



Roj: **STSJ M 8485/2016** - ECLI: **ES:TSJM:2016:8485**

Id Cendoj: **28079330072016100428**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **11/07/2016**

Nº de Recurso: **55/2015**

Nº de Resolución: **435/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR**

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: 28.079.00.3-2015/0000967

Procedimiento Ordinario 55/2015

Demandante: D./Dña. Consuelo

PROCURADOR D./Dña. ANA DE LA CORTE MACIAS

Demandado: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 435/2016

Presidente:

D./Dña. M^a JESUS MURIEL ALONSO

Magistrados:

D./Dña. RAFAEL SÁNCHEZ JIMÉNEZ

D./Dña. IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR

D./Dña. SANTIAGO DE ANDRÉS FUENTES

D./Dña. JOSÉ FELIX MARTÍN CORREDERA

En la Villa de Madrid a once de julio de dos mil dieciséis.

VISTO el recurso contencioso-administrativo número **55/2015** seguido ante la Sección VII de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana de la Corte Macias, en nombre y representación de D^a. Consuelo , contra la Resolución de la Dirección General de la Policía, fechada el 14 de diciembre de 2014, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto, por la hoy actora, contra el Acuerdo del Tribunal Calificador de la oposición a ingreso en la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía por la que se acuerda declararle no apta en la prueba de reconocimiento médico.



Habiendo sido parte demandada la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Interpuesto el recurso, se reclamó el Expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito, obrante en autos, en el que hizo alegación de los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando que se dictara Sentencia estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

SEGUNDO: El Abogado del Estado, en representación de la Administración demandada, contestó y se opuso a la demanda de conformidad con los hechos y fundamentos que invocó, terminando por suplicar que se dictara Sentencia que desestime el recurso y confirme en todos sus extremos las resoluciones recurridas.

TERCERO: Terminada la tramitación se señaló para votación y fallo del recurso la audiencia del día 6 de julio de 2016, en que han tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la representación procesal de D^a. Consuelo , se dirige contra la Resolución de la Dirección General de la Policía por la que se desestima el recurso de alzada de la actora, contra el Acuerdo del Tribunal Calificador de la oposición a ingreso en la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía de 24 de Junio de 2.014 por el que, y entre otros pronunciamientos, se acuerda declararle no apta para el ingreso en la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía, convocatoria de 2 de septiembre de 2013 (Boletín Oficial del Estado nº 226, de 20 de Septiembre), al no superar una de las pruebas previstas consistente en el reconocimiento médico.

Pretende la recurrente la anulación de las Resoluciones referenciadas, argumentando que participó en el proceso selectivo iniciado con la Convocatoria antes aludida superando las dos primeras, consistentes en prueba de aptitud física y prueba de conocimientos y ortografía; que la tercera prueba tenía 3 partes, a) reconocimiento médico, b) entrevista personal y c) test psicotécnico, con un último ejercicio final voluntario de conocimiento de idiomas. La demandante fue considerada no apta en el reconocimiento médico, por indicarse por los asesores especialistas, en criterio asumido por el Tribunal Calificador, que estaba incurso en causa de exclusión 4.3.7 de la Orden del Ministerio del Interior de 11 de enero de 1988, " 4.3.7. *Otros procesos patológicos: Diabetes, enfermedades transmisibles en actividad, enfermedades de transmisión sexual, enfermedades inmunológicas sistémicas, intoxicaciones crónicas, hemopatías graves, malformaciones congénitas, psicosis y cualquier otro proceso patológico que, a juicio del Tribunal Médico, limite o incapacite para el ejercicio de la función policial* ", y ello por apreciar que a la demandante se le había realizado "masectomía derecha 2.011 por carcinoma ductal mamario. Actualmente en tratamiento con tamoxifeno"; añade la demandante que su exclusión del proceso selectivo carece de razón alguna pues aportó documentación médica acreditativa de su evolución favorable, encontrándose asintomática, no requiriendo de cuidados especiales y no viéndose afectada la funcionalidad del brazo, previéndose la finalización del tratamiento hormonal en el año 2016.

Añade la demandante que como quiera que ya había realizado las dos pruebas restantes de entrevista personal y test psicotécnico, la sentencia estimatoria debería reconocer sus derechos profesionales y económicos como producidos precisamente en la misma promoción a la que se presentó.

La Administración demandada, por su parte, interesó la desestimación del presente recurso argumentando, en líneas generales, que la decisión adoptada por el Servicio Sanitario Central de la Dirección General de la Policía se entronca dentro de la denominada "discrecionalidad técnica", dado que la exclusión de la recurrente fue debida a estar incurso en la causa contemplada en el punto 4.3.7 de la Orden de 11 de Enero de 1.988 a la que se remitían las Bases de la Convocatoria, no pudiéndose, en base a un criterio subjetivo, modificar el criterio objetivo utilizado por el órgano administrativo actuante.

SEGUNDO.- Conforme a la Resolución de 2 de septiembre de 2013, de la Dirección General de la Policía, por la que se convocaba 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, la fase de oposición constaba de una tercera prueba, a su vez dividida en tres partes, siendo la primera de ellas el reconocimiento médico:



6.1.3 Tercera prueba.

Constará de tres partes:

a) *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. El punto 2 de dicha Orden, obesidad-delgadez, se evaluará a través del índice de masa corporal (IMC). Peso: No serán aptos aquellos aspirantes, que presentando características morfológicas de obesidad, tengan un índice de masa corporal superior a 28 en hombres y mujeres. En ambos sexos, dicho índice no podrá ser inferior de 18. El cálculo del índice de masa corporal se efectuará aplicando la siguiente fórmula: $IMC = P/T^2$, donde P es el peso del aspirante desnudo en kilogramos y T la talla en metros.*

La realización de la parte a) implica el consentimiento de los aspirantes para que los resultados del reconocimiento médico sean puestos a disposición del Tribunal Calificador a los fines expresados y sirvan de fundamento para la evaluación y calificación de la misma.

Se aplicarán a los aspirantes las técnicas médicas de uso convencional que se estimen oportunas, incluida la analítica de sangre y orina.

La calificación de la parte a) será de «apto» o «no apto».

En base a estas previsiones se procedió a la exclusión de la actora del proceso selectivo, por considerarla no apta tras reconocimiento médico, por "mastectomía dcha 2011 por carcinoma ductal mamario actualmente en tratamiento con tamoxifeno", lo que incluía el Tribunal en el supuesto 4. 3.7 antes transcrito.

Al resolver el recurso de alzada se ofrece a la demandante alguna argumentación adicional, señalando que la misma, tras la intervención quirúrgica, se encontraba en tratamiento farmacológico para evitar una posible recidiva, y que al no haber transcurrido un periodo de cinco años de evolución sin recidiva no se podía asegurar su curación completa.

TERCERO.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2013 considera posible combatir, mediante pruebas adecuadas para ello, las declaraciones de no apto de los reconocimientos médicos, especialmente cuanto esta declaración carece de motivación suficiente. Y la citada Sentencia ofrece como ejemplo de motivación insuficiente el enumerar las secuelas que se padezcan sin contrastarlas con el cuadro de funciones que corresponden a un policía nacional y, tras ese contraste, describir para cuales de esas funciones podía resultar absoluta o gravemente imposibilitado dicho aspirante.

Pues bien, en el presente caso debe entenderse que el Tribunal apreció que la demandante padecía "Otros procesos patológicos ... que, a juicio del Tribunal Médico, limite o incapacite para el ejercicio de la función policial" y ello, como se argumentaba en la alzada, no tanto por apreciar en aquel momento limitación funcional, sino por el riesgo de recaída tras ser intervenida quirúrgicamente por cáncer de mama, al no haber transcurrido cinco años desde dicha intervención.

La demandante expuso en vía administrativa que fue diagnosticada en agosto de 2011 (la exclusión del proceso selectivo tuvo lugar en julio de 2014). Aportaba consulta ginecológica oncológica de 3 de julio de 2014 según la cual recibía tratamiento hormonal, como todos los pacientes, a finalizar en el año 2016; se añadía que por no estar afectados los ganglios linfáticos ni requería cuidados especiales, ni estaba afectada la funcionalidad del brazo. El 20 de noviembre de 2015 se emite informe por médico forense (prueba solicitada por la demandante) que expresa como antecedentes que la actora no precisó linfadenectomía; que no precisó radioterapia ni quimioterapia; que recibió tratamiento con tamoxifeno hasta agosto de 2014; que a la fecha del informe la remisión es total sin precisar tratamiento. Que a la exploración, la informada no presenta sintomatología o limitación alguna y puede realizar actividad física y deportiva normal. Como conclusiones expresa que la actora está curada y la remisión es completa. No altera su capacidad funcional y no produce ningún tipo limitación en su actividad física para poder desempeñar la actividad policial, y tampoco existe la certeza de que en un futuro le condicione para el desempeño de la función policial.

CUARTO.- Se estimará por ello el recurso, puesto que en realidad, y como se desprende de la Resolución desestimando el recurso de alzada, la demandante no fue excluida por sufrir un proceso patológico que limitase o incapacitase el ejercicio de la función policial, sino por la posibilidad de recidiva, es decir, no tanto por una limitación en aquel momento actual y presente, sino por una posibilidad futura, supuesto que ni es el que propiamente establece la causa 4.3.7, ni dicha posibilidad se encuentra motivada en atención a las específicas circunstancias personales de la demandante.

En el caso concreto, frente al escueto informe médico que sustentaba la exclusión de la demandante, que se limitaba a exponer la circunstancia de la mastectomía y el tratamiento con tamoxifeno, y a aludir, vía alzada, a la posible recaída, deben prevalecer los informes aportados por la propia parte, más expresivos de su específica



situación, y especialmente el referido informe del servicio de oncología, de julio de 2014, que indicaba que la demandante recibía únicamente tratamiento hormonal, y carecía de límites funcionales, corroborado por el informe del médico forense, que descarta la existencia de secuelas o limitaciones funcionales, a lo que nosotros podemos añadir también que la actora había superado las pruebas físicas previstas en la convocatoria.

QUINTO.- Sin perjuicio de lo anterior la estimación solo puede ser parcial, pues la demandante pretende que la Sentencia estimatoria reconozca a su favor los derechos que le corresponderían de continuar el proceso selectivo como si hubiera superado en su totalidad la fase de oposición, y ello porque realizó en su día la entrevista y los test psicotécnicos que constituían las pruebas b) y c) de la tercera fase. Sin embargo aunque el Tribunal Calificador acordó en su día, por economía organizativa, que se practicarían el reconocimiento médico, la entrevista y los test a todos los aspirantes que hubieran superado las fases anteriores, también acordó que solo se corregiría y valoraría la entrevista a quienes resultasen aptos en el reconocimiento médico, y solamente se valorarían los test a quien hubiera sido declarado apto tras la entrevista. Razón por la cual la demandante no fue valorada en dichas dos últimas pruebas.

El derecho de la demandante es el de ser declarada apta en el reconocimiento médico, y por lo tanto a que se valoren la entrevista personal y en su caso los test psicotécnicos realizados en su día, siempre que el Tribunal Calificador conserve los datos y antecedentes necesarios para proceder a dicha valoración motivada, o en caso contrario, a realizar nueva entrevista y test, con los mismos parámetros y criterios seguidos en la convocatoria firmada por la actora, y a ser valorada en los mismos, y en caso de ser declarada apta en la entrevista y de recibir la puntuación suficiente en los test para la adjudicación de una de las plazas convocadas, continuar el resto del proceso selectivo hasta su finalización. Caso de superar este período, la hoy recurrente deberá ser nombrada Policía del Cuerpo Nacional de Policía con el número de escalafón que le hubiera correspondido en la promoción saliente de la convocatoria en la que participó, con la misma antigüedad y resto de efectos administrativos que los obtenidos por quienes superaron esta convocatoria, con la oportuna liquidación de haberes debidos de percibir, previa deducción en su caso de las cantidades obtenidas por la demandante durante este periodo, por actividades incompatibles.

SEXTO.- Estimada parcialmente la demanda, no procede efectuar pronunciamiento alguno en cuanto a costas (art 139 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana de la Corte Macias, en nombre y representación de D^a. Consuelo , contra la Resolución de la Dirección General de la Policía, fechada el 14 de diciembre de 2014, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto, por la hoy actora, contra el Acuerdo del Tribunal Calificador de la oposición a ingreso en la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía por la que se acuerda declararle no apta en la prueba de reconocimiento médico, las cuales anulamos; al propio tiempo debemos declarar y declaramos:

1º.- Que la hoy recurrente no se encuentra afectada por ninguna de las causas de exclusión establecidas en la Orden de 11 de Enero de 1.988 para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía.

2º.- Que debe reconocérsele su derecho a que se declare que ha superado la prueba de reconocimiento médico establecida en la oposición-libre para cubrir plazas de alumnos del Centro de Formación, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía, convocatoria de 2 de septiembre de 2013 (Boletín Oficial del Estado nº 226, de 20 de Septiembre), con las consecuencias jurídicas especificadas en el Fundamento de Derecho quinto de la presente Resolución.

Pronunciamientos por los que habrá de estar y pasar la Administración demandada; y todo ello sin efectuar pronunciamiento alguno en cuanto a costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciendo la indicación de que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86, apartados 1 y 2 , y 89 de la Ley 29/1.998, de 13 de Julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Y para que esta Sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada la firmeza de la misma remítase testimonio, junto con el Expediente Administrativo, al órgano que dictó la Resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.



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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente D./Dña. IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ