



Roj: **STSJ GAL 7239/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:7239**

Id Cendoj: **15030330012017100524**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **22/11/2017**

Nº de Recurso: **309/2016**

Nº de Resolución: **573/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JULIO CESAR DIAZ CASALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00573/2017

Ponente: D. Julio Cesar Díaz Casales.

Recurso Número: Procedimiento Ordinario 309/2016.

Recurrente: Alexis .

Administración demandada: Dirección General de la **Policía .**

EN NO MBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D. Fernando Seoane Pesqueira, Presidente.

D^a. Dolores Rivera Frade

D. Julio Cesar Díaz Casales

A Coruña, a 22 de noviembre de 2017.

En el recurso contencioso-administrativo que, con el número PO. 309/2016, de esta Sala, interpuesto por D. Alexis , representado por el procurador D. Xulio Xabier López Valcarcel y dirigido por el Letrado D. José Ignacio Losada Castillo, contra la resolución del Director General de la **Policía** de 16 de septiembre de 2016 que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo del Tribunal Calificador del proceso selectivo de ingreso en la Escala Básica, Categoría de **policía** del Cuerpo **Nacional de Policía**, de fecha 27 de abril de 2016. Es parte demandada la Dirección General de la **Policía**, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Julio Cesar Díaz Casales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Admitido a trámite el presente recurso contencioso-administrativo, se practicaron las diligencias oportunas y, recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la parte recurrente para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo a medio de escrito en el que, en el que en síntesis, tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que se estimaron pertinentes, se acabó suplicando que se dictase sentencia por la que "estimando la misma en el sentido de declarar que esta resolución no es ajustada a derecho, declarando igualmente que el actor es apto en la prueba de reconocimiento médico y se le reconozca el derecho a realizar



las siguientes pruebas selectivas y en el caso de superar las mismas se le escalafone en la promoción en cuya oposición participó, convocatoria de 29 de abril de 2015, en el lugar que podría corresponderle por la puntuación final que obtenga".

SEGUNDO .- Conferido traslado a la parte demandada, se solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en la contestación de la demanda.

TERCERO .- Recibido el asunto a prueba y practicada ésta según obra en autos y declarado concluso el debate escrito, quedaron las actuaciones sobre la mesa para resolver.

CUARTO .- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo la de indeterminada.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- *Objeto del recurso* .

Por el recurrente, Alexis , se promovió el presente recurso contra la Resolución de 16 de septiembre de 2016 dictada por el Director General de la **Policía** por la que se desestimó el recurso contra su exclusión del proceso selectivo para el ingreso en la escala básica del Cuerpo **Nacional de Policía**, por padecer "**dicromatopsia**" comprobada con lámina Ishara.

SEGUNDO .- *Fundamentos de la impugnación* .

El recurrente, después de admitir en su demanda que padece una discromatopsia congénita, que consiste una anomalía de visión cromática leve que no afecta a su capacidad visual, no teniendo dificultad para diferenciar los colores primarios rojo, verde y azul, así como los blancos, rosas y grises, por lo que después de señalar que dentro de su patología hay que distinguir varios tipos, porque no es lo mismo padecer una protanopia (ceguera para el rojo y gris) deuteranopia (ceguera para el verde) o una deuteranomalía (dificultad para apreciar tonalidades de verdes) por lo que no padeciendo ninguna incapacidad física y habiendo superado las pruebas de conocimientos no puede excluirse cuando resulta que en el cuadro de la **Policía Nacional** de 1988 se incluye la **Dicromatopsia** (4.1.6) pero en el cuadro de exclusiones de la Guardia Civil de 1996 solo incluye la ceguera absoluta al rojo y al verde, por lo que después de aducir el derecho a no sufrir discriminación y a recibir el mismo trato que en relación al cuadro de exclusiones de la Guardia Civil, respecto del que no sería excluido y alegar el principio de igualdad que ha de regir en el acceso a las funciones públicas, referir la St. de esta Sala de 30 de abril de 2014 (dictada en el Recurso 911/2011) en la que se anuló una exclusión por Discromatopsia y la St. del T.S. de 15 de noviembre de 2007, en relación con el cuadro de exclusiones para acceder al cuerpo de Mossos d'Esquadra y la de 7 de abril de 2015 (Recurso 1454/2014) termina interesando la estimación del recurso, anulando la resolución recurrida y se reconozca al recurrente el derecho a realizar las siguientes pruebas selectivas y, en caso de superarlas, se le escalafone en la promoción en cuya oposición participó correspondiente a la convocatoria de 29 de abril de 2015, por la puntuación final que obtenga.

TERCERO .- *Oposición al recurso por la administración demandada* .

Por el Abogado del Estado, después de advertir que el recurrente no consta que hubiese impugnado la convocatoria, de la que forma parte el Anexo III de exclusiones médicas, señala que esta aquejado de una patología que le impide percibir de forma adecuada, por el sentido de la vista la realidad que le rodea lo que le dificulta su labor policial, al impedirle una correcta identificación de personas o cosas, indicando a este respecto que el informe del especialista de la administración es mucho más completo, detallado y exhaustivo puesto que especifica qué concretas dificultades encontraría el recurrente en el ejercicio de sus cometidos profesionales, que el presentado por el recurrente, por lo que termina interesando la desestimación del recurso.

CUARTO .- *Sobre la existencia de precedentes jurisprudenciales sobre la cuestión y sobre la prueba practicada en el presente recurso* .

Como bien advierte el recurrente en su escrito de demanda la exclusión por el padecimiento del recurrente ya ha sido tratada tanto por el T.S. como por esta Sala. Por lo que en aplicación del principio de seguridad jurídica hemos de reiterar lo que ya resolvimos, transcribiendo en parte los precedentes judiciales.

La St. del T.S. de 7 de abril de 2015 recaída en el recurso 1454/2015 afirmó:

CUARTO.- ... *Sobre la necesidad de que en los casos de discromatopsia leve, se motive no solo la existencia de la enfermedad sino que se justifique la relevancia que ello pueda tener en la prestación del servicio, se ha pronunciado ya esta Sala en anteriores ocasiones. Así en la sentencia de 26 de enero de 2015 se dice en su fundamento jurídico cuarto que:*

...En realidad, toda la controversia se centra en establecer si, previstas como causas de exclusión del proceso selectivo las discromatopsias sin que tal previsión vaya acompañada de ninguna otra que condicione su aplicación a que, por su gravedad o intensidad, impidan el ejercicio de las funciones propias del cuerpo en el que se pretende ingresar, se debe, pese a ello, exigir tal relación a partir del principio de proporcionalidad.

En la sentencia invocada en el primer motivo así lo entendimos. Se daban en el supuesto al que se refería unas circunstancias en buena medida semejantes a las que aquí concurren con la diferencia evidente de que entonces se trataba de un proceso selectivo para acceder al Cuerpo de Mossos d'Esquadra sujeto, por tanto, a la legislación establecida al respecto por la Generalidad de Cataluña. También allí la causa de exclusión se enunciaba como "discromatopsias" sin ir acompañado este término de matiz o salvedad alguna. Hubo prueba pericial en la instancia que confirmó que el recurrente padecía discromatopsia si bien de "pequeña cuantía". Y a partir de ese juicio y del parecer del perito de que no impedía al afectado desempeñar las tareas usuales de los Mossos d'Esquadra (vigilancia, patrulla, seguridad ciudadana,...), la Sala de instancia, en juicio confirmado en casación, concluyó que en tales circunstancias las normas aplicables no exigían excluirle y que, por tanto, la exclusión dispuesta era arbitraria y lesiva del derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución ...

...Sentado, pues, el criterio de que las causas de exclusión, tal como dijimos en la sentencia de 24 de septiembre de 2009 han de considerarse en función de si, efectivamente, inhabilitan para el ejercicio de los cometidos propios, en este caso, de un Cuerpo de **Policía** Local, es cierto que la sentencia ahora impugnada ha prescindido de esa comprobación que, sin embargo, es imprescindible.

...En consecuencia, la aplicación de esta doctrina jurisprudencial al presente caso debe dar lugar a la estimación del recurso de casación, pues la sentencia recurrida debió razonar motivadamente no solo sobre la existencia objetiva de una discromatopsia leve, que la recurrente no cuestiona, sino la incidencia en las funciones policiales, y al no hacerlo así, por seguridad jurídica ha de seguirse lo ya dicho en las sentencias antes referidas y admitir los dos motivos de casación.

Por nuestra parte en la St. de 30 de abril de 2014, recaída en el recurso 911/2011 indicamos:

CUARTO.- De cara a desvirtuar las apreciaciones y conclusiones de los asesores médicos designados por el tribunal del proceso selectivo en cuanto a la causa de exclusión comprendida en el apartado 4.1.6 del cuadro de exclusiones bajo el epígrafe "Discromatopsias", el perito judicial, propuesto por la parte actora, Dr. Hugo, médico Oftalmólogo, en el apartado relativo a la valoración médica de la capacidad visual del Sr. Oscar, alude a un conjunto de factores que califica de normales, con excepción del referido a "Test de colores de Ishihara", en el que refiere "se observan algunas respuestas alteradas compatibles con dificultad para diferenciar ciertos tonos del color verde (tonos pastel)".

A su vez, dentro del género Discromatopsias, califica el síndrome de "tricomasia anómala del tipo denominado deuteranomalía" que define, como la dificultad para diferenciar ciertos tonos del color verde (tonos pastel).

Y añade, que dicha anomalía no le impide la visión de los colores puros o primarios rojo, verde y azul, así como, gris, blanco y rosa, que el paciente habría discriminado sin complicación y con normalidad.

A la pregunta de si se trata de un padecimiento leve y si permite una capacidad visual normal, contesta que afirmativamente en los siguientes términos, "A mi manera de entender se trata de un padecimiento leve y permite una capacidad visual normal...".

QUINTO.- Sobre el alcance de la causa de exclusión en los términos en que se contempla por la citada Orden de 11 de enero de 1988, que se refiere como tal a la "Discromatopsia", es decir a la "...incapacidad para percibir o discernir los colores.." (DRALE), frente a lo que sucede con otras causas de exclusión de las citadas en aquella, lo cierto es que no se configura sobre la base de un juicio técnico adicional acerca de la dificultad que implica su padecimiento para el desempeño del puesto de trabajo, sino que considera causa de exclusión definitiva la patología en sí misma considerada, sin distinción de grados, lo que podría llevar a pensar que, efectivamente, como sostiene la Administración recurrida, no cabe distinguir en caso de apreciación de dicho padecimiento, debiendo entenderse que esa dificultad para distinguir matices o tonalidades del color verde puede impedir el desarrollo de distintas funciones policiales (control de masas, desactivación de explosivos, persecuciones, etc...).

Pues bien, la evolución jurisprudencial del control de la discrecionalidad técnica ha profundizado, no solo en la cumplimentación de los aspectos reglados, sino y además, en la observancia de los principios generales del Derecho, entre los que sin duda destaca el de proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos, positivizado constitucionalmente (artículo 9.3 CE) y que, entre otras manifestaciones, exige el escrupuloso cumplimiento del deber de exponer las razones en que se sustenta la decisión discrecional...



SEXTO.- Por tanto, el artículo 23.2 CE como derecho fundamental de acceso a la función pública, sin imposición de obstáculos ajenos al mérito y capacidad exigible para el desempeño de las funciones policiales, permite, siempre que en el proceso concreto se haya practicado prueba bastante por el recurrente, en cumplimiento de la carga de la prueba (artículo 217 LEC), modular la incapacidad visual que supone padecer una Discromatopsia, aun cuando la Orden de 11/02/1988, aluda a dicha patología, con carácter general y sin discriminar sus modalidades.

Lo anterior nos permite entrar en la valoración de la prueba pericial practicada en el proceso a instancia del actor y, concluir en base a sus dictámenes ratificados judicialmente y de modo coincidente el perito de parte y el perito judicial, que la discromatopsia que padece el Sr..., es una deuteranomalía de entidad leve, que se manifiesta en la dificultad para distinguir ciertas tonalidades del color verde, manteniendo la apreciación del resto de los colores puros.

...En definitiva, apreciamos un resultado probatorio contrario al de la conclusión que la Administración alcanzó, atendida también la absoluta carencia explicativa en la que incurre el Tribunal Médico y, por tanto, la propia resolución administrativa que lo hizo suyo, así como la ausencia en el proceso de todo intento probatorio en sentido contrario por parte de la demandada, por lo que el recurso debe ser estimado sustancialmente...

En el presente caso resulta del expediente que por Acuerdo de 27 de abril de 2016 se acordó la exclusión del proceso del recurrente y en el acta figura lo siguiente:

8327 Alexis 4.1.6 DISCROMATOPSIA COMPROBADA CON LÁMINA ISHARA (folio 26)

Como se puede comprobar no se relaciona la causa de exclusión con las funciones o cometidos que había de desenvolver como miembro del CNP.

Solo con ocasión del recurso de alzada se acompañó un informe de un facultativo médico del que resulta que podrían verse afectadas funciones básicas de seguridad ciudadana (identificación de vehículos, personas por su vestimenta, objetos) cualesquiera actividades de **policía** judicial e información al provocar errores en los datos identificativos y resulta incompatible con puestos más específicos, como la tripulación de helicópteros, TEDAX, grupos especiales de operaciones, **policía** científica (folio 38). Ciertamente el informe aportado, con la desestimación del recurso de alzada, es muy completo, pero incurre en el error de no concretar el padecimiento del recurrente en alguna de las categorías que distingue, tratando de este modo de considerar las limitaciones que solo serían predicables de las clases más graves del padecimiento.

Por ello resulta más acertado atender al informe aportado por el recurrente, emitido por el oftalmólogo D. Amadeo del que resulta que padece una deuteranomalía congénita, que no afecta la apreciación de los colores primarios rojo, verde, azul ni los blancos, grises y rosas, tan solo le dificultaría la visión de algunas tonalidades de verde, sin que resulte acreditado que tal limitación hubiera de afectar al desarrollo de las funciones policiales, por lo que se impone la estimación del recurso y anular la resolución recurrida, declarando el derecho del recurrente a seguir el proceso selectivo del que fue indebidamente excluido, con la declaración que de llegar a superarlo deberá ser integrado en el puesto escalafonal que le hubiese correspondido en relación con la convocatoria de 2015.

QUINTO .- Costas .

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 139 de la LRJCA , en la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre de agilización procesal, al desestimarse el recurso procede imponer las costas a la administración, si bien ponderando prudentemente las mismas se fija la cuantía en 1.500 €.

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

FALLAMOS:

Que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. XULIO XAVIER LÓPEZ VALCARCEL, en nombre y representación de Alexis , contra la Resolución de 16 de septiembre de 2016 dictada por el Director General de la **Policía** por la que se desestimó el recurso contra su exclusión del proceso selectivo para el ingreso en la escala básica del Cuerpo **Nacional de Policía**, por padecer "**dicromatopsia**" comprobada con lámina Ishara, **ANULANDO LA MISMA** en el sentido de declarar el derecho del recurrente a continuar el proceso selectivo y, en caso de superar todas sus fases, a ser escalafonado con el número de orden que le correspondería en la convocatoria de 2015 en base a la puntuación que finalmente obtenga, con expresa imposición de costas a la administración si bien limitada a la cantidad máxima de 1.500 €.



Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa . Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0309-16), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.

La presente sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Julio Cesar Díaz Casales, al estar celebrando audiencia pública la Sección 1ª del TSJ de Galicia en el día de su fecha, lo que yo letrado de la Administración de Justicia certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDJ