

Voto particular que formulan los magistrados don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera y don José María Macías Castaño al auto del Pleno del Tribunal de 14 de enero de 2025 por el que se acuerda la admisión a trámite del recurso de amparo núm. 7432-2023.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y con respeto a la opinión de los magistrados que han conformado la mayoría del Pleno del Tribunal, manifestamos nuestra discrepancia con la decisión de admitir a trámite el presente recurso de amparo. Por las razones defendidas en su momento durante la deliberación y que exponemos a continuación, consideramos que el recurso de amparo hubiera debido ser inadmitido, bien por inexistencia de las pretendidas vulneraciones de derechos denunciadas, bien por carecer el recurso de especial trascendencia constitucional.

El auto del que disentimos acuerda admitir este recurso de amparo al apreciar que las vulneraciones de derechos fundamentales alegadas por el recurrente no carecen *prima facie* de verosimilitud y asimismo que el recurso reviste especial trascendencia constitucional, porque “permite perfilar la doctrina de este Tribunal en relación con una faceta novedosa del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE), relativa a los supuestos de anulación judicial de una promoción profesional de carácter discrecional [STC 155/2009, FJ 2, a)]”, y porque “el asunto suscitado trasciende del caso concreto al plantear una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y tiene unas consecuencias políticas generales al incidir en el alcance del control judicial que puede legítimamente efectuarse en relación con los nombramientos de carácter discrecional [STC 155/2009, FJ 2, g)]”.

Discrepamos de tal apreciación, pues entendemos que ni resulta verosímil que existan las lesiones de derechos fundamentales que alega el recurrente, ni concurre especial trascendencia constitucional en el presente caso.

1. *Sobre la falta de verosimilitud de las pretendidas vulneraciones de derechos fundamentales alegadas en el recurso de amparo*

Cabe recordar que el recurrente considera que la sentencia del Tribunal Supremo impugnada en amparo (sentencia 1051/2023, de 20 de julio, dictada por la Sección 4^a de la Sala

de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en el procedimiento ordinario núm. 745-2022), ha vulnerado sus derechos a: *i*) la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), porque la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo habría realizado un giro inesperado e inmotivado de su propia jurisprudencia en relación con el control jurisdiccional de los nombramientos discrecionales; *ii*) la igualdad (art. 14 CE), porque otros nombramientos discrecionales equiparables al del recurrente (realizados por el Consejo General del Poder Judicial en relación con plazas de magistrado de designación discrecional) no se controlan por dicha Sala con arreglo a esos mismos criterios; y *iii*) a acceder a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), porque la sentencia incurre en exceso de jurisdicción al anular el nombramiento del recurrente para la plaza de fiscal de Sala de Menores y su promoción a la categoría de fiscal de Sala, invadiendo las facultades de valoración discrecional que corresponden exclusivamente al Gobierno.

Como es de apreciar, las tres quejas están estrechamente conectadas entre sí. El razonamiento sobre las vulneraciones de derechos que se alegan se articula en la demanda de amparo en torno a lo que se considera como un cambio de doctrina del Tribunal Supremo sobre el control de los nombramientos discrecionales, que no se habría motivado suficientemente, y que supone por ello un tratamiento desigual en perjuicio del recurrente, al privar a este de la plaza para la que había sido designado y de la promoción en la carrera fiscal.

Pues bien, como hemos adelantado, no es verosímil que se hayan producido las pretendidas lesiones de derechos fundamentales alegadas. En cuanto a la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), es lo cierto que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo impugnada en amparo contiene una motivación suficiente y fundada en Derecho, no advirtiéndose que existan en esa fundamentación “quebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no puedan basarse en ninguna de las razones aducidas en la resolución” (SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 223/2002, de 25 de noviembre, FJ 6; 20/2004, de 23 de febrero, FJ 6; 177/2007, de 23 de julio, FJ 4; y 64/2010, de 18 de octubre, FJ 3, entre otras) o que tales conclusiones sean “fruto del mero voluntarismo judicial o consecuencia de un proceso deductivo irracional o absurdo” (SSTC 146/2005, de 6 de junio, FJ 9, y 101/2015, de 25 de mayo, FJ 4, por todas).



La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha razonado en la sentencia impugnada, en el ejercicio de la facultad que le confiere el art. 117.3 CE, que no se ha satisfecho en absoluto lo exigido por las sentencias previas que anularon el primer nombramiento del recurrente en cuanto a la motivación de su designación, dado que las razones ofrecidas para volver a nombrarle no guardan ninguna relación significativa con las características de la plaza a cubrir. Y en el auto que desestima el incidente de nulidad razona la Sala, para rechazar que se hubiera apartado de su jurisprudencia sobre el control jurisdiccional de los nombramientos discrecionales, que no ha existido ese pretendido apartamiento, porque anteriores nombramientos para plazas de fiscal de Sala especializadas en Derecho de Menores o en otra materia nunca han sido objeto de impugnación y, desde luego, no lo han sido porque se denunciase que el nombrado no tuviera suficiente especialización en la materia correspondiente; no siendo tampoco admisible la comparación con otro tipo de nombramientos discrecionales, pues existen diferencias evidentes entre el nombramiento de fiscales como el del asunto planteado y los nombramientos de la carrera judicial.

Se trata de un razonamiento inobjetable desde la perspectiva del canon de enjuiciamiento que al Tribunal Constitucional corresponde en cuanto la motivación de las resoluciones judiciales, lo que conduce a descartar que exista la alegada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y por ende del derecho a la igualdad (art. 14 CE), por cuanto la comparación que pretende el recurrente (control judicial nombramientos realizados por el Consejo General del Poder Judicial en relación con plazas de magistrado de designación discrecional) no es término válido de comparación, ya que se trata de regímenes jurídicos diferentes, existiendo, como razona el Tribunal Supremo diferencias evidentes entre el nombramiento de fiscales de Sala y los nombramientos discrecionales de la carrera judicial.

Tampoco es posible apreciar la pretendida lesión del derecho a acceder a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), que comporta, como es bien sabido, no solo el acceso (y promoción) en igualdad de condiciones al cargo público, sino también con arreglo a los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) como criterios rectores de dicho acceso (por todas, STC 50/1986, de 23 de abril). El Tribunal Supremo recuerda en su sentencia que el primer nombramiento del recurrente para la plaza de fiscal de Sala de la Fiscalía de Menores fue anulado por falta de motivación del acto administrativo en lo específicamente atinente a la muy notable diferencia de experiencia y méritos de los candidatos en materia de Derecho de menores, sin que esa deficiencia de motivación administrativa haya

sido subsanada por la fiscal general del Estado en el nuevo nombramiento del recurrente en amparo, por cuanto, en realidad, las razones dadas para volverle a nombrar, no guardan relación alguna significativa con las características del puesto a cubrir.

No existe en este pronunciamiento judicial el exceso de jurisdicción que denuncia el recurrente en amparo para sostener la pretendida lesión del derecho garantizado por el art. 23.2 CE. El Tribunal Supremo no invade con su decisión las facultades de valoración discrecional que corresponden al Gobierno, sino ejerciendo su función de control judicial de los actos administrativos. La sentencia impugnada se ha limitado a considerar no ajustada a Derecho la motivación de la fiscalía general del Estado para nombrar al recurrente en amparo como fiscal de Sala de la Fiscalía de Menores, dado que las razones ofrecidas por aquella para volver a designarse no guardan relación significativa alguna con las características de esa plaza, para cuya cobertura es notorio que la experiencia en materia de Derecho de menores debe ser ponderada y valorada. Exigir, como ha hecho el Tribunal Supremo, una motivación administrativa suficiente en la que se explicara la ponderación de la experiencia de los candidatos a la plaza en materia de Derecho de menores, responde sin duda a la exigencia de cumplir el requisito de que fuera designado para cubrir esa plaza al candidato más idóneo, es decir, con más mérito y capacidad, lo que resulta plenamente acorde con el derecho garantizado por el art. 23.2 CE, en relación con el art. 103.3 CE.

2. Sobre la falta de especial trascendencia constitucional de este recurso de amparo

Lo anteriormente señalado sería suficiente para acordar la inadmisión del recurso de amparo por inexistencia de vulneración de un derecho fundamental tutelable en amparo, vulneración que, de acuerdo con el art. 44.1 LOTC, es condición inexcusable para que este Tribunal pueda ejercer dicha tutela en el proceso constitucional de amparo.

Sin perjuicio de ello, no se advierte que el asunto planteado revista especial trascendencia constitucional. Como es sobradamente conocido (por todas, STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2), en la actual configuración del amparo constitucional no es suficiente para la admisión del recurso de amparo con constatar que es verosímil la lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo que alegue el recurrente [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41 LOTC], lesión que ya hemos advertido que no concurre en este caso, a nuestro entender, sino que además es indispensable que el recurso tenga especial trascendencia



constitucional [art. 50.1 b) LOTC]. Y esa especial trascendencia constitucional no es de apreciar en el presente caso.

En primer lugar, porque el recurso, frente a lo afirmado en el auto del que disentimos, no afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no haya doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2, a)], concretamente en relación con el control judicial de los nombramientos discrecionales. El propio recurrente de amparo reconoce en su demanda que existe esa doctrina constitucional, si bien emanada en relación con supuestos en los que el órgano judicial no ha revocado el nombramiento realizado por la Administración. Así las cosas, se viene a confundir la pretendida lesión de derechos alegada por el recurrente con la especial trascendencia constitucional. El recurrente discrepa de la decisión judicial que, por segunda vez, anula su nombramiento como fiscal de Sala de la Fiscalía de Menores, por entender insuficientemente motivado ese nombramiento, y considera que pronunciamiento del Tribunal incurso en exceso de jurisdicción y lesivo de sus derechos garantizados por los arts. 14, 23.2 y 24.1 CE, pero esa pretendida lesión (que ha de reputarse inexistente, como ya hemos señalado), no dota a su recurso de amparo de especial trascendencia constitucional. En definitiva, la cuestión suscitada por el recurrente pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria.

Tampoco puede apreciarse, frente a lo que se afirma en el auto del que discrepamos, que el asunto suscitado en el presente recurso trascienda del caso concreto por plantear una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y tener unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, FJ 2, g)], “al incidir en el alcance del control judicial que puede legítimamente efectuarse en relación con los nombramientos de carácter discrecional”. Bien se echa de ver que este motivo de especial trascendencia constitucional es redundante del anterior, puesto que no hace sino referirse al alcance del control judicial de los nombramientos discrecionales, sobre el que existe una doctrina constitucional consolidada (SSTC 18/1987, de 16 de febrero, FJ 5; 207/1988, de 8 de noviembre, FJ 3; 10/1989, de 24 de enero, FJ 3; 235/2000, de 5 de octubre, FJ 12; y 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 7, entre otras), que no precisa de aclaración o modificación.

Somos conscientes de la facultad de la que goza este Tribunal de apreciar en cada caso concreto la concurrencia de la especial trascendencia constitucional, con independencia de la carga de justificación que se impone al demandante de amparo en el art. 49.1 *in fine* LOTC [STC 155/2009, FJ 2)]. Ello no obstante, tal facultad no impide alertar de que el Tribunal

Constitucional no debe deslizarse por la peligrosa pendiente de apreciar la concurrencia de especial trascendencia constitucional acudiendo a motivos aparentes (como sucede en el caso que nos atañe), so riesgo de convertir a la jurisdicción constitucional en una suerte de nueva instancia revisora de lo decidido por la jurisdicción ordinaria (y en este caso, por su órgano superior, el Tribunal Supremo: art. 123.1 CE), más aún cuando existe una consolidada jurisprudencia constitucional en la materia, como se ha señalado.

Madrid, a catorce de enero de dos mil veinticinco.