJ (anterior art. 240.3 LOPJ; por todas, STC 85/2002, de 22 de abril).

3. Todavía en el ámbito de los óbices procesales resta por examinar el último de los alegados por el Abogado del Estado y relativo a la inexistencia de una lesión efectiva y actual del derecho fundamental del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en el momento de interponer la demanda de amparo al haberse ya dictado una resolución expresa por parte de la Administración, quedando abierta, de este modo, la posibilidad de recurrirla judicialmente y obtener una Sentencia sobre el fondo del asunto.

Debe así examinarse si la infracción constitucional que el recurrente alega en su demanda de amparo le ha ocasionado una lesión concreta y efectiva de sus derechos fundamentales, ya que, como señala el art. 41.2 LOTC, el recurso de amparo tiene como objeto la protección de los ciudadanos frente a las violaciones de sus derechos y libertades fundamentales, pero este mismo precepto, en su apartado tercero, dispone que «en el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso». Por esta razón, este Tribunal ha señalado de forma reiterada que el objeto del recurso de amparo es únicamente reparar o, en su caso, prevenir, lesiones concretas y efectivas de derechos fundamentales (entre otras muchas, SSTC 167/1986, de 22 de diciembre, FJ 4; 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 52/1992, de 8 de abril, FJ 1, y 78/1998, de 21 de abril, FJ 3). Ello es coherente con el propio art. 55.1 a) LOTC que señala que la Sentencia que otorgue el amparo pueda contener la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos.

En el asunto que ahora se enjuicia la lesión que se dice producida consiste en no haber obtenido una Sentencia sobre el fondo del asunto como consecuencia de una interpretación judicial irrazonable y desproporcionada de la caducidad de la acción, sin tener en cuenta que dicha acción se instó contra un acto presunto de la Administración, que fue quien finalmente se benefició de su propio incumplimiento de la legalidad. En lógica coherencia con dicha lesión, el demandante de amparo suplica a este Tribunal que anule la resolución *in voce* recogida en el acta de la vista oral de 23 de septiembre de 2002 dictada por el Magistrado Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 2, así como de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2003 y que se «retrotraigan las actuaciones al 23 de septiembre de 2002, momento anterior a dictar la resoluciones judiciales impugnadas», es decir solicita de este Tribunal que a través del otorgamiento del amparo, haga posible que los órganos judiciales examinen de nuevo su recurso contencioso-administrativo y, con independencia de la posible existencia de nuevos óbices procesales, en todo caso no dejen de entrar en el fondo del asunto por apreciar la extemporaneidad de la acción.

Pues bien, tal reparación deviene ahora claramente imposible, pero no por una causa sobrevenida que hiciera perder al presente amparo su objeto, sino porque ante el silencio del demandante de amparo, es sólo a la vista del completo expediente administrativo y del conjunto de las actuaciones cuando este Tribunal Constitucional ha podido verificar que en el momento de interposición de la demanda, no sólo el demandante de amparo había ya obtenido una resolución expresa de la Administración, sino que además la había recurrido en reposición.

En efecto, la demanda de amparo se presentó el 13 de junio de 2003 y consta que en esa fecha había cesado de existir el acto presunto negativo pues el 15 de enero de 2003 el Ministerio de Defensa había dictado una Reso-

lución expresa declarando la utilidad para el servicio del demandante de amparo con ciertas limitaciones «para ocupar destinos que requieran marchas y/o bipedestación prolongada, carga de pesos, conducción de vehículos todo terreno y exposición a ambientes ruidosos». Resolución expresa que fue notificada al demandante el 26 de marzo de 2003 y contra la que interpuso recurso de reposición el interesado en fecha 21 de abril de 2003, que fue desestimado por nueva Resolución expresa del Ministerio de Defensa de 18 de junio de 2003, notificada al interesado el 5 de agosto de 2003, dejando expedita la vía contencioso-administrativa al instruirse expresamente de la posibilidad de interponer contra la misma «recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados Centrales de lo contencioso administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución conforme lo dispuesto en los arts. 9 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio».

Es decir, cuando se interpuso la demanda de amparo hacía meses que se había dictado y notificado la resolución expresa con que se decidía el expediente y el acto denegatorio presunto había desaparecido jurídicamente, como gráficamente expone el Abogado del Estado. Incluso se había recurrido en reposición, de lo que nada se dijo ni al Tribunal de apelación, la Audiencia Nacional, ni en la demanda de amparo a este Tribunal. De este modo, con la resolución administrativa dictada antes de la interposición del recurso de amparo, quedaba abierta la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria reparase la vulneración que se decía sufrida en la demanda de amparo, es decir, devenía hipotética la lesión e inútil la reparación solicitada de este Tribunal.

Por ello, a la vista de las actuaciones obrantes en este Tribunal, debe acogerse el motivo de oposición formulado por el Abogado del Estado e inadmitirse la demanda de amparo al incurrir en un óbice de procedibilidad y ello aunque sea en esta fase procesal, pues la Ley Orgánica de este Tribunal Constitucional contiene un elenco de obstáculos de procedibilidad que califica como causas de inadmisibilidad, cuya naturaleza no se altera por la circunstancia extrínseca de que se detecten al principio o al final del proceso y se reflejen formalmente en providencia, en Auto o en Sentencia. Como hemos señalado al respecto en ocasiones anteriores, «las categorías jurídicas son lo que son, y tienen la virtud de hacer más exacto y afinado el análisis de las cuestiones y su solución, produciendo además cada una sus propios efectos, distintos por definición. El mero hecho de que un impedimento tal pasara desapercibido en la fase inicial del procedimiento no justifica que en la terminal, lo que es inadmisibilidad de la pretensión se convierta en su desestimación, aun cuando el resultado práctico pueda aparecer superficialmente el mismo. Este es el caso ahora, donde se hace inexcusable rechazar la pretensión por razones extrínsecas a su propio contenido sustantivo. No se nos diga rutinariamente que los motivos de inadmisibilidad no apreciados *in limine litis* producen la desestimación si lo fueren en la Sentencia. Una cosa es la admisión a trámite de una demanda, que no precluye ni determina su final admisibilidad, y otra este pronunciamiento específico, equivalente en más de un caso a la desestimación pero distinto por su fundamento formal, que permite matizar el pronunciamiento con más rigor jurídico y con efectos peculiares desde más de una perspectiva (STC 247/1994, de 19 de septiembre)» (SSTC 123/2000, de 16 de mayo, FJ 3, y 12/2001, de 29 de enero, FJ 4).

La inadmisión de la demanda de amparo impide examinar el fondo del asunto, así como, de conformidad con el art. 55.2 LOTC, la elevación al Pleno de la autocuestión de inconstitucionalidad solicitada por el recurrente.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido

Inadmitir el amparo solicitado por don Carmelo Bayona Pérez.

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

Dada en Madrid, a nueve de mayo de dos mil cinco.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

**9527** *Sala Segunda. Sentencia 119/2005, de 9 de mayo de 2005. Recurso de amparo 228-2004. Promovido por don Antonio Torres Gutiérrez frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que le condenó por un delito de abandono de familia.*

*Supuesta vulneración de los derechos a un proceso con garantías y a la presunción de inocencia: condena pronunciada en apelación sin necesidad de celebrar vista pública (SSTC 167/2002 y 170/2002).*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 228-2004, promovido por don Antonio Torres Gutiérrez, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Ángela Santos Erroz y asistido por el Abogado don Jorge Izquierdo Freire, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, de 28 de noviembre de 2003, recaída en el rollo de apelación núm. 340-2003, que estima el recurso de apelación y revoca la Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal núm. 23 de Madrid de 15 de septiembre de 2003, recaída en el juicio oral núm. 283-2003, condenando al recurrente por un delito de abandono de familia a la pena de arresto de ocho fines de semana, aumentada hasta catorce fines de semana de arresto por Auto de aclaración del mismo órgano judicial de 21 de enero de 2004. Han intervenido el Ministerio Fiscal y doña Nieves Prieto Sánchez, representada por la Procuradora doña Almudena Gil Segura y asistida por la Abogada doña María del Mar Priego Álvarez. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sala.

## I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 13 de enero de 2004, la Procuradora de los Tribunales doña Ángela Santos Erroz, en nom-

bre y representación de don Antonio Torres Gutiérrez, y bajo la dirección letrada del Abogado don Eugenio Ribón Seisdedos, anunció la interposición de recurso de amparo, solicitando la designación de Abogado de turno de oficio constitucional. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de 13 de febrero de 2004, la Sala Segunda de este Tribunal accedió a tal solicitud, designándose por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid como Letrado de oficio a don Jorge Izquierdo Freire y teniéndolo por designado este Tribunal por diligencia de ordenación de 18 de marzo de 2004, tras de lo que se formalizó la demanda de amparo, registrada en este Tribunal el 23 de abril de 2004.

2. Los hechos en los que se fundamenta el presente recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El recurrente fue absuelto por Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 23 de Madrid, de 15 de septiembre de 2003, de un delito continuado de abandono de familia de los arts. 227 y 74 del Código penal (CP, en adelante). Como hechos probados se habían fijado los siguientes:

«Son hechos probados y así se declaran que el acusado Antonio Torres Gutiérrez, mayor de edad y sin antecedentes penales viene obligado por Sentencia firme de fecha 9 de octubre de 2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia 66 de Madrid a abonar a su hijo menor en concepto de pensión alimenticia la cantidad de 45.000 ptas. (270,46 euros). Desde el mes de enero de 2002 hasta marzo de 2003, ha abonado 100 euros que abonó los meses de abril, mayo, junio, noviembre y 150 euros los meses de agosto de 2003, y en diciembre 2.400 euros.»

El pronunciamiento absolutorio se basó en la no concurrencia en los hechos del elemento subjetivo del citado tipo delictivo, configurado por el conocimiento de la obligación jurídica y la voluntad de incumplimiento, en concreto por existir una imposibilidad objetiva de hacer frente a la prestación económica. Ello es argumentado en el fundamento jurídico primero de la Sentencia en los siguientes términos:

«por cuanto el acusado ha sostenido desde el primer momento en su declaración en el Juzgado Instructor (folios 43 y 44), hasta la declaración en el plenario que no pudo hacer frente al pago de la pensión porque tenía deudas con la Seguridad Social, con Hacienda, que está pagando los atrasos de las pensiones en virtud de una sentencia condenatoria y que tenía que pagar gastos de piso y alimentos de otro hijo no siendo su voluntad no abonar la pensión y que incluso pidió un crédito al banco para poder pagarlos en diciembre de 2002, por importe de 2.400 euros que entregó a M.<sup>a</sup> Nieves Prieto Sánchez circunstancia ésta reconocida por la propia defensa, por lo que procede dictar sentencia absolutoria.»

b) Recurrida en apelación por la acusación particular, alegando errónea apreciación de la prueba, la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 28 de noviembre de 2003, sin celebración de vista, estimó el recurso y, aceptando los hechos probados de la resolución de instancia, condenó al ahora demandante en amparo por el delito del que venía siendo acusado a la pena de arresto de ocho fines de semana. Concretamente, en su fundamento jurídico primero se afirma:

«Este Tribunal, tras una lectura del acta del juicio, de las actuaciones sometidas a contradicción y de la sentencia dictada, entiende que el recurso debe prosperar y ello porque los hechos declarados probados y que se admiten, conducen a la aplicación del art. 227 del Código Penal.

En primer lugar el acusado ha contraído una deuda indemnizatoria en virtud de pensión de alimentos a favor de un hijo fijada en resolución judicial, sin que sea nece-