

Roj: **STS 3781/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3781**Id Cendoj: **28079130042017100380**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **24/10/2017**Nº de Recurso: **4334/2016**Nº de Resolución: **1604/2017**Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 24 de octubre de 2017

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo n.º 4334/2016, interpuesto por doña Elvira , representada por la procuradora doña Rosa Sorribes Calle y asistida del letrado don Juan Francisco Mestre Delgado, contra los acuerdos de la Comisión de Selección del artículo 305 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , adoptados en la sesión de 15 de febrero de 2016, por los que se estiman los recursos de reposición interpuestos por doña Frida y doña Josefa frente a los acuerdos de 3 y 22 de diciembre de 2015 de la citada Comisión de Selección y de 29, también de diciembre de 2015, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por infracción de los artículos 3.A).2 ; 3E).1 y 3 ; 3.G).G2.15 y 17 del acuerdo de 28 de enero de 2015 y artículo 23.2 de la Constitución . Han sido partes demandadas, el Consejo General del Poder Judicial, representado y asistido por el Abogado del Estado; y doña Frida , representada por la procuradora doña Rosa Rivero Ortiz y asistida del letrado don Miguel Ángel Davara Fernández de Marcos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de 1 de marzo de 2016, la procuradora doña Rosa Sorribes Calle, en representación de doña Elvira , interpuso recurso contencioso- administrativo contra los acuerdos de la Comisión de Selección del artículo 305 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , adoptados en la sesión de 15 de febrero de 2016, por los que se estiman los recursos de reposición interpuestos por doña Frida y doña Josefa frente a los acuerdos de 3, 22 y 29 de diciembre de 2015, que declaran la exclusión de la Sra. Elvira de la lista de aprobados en la primera fase del proceso selectivo por estar incurso en una causa de incapacidad, de conformidad con los artículos 302 y 303 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la base 3 .E. 1 de la convocatoria aprobada mediante acuerdo de 28 de enero de 2015 de la Comisión de Selección prevista en el artículo 305 de la citada Ley .

Por Único Otrosí Digo, solicitó la suspensión de la ejecución de los acuerdos recurridos, en virtud de las alegaciones expuestas en el escrito de interposición del recurso, y suplicó a la Sala que la recurrente "mantenga la situación existente asistiendo al curso en la Escuela Judicial, sin perjuicio de que pudiese autorizarse al siguiente opositor a asistir también al curso [...]".

Suspensión que la Sección Séptima de esta Sala denegó por auto de 13 de abril de 2016 , al considerar que "sólo cuando esta Sala conozca en su plenitud las pretensiones de las partes y, sobre todo los alegatos desarrollados en su defensa, podrá hacer un pronunciamiento seguro sobre la validez o no de la actuación impugnada".

SEGUNDO .- Efectuada la comparecencia *apud-acta* por la recurrente, se tuvo por interpuesto el recurso, requiriendo a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo y que practicara los emplazamientos previstos en la Ley de la Jurisdicción. Verificado, se dio traslado a la parte actora a fin de que formalizara la demanda.



TERCERO.- En virtud del traslado conferido, la procuradora doña Rosa Sorribes Calle, en representación de doña Elvira , formalizó la demanda por escrito de 5 de mayo de 2016 en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que

«[...] previos los trámites de Ley, se sirva en su día dictar sentencia por la que, estimando el presente recurso, revoque, anule y deje sin efecto los actos recurridos, declarando el derecho de mi representada a quedar incluida en la lista de aprobados en la primera fase del proceso selectivo, con el número de orden que tenía reconocido, y en consecuencia su derecho a realizar el curso selectivo en la Escuela Judicial para, finalmente, tras la superación del mismo, acceder a la Carrera Judicial, con lo demás que en Derecho proceda».

Por Segundo Otrosí Digo, señaló la cuantía del recurso como indeterminada. Por Tercero, dijo que no es preciso acordar el recibimiento a prueba, "toda vez que los extremos de hecho precisos para la resolución están acreditados en las actuaciones". Y, por Cuarto, interesó el trámite de conclusiones.

CUARTO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito registrado el 12 de julio de 2016 en el que solicitó la desestimación del recurso, declarando –dijo– la conformidad a Derecho de los acuerdos impugnados, con condena en costas a la parte recurrente.

Por su parte, la procuradora doña Rosa Rivero Ortiz, en representación de doña Frida , en su escrito de contestación a la demanda, interesó, asimismo, la desestimación del recurso, confirmando los acuerdos impugnados, con expresa condena en costas, dijo, a la parte recurrente.

QUINTO.- Debido a la reestructuración de la Sala, como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo régimen del recurso de casación y, en aplicación de las nuevas normas de reparto vigentes a partir del día 22 de julio de 2016, aprobadas por acuerdo de la Sala de Gobierno de 14 de junio anterior (BOE núm. 163, de 7 de julio de 2016), se remitieron las actuaciones a esta **Sección Cuarta** .

SEXTO.- Recibidas, visto el estado en que se encontraban, se convalidaron las actuaciones practicadas y, no habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se concedió a las partes el término sucesivo de diez días, a fin de que presentaran sus conclusiones. Trámite evacuado por escritos presentados el 12 y el 26 de septiembre y el 10 de octubre de 2016, incorporados a los autos.

SÉPTIMO.- Conclusas las actuaciones, mediante providencia de 14 de julio de 2017 se señaló para la votación y fallo el día 3 de octubre siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

OCTAVO.- En la fecha acordada, 3 de octubre de 2017, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso y el 18 siguiente, se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sala.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos relevantes y las resoluciones de la Comisión de Selección.

En las pruebas selectivas convocadas por acuerdo de 28 de enero de 2015 de la Comisión de Selección prevista por el artículo 305 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para la provisión de 65 plazas de alumnos de la Escuela Judicial para su posterior acceso a la Carrera Judicial por la categoría de juez, y de 35 plazas de alumnos del Centro de Estudios Jurídicos, para su posterior ingreso en la Carrera Fiscal por la categoría de abogado fiscal (Boletín Oficial del Estado del 30), participó doña Elvira .

Superó la fase de oposición libre ante el tribunal calificador n.º 2 con un total de 68,15 puntos sobre 100, que le valieron el puesto número NUM000 de 100 en la lista definitiva de aprobados que se publicó en el Boletín Oficial del Estado del 9 de diciembre de 2015. En el plazo de treinta días a partir de la publicación concedido a los incluidos en esa relación para que aportaran los documentos exigidos por la base G.2.15 de la convocatoria, la Sra. Elvira presentó dos certificados de antecedentes penales. Uno, negativo, de 29 de enero de 2015 y otro expedido el 30 de noviembre de 2015 en el que constaba que fue condenada por sentencia de 3 de julio de 2012 , dictada de conformidad y firme ese mismo día, a cuatro meses de multa a razón de 6€/día, que cumplió el 26 de julio siguiente, y a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante 16 meses, que cumplió el 29 de octubre de 2013, correspondiendo, según el artículo 136.1 c) del Código Penal , la cancelación de sus antecedentes penales el 30 de octubre de 2016. La condena se debió a que la Sra. Elvira fue considerada culpable del delito contra la seguridad del tráfico previsto en el artículo 379.2 del Código Penal .

La Sra. Elvira participó en el proceso selectivo a la vista de que el certificado que se le expidió el 29 de enero de 2015 era negativo.



Enfrentada a la cuestión de la existencia de ese otro certificado de 30 de noviembre de 2015 presentado junto con el anterior por la recurrente, la Comisión de Selección se planteó si procedía excluir a la Sra. Elvira del proceso selectivo por carecer del requisito de capacidad exigido por los artículos 302 y 303 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por la base G.2.15 de la convocatoria o, si por el contrario, debía mantenerla ya como alumna de la Escuela Judicial. A tal efecto, recabó informes del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial, al tribunal calificador y de la Abogacía del Estado y el 22 de diciembre de 2015 resolvió mantener íntegramente la lista de aprobados publicada el 9 de diciembre anterior y las de quienes se incorporarían a la Escuela Judicial, entre ellos la Sra. Elvira, o al Centro de Estudios Jurídicos.

Ese acuerdo se tomó por mayoría de cuatro a tres y se fundamentó esencialmente en estas consideraciones: (i) los artículos 302 y 303 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como su artículo 379.1.d) y el artículo 44.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, han de ser interpretados de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental de acceder a los empleos públicos que reconoce el artículo 23.2 de la Constitución; (ii) el legislador ha establecido mayores requisitos para acceder a la Carrera Judicial –no lo permite a los condenados por delito doloso mientras no se hayan cancelado los antecedentes– que para permanecer en ella pues una condena de esa naturaleza no supone necesariamente la expulsión de la Carrera Judicial si no comporta privación de libertad por más de seis meses; (iii) dado que el ejercicio de la jurisdicción es único, es más razonable una interpretación sistemática y coherente con ese ejercicio que lleve a exigir los mismos requisitos para ingresar en la Carrera que para perder la condición de juez o magistrado; (iv) además, la letra y el espíritu de la Ley Orgánica del Poder Judicial llevan a exigir que los requisitos del artículo 303 concurren el día de la toma de posesión del cargo de juez; (v) de esos requisitos, el único subsanable por el paso del tiempo es de la cancelación de los antecedentes penales; y (vi) en el momento de ingresar en la Carrera Judicial, lo que sucedería en el segundo trimestre de 2017, la Sra. Elvira carecería de antecedentes penales pues su cancelación tendría lugar el 30 de octubre de 2016.

Contra este acuerdo de la Comisión de Selección se interpusieron dos recursos de reposición. Uno, por parte de doña Josefa quien, de los aspirantes que aprobaron la fase de oposición libre pero no obtuvieron plaza, era la que tenía una calificación más alta. El otro, por parte de doña Frida, quien de los que, examinándose en el mismo tribunal n.º 2 y aprobaron sin plaza, obtuvo en el mismo la mayor puntuación.

La Comisión de Selección, en la que había variado su presidente, estimó en parte el recurso de la Sra. Josefa y plenamente el de la Sra. Frida a la que reconoció el derecho a incorporarse a la Escuela Judicial en lugar de la Sra. Elvira a la que excluyó del proceso selectivo. Hay que decir que los acuerdos de 15 de febrero de 2016 se tomaron en virtud del voto de calidad del presidente de la Comisión de Selección ya que cuatro de sus miembros sostuvieron que debía confirmarse el acuerdo de 22 de diciembre de 2015 mientras que los otros cuatro, el presidente incluido, optaron por las estimaciones que se produjeron.

En lo que interesa, los razonamientos expresados en estos acuerdos de 15 de febrero de 2016 son los siguientes: (i) los requisitos del artículo 303 han de cumplirse en el momento de concurrir a la oposición pues así lo exige el artículo 302, ambos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y así lo requiere la base E) de la convocatoria; (ii) aunque el artículo 303 refiere las incapacidades al ingreso en la Carrera Judicial que se produce tras superar el curso teórico-práctico en la Escuela Judicial, el precepto aplicable es el artículo 302 ya que es el que regula las condiciones para concurrir a la oposición libre; (iii) la Sra. Elvira declaró que cumplía los requisitos cuando ello no era cierto pues era conocedora de su condena y debía conocer que sus antecedentes no se cancelarían hasta el 30 de octubre de 2016.

SEGUNDO.-La demanda .

Tras exponer los hechos y las resoluciones de la Comisión de Selección, explica que las de 15 de febrero de 2016 que estimaron –en parte uno y plenamente el otro– los recursos de reposición contra la de 22 de diciembre de 2015, derivan de una interpretación sumamente apegada a la literalidad del artículo 302 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de una de las bases de la convocatoria. También nos recuerda la singularidad del caso, difícilmente repetible, dice, y resalta que contrasta de forma objetiva que el análisis de los argumentos relevantes, el razonamiento y la motivación de la decisión adoptada el 22 de diciembre de 2015 por la Comisión de Selección, en las de 15 de febrero de 2016 quedaron prácticamente orillados para vincularlas a "una estricta interpretación literal de los preceptos manejados.

No llega la Sra. Elvira a reprochar a la Comisión de Selección falta de motivación pero sí considera "preciso y, desde luego, conveniente" que hubiera reflejado "la más acabada y adecuada" que "hubiese permitido incluso convencer a los destinatarios, lo que no parece posible cuando la decisión se adopta con voto de calidad prescindiendo de una buena parte de los términos y argumentos planteados". Asimismo, apunta que "si ha resultado imposible convencer a una mitad del órgano colegiado con argumentos, tal vez tendría que haberse



adoptado la decisión más favorable a la efectividad del derecho fundamental de acceso a las funciones públicas".

A partir de aquí, la demanda sostiene que la correcta interpretación de los preceptos en cuestión ha de partir de la consideración de la finalidad perseguida por el artículo 303 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la improcedencia del entendimiento meramente literal de las causas de incapacidad. La finalidad, señala, según la jurisprudencia no es otra que la de impedir el ingreso en la Carrera Judicial de condenados por delitos dolosos –los cometidos por imprudencia no son obstáculo– mientras no se hayan cancelado los antecedentes. Y aunque el Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre el propósito del artículo 302, sigue diciendo la Sra. Elvira , sí ha dicho que no es procedente la aplicación meramente literal de las causas de exclusión de un proceso selectivo. En este punto cita la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 24 de junio de 2013 (casación 2931/2012).

Por lo demás, afirma la recurrente que no existe ninguna fundamentación material, objetiva y razonable que justifique su exclusión cuando consta que sus antecedentes estarían cancelados antes de su ingreso en la Carrera Judicial. Trae a colación nuevamente que, según el artículo 303, las causas de incapacidad que enumera lo son para incorporarse a ella. Añade que los términos de la convocatoria no impiden la solución que defiende pues han de aplicarse de acuerdo con la legalidad de manera que su alcance dependerá del sentido que se le dé a esta. Vuelve a decir que no hay una justificación objetiva y razonable en términos de proporcionalidad porque no puede tenerse por tal la de que sólo puedan realizar los ejercicios escritos y orales quienes carezcan de antecedentes penales. Tal exigencia, resalta, no se requiere para examinarse en la Facultades. Tampoco ve que el principio genérico de economía o eficiencia en el desarrollo del proceso selectivo sustente la prohibición de que opositen quienes tienen antecedentes cuando, como en esta ocasión ocurre, a la terminación del mismo ya habrán sido cancelados. Igualmente, rechaza por esa misma razón que sirva de fundamento la protección de los recursos públicos, escasos y costosos, empleados en la formación en la Escuela Judicial así como la que pudiera descansar en la idea de que durante el proceso selectivo no se modifique la situación de cada opositor.

También llama la atención sobre la circunstancia de que no se puede impedir que participe en las oposiciones quien cuente con antecedentes penales porque cuando hay que acreditar la ausencia de ellos por delito doloso es en el período que media entre la publicación de la lista definitiva de aprobados y el acceso a la Escuela Judicial.

Apunta luego que la Ley Orgánica del Poder Judicial y la misma convocatoria ofrecen criterios interpretativos para mantener que los requisitos de capacidad se han de cumplir en el momento de acceder al cargo, es decir al tomar posesión del juzgado, y no en el de terminación del período de presentación de las solicitudes para participar en el proceso selectivo. Se refiere a las previsiones del artículo 301.6 de la primera y a la base E.2 de la segunda que extienden el período de valoración de la incapacidad más allá de la fecha de expiración del plazo de presentación de solicitudes.

Por último, llama la atención sobre la distinta regulación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (artículos 42 a 44) que no diferencia, como sí hace la Ley Orgánica del Poder Judicial , entre el momento de concurrir a la oposición libre y el del ingreso en la Carrera: la capacidad debe acreditarse en este último momento.

En razón de estos argumentos, la Sra. Elvira nos pide que anulemos los actos recurridos y declaremos su derecho a figurar en la lista de aprobados en la primera fase del proceso selectivo con el número de orden que tenía reconocido y su derecho a realizar el curso selectivo en la Escuela Judicial para, tras su superación, acceder a la Carrera Judicial.

TERCERO.-La contestación a la demanda del Abogado del Estado .

Pide que desestimemos el recurso contencioso-administrativo.

Aduce, en esencia, que el artículo 302 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y las bases de la convocatoria no dejan lugar a dudas: en lo que aquí importa, es decir, en lo que respecta a la carencia de antecedentes de condena por delito doloso, el momento a tener en cuenta es el de la finalización del plazo de presentación de solicitudes para participar en el proceso selectivo.

Por lo demás, subraya que el criterio seguido por la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 24 de junio de 2013 (casación 2931/2012) no es trasladable a este caso por las diferencias que existen entre el litigio por ella resuelto y las circunstancias de éste.

CUARTO.- La contestación a la demanda de la Sra. Frida .

También solicita la desestimación del recurso ya que considera plenamente ajustadas a Derecho las decisiones de la Comisión de Selección del 15 de febrero de 2016. Insiste en que ni el artículo 302 de la Ley



Orgánica del Poder Judicial ni la convocatoria dejan lugar a dudas respecto de cuándo ha de cumplirse el requisito de capacidad controvertido: el de participar en el proceso selectivo. Pone de manifiesto, asimismo, las consecuencias irrazonables a las que conduciría la aplicación de la tesis de la recurrente a los otros requisitos de capacidad que se han de cumplir para tomar parte en las oposiciones. Se pregunta, en este sentido, si se debería admitir, por ejemplo, a quienes no habiendo acabado la carrera de Derecho en el momento de presentar la solicitud, sí habrían obtenido la licenciatura al terminar la Escuela Judicial. O a quien está a la espera de que se resuelva el expediente de adquisición de la nacionalidad.

De otro lado, señala que no es lo mismo acceder a la Carrera Judicial que permanecer en ella, defiende la argumentación con que la Comisión de Selección estimó los recursos de reposición y critica los que manejó el 22 de diciembre de 2015 para mantener en la relación definitiva de aprobados a la Sra. Elvira y reprocha a esta no obrar de buena fe ya que, dice, sabía que había sido condenada y no podía no saber que contaba con antecedentes penales por delito doloso pues esta es una materia que forma parte del temario de la oposición. En este sentido, dice que faltó a la verdad al firmar la solicitud para intervenir en las pruebas selectivas porque en ella se hace constar expresamente que se reúnen las condiciones exigidas para el ingreso y las especialmente señaladas en la convocatoria.

Asimismo, dice que la Comisión de Selección, al permitirle a la recurrente acceder a la Escuela Judicial mediante su acuerdo de 22 de diciembre de 2015 pese a no cumplir los requisitos exigidos en la convocatoria, lesionó el derecho que el artículo 23.2 de la Constitución reconoce también a los aspirantes que sí los cumplieron.

Ya en conclusiones nos ha informado de que, habiendo optado en su día por la Carrera Fiscal, fue nombrada el 13 de septiembre de 2016 abogada fiscal y se haya destinada en Figueras.

QUINTO.-Los preceptos aplicables y su interpretación.

Según se ha visto el litigio gira fundamentalmente en torno al momento en el que quienes aspiren a participar en el proceso selectivo para ingresar por oposición libre en la Carrera Judicial o en la Carrera Fiscal han de cumplir el requisito de capacidad consistente en no haber sido condenado por delito doloso o no tener antecedentes por el mismo. La duda se plantea a propósito de los términos de los artículos 302 y 303 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que conviene recoger en lo que importa.

Según el artículo 302:

« **Para concurrir a la oposición libre de acceso a la Escuela Judicial se requiere** ser español, mayor de edad y licenciado en Derecho, así como **no estar incurso en alguna de las causas de incapacidad que establece la ley** » (s.n.).

Por su parte, el artículo 303 dice:

« **Están incapacitados para el ingreso en la Carrera Judicial** los impedidos física o psíquicamente para la función judicial ; **los condenados por delito doloso mientras no hayan obtenido la rehabilitación**; los procesados o inculcados por delito doloso en tanto no sean absueltos o se dicte auto de sobreseimiento, y los que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles» (s.n.).

Es verdad, que el primer precepto exige poseer la capacidad necesaria para concurrir a la oposición libre mientras que el segundo la refiere al ingreso en la Carrera Judicial al igual que lo hace el artículo 301 cuyo apartado 6, tras haberse referido los anteriores a ese ingreso, señala:

«En todos los casos se exigirá no estar incurso en ninguna de las causas de incapacidad e incompatibilidad que establece esta ley y no tener la edad de jubilación en la Carrera Judicial ni alcanzarla durante el tiempo máximo previsto legal y reglamentariamente para la duración del proceso selectivo, hasta la toma de posesión incluido, si es el caso, el curso de selección en la Escuela Judicial».

En el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal no encontramos esa distinción que propicia el artículo 302 de la Ley Orgánica del Poder Judicial pues no diferencia en el aspecto que nos interesa entre el momento de la participación en el proceso selectivo y el del ingreso en la Carrera Fiscal. En efecto, su artículo 43 es del siguiente tenor:

« **Para ser nombrado** miembro del Ministerio Fiscal se requerirá ser español, mayor de dieciocho años, doctor o licenciado en Derecho y **no hallarse comprendido en ninguna de las incapacidades** establecidas en la presente ley» (s.n.).

Y su artículo 42 dice:



"El ingreso en la Carrera Fiscal se hará por oposición libre entre quienes reúnan las condiciones de capacidad exigidas en esta Ley, que se realizará conjuntamente con la de ingreso en la Carrera Judicial, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial " (s.n).

Es, pues, coherente con el artículo 43 pero en la medida en que se remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial a propósito de los términos en que se ha de realizar la oposición libre, nos devuelve a la interpretación de sus artículos 302 y 303. Interpretación que, por otra parte, determina el sentido que haya de darse a la convocatoria en este extremo ya que, de no ajustarse ésta al correcto entendimiento de la Ley Orgánica, no podría producir efectos vinculantes para quienes la consintieron y para la Administración ya que ese desajuste afectaría al derecho fundamental de acceder a los cargos y a las funciones públicas que reconoce el artículo 23.2 de la Constitución .

Es cierto, por otro lado, que quienes perteneciendo ya a la Carrera Judicial o a la Carrera Fiscal sean condenados por delito doloso solamente perderán necesariamente su condición si se les impone una pena privativa de libertad superior a seis meses según el artículo 379.1.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 44.2º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Si la condena es a menos de seis meses de privación de libertad el Consejo General del Poder Judicial o el Fiscal General del Estado, de forma motivada y atendiendo a la entidad del delito cometido, pueden sustituir la pérdida de la condición de juez o magistrado o de fiscal por la de suspensión hasta tres años. Ahora bien, si la condena por delito doloso no conlleva privación de libertad, entonces no habrá pérdida de la condición judicial o fiscal.

En fin, no parece ser dudoso que el ingreso en las Carreras Judicial o Fiscal se produce, no en el momento de participar en el proceso selectivo, sino cuando, una vez superado, se obtiene el correspondiente despacho y se toma posesión del cargo.

Todo esto es suficientemente claro. Ahora bien, no significa que la conclusión finalmente alcanzada por la Comisión de Selección sea contraria a Derecho.

SEXTO.- El argumento del distinto régimen para el acceso y para la permanencia en las Carreras Judicial y Fiscal.

Debemos decir que, ciertamente, llama la atención el diferente régimen previsto para el acceso y para la permanencia en la Carrera Judicial de quien es condenado por delito doloso y no ha visto cancelados sus antecedentes, ya se considere que este requisito se ha de cumplir al ingresar ya se entienda que debe ser al finalizar el plazo de presentación de solicitudes. Y otro tanto cabe señalar respecto de la Carrera Fiscal.

A pesar de ello, ese distinto trato está expresamente establecido por la Ley Orgánica y puede mantenerse que no es lo mismo acceder que permanecer en un cuerpo como las Carreras Judicial y Fiscal. Y que puede ser muy razonable unificar el tratamiento de manera que la condena por delito doloso tenga, si no las mismas consecuencias ya que eso no es posible, sí las que sean equiparables en función de la respectiva posición de quien aspira a ingresar y de quien ya está dentro. Pero que esa sea una solución razonable no convierte en irrazonable la contraria, la vigente precisamente porque no es lo mismo entrar que salir y porque, puestos a seleccionar los futuros jueces y fiscales, es más que aconsejable establecer exigencias rigurosas de probidad y conducta ejemplar. Cabe, incluso, añadir que esta línea de razonamiento llevaría más fácilmente a endurecer el régimen de permanencia que a flexibilizar el de acceso.

En todo caso, nos hallamos aquí en un ámbito en el que es el legislador quien debe tomar las decisiones y lo ha hecho fijando la regulación expuesta.

SÉPTIMO.- La interpretación de los requisitos.

Descartado, pues, el argumento que descansa en las distintas consecuencias de una condena por delito doloso para acceder y para permanecer en las Carreras Judicial y Fiscal, debemos examinar las demás razones que esgrime la demanda.

En primer lugar, las relativas a cómo han de interpretarse los requisitos para participar en el proceso selectivo. A pesar de que el supuesto que está en el origen de la sentencia de la Sección Séptima invocada por la Sra. Elvira es diferente a éste, no debe haber obstáculo en reconocer que el principio de la interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental al acceso a los cargos y funciones públicas también debe aplicarse aquí pues, en realidad, debe aplicarse siempre. Ahora bien, de nuevo hemos de preguntarnos, pero ahora ya concretamente respecto de la exigencia legal de que los requisitos de capacidad se reúnan al firmar, mejor dicho, en el momento de expirar el plazo de presentación de solicitudes para participar en el proceso selectivo, si se trata de un requisito absurdo, carente de toda justificación razonable.

La Sala no advierte tampoco en este punto irrazonabilidad alguna. El artículo 302 de la Ley Orgánica del Poder Judicial quiere que quienes estén afectados por las causas de incapacidad contempladas por el artículo 303



no puedan participar en la oposición. La redacción de ese artículo 302 en lo que importa, es la establecida en 1985, no ha experimentado variaciones en el tiempo transcurrido, como tampoco las ha sufrido el artículo 303. Esa permanencia y su aplicación reiterada en las numerosas convocatorias que se han hecho a lo largo de más de treinta años sugieren que no estamos ante reglas carentes de sentido aunque pueda haber otras distintas con mejor fundamento.

El paso del tiempo, lo sabemos, puede consolidar jurídicamente situaciones que inicialmente carecían de sustento en Derecho, pero no lo mencionamos ahora porque sea la razón que nos lleva concluir que no es excesivo exigir para tomar parte en la oposición carecer de antecedentes penales. Vemos en él, desde luego, un importante elemento de confirmación de nuestro parecer. Pero si consideramos que no es irrazonable esta exigencia es porque, al igual que hemos dicho antes, sirve para asegurar que quienes quieren ser jueces o fiscales poseen las mayores condiciones de probidad y ejemplaridad. La previsión del artículo 302 sirve a esa finalidad y, por tanto, cuenta con una justificación objetiva y razonable.

Y se trata de un requisito que se cumple o no se cumple de manera que no permite interpretaciones varias, sino una sola: al igual que se ha de tener la nacionalidad española y ser licenciado en Derecho a la fecha de terminación del plazo de presentación de solicitudes para participar en la oposición, en ese mismo día se ha de carecer de antecedentes penales. Cuando el precepto legal es preciso, como lo es el artículo 302, no hay margen interpretativo.

La demanda se fija en el apartado 6 del artículo 301 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para sostener que es posible llevar el momento de apreciar el cumplimiento de tales exigencias más allá de la fecha de presentación de solicitudes. Ese apartado 6 del artículo 301 –el artículo 46 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal contiene una disposición semejante– dice así:

«En todos los casos se exigirá no estar incurso en ninguna de las causas de incapacidad e incompatibilidad que establece esta ley y no tener la edad de jubilación en la Carrera Judicial ni alcanzarla durante el tiempo máximo previsto legal y reglamentariamente para la duración del proceso selectivo, hasta la toma de posesión incluido, si es el caso, el curso de selección en la Escuela Judicial».

No cuesta trabajo constatar que este precepto y la base E.2 de la convocatoria que, conforme a ese precepto, impide participar en la oposición a quienes lleguen a la edad de jubilación antes de la toma de posesión, no sirve para prescindir de la regla del artículo 302. En efecto, extender a toda la duración del proceso selectivo el cumplimiento de un requisito no significa que no deba exigirse con anterioridad. Cabe, incluso decir que, precisamente, por requerirse en un estadio anterior se precisa que debe mantenerse hasta la toma de posesión.

En definitiva, la interpretación seguida no sólo se ajusta al sentido literal de la Ley Orgánica, sino también a la práctica observada reiteradamente a lo largo de varias décadas en la aplicación de la misma y es coherente con el propósito de seleccionar a quienes mejores méritos y capacidad demuestren en el proceso selectivo para desempeñar las funciones propias de los jueces o del ministerio fiscal.

La demanda ha hecho un importante esfuerzo para argumentar lo contrario pero lo cierto es que su tesis choca no sólo con el texto del artículo 302 sino también con los inconvenientes que traería trasladar al momento del efectivo ingreso en la Carrera Judicial o en la Fiscal la acreditación de los requisitos de los artículos 302 y 303. La contestación a la demanda de la Sra. Frida los pone de manifiesto.

En definitiva, la argumentación de la recurrente, se vale de consideraciones muy razonables que seguramente podrían ser atendidas de regularse de otra forma la participación en el proceso selectivo contemplado por los artículos 301 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial pero que chocan con las normas que hoy por hoy establece. De ahí que su pretensión viene a ser no tanto la de que interpretemos ampliamente los preceptos aplicables cuanto la de que prescindamos de lo establecido por su artículo 302, que es algo bien distinto.

OCTAVO.- La singularidad del caso.

Cuanto hemos dicho supone que el fallo debe ser desestimatorio.

No obstante, nuestro pronunciamiento no sería completo si no pusiéramos de manifiesto que el debate entablado en este proceso y, antes, las decisiones de signo contrario adoptadas por la Comisión de Selección se explican, sin duda, por las muy singulares circunstancias que se han dado. Singularidad que ha hecho que se proyecten sobre preceptos que contienen reglas claras, consideraciones inspiradas en criterios de justicia material.

La Sala entiende, en contra de lo que apuntan las resoluciones de la Comisión de Selección de 15 de febrero de 2016 y de lo que afirma la Sra. Frida en su contestación y en sus conclusiones, que ni el expediente ni las actuaciones ofrecen elementos para concluir que la recurrente obrara con mala fe o incurriera en falsedad.



Consta, según se ha dicho, que participó en la convocatoria porque obtuvo un certificado negativo de antecedentes penales: el de 29 de enero de 2015, de manera que, si la Comisión de Selección le hubiera reclamado, de acuerdo con la base E-3, que acreditase este requisito de capacidad, la Sra. Elvira lo habría hecho. Luego, fue igualmente ella quien planteó la discordancia entre el primer certificado y el segundo, expedido el 30 de noviembre de 2015. Ese primer certificado no puede esgrimirse para fundamentar la pretensión de la recurrente, pero sí sirve para excluir su mala fe y que faltara a la verdad, todo ello sin perjuicio de que, cualquiera que fuera su conocimiento del régimen jurídico de los antecedentes penales, bien podía considerar en todo caso que le asistían las razones que apreció la Comisión de Selección en su resolución de 22 de diciembre de 2015 y que, después, ha alegado en la demanda y en sus conclusiones.

No debe pasarse por alto que en esa ocasión, si bien por un solo voto de diferencia, se manifestó a su favor y que, luego, dos meses después, al resolver los recursos de reposición, la mitad de ese órgano siguió sosteniendo que debía mantenerse entre los aprobados a la Sra. Elvira de modo que tuvo que ser el voto de calidad de su nuevo presidente el que, al igualar la votación, dirimiera el empate.

Estas circunstancias hacen pensar que las consecuencias que ha supuesto la decisión final de la Comisión de Selección para la recurrente, pese a su legalidad, puedan ser excesivas desde la perspectiva de la equidad que también informa el ordenamiento jurídico según el artículo 3.2 del Código Civil. Precepto que, si bien no autoriza a esta Sala resolver de otra manera a como lo está haciendo, no es obstáculo para que el Consejo General del Poder Judicial busque una solución que se acomode a él.

NOVENO.- Costas.

Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción y habida cuenta de la naturaleza de la cuestión principal debatida, no hacemos imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1.º Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo n.º 4334/2016, interpuesto por doña Elvira contra los acuerdos de 15 de febrero de 2016 de la Comisión de Selección prevista en el artículo 305 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por los que se estiman los recursos de reposición interpuestos por doña Frida y doña Josefa frente a los acuerdos de 3 y 22 de diciembre de 2015 de la citada Comisión de Selección y de 29, también de diciembre de 2015, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por infracción de los artículos 3.A).2; 3E).1 y 3; 3.G).G2.15 y 17 del Acuerdo de 28 de enero de 2015 y artículo 23.2 de la Constitución. 2.º Que no hacemos imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.