

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: 28.079.00.3-2017/0025859



Procedimiento Ordinario 1385/2017

Demandante: D./Dña. XXXXXX
PROCURADOR D./Dña. JOSE JAVIER FREIXA IRUELA
Demandado: DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 905/2019

Presidente:
Dña. ELVIRA ADORACION RODRIGUEZ MARTI
Magistrados:
D. IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR
D. SANTIAGO DE ANDRÉS FUENTES
D. JOSÉ FELIX MARTÍN CORREDERA

En la Villa de Madrid a trece de noviembre de dos mil diecinueve.

VISTO por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurso contencioso-administrativo número 1385/2017, promovido por el Procurador de los Tribunales Don José Javier Freixa Iruela, en nombre y representación de Don XXXXXX, contra la resolución de la Dirección General de la Policía de fecha 7 de septiembre de 2017, desestimando recurso de reposición contra Resolución de 31 de julio de 2017, por la que se impone al recurrente, Funcionario de la Policía Nacional, la sanción de suspensión de funciones durante 91 días, prevista en el artículo 10.1 b) de la LO 4/2010, de 20 de Mayo, del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía como autor de una infracción muy grave tipificada en el artículo 7 m) del mismo, ante "la negativa injustificada a someterse a reconocimiento médico".

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizara su escrito de demanda, lo que verifico mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte Sentencia por la que se anule dicha resolución sancionadora recurrida, con todos los pronunciamientos añadidos, o subsidiariamente se rebaje a la sanción de suspensión de funciones desde cinco días prevista y tipificada en el apartado 2) del artículo 10, de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, todo ello con condena en costas de la demandada.

SEGUNDO.- La parte demandada, Abogacía del Estado, contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte Sentencia por la que se desestime la demanda formulada por la recurrente, no solicitando recibimiento probatorio y ni trámite de conclusiones.

TERCERO.- Tras los trámites legales, se declararon conclusas las actuaciones y pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el 13 de noviembre de 2019.

Siendo Ponente Don Ignacio del Riego Valledor, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo la impugnación de la resolución de la Dirección General de la Policía de fecha 31 de julio de 2017 por la que se impone al ahora recurrente, funcionario de la Policía Nacional, la sanción de suspensión de funciones durante 91 días, prevista en el artículo 10.1 b) de la LO 4/2010, de 20 de Mayo, del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía como autor de una falta muy grave tipificada en el artículo 7 m) del mismo, ante "la negativa injustificada a someterse a reconocimiento médico".

Explica el actor en su demanda que el expediente sancionador recoge como hechos probados los siguientes:

“-El procedimiento vino motivado por la conducta observada por el funcionario sancionado quien, el día 19 de octubre de 2016, tras haber sido emplazado junto con otros miembros de la citada plantilla por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, con la finalidad de ser sometidos a un reconocimiento médico de carácter obligatorio para determinar la idoneidad de sus capacidades psicofísicas para el desempeño de sus funciones, y haber sido reconocido los días 10 y 11 de octubre de 2016, sin poderse completar ninguno de los días el reconocimiento médico, cuando le iban a realizar las

siguientes pruebas, al medirle el perímetro abdominal, comenzó a cuestionar la forma en la que la enfermera doña xxx, se lo estaba realizando, alzando la voz y acusándola de mantener una actitud violenta con él desde el primer día, por lo que ésta, al sentirse intimidada, avisó a su compañera, la doctora doña xxxx y, en presencia de ambas, el funcionario comenzó a cuestionar la obligatoriedad de someterse al reconocimiento médico, hasta que finalmente rompió su impreso de consentimiento y se marchó sin concluir las

Considera el demandante que se vulnera su derecho a la presunción de inocencia y su derecho de defensa contradictoria, ante la ausencia de prueba de cargo suficiente. En ningún momento fue informado de la obligatoriedad de someterse a reconocimiento médico, antes al contrario, se le indicó que era voluntario. Que algunos funcionarios realizaron una consulta sindical, manifestándose desde los Sindicatos que no había nada escrito, que el reconocimiento era obligatorio solo para ciertas Unidades, no para el Servicio de Seguridad que prestaba el demandante en dependencias policiales. Que como parte del reconocimiento médico debía procederse a la medición del perímetro abdominal, discrepando el demandante en la forma de hacerlo, pues la enfermera realizó una medición por debajo del hueso de la cadera y con ropa, entendiéndose más correcto el actor realizar la medición por encima del hueso de la cadera y sin ropa; que insistiendo el demandante en que no era la forma correcta, aunque la enfermera le decía que así lo habían medido a todo el mundo, la enfermera llamó a gritos a la Doctora diciendo “es cc”, ante lo cual, llegada la Doctora, el demandante se disculpó por ser xxx, preguntó si el reconocimiento era voluntario y al contestarle que sí, revocó su consentimiento, llevándose el impreso, que no rompió ni tiró a la papelera, y marchándose hasta que no se hiciera una medición de la forma correcta.

Le ha sido causada indefensión, pues se tomó declaración en el expediente sancionador a las citadas enfermera y doctora, sin permitir la participación del demandante en la prueba. Igualmente se causó indefensión al no practicarse la prueba solicitada tendente a demostrar el carácter voluntario del reconocimiento médico, y de la existencia de un número de funcionarios que por tal motivo no lo pasaron, sin ser sancionados por ello.

Tratándose de un reconocimiento voluntario, no concurren los elementos precisos para el cumplimiento del tipo infractor.

Tampoco existe estudio de la proporcionalidad de la sanción, entendiéndose el demandante que procedería –en todo caso- acudir al artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2010, que tipifica las faltas graves y de manera literal subsume en dicho precepto la conducta consistente en “la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales que pongan en grave riesgo la vida, salud, o integridad física, propia o de sus compañeros o subordinados”.

SEGUNDO.- El Sr. Letrado del Estado se opuso a la demanda indicando que, conforme aparece en el antecedente de hecho octavo de la Resolución de 31 de julio de 2017:

“El Sr. Xxxxxxque está destinado en la Comisaría del Distrito de Salamanca (Madrid), y desempeña sus funciones como Jefe de Equipo del Servicio de Seguridad y Custodia de detenidos, fue emplazado junto con otros miembros de la plantilla para el mes de octubre de 2016, por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, perteneciente a la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales y Acción Social de la Sub dirección General de Recursos Humanos de la Dirección General de la Policía, a través de la Secretaría de Personal de su plantilla, con la finalidad de ser sometidos a un reconocimiento médico de

carácter obligatorio para determinar la idoneidad de sus capacidades psicofísicas para el desempeño de sus funciones.

Los exámenes médicos fueron realizados por la empresa privada "Cualtis", y para ello desplazó una unidad móvil a las inmediaciones de las dependencias policiales, a la que Sr. XXXXXX asistió los días 10 y 11 de octubre de 2016, sin poderse completar ninguno de los días el reconocimiento médico, el primer día porque no aportó una muestra de orina, y el segundo porque la aplicación informática de la empresa no permitía remitir para su análisis la muestra de orina con un número de referencia distinto al de la muestra de sangre que se le extrajo el día anterior.

El día 19 de octubre de 2016, el Sr. XXXXXX regresó, y accedió a que le extrajesen de nuevo una muestra de sangre e hizo entrega de una muestra de orina, para que fuesen al laboratorio con el mismo número de referencia, y posteriormente cuando le iban a realizar las siguientes pruebas, al medirle el perímetro abdominal, comenzó a cuestionar la forma en la que la enfermera doña xxxx, se lo estaba realizando, alzando la voz y acusándola de mantener una actitud violenta con él desde el primer día, por lo que ésta al sentirse intimidada, avisó a su compañera, la médico, doña xxxx, y en presencia de ambas comenzó a cuestionar la obligatoriedad de someterse al reconocimiento médico, hasta que finalmente rompió su impreso de consentimiento informado facilitado por la empresa "Cualtis" y se marchó sin concluir las pruebas".

Afirma el Sr. Letrado del Estado que estos hechos se encuadran perfectamente en el tipo expuesto, cumpliéndose las exigencias de tipicidad. No quiebra el principio de presunción de inocencia, al haberse desplegado prueba de cargo suficiente, toda vez que los hechos –no así su calificación jurídica- no resultan controvertidos, según resulta de la declaración de las testigos, y de la declaración del propio recurrente, quien reconoce explícitamente que al no estar conforme con la manera en que se produjo la medición del perímetro abdominal revocó el consentimiento para a continuación del reconocimiento y abandonó el lugar, sin terminarlo.

La prueba propuesta por el expedientado resultaba innecesaria por inútil al no existir controversia sobre la negativa de D. Xxxxxx someterse al reconocimiento médico, no justificándose indefensión material.

En cuanto al supuesto carácter voluntario del reconocimiento médico, el artículo 10 del Real Decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, establece que: "Los reconocimientos médicos, así como las demás medidas sanitarias de carácter preventivo y la administración de vacunas, serán voluntarios, salvo que una norma establezca otra previsión para determinados casos, o cuando resulten necesarios para la detección de patologías que puedan causar grave riesgo para los propios funcionarios o para los ciudadanos".

La Resolución número 61/1990, de 13 de julio de 1990, del Director General de la Policía, por la que se establece la normativa de reconocimientos médicos de los funcionarios de la Dirección General de la Policía, que establece que: "los reconocimientos médicos se realizarán de forma obligatoria a los funcionarios de la Dirección General de la Policía con los siguientes objetivos fundamentales: (...) el diagnóstico precoz de enfermedades, la detección de enfermedades infecto-contagiosas, comprobar las aptitudes físicas, psíquicas y sensoriales de los funcionarios policiales, la actualización del historial clínico de los

funcionarios policiales (...)” y clasifica los tipos de reconocimientos médicos, entre los que se encuentran los reconocimientos médicos periódicos.

En este sentido, consta en el expediente administrativo Informe emitido por la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales, de 21 de marzo de 2017, en el que se indica lo siguiente: "La Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el R.D. 2/2006, por el que se establecen normas de prevención de riesgos laborales de los funcionarios de Policía Nacional, determinan la obligación de la Dirección General de la Policía a llevar a cabo la vigilancia de la salud de los empleados públicos de ella dependiente, estableciendo, en el plan de Prevención de Riesgos Laborales, que dichos reconocimientos médicos son de carácter obligatorio en función de las características especiales de la profesión policial y para preservar la salud individual y conseguir una protección adecuada del resto de la sociedad, asegurando, dentro de lo posible un estado psicofísico adecuado de los funcionarios policiales".

Por tanto, el sometimiento del recurrente al reconocimiento médico al que concurrió voluntariamente al ser emplazado para ello pero que se negó concluir de forma injustificada, era obligatorio conforme a la normativa expuesta.

Por último, tampoco puede acogerse la alegación relativa a la falta de proporcionalidad de la sanción, toda vez que la impuesta es la mínima prevista de suspensión de funciones, para las muy graves.

TERCERO.- Abordaremos en primer lugar las alegaciones del demandante en cuanto a la práctica de la prueba (no participación en la realizada, no realización de la propuesta).

En cuanto a la ausencia de contradicción en la práctica de la prueba, al no estar presente el demandante durante la declaración de las dos testigos examinadas por el Instructor, cabe constatar en primer lugar que el demandante (asistido de Letrado) no hizo objeción alguna al contestar al pliego de cargos y proponer sus propios medios de prueba, no cuestionando entonces la práctica de dicha prueba sin su presencia.

A mayor abundamiento, con ser verdad que la práctica de la prueba testifical sin sujeción al principio de contradicción puede suponer una infracción del derecho a un proceso con todas las garantías cuando por la relevancia y alcance de las declaraciones sea determinante de indefensión, ni en la LORDCNP (art. 34), ni en el Estatuto Básico del Empleado Público, ni en Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (Real Decreto 33/1986) se establece la necesaria participación del expedientado en la práctica de los medios de prueba que el Instructor considere convenientes para la determinación y comprobación de los hechos; no obstante, el derecho de prueba se garantiza con la posibilidad de abrir fase de prueba después de contestado el pliego de cargos. Por lo tanto las declaraciones testificales fueron tomadas conforme a lo previsto en el art. 34 LORDCNP y nada ha justificado sobre la indefensión en que, según sostiene, fue situado, ni sobre la eventual incidencia de su intervención en el resultado de la prueba. Tampoco durante la sustanciación de este recurso ha precisado sobre qué extremos relevantes habrían de ampliar o variar su declaración los testigos que declararon en el expediente.

Por lo expuesto hasta ahora, la cuestión realmente necesitada de prueba era la de la obligatoriedad o voluntariedad del reconocimiento médico, cuestión que, como es patente, no podía ser aclarada por quienes comparecieron como testigos, pues formaban parte de un servicio externo de prevención limitándose a realizar reconocimientos médicos a los funcionarios que figuraban en el listado facilitado por la propia Unidad policial. Por lo tanto, como quiera la ninguna luz podían arrojar los testigos sobre este extremo, ninguna indefensión material causó la ausencia durante la prueba del demandante.

Finalmente el instructor expuso los motivos por los que no se accedía a la prueba propuesta por el demandante: ya se había acordado solicitar informe del órgano competente sobre la obligatoriedad del reconocimiento médico. Las pruebas tendentes a demostrar que otros policías no habían pasado el mismo, sin consecuencias disciplinarias, se consideraron no relevantes, pues no se valoraba la conducta de aquellos. En realidad, y para finalizar el estudio de las cuestiones relacionadas con la prueba practicada, entendemos que no existe discrepancia sobre los hechos, en su parte esencial, que fueron la citación al demandante a un reconocimiento médico y su no finalización, al entender durante el curso del mismo que siendo voluntario podía revocar su consentimiento.

CUARTO.- Como queda dicho, la cuestión principal a resolver es la de si el reconocimiento médico a que el actor fue llamado tenía carácter obligatorio, pues conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, es infracción muy grave “la negativa injustificada a someterse a reconocimiento médico, prueba de alcoholemia o de detección de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, legítimamente ordenadas, a fin de constatar la capacidad psicofísica para prestar servicio.”

El Instructor solicitó del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Dirección General de la Policía informe sobre el carácter obligatorio o voluntario del reconocimiento. El citado Servicio lo emitió en el sentido siguiente:

“La Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el R.D. 2/2006, por el que se establecen normas de prevención de riesgos laborales de los funcionarios de Policía Nacional, determinan la obligación de la Dirección General de la Policía a llevar a cabo la vigilancia de la salud de los empleados públicos de ella dependientes, estableciendo, en el plan de Prevención de Riesgos Laborales, que dichos reconocimientos médicos son de carácter obligatorio en función de las características especiales de la profesión policial y para preservar la salud individual y conseguir una protección adecuada del resto de la sociedad, asegurando, dentro de lo posible un estado psicofísico adecuado de los funcionarios policiales.

La falta de recursos necesarios por parte del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, para realizar esta actividad ha hecho necesario contratar a la empresa Cualtis al objeto de efectuar los citados reconocimientos médicos”.

Por su parte el actor aportó un oficio de la Subdirección General de Recursos Humanos a cuyo tenor:

“De acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 2/2001 por el que se establecen normas sobre Prevención de Riesgos Laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, así como lo dispuesto en el Plan de Prevención de Riesgos Laborales de la Dirección General de la Policía sobre vigilancia de la salud, se va a iniciar

la realización de reconocimientos médicos protocolizados obligatorios, a los funcionarios policiales que se encuentren destinados en las siguientes Unidades y dependencias: Dirección Adjunta Operativa (Presidencia, Congreso, Senado Tribunal Constitucional, Audiencia Nacional y Consejo General del Poder Judicial), Subdirección General de Logística (Telecomunicaciones e informática), Comisarías Generales (Policía Judicial, Extranjería y Fronteras, Información y Policía Científica), Divisiones (Personal, Formación y Perfeccionamiento, Documentación, Económica y Técnico y Cooperación internacional). Asimismo, se realizarán reconocimientos médicos a todos los funcionarios, destinados en Jefaturas Superiores, adscritos a los grupos operativos de las Unidades referidas anteriormente”

Entendiendo el demandante que su puesto (Seguridad en una Comisaría Local) no se encontraba entre los enumerados.

QUINTO.- Al contrario de lo que se indica en los informes transcritos, entendemos que lo que se desprende del RD 2/2006 es que la vigilancia de la salud en el Cuerpo Nacional de Policía tiene carácter voluntario, salvo en aquellos casos en los que una norma establezca otra previsión, o cuando los reconocimientos médicos resulten necesarios para la detección de patologías que puedan causar grave riesgo para los propios funcionarios o para los ciudadanos, en cuyo caso serán de carácter obligatorio y se informará a los representantes de los funcionarios. (art. 10.2, 2. *“los reconocimientos médicos, así como las demás medidas sanitarias de carácter preventivo y la administración de vacunas, serán voluntarios, salvo que una norma establezca otra previsión para determinados casos, o cuando resulten necesarios para la detección de patologías que puedan causar grave riesgo para los propios funcionarios o para los ciudadanos, en cuyo caso serán de carácter obligatorio y se informará a los representantes de los funcionarios”*).

Los reconocimientos médicos periódicos y generales que se realizan de forma ordinaria en el seno de los planes de prevención tienen carácter voluntario para el funcionario, guardando así un paralelismo con lo dispuesto con carácter general para los trabajadores por cuenta ajena, pues el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece para el empresario la obligación de velar por la salud y la seguridad de las personas que trabajan con él, garantizándoles la posibilidad de realizar una vigilancia periódica de su salud, añadiendo a continuación que "esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento", voluntariedad que responde a la necesidad de proteger el derecho a la intimidad del trabajador.

SEXTO.- Naturalmente en ocasiones tales reconocimientos serán obligatorios, como en aquellos casos en los que el reconocimiento tenga por finalidad el control de la situación de incapacidad temporal, o la capacidad psíquico física del funcionario, o el posible consumo de estupefacientes. A estas otras situaciones es a las que apunta el tipo infractor previsto en el art. 7 de la Ley Orgánica, al citar, junto al reconocimiento médico, las pruebas para detección de alcoholemia, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y especificar que debe tratarse de exámenes tendentes a constatar la capacidad psicofísica para prestar servicio, finalidad ausente en el caso de los reconocimientos ordinarios periódicos, cuyo objetivo es, más genéricamente, la vigilancia de la salud del funcionario.

Salvo error no se ha aportado al procedimiento la Resolución 61/1990, de 13 de julio de 1990, si bien la misma no serviría para justificar por si sola el carácter obligatorio de los reconocimientos médicos propios del plan de prevención, dado que la misma es anterior al RD 2/2006.

Procede por lo tanto la estimación del recurso, máxime cuando la Administración no ha justificado que al citar al demandante a reconocimiento se le advirtiese –correcta o incorrectamente- del carácter obligatorio del mismo y de las posibles consecuencias disciplinarias de negarse a someterse al mismo.

SEPTIMO.- Concurriendo en el presente supuesto dudas de derecho –al fundarse la sanción en informes que indicaban el carácter obligatorio del reconocimiento- no procede condena en costas conforme al art. 139 LJCA.

FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don XXXXXX, contra la resolución de la Dirección General de la Policía de fecha 7 de septiembre de 2017, desestimando recurso de reposición contra la sanción impuesta por Resolución de 31 de julio de 2017, anulando la misma, y sin condena en costas.

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 2581-0000-93-1385-17 (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 2581-0000-93-1385-17 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.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.