



Roj: **STSJ M 14480/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:14480**

Id Cendoj: **28079330072022100982**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **28/11/2022**

Nº de Recurso: **2642/2020**

Nº de Resolución: **997/2022**

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

33009710

NIG: 28.079.00.3-2020/0024077

Procedimiento Ordinario 2642/2020 2-R tlf. 914934768

Demandante: D./Dña. Juan Ramón

PROCURADOR D./Dña. MARIA ISABEL HERRADA MARTIN

Demandado: DIRECCION GENERAL DE LA **POLICIA**

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 997/2022

Presidente:

Dña. M^a JESÚS MURIEL ALONSO

Magistrados:

D. IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR

D. SANTIAGO DE ANDRÉS FUENTES

D. MANUEL PONTE FERNÁNDEZ

En la Villa de Madrid a veintiocho de noviembre de dos mil veintidós.

La Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha visto el recurso contencioso administrativo tramitado al número 2642/2020, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Herrada Martín representación de DON Juan Ramón , contra Acuerdo del Director General de la **Policía** de fecha 24 de Noviembre de 2020, por el que se acuerda, imponer al demandante una sanción de suspensión de funciones de 6 meses por una falta muy grave.

Ha sido demandada la Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado.

Y ha actuado como ponente Don Ignacio del Riego Valledor, Magistrado de la Sala

ANTECEDENTES DE HECHO





PRIMERO.- Interpuesto recurso contra la resolución identificada en el encabezamiento, y previos los trámites legales se formalizó demanda en la que con alegación de los hechos y fundamentos que se consideraron oportunos se terminó con la solicitud de una Sentencia por la cual se acordase dejar sin efecto la sanción de 180 días de suspensión de funciones, impuesta a D. Juan Ramón por presunto "incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad" prevista y sancionada en el artículo 7.i de la Ley 4/2010 de Régimen Disciplinario de la **Policía** Nacional la misma, objeto de recurso, con expresa imposición de costas a la Dirección General de la **Policía** o en su defecto y con carácter subsidiario declarar que sanción sería de carácter grave en su grado mínimo de 5 días, habida cuenta las circunstancias concurrentes.

SEGUNDO.- La Abogacía 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.- Conclusas las actuaciones, se señaló para la votación y fallo el 23 de noviembre de 2022, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Indica el actor, **Policía** Nacional, que el expediente sancionador seguido en su contra fue abierto, según consta en el Acuerdo de Incoación, por cuanto desde Noviembre de 2018, el mismo se publicita en las distintas redes sociales con un determinado seudónimo, como actor pornográfico, siendo totalmente reconocible en algunos de los fotogramas que aparecen en dichas redes, algunas de alto contenido sexual, aportando además un correo para contrataciones, pues al parecer, actúa en salas especializadas, realizando espectáculos pornográficos en directo y realiza videos de la misma temática.

Frente a esta imputación, argumenta el demandante el perfil que gestionaba en las redes sociales como actor pornográfico era privado, no abierto al público; que sus derechos de imagen estaban cedidos a la Productora, desconociendo si esta cobraba por el acceso a los contenidos, el actor no cobraba nada sino que lo hacía por afición; en el concreto espectáculo de Benavente no cobró nada, fue de acompañante a su entonces pareja. Nunca trabajó como profesional, solo como amateur, sin cobrar por derechos de imagen ni identificarse como **Policía** Nacional y sin utilizar su nombre personal.

Añadía que rompió su relación con Lucía, su pareja en aquel periodo, ruptura que no fue amistosa. Que no obstante esta circunstancia, se tomó declaración a dicha persona durante la Instrucción, sin comunicarlo previamente al expedientado, que no pudo intervenir en dicha prueba.

Que su expareja manifestó que ella cobraba 300 euros por escena; también dijo que el actor no cobraba porque lo habitual es que solo cobre la actriz. Que ignora lo que pagaron al demandante en el espectáculo de Benavente.

Señala que es incierto que no exista una Compañía llamada LAIN BETELE SL (a quien cedió sus derechos el demandante)

Considera el actor infringido el art. 37 de la Ley 4/2010 al no haberle comunicado la práctica de la prueba testifical y comunicado que podía asistir a la misma, máxime dada la relación de enemistad comunicada por el actor.

Que los espectáculos pornográficos en que participó tenían contenido mercantil, pero para quien cobró por ellos, que no fue el inculpado. Que los espectáculos a través de internet los cobraba Lucía, su pareja.

Que es falso que el actor cobrase en los espectáculos en vivo. Que no puede concluirse que al ser pareja lo abonado a uno beneficie al otro.

Que es igualmente falso que no exista la Sociedad LAIN BETELE, la cual existía cuando se firmó el contrato, aunque luego se diera de baja en el Registro Mercantil.

Considera que la alegada infracción está incorrectamente tipificada, pues la diferencia entre falta grave y muy grave, y sus consecuencias sancionadoras, se circunscribe a que la actividad desarrollada por el interesado pudiera ser declarada compatible o no pudiera nunca ser declarada como compatible, por estar inmersa en alguno de los supuestos previstos en la Ley de Incompatibilidades, que se ciñe a los trabajos relacionados con el sector público, la Administración o sus organismos o en su defecto que haya suplantación de horarios que afecte a la función policial o a la percepción de salario.

Entiende el actor que de haberla solicitado en su momento, hubiera sido concedida la compatibilidad sin ningún género de dudas.





Insiste en la inexistencia de prueba de cargo.

SEGUNDO.- El Sr. Letrado del Estado considera como hecho probado no controvertido que desde noviembre de 2018 el recurrente ha estado desarrollando una actividad profesional como actor pornográfico de forma paralela al ejercicio de sus funciones como **policía** nacional en activo, sin solicitar en ningún momento la declaración de compatibilidad.

Indica que la hipotética falta de validez de la prueba testifican no conduciría a la nulidad de la sanción, pues existen otros elementos probatorios, pues aparte de la actividad, reconocida, también según la propia declaración del actor suscribió un contrato de cesión de derechos de imagen con una empresa, que sería "la que cobraba". Asimismo, si la relación con su pareja Lucía duró tres meses, la declaración de la testigo afectaría únicamente a dicho periodo, no a todo mayor el periodo en que el actor desarrolló su actividad.

En cuanto a la cesión de derechos de imagen, es un negocio jurídico oneroso, no gratuito, sin que el hecho de que en el contrato no se haya rellenado el apartado de la remuneración implique que no se haya cobrado por ello.

Argumenta que no podría autorizarse una situación de compatibilidad del trabajo policial con actividad que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia, ser incompatible por razón del nivel de puesto de trabajo que se ocupe, suponer un deterioro para la imagen y el prestigio de la **Policía** Nacional o ser contrario a sus principios básicos de actuación, lo que a su juicio ocurre en este supuesto. Aunque el actor no se haya identificado como **Policía** en sus actuaciones, estamos ante un **policía** nacional destinado en una Comisaría de Distrito de una ciudad de Andalucía, cuya imagen aparece, perfectamente identificable, en varios perfiles de redes sociales, algunos con enlaces a páginas web porno de pago, y en los que figuran imágenes y/o videos de alto contenido erótico o, simple y llanamente, pornográfico, con el consiguiente desprestigio que ello puede conllevar para la imagen y el prestigio de la **Policía** Nacional como institución encargada, entre otras cosas, de la lucha contra los delitos de trata de personas y contra los delitos de explotación sexual, cuyos autores se sirven también habitualmente de las redes sociales para difundir los contenidos pornográficos derivados de su actividad ilícita.

TERCERO.- A juicio de la Sala, la resolución del presente recurso contencioso administrativo implica analizar en primer lugar la trascendencia de la prueba testifical y su práctica, como posible causa de nulidad; en segundo lugar si la actividad como actor pornográfico del actor infringió o no la normativa de incompatibilidades, ante una doble hipótesis: si puede infringirse la normativa sobre incompatibilidades por actividad sin ánimo de lucro, y si en este caso existió o no este ánimo de lucro.

CUARTO.- Como es sabido, los vicios procedimentales, como pudiera ser la práctica de una prueba testifical sin intervención del expedientado, no son causa de nulidad automática, ni siquiera de anulabilidad, que se supedita a la producción de efectiva indefensión.

En el caso de autos no se considera que esta indefensión exista, pues la prueba testifical era innecesaria en cuanto a la demostración de la existencia de la actividad del demandante como actor pornográfico, que no se niega, como tampoco se niegan como tuyas (con las precisiones que diremos) las páginas de redes sociales identificadas por el Instructor. El único punto de la declaración de la testigo que podría ser útil a la Instrucción es el que se refiere a los posibles pagos al demandante, siendo la declaración de la testigo en este punto no concluyente ni categórica.

Al hilo de lo anterior, y aun prescindiendo de la prueba testifical, no podemos coincidir con el actor en la inexistencia de prueba de cargo, pues existe abundante prueba documental (reproducción de contenido de Internet), cuyo acceso es público, y no privado como mantiene el actor, pues de otro modo no se explica como el Instructor pudo realizar estas capturas de pantalla, pudiendo inferirse de dichos anuncios y contenidos el ánimo de profesionalidad del demandante. A ello nos referiremos posteriormente.

QUINTO.- Entrando ya en el fondo -la existencia de incompatibilidad- llama la atención la afirmación categórica del demandante, en el sentido de que, si hubiera solicitado declaración de compatibilidad de su actividad de actor pornográfico con la actividad policial, sin duda le habría sido concedida. Afirmación a la que se opone, con igual rotundidad, el Sr. Letrado del Estado, que mantiene que nunca se habría concedido autorización, independientemente de que tal actividad fuera o no remunerada.

La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, establece en su artículo 1.3 que en cualquier caso, el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley *será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia.*





Los artículos 11 y siguientes establecen una serie de supuestos o límites a la autorización de actividades privadas (cobradas o no), sin que sea posible entender que se trate de una enumeración exhaustiva, y que esté permitida cualquier actividad no expresamente indicada en dicho articulado.

Por su parte el art. 15.2 del Régimen de Personal de la **Policía** Nacional señala que *en ningún caso se podrá autorizar la compatibilidad para desempeñar un segundo puesto de trabajo, cargo, profesión o actividad, pública o privada, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia, ser incompatible por razón del nivel del puesto de trabajo que se ocupe, suponer un deterioro para la imagen y el prestigio de la **Policía** Nacional o ser contrario a sus principios básicos de actuación.*

SEXTO.- Consideramos, con el Sr. Letrado del Estado, que de haber solicitado el actor autorización de actividad como actor pornográfico, le habría sido desestimada. Sin necesidad de examinar el Código Ético de la **Policía** Nacional, a que se refiere el expediente, la normativa de incompatibilidades excluye la posibilidad de autorizar actividad privada que pueda suponer un menoscabo para el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario, o suponer un deterioro para la imagen y prestigio de la **Policía** Nacional.

La **Policía** Nacional es un instituto armado de naturaleza civil, uniformado, con estructura jerarquizada, que tiene como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, con ámbito de actuación en todo el territorio nacional. Los miembros de la **Policía** Nacional, y de demás fuerzas de seguridad del Estado, ejercen con carácter de autoridad y exclusividad, las funciones de protección de seguridad pública. Consideramos que la difusión pública de actividad sexual, autocalificada como pornográfica, llevada a cabo por un miembro en activo de la **Policía** Nacional, conduce al desprestigio de esta, y al deterioro de la imagen de profesionalidad y seriedad de esta Institución, pues no parece preciso razonar que, en la realidad social que vivimos, la actividad de actor pornográfico no lleva asociadas las ideas de profesionalidad, seriedad, prestigio o autoridad.

No es obstáculo para esta conclusión que el actor al promocionar su actividad pornográfica no se identifique como **policía**, cuando en dichas promociones de su actividad se incluye su imagen, lo que permite que sea reconocido por sus compañeros o por el público en general, como de hecho así ha sucedido, como lo demuestra la existencia del presente expediente sancionador, que no se habría incoado de no haber trascendido y llegado a conocimiento de la Dirección General de la **Policía** la actividad desarrollada por el demandante como actor pornográfico.

Y en fin, el demandante no despliega argumento alguno tendente a demostrar que esta actividad pudiera haber sido autorizada como compatible; se limita a afirmar que no cobra por la actividad y que esta incompatibilidad solo puede apreciarse en determinados supuestos de solapamiento de horario, cuantía de las percepciones, o de coincidencia de la actividad privada con la labor profesional, lo que como hemos visto no es el caso, pues igualmente puede denegarse la autorización en los otros supuestos que hemos indicado.

De hecho, el actor habría podido despejar fácilmente las dudas sobre si la Administración consideraba la actividad autorizable, pues habría bastado con solicitarlo, lo que no ha hecho en ningún momento, pese a ser conocedor de la importancia de este extremo para la tipificación de la infracción. A lo anterior debemos añadir que, de haberse solicitado la autorización y no haber respondido en tiempo la Administración, el efecto del silencio administrativo sería negativo (art. 15 de la Ley 9/2015), lo que implica un carácter restrictivo de este tipo de autorizaciones, que no son la regla general.

SÉPTIMO.- A mayor abundamiento de todo lo anterior, existen en el expediente fuertes indicios del cobro de cantidades por la actividad de actor pornográfico, y así, en su perfil de Facebook, abierto bajo pseudónimo, pero donde aparece claramente su imagen, afirma que "trabaja" como actor pornográfico, y como "aptitudes profesionales" consigna "pornostar". En Twitter el demandante, nuevamente, se publicita como actor pornográfico y facilita un email "para contrataciones". Es indiferente que manifieste que no controla dicho email para contrataciones, cuando si controla la cuenta personal e individual creada en dicha red social, donde se facilita este email para contrataciones, siendo este carácter individual de la cuenta el que además desvirtúa su alegación de que él no cobraba, que solo lo hacía su pareja, pues se reitera, se ofrece un email para su contratación individual, no como integrante de un dúo. Asimismo en su perfil de twitter se mantienen enlaces a páginas web de acceso no gratuito.

También se publicita el mismo email para contrataciones en su perfil individual de Instagram y en la red twipu.

En fin, aparte de ofrecer el demandante su contratación, de forma individual, como actor pornográfico, es un hecho indubitado, por reconocido, que su pareja en los espectáculos publicitados en las redes sociales sí cobraba por las actuaciones, y como quiera que asimismo formaban en aquel tiempo una unidad conviviente, es lícito inferir, como hizo el Instructor, que el actor se beneficiaba indirectamente de los cobros de su pareja.





al compartir gastos, siendo de destacar que preguntado sobre ello, el actor se negó a declarar si compartían gastos.

Esta inferencia no es en absoluto insólita, como apunta el demandante, sino al contrario se apoya en un doble argumento lógico, de un lado en la situación de convivencia, y de otro en la colaboración del demandante, pues participaba en aquellas escenas por las que su pareja era remunerada, es decir, la remuneración de las mismas se debía, en parte, a su participación.

Queda consiguientemente justificada la intención del demandante de perseguir como actividad profesional privada la de actor pornográfico, ofreciéndose para ello en las redes sociales, publicitando como su "trabajo" tal actividad de actor pornográfico, ofreciendo individualmente una cuenta de correo para contrataciones. Frente a esta realidad no puede oponerse un contrato de cesión de derechos de imagen, documento privado de escaso valor probatorio, y que en todo caso se refiere a una única grabación o actuación, no cubriendo la total actividad del demandante.

Insistiendo además en que la resolución sancionadora se refiere a la existencia de incompatibilidad, no solamente por el carácter remunerado de la actividad, sino también por menoscabar con la misma el estricto cumplimiento de sus deberes, perjudicando la imagen de la institución policial.

OCTAVO.- Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, la sanción de seis meses corresponde al tramo inferior de la que pudo interponerse (de tres meses y un día a seis años, art. 10 de la Ley 4/2010) y la resolución sancionadora motiva el por qué se impone la sanción de seis meses de suspensión y no otra, por afectar a los deberes y ética profesionales.

NOVENO.- Desestimado el recurso se impone condena en costas al demandante conforme al art. 139 LJCA, hasta un máximo de 500 euros, más IVA si correspondiere.

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por DON Juan Ramón , contra Acuerdo del Director General de la **Policía**, Unidad de Régimen Disciplinario, de fecha 24 de Noviembre de 2020, condenando en costas al actor hasta un máximo de 500 euros, más IVA si procediere.

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 2581-0000-93-2642-20 (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 2581-0000-93-2642-20 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.

