



Roj: **STSJ M 8361/2020 - ECLI: ES:TSJM:2020:8361**

Id Cendoj: **28079330072020101149**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **20/07/2020**

Nº de Recurso: **1040/2018**

Nº de Resolución: **1193/2020**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Séptima

C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004

Tlfs. 914934767-66-68-69

33009730

NIG: 28.079.00.3-2018/0018930

Procedimiento Ordinario 1040/2018 SECCIÓN DE APOYO

Demandante: D./Dña. Agapito

PROCURADOR D./Dña. ENRIQUE FRANCISCO JOSE DE ANTONIO VISCOR

Demandado: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 1193/2020

Presidente:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

Magistrados:

Dña. MARÍA ASUNCIÓN MERINO JIMÉNEZ

D. JOSÉ MARÍA SEGURA GRAU

Dña. MARÍA PRENDES VALLE

En la Villa de Madrid a veinte de julio de dos mil veinte.

Visto por esta Sección de Apoyo a la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso- administrativo número 1040/2018, interpuesto por el Procurador D. Enrique de Antonio Viscor, en nombre y representación de D. Agapito , bajo la dirección técnica del Abogado D. Andrés Galán Juan, contra la desestimación presunta por silencio administrativo (resolución expresa de 21 de noviembre de 2018) del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo del Tribunal Calificador del Proceso Selectivo de Ingreso en la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía de 26 de abril de 2018, por la que resultó excluido.

Ha sido parte demandada en las presentes actuaciones la Administración General del Estado, representada y defendida por la Abogacía General del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado el 3 de septiembre de 2018, acordándose mediante decreto de 21 de septiembre de 2018 su admisión a trámite como procedimiento ordinario y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito presentado el 14 de marzo de 2019 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando que se dictara sentencia estimatoria del recurso con los siguientes pronunciamientos:

1- Que se declare nulo el acuerdo del Tribunal Calificador recurrido y la desestimación presunta del recurso de alzada.

2- Que se declare el derecho del demandante a su situación jurídica individualizada y sea declarado apto en el reconocimiento médico, con derecho a continuar el proceso selectivo, debiéndose valorar la entrevista personal y ser convocado para la prueba psicotécnica y para el caso de que las supere, ser nombrado Policía Alumno, debiendo ser convocado al curso de formación en la Escuela de Policía Nacional con la misma antigüedad y resto de derechos económicos y administrativos que los obtenidos por quienes superaron el proceso selectivo convocado por resolución de 18/04/2017.

3- Que para el caso de superar el curso de formación, se declare su derecho a las diferencias salariales entre las retribuciones que perciba en la fase de formación y las que debiera haber percibido de haber sido nombrado Policía Alumno en el momento en que lo hicieron el resto de compañeros de convocatoria, más los intereses legales correspondientes.

4- Que se condene a la Administración al pago de las costas procesales.

Alega el demandante que se ha incurrido en un error técnico por el Tribunal Calificador porque no padece ninguna alteración en la percepción de los colores, sino solo una leve discromatopsia que no impide ni limita el ejercicio de la función policial, acreditándolo con dos informes médicos. Añade que la decisión del Tribunal Calificador vulnera su derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y bajo criterios sometidos a los principios de mérito y capacidad, que es inmotivada y que contraria a la doctrina fijada al efecto por el Tribunal Supremo y la sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

TERCERO.- La Abogacía del Estado contestó a la demanda, mediante escrito presentado el 29 de marzo de 2019 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando se dictara sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo, confirmándose el acto administrativo impugnado, con expresa condena en costas a la parte actora.

Las alegaciones de la Administración demandada, en sustento de su pretensión, reproducen en esencia los argumentos de la resolución recurrida, remarcando que la discromatopsia es una causa de exclusión, según establece la Orden de 11 de enero de 1988, por lo que con independencia de su gravedad, procedía la calificación como no apto del demandante, y haciendo hincapié en la discrecionalidad técnica del Tribunal Calificador.

CUARTO.- La cuantía del recurso ha sido fijada como indeterminada mediante decreto de fecha 2 de abril de 2019.

Habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se acordó dicho trámite mediante auto de 22 de abril de 2019, y se ha practicado la prueba admitida de la propuesta por las partes, con el resultado que consta en los autos.

Concluido el término probatorio, se dio traslado a las partes, por su orden, para que formularan conclusiones, trámite que evacuaron mediante la presentación de sendos escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivos pedimentos.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 14 de julio de 2020, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo ponente del presente recurso el Presidente de la Sala, Ilmo. Sr. D. Juan Pedro Quintana Carretero, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resolución impugnada y argumentos de las partes.



Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de 3 de diciembre de 2018 desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo del Tribunal Calificador del Proceso Selectivo de Ingreso en la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía de 26 de abril de 2018, por la que resultó excluido.

Son antecedentes necesarios para la resolución de la controversia los siguientes:

1- Por resolución de 18 de abril de 2017 de la Dirección General de la Policía se convocó oposición libre para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía.

2- En la base 6.1.3 se disponía que la tercera prueba constará de tres partes eliminatorias, la primera de las cuales es un reconocimiento médico " *dirigido a comprobar que no concurren en el aspirante ninguna de las causas de exclusión a que se refiere la Orden de 11 de enero de 1988, que se reproduce como anexo III a la presente convocatoria*". Dicha Orden establece, en su apartado 4.1.6, que constituye causa de exclusión las discromatopsias (discapacidad de la visión de los colores).

3- El recurrente fue sometido a reconocimiento médico, realizándose pruebas de visión cromática con las tablas de Ishihara, y comprobando que sufre esta alteración, por lo que es declarado no apto. Se adjunta informe médico que explica la discromatopsia y las razones por las que se considera que esta discapacidad de la visión afecta al correcto desempeño de las funciones policiales.

El demandante expone en su demanda que se ha incurrido en un error técnico por el Tribunal Calificador porque no padece ninguna alteración en la percepción de los colores, sino solo una leve discromatopsia que no impide ni limita el ejercicio de la función policial, acreditándolo con dos informes médicos. Añade que la decisión del Tribunal Calificador vulnera su derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y bajo criterios sometidos a los principios de mérito y capacidad, que es inmotivada y que contraria a la doctrina fijada al efecto por el Tribunal Supremo y la sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Por la Administración del Estado se interesa la desestimación del recurso, reproduciendo los argumentos expuestos en la vía administrativa, remarcando que la discromatopsia es una causa de exclusión, según establece la Orden de 11 de enero de 1988, por lo que con independencia de su gravedad, procedía la calificación como no apto del demandante, y haciendo hincapié en la discrecionalidad técnica del Tribunal Calificador.

SEGUNDO.- Resolución de la cuestión controvertida.

El objeto del presente proceso consiste en determinar si la exclusión del proceso selectivo del opositor, hoy recurrente, es correcta, a la vista de las pruebas practicadas en las presentes actuaciones.

Si bien es verdad que las potestades discrecionales no permiten que en su ejercicio sea sustituida la valoración efectuada por la de otro órgano, en este caso judicial, no es menos cierto en un Estado de Derecho estos extremos no pueden quedar totalmente al margen del control judicial.

La STS de 11 de junio de 1991 recuerda que, sobre la base del artículo 106.1 CE, el control de la actuación de la Administración se extiende incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas a través de distintas pautas:

- i) El control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad.
- ii) La contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los Principios Generales del Derecho, que informan todo el Ordenamiento Jurídico y por tanto también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, de donde se deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos; y, en fin.
- iii) El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), que aspira a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales (artículo 103.1 CE).

Dicho de otro modo, como ya señaló el propio Alto Tribunal en su sentencia de 22 de diciembre de 1988, " *las limitaciones a la discrecionalidad administrativa en la materia (a salvo la desviación de poder) se refieren al procedimiento por el que se llega a la resolución del concurso y a la apreciación de las condiciones legales de los aspirantes, pero no se extiende a los juicios técnicos de los Tribunales Calificadores. La valoración de los méritos de los concursantes no tiene otros límites legales que los que, en su caso, se establezcan en las Bases de la convocatoria*".



En definitiva, si bien el Tribunal Calificador goza de amplia discrecionalidad técnica no cabe duda, de acuerdo con lo expuesto, que la misma debe descansar en el respeto a lo dispuesto en las Bases del proceso selectivo -en concreto, y en lo que afecta al supuesto de autos, si realmente concurría en el hoy actor la causa de exclusión contemplada en el apartado 4.1.6 de la Orden del Ministerio del Interior de 11 de enero de 1988, la discromatopsia-.

Dicho lo anterior, se hace preciso reiterar que la Administración demandada, a la hora de declarar "no apto" al recurrente en la prueba de "reconocimiento médico" del proceso selectivo de referencia, argumentó en vía administrativa, que la citada Orden de 11 de enero de 1988 enumera una serie de patologías y disfunciones médicas en su apartado 4 (exclusiones definitivas) y, concretamente en su punto 4.1.16, las "discromatopsias", patología de la vista muy concreta, sin que la normativa refiera gradaciones de la misma. Por esta razón, la Administración considera que en esta causa de exclusión se incluye esta patología en todas sus clases y grados de afectación.

Esta conclusión no puede compartirse, tal y como esta Sala y Sección ya ha tenido oportunidad de decir (véanse nuestras sentencias de 16 de junio de 2020, Procedimientos ordinarios 1044/2018, 1064/2018 y 1071/2018).

Así, en un asunto prácticamente idéntico al hoy planteado, el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de Abril de 2015, recurso 1454/2014, con cita de otras anteriores de 26 de enero de 2015, recurso 3053/2013, y de 24 de septiembre de 2009, recurso 1309/2008, declaró que las causas de exclusión han de considerarse en función de si, efectivamente, inhabilitan, menoscaban o dificultan el ejercicio de los cometidos propios, en este caso, del Cuerpo Nacional de Policía, ya que la declaración de méritos y capacidades que deban ser tomados en consideración no pueden tener una dimensión cuantitativa que rebase el límite de lo tolerable.

Por ello, la referencia que se hace en las bases de la convocatoria a los distintos textos normativos supone que la aptitud física y psíquica requerida es la exigible para el adecuado ejercicio de las correspondientes funciones a fin de garantizar la idoneidad para la función policial a desempeñar. Es decir, la apreciación de una patología, en este caso una discromatopsia, requiere, para poder considerarse causa de exclusión definitiva, presentar caracteres de intensidad suficientes como para revelar una inidoneidad para los cometidos a desarrollar en el Cuerpo, Escala o Categoría a que se aspira, por falta de aptitud a dichos concretos y específicos fines.

Así se ha pronunciado también esta Sala y Sección 7ª en numerosas sentencias, entre otras, de 3 de marzo de 2017, Procedimiento ordinario 960/2015, de 29 de junio de 2018, Procedimiento ordinario 1060/2016, de 9 de julio de 2018, Procedimiento ordinario 891/2016, de 13 de mayo de 2019, Procedimiento ordinario 586/2017, y de 17 de mayo de 2019, Procedimiento ordinario 585/2017.

En el presente caso, no sólo el reconocimiento médico efectuado por la Administración no determina el grado de afectación de la patología sino que el recurrente aporta dos informes médicos en los que se concluye: (i) que sufre una " *Discromatopsia leve por Protanomalía-Deuteranomalía*", lo que supone un defecto leve en el eje rojo verde en ambos ojos, como revela el test cromático al que fue sometido (Informe oftalmológico del Dr. D. Eleuterio de 5 de marzo de 2018), y (ii) que no presenta AF de daltonismo, que el resultado del test Ishihara es "deficiencia en rojo-verde leve" y que el resultado del test de colores es "Normal" (Informe médico de la oftalmóloga del Servicio Cántabro de Salud de 29 de noviembre de 2018). De modo que, tal y como se puso de manifiesto en el acto de ratificación de los informes médicos, el interesado solo padecía una discromatopsia leve que no le impedía distinguir los colores puros, pudiendo tener alguna dificultad para distinguir tonos muy próximos de un mismo color. Es más, en el peor de los casos, la levedad del defecto se corroboró por el resultado normal que arrojó el test de colores, denominado Test de Farnsworth-Munsell, siendo esta la prueba más objetiva y precisa para valorar una discromatopsia.

Por lo expuesto, procede la estimación del recurso.

TERCERO.-Modo de ejecución de la sentencia.

La estimación del recurso supone la declaración del recurrente como "apto" en el reconocimiento médico e implica la continuación del proceso selectivo en los siguientes términos que esta Sala ha fijado para los mismos supuestos en anteriores ocasiones (por todas, sentencia de 11 de julio de 2016, recurso 55/2015).

- Que se valoren la entrevista personal y en su caso los test psicotécnicos realizados en su día. Si no los hubiera realizado, deberá llevarlos a cabo el mismo día, en las mismas condiciones y en unidad de acto junto con los opositores de la convocatoria más próxima a la presente sentencia -es decir, que continúe el proceso selectivo, con los mismos parámetros y criterios valorativos seguidos en la convocatoria a la que concurrió el ahora actor, y a ser valorado en los mismos detallada y motivadamente-.



- De ser declarado apto en la entrevista y de recibir la puntuación suficiente en los test psicotécnicos para la adjudicación de una de las plazas convocadas, será convocado para incorporarse a la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento, a fin de llevar a cabo el período práctico de formación de carácter selectivo previsto en la propia Convocatoria.
- Caso de superar este período, el recurrente será nombrado Policía del Cuerpo Nacional de Policía con el puesto en el escalafón que le hubiera correspondido en la promoción saliente de la convocatoria en la que participó, esto es, la del año 2017, con la misma antigüedad y resto de efectos económicos y administrativos que los obtenidos por quienes superaron esta convocatoria.
- Asimismo, deberán liquidarse las diferencias retributivas entre las que perciba en la fase de formación y las que le hubieran correspondido de haber sido nombrado funcionario en el mismo momento en el que lo fueron sus compañeros de la promoción en la que concurrió. Esta cantidad devengará los intereses legales desde su nombramiento como funcionario de carrera. Se deducirán, en su caso, aquellas otras cantidades que el demandante hubiera podido percibir por actividades o conceptos incompatibles con la actividad policial (salarios por otras actividades privadas o públicas que no habría podido desarrollar de haber aprobado, desempleo, etc.).

CUARTO.- Costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este procedimiento a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones, al no apreciarse que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima" y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de quinientos euros (500€), más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto por el Procurador D. Enrique de Antonio Viscor, en nombre y representación de D. Agapito, contra la Resolución del Director General de la Policía de 21 de noviembre de 2018 que desestima el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo del Tribunal Calificador del Proceso Selectivo de Ingreso en la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía de 26 de abril de 2018, por la que resultó excluido y, en consecuencia:

- 1- ANULAMOS las resoluciones administrativas por no ser conforme a Derecho.
- 2- RECONOCEMOS el derecho del recurrente a ser declarado apto en el reconocimiento médico del proceso selectivo por no concurrir causas de exclusión, con las consecuencias jurídicas que de ello se deriven, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho tercero de esta sentencia.
- 3.- CONDENAMOS a la Administración demandada al pago de las costas procesales causadas con el límite expresado en el último fundamento de derecho.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2581-0000-93-1040-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92- 0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2581-0000-93-1040-18 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



D. Juan Pedro Quintana Carretero D^a María Asunción Merino Jiménez

D. José María Segura Grau D^a María Prendes Valle

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ